

N° 789

---

# SÉNAT

SESSION EXTRAORDINAIRE DE 2011-2012

---

---

Enregistré à la Présidence du Sénat le 28 septembre 2012

## PROJET DE LOI

*relatif 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 (PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE),*

PRÉSENTÉ

au nom de M. Jean-Marc AYRAULT,

Premier ministre

Par M. Manuel VALLS,

ministre de l'intérieur

*(Envoyé à la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)*



## EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,,

Par des arrêts du 5 juillet 2012, la Cour de cassation a tiré les conséquences de l'interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après, directive retour), en écartant l'application de la procédure de garde à vue au seul motif de l'irrégularité de séjour en France d'une personne de nationalité étrangère.

Afin de parfaire la transposition de cette directive, le présent projet de loi assure la conformité des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile avec l'interprétation de la Cour. Il en résulte d'importantes modifications de l'incrimination de séjour irrégulier et une redéfinition des procédures relatives au contrôle et à la vérification de la régularité de séjour, propres à permettre, si nécessaire, dans le cadre d'une contrainte proportionnée, la mise en œuvre des procédures administratives applicables.

Si la garde à vue n'a jamais été une étape obligatoire dans les procédures d'éloignement, cette mesure a pu offrir aux services interpellateurs un cadre juridique pour les investigations nécessaires sur l'infraction de séjour irrégulier. Les précisions apportées à l'incrimination pénale relative au séjour irrégulier limitent considérablement le recours à cette procédure que l'article 62-2 du code de procédure pénale subordonne aux nécessités des enquêtes sur les infractions punissables d'emprisonnement. Les arrêts du 5 juillet 2012 de la Cour de cassation en tirent toutes les conséquences. La procédure de vérification d'identité, prévue à cette seule fin par l'article 78-3 du code de procédure pénale, n'assure pas le cadre adapté pour garantir les droits de la personne retenue ni l'examen sérieux de sa situation.

C'est pourquoi le présent projet de loi crée une mesure de vérification de situation des personnes étrangères qui ne sont pas en mesure de justifier de leur droit de circulation ou de séjour en France. Ce dispositif s'insère dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile au sein duquel il

a toute sa cohérence. En effet, il est constant qu'aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national et que les conditions d'exercice du droit de circuler et de séjourner peuvent reposer sur des règles spécifiques, lesquelles sont prévues par ce code.

L'objet clairement circonscrit de cette procédure de retenue tend, sans ambiguïté, à garantir l'examen du droit de séjour d'une personne qui, elle-même, ne peut en justifier ou refuse de le faire et, le cas échéant, l'instruction et la notification des décisions applicables relevant de la compétence de l'autorité administrative. Elle peut être mise en œuvre à l'occasion d'un contrôle d'identité effectué en application des articles 78-1 à 78-2-2 du code de procédure pénale ou d'un contrôle de titre diligenté sur le fondement de l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ou de l'article 67 *quater* du code des douanes. En conséquence, la retenue provisoire prévue par ce dernier article afin de remettre l'étranger à un officier de police judiciaire est supprimée dès lors que le projet de loi instaure une procédure *ad hoc*.

Cette vérification de situation, qui implique un temps de retenue maximal de seize heures, est placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, le procureur de la République étant systématiquement informé par l'officier de police judiciaire et pouvant mettre fin à tout moment à la retenue.

L'étranger qui en fait l'objet est informé qu'il dispose de la possibilité de demander à tout moment l'assistance d'un interprète, de faire aviser un avocat à la présentation duquel s'ouvre un droit d'entretien de trente minutes dans des conditions garantes de la confidentialité, l'effectivité de ce droit étant assurée par l'accès à l'aide juridique. L'intéressé peut également demander à être examiné par un médecin et contacter ou faire contacter sa famille ou toute personne de son choix.

Le projet de loi organise l'articulation de la mesure avec la procédure de vérification d'identité, en prévoyant l'imputation de la durée de cette dernière sur celle de la vérification de la régularité de séjour d'un étranger lui succédant. De la même manière, dans le cas où une mesure de garde à vue succède à la procédure de retenue aux fins de vérification de la régularité du séjour, la durée de cette dernière s'impute sur celle de la garde à vue.

Le projet de loi ne modifie aucunement le dispositif relatif à l'articulation du contrôle juridictionnel de la privation de liberté avec les compétences du juge administratif mis en place par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité. L'ordre d'intervention des juges n'est pas affecté.

Par ailleurs, le projet de loi achève de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 22 juin 2010, sous les affaires jointes *Melki* et *Abdeli*, selon lequel un contrôle d'identité ne saurait s'apparenter à un contrôle frontalier. La Cour de cassation ayant jugé le 6 juin 2012 que ce principe valait également pour les contrôles de pièces et documents autorisant un étranger à circuler ou à séjourner en France, le projet assure la conformité des dispositions autorisant ces contrôles en limitant les conditions dans lesquelles ils peuvent être pratiqués.

S'agissant de l'incrimination pénale de séjour irrégulier, la Cour de justice de l'Union européenne a, dans son arrêt du 6 décembre 2011 sous l'affaire *Achughbadian*, relevé d'emblée que la directive retour ne s'oppose pas à ce qu'une législation telle que l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoit des sanctions pénales dissuasives y compris d'emprisonnement pour le réprimer (cons. 28 et 32). Mais la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que l'effet utile de la directive retour s'oppose à une législation en tant qu'elle permet l'application d'une peine d'emprisonnement alors que la procédure d'éloignement doit être mise en œuvre, l'emprisonnement ayant alors pour effet de retarder l'éloignement. Ce sont ces exigences que rappellent les arrêts de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 5 juillet 2012.

Il en résulte que l'étranger en séjour irrégulier à l'égard duquel l'autorité administrative n'aura pas effectivement recouru aux procédures d'exécution d'office et mis en œuvre toutes les mesures de surveillance autorisées par la loi ne peut pas entrer dans le champ d'une incrimination pénale punie d'emprisonnement. Tel est le cas de l'étranger qui, ayant fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français dans un délai de départ volontaire, se maintient au-delà de ce délai ; tel est le cas aussi de l'étranger obligé de quitter sans délai le territoire français mais à l'égard duquel l'autorité administrative n'aura pas mis en œuvre les voies d'exécution dont elle dispose.

En d'autres termes, la Cour de cassation précise que l'obligation de transposition de la directive retour a pour conséquence une subordination de

l'action répressive à l'épuisement des possibilités d'action de l'autorité administrative. Il importe donc de tirer les conséquences de cet arrêt dans les textes, en abrogeant l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Toutefois, les règles relatives au franchissement des frontières extérieures et à la circulation des ressortissants de pays tiers entre les États membres ne sont pas dans le champ d'application de la directive retour. Elles résultent pour ce qui concerne le franchissement des frontières extérieures du 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), lequel prévoit l'obligation pour les États membres d'instaurer des sanctions dissuasives en cas de manquement constaté à la frontière, c'est-à-dire en cas de refus d'entrée sur le territoire, ou lors d'une arrestation ou d'une interception à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière. S'agissant des manquements aux règles prévues par la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, relatives à la circulation entre les États membres, la directive retour prévoit explicitement la possibilité pour les États membres de ne pas recourir à une mesure d'éloignement mais de mettre en œuvre les mécanismes de réadmission entre États membres, auxquels la directive retour n'est pas applicable comme l'a rappelé le juge des référés du Conseil d'État (CE, 27 juin 2011, ministère de l'intérieur c/Lassoued, n° 350207).

Ces hypothèses sont en effet hors du champ de l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne sur laquelle s'est fondée la Cour de cassation et la suppression du régime de sanction s'opposerait aux règles européennes.

L'abrogation de l'article L. 621-1 et le maintien de l'infraction d'entrée irrégulière impliquent de restreindre le chapitre I<sup>er</sup> du titre II du livre VI du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile relatif aux sanctions pour entrée et séjour irréguliers, aux seuls cas d'entrée irrégulière, en violation de l'article 5 du 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) ou de manquements aux règles de circulation entre États membres.

Pour autant, la directive retour entend dissuader et réprimer la récidive et la soustraction à l'exécution d'une mesure d'éloignement. La Cour de justice de l'Union européenne en déduit que l'étranger qui se maintient sur le

territoire français sans y être autorisé, alors qu'il aura été soumis aux diligences nécessaires qui incombent à l'autorité administrative pour permettre l'effectivité de l'éloignement, peut faire l'objet d'une sanction pénale, y compris d'emprisonnement. Il en est de même, *a fortiori*, au cas de soustraction soit par exemple, lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la dissimulation ou de la destruction par l'intéressé de ses documents d'identité ou de voyage ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement.

Il s'agit donc de préciser l'incrimination prévue à l'article L. 624-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et, par cohérence, l'échelle des peines permettant au juge de tenir compte de la diversité des comportements et situations dont il pourra être saisi.

Enfin, la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité n'a répondu que partiellement aux demandes qui avaient été présentées au Gouvernement par de nombreuses associations, portant notamment sur la nécessité d'un élargissement de l'immunité pénale prévue à l'article L. 622-4 de ce code pour y inclure de manière effective l'action humanitaire.

En 2011, le législateur a certes supprimé au 3° de cet article la référence au risque vital dans le champ de l'immunité pour y introduire la notion de « nécessité pour la sauvegarde de la personne » en raison de la proximité de ces termes avec le concept d'état de nécessité prévu à l'article 122-7 du code pénal comme cause d'une irresponsabilité pénale. Cette précision est toutefois insuffisante à garantir l'action des associations et de leurs membres qui, dans le cadre de leurs actions sont régulièrement conduits à assurer des prestations diverses auprès de toute personne en demande et sans considération de leur nationalité et de leur situation administrative en France. Au-delà des secours d'urgence ponctuels susceptibles d'être couverts par le texte en vigueur, les missions d'assistance de ces associations peuvent se concrétiser diversement par une aide alimentaire, des hébergements, des soins médicaux ou des conseils juridiques.

Le présent projet étend donc l'immunité pénale à toute personne physique ou morale apportant une aide désintéressée aux étrangers en situation irrégulière, dans le but de leur offrir des conditions de vie dignes et décentes.

En outre, il propose d'élargir le champ de l'immunité dont les membres de la famille proche de l'étranger aidé peuvent bénéficier. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment mis en évidence, par son arrêt

*Mallah* du 10 novembre 2011 (CEDH, n° 29681/8) l'inadaptation des protections accordées par l'article L. 622-4 s'agissant des immunités familiales, qui n'incluent pas les proches de l'étranger appartenant à sa belle-famille. Le présent projet de loi tend donc à remédier à ces insuffisances.

Le présent projet prévoit l'application de ces modifications en outremer, dans les cas où le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ne s'applique pas, soit dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie. Il mentionne explicitement les articles du code applicables à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin.

## **CHAPITRE I<sup>ER</sup> - DISPOSITIONS RELATIVES À LA RETENUE D'UN ÉTRANGER AUX FINS DE VÉRIFICATION DE SA SITUATION**

**L'article 1<sup>er</sup>** modifie l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers pour étendre le champ des contrôles d'identité à la suite desquels un étranger doit être en mesure de présenter les pièces et documents sous couvert desquels il est autorisé à circuler ou séjourner en France : il y inclut les contrôles d'identité diligentés sur réquisitions du procureur de la République en application de l'article 78-2-2 du code de procédure pénale, aux fins notamment de recherche et de poursuite des actes de terrorisme.

Il assure également la conformité des dispositions de l'article L. 611-1, relatif au contrôle du droit de séjour ou de circulation en France, à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle un contrôle d'identité ne saurait s'apparenter à un contrôle frontalier. La Cour de cassation a en effet jugé le 6 juin 2012 que l'exigence de précision du texte garantissant cette différenciation vaut également pour le contrôle du droit de circulation ou de séjour. En conséquence, l'article 1<sup>er</sup> limite les conditions dans lesquelles ces contrôles peuvent s'opérer, en se référant à l'article 78-2 du code de procédure pénale relatif aux contrôles d'identité que le législateur a rendu conforme au droit européen par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

**L'article 2** crée dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile un article L. 611-1-1 permettant de vérifier la situation d'un étranger qui n'est pas en mesure de justifier de son droit de circulation ou de séjour en France.

Le I de ce nouvel article L. 611-1-1 est relatif aux cas et aux conditions dans lesquels un étranger peut faire l'objet d'une vérification de situation. Son premier alinéa prévoit que l'étranger qui, à l'occasion d'un contrôle d'identité

ou de titre, n'aura pu justifier de son droit de circuler ou séjourner sur le territoire peut être retenu par un officier de police judiciaire. Cette retenue s'effectue sous le contrôle du procureur de la République, informé dès le début de la procédure dont il est ainsi le garant.

Le deuxième alinéa du I prescrit que l'étranger doit être immédiatement informé, dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend, des possibilités qui lui sont ouvertes pendant la retenue. Les troisième à sixième alinéas prévoient ainsi qu'il pourra solliciter l'assistance d'un interprète, faire aviser l'avocat de son choix ou tout autre qui lui sera commis d'office par le bâtonnier, demander à être examiné par un médecin désigné par l'office de police judiciaire et prévenir ou faire prévenir sa famille ou toute personne de son choix.

Le septième alinéa encadre la durée de la retenue, strictement limitée aux nécessités de l'examen du droit de circulation ou de séjour et, le cas échéant, à la notification des décisions administratives applicables. Elle ne peut excéder seize heures à compter du début du contrôle d'identité ou de titre. Le procureur de la République, informé de la procédure dès son commencement, peut y mettre fin à tout moment.

Le huitième alinéa n'autorise la prise d'empreintes digitales ou de photographies lorsque ce moyen s'avère nécessaire qu'après information du procureur de la République.

Les neuvième à douzième alinéas du I traitent du procès verbal de cette procédure et aux conditions de sa mise en mémoire, tandis que le treizième alinéa dispose que les prescriptions énumérées au I sont imposées à peine de nullité, sous réserve qu'elle ait porté atteinte aux droits de l'étranger conformément au principe rappelé à l'article L. 552-13 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Le II et le III de l'article L. 611-1-1 précisent la possible articulation de la vérification de situation avec une éventuelle retenue pour vérification d'identité qui l'aurait précédée – dans cette hypothèse la vérification de situation s'impute sur la durée de la vérification de situation – ou avec une garde à vue qui lui succéderait et prescrit en ce cas l'imputation de la durée de la retenue sur celle de la garde à vue.

**L'article 3** vise à garantir l'effectivité du droit à l'assistance de l'avocat au cours de la retenue pour vérification de situation. Il complète l'article 64-1 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique en prévoyant la rétribution de l'avocat assistant un étranger.

**L'article 4** modifie le code des douanes afin d'assurer une bonne articulation entre les contrôles douaniers et la procédure de retenue aux fins de vérification du séjour.

Le I permet aux agents douaniers, à l'occasion de l'établissement d'un procès-verbal consécutivement à un contrôle, de relever l'identité des personnes concernées et de les amener, le cas échéant, au local de police aux fins de vérification d'identité dans les conditions prévues à l'article 78-3 du code de procédure pénale. Cette disposition a pour effet de permettre, postérieurement à la vérification d'identité, la mise en œuvre de la procédure de retenue à l'encontre d'un étranger ayant fait l'objet d'un contrôle douanier effectué en tout point du territoire national, au titre de l'article 60 du code des douanes. Le I de l'article 4 précise les garanties entourant cette procédure. Ainsi, la décision de conduire les personnes concernées jusqu'au local de police est réservée aux seuls agents investis des fonctions de chef de poste ou aux fonctionnaires qu'ils désignent, titulaires du grade de contrôleur ou d'un grade plus élevé ; cette conduite est opérée sans délai et la durée de l'acheminement de la personne contrôlée jusqu'au local de police s'impute sur celle de la vérification d'identité.

Le II crée une section IX dans le chapitre IV du titre II, intitulée « Contrôle des titres » et qui comprend l'article *67 quater*, lequel habilite les agents des douanes à procéder, dans une bande de vingt kilomètres à compter de la frontière terrestre de la France avec les autres États parties à la convention de Schengen, au contrôle des documents sous couvert desquels les étrangers sont autorisés à circuler ou à séjourner en France.

Enfin, le III modifie l'article *67 quater* pour tirer les conséquences de l'abrogation du délit de séjour irrégulier, prévue à l'article 5 : est ainsi supprimée la possibilité pour les agents des douanes de constater les infractions en matière de droit des étrangers. De la même manière, le III supprime la possibilité pour les agents douaniers de procéder à la retenue provisoire d'un étranger n'ayant pas justifié de son droit au séjour, dès lors que pourra être directement mis en œuvre, dans les suites d'un contrôle opéré au titre de l'article *67 quater* du code des douanes, l'acheminement de l'intéressé jusqu'au local de police aux fins de remise à un officier de police judiciaire, dans les conditions prévues au I du nouvel article L. 611-1-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

## **CHAPITRE II - DISPOSITIONS RELATIVES AUX SANCTIONS PÉNALES DE L'ENTRÉE ET DU SÉJOUR IRRÉGULIERS**

**L'article 5** supprime le délit de séjour irrégulier.

Le I modifie en conséquence l'intitulé du chapitre du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile concerné, tandis que le II abroge l'article L. 621-1 du ce code.

Le III ajuste l'article L. 621-2 relatif désormais au seul délit d'entrée irrégulière sur le territoire qui est maintenu, l'instauration de sanctions par les États membres étant expressément prévue au code frontières Schengen. Il inscrit donc à l'article L. 621-2 les peines actuellement mentionnées à l'article L. 621-1 auquel il se référait jusqu'à présent (une peine d'un an d'emprisonnement, une amende de 3 750 € et une interdiction du territoire ne pouvant excéder trois ans).

**L'article 6** introduit au début de l'article L. 624-1 du même code un alinéa incriminant l'étranger qui se maintient en France alors que l'autorité administrative aura mis effectivement en œuvre à son égard toutes les procédures prévues par la loi permettant l'exécution d'office de la mesure d'éloignement. Il prévoit pour ce délit une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros, tandis que le délit de soustraction à la mesure d'éloignement, prévu au deuxième alinéa, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement.

En conséquence de l'insertion d'un alinéa en tête de l'article L. 624-1, le 2° et le II de l'article 6 effectuent des modifications de pure coordination au deuxième alinéa de l'article L. 624-1 et aux articles L. 552-5 et L. 611-4.

**L'article 7** modifie l'article L. 624-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile relatif aux peines d'interdiction du territoire français susceptibles d'être prononcées par le juge en cas de méconnaissance des mesures d'éloignement. Il tient compte de l'insertion, au début de l'article L. 624-1, de l'incrimination de maintien sur le territoire en dépit d'une mesure d'éloignement que l'autorité administrative n'a pu mettre en œuvre en dépit de toutes ses diligences et prévoit dans cette hypothèse, une interdiction du territoire d'une durée ne pouvant excéder trois ans, contre dix ans lorsque l'étranger s'est volontairement soustrait à la mesure.

### **CHAPITRE III - DISPOSITIONS RELATIVES À L'AIDE À L'ENTRÉE ET AU SÉJOUR IRRÉGULIERS**

**L'article 8** modifie l'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile relatif aux immunités pénales en matière d'aide à l'entrée ou au séjour irréguliers.

Le 1° est un alinéa de coordination : il s'agit de supprimer la référence à l'article L. 621-1 abrogé à l'article 5 du projet de loi.

Le 2° concerne le champ des immunités dont peuvent bénéficier les membres de la famille proches d'un étranger. Sont en effet protégés le conjoint de l'étranger, mais également les ascendants, descendants et frères et sœurs de l'étranger, ainsi que le conjoint de ceux-ci. Toutefois, les membres de la famille du conjoint ne sont pas visés, ce qui conduit à des situations paradoxales : un beau-père peut être aidé par son gendre (puisque'il est le conjoint de sa descendante) mais un gendre ne peut être aidé par son beau-père, dès lors que les ascendants du conjoint ne sont pas mentionnés. De même, une personne peut, sans être poursuivie, aider la sœur de son conjoint, mais pas le conjoint de sa sœur. Le projet de loi rationalise donc le champ des immunités familiales.

Enfin, le 3° complète le dispositif par un alinéa étendant la protection contre les poursuites pénales, au-delà même des associations humanitaires et à leurs militants, à toute personne physique ou morale sans but lucratif qui, par humanité, exerce des actions de soutien désintéressées, afin de garantir aux personnes des conditions de vie dignes et décentes sans considération de leur nationalité ou de leur situation administrative.

### **CHAPITRE IV - DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER**

**Les articles 9, 10 et 11** ont vocation à harmoniser dans les outre-mer le régime des immunités pénales s'agissant du délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. Ils modifient les ordonnances d'avril 2000 (ordonnance n° 2000-371 du 26 avril 2000 et ordonnance n° 2000-372 du 26 avril 2000) et l'ordonnance 2002-388 du 20 mars 2002 qui régissent l'entrée et le séjour des étrangers dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie, où ne s'applique pas le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en la matière, pour y insérer les modifications apportées à l'article L. 622-4 de ce code par l'article 8.

**L'article 12** mentionne explicitement les articles du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile applicables à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin.



## PROJET DE LOI

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'intérieur,

Vu l'article 39 de la Constitution,

Décrète :

Le présent projet de loi relatif 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, délibéré en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État, sera présenté au Sénat par le ministre de l'intérieur, qui sera chargé d'en exposer les motifs et d'en soutenir la discussion.

-----

### CHAPITRE I<sup>ER</sup>

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

##### **Article 1<sup>er</sup>**

- ① L'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est ainsi modifié :
- ② 1° Le premier alinéa est précédé d'un I ;
- ③ 2° Au deuxième alinéa, les mots : « articles 78-1, 78-2 et 78-2-1 » sont remplacés par les mots : « articles 78-1, 78-2, 78-2-1 et 78-2-2 » ;
- ④ 3° Après le deuxième alinéa, il est ajouté un II ainsi rédigé :
- ⑤ « II. - Dans les zones et lieux mentionnés au huitième alinéa de l'article 78-2 du code de procédure pénale, le contrôle des obligations prévues au présent article ne peut être pratiqué que dans les conditions prévues par la dernière phrase de cet alinéa. »

##### **Article 2**

- ① Après l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, il est inséré un article L. 611-1-1 ainsi rédigé :

- ② « Art. L. 611-1-1. – I. - Si, à l’occasion d’un contrôle effectué en application de l’article L. 611-1 du présent code, des articles 78-1, 78-2, 78-2-1 et 78-2-2 du code de procédure pénale ou de l’article 67 *quater* du code des douanes, il apparaît qu’un étranger n’est pas en mesure de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France, il peut être conduit dans un local de police et y être retenu par un officier de police judiciaire aux fins de vérification de son droit de circulation ou de séjour sur le territoire français. Dans ce cas, l’officier de police judiciaire met l’étranger en mesure de fournir par tout moyen les pièces et documents requis et procède, s’il y a lieu, aux opérations de vérification nécessaires. Le procureur de la République en est informé dès le début de la retenue.
- ③ « L’étranger est aussitôt informé par l’officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire dans une langue qu’il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu’il la comprend, de la possibilité :
- ④ « 1° De demander l’assistance d’un interprète ;
- ⑤ « 2° De faire aviser 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. L’avocat désigné peut, dès son arrivée, communiquer pendant trente minutes avec la personne retenue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l’entretien ;
- ⑥ « 3° De demander à être assisté par un médecin désigné par l’officier de police judiciaire ;
- ⑦ « 4° De prévenir à tout moment sa famille ou toute personne de son choix ; si des circonstances particulières l’exigent, l’officier de police judiciaire prévient lui-même la famille ou la personne choisie.
- ⑧ « L’étranger ne peut être retenu que pour le temps strictement exigé par l’examen de sa situation et, le cas échéant, le prononcé et la notification des décisions administratives applicables. La retenue ne peut excéder seize heures à compter du début du contrôle mentionné au premier alinéa. Le procureur de la République peut mettre fin à la retenue à tout moment.
- ⑨ « Si l’étranger ne fournit pas d’éléments permettant d’apprécier sa situation au regard du séjour, les opérations de vérification peuvent donner lieu, après information du procureur de la République, à la prise d’empreintes digitales ou de photographies lorsque celle-ci constitue un moyen nécessaire pour établir la situation de cette personne.
- ⑩ « L’officier de police judiciaire mentionne, dans un procès-verbal, les motifs qui justifient le contrôle ainsi que la vérification du droit de séjour et les conditions dans lesquelles la personne a été présentée devant lui, informée

de ses droits et mise en mesure de les exercer. Il précise le jour et l'heure à partir desquels la vérification a été effectuée, le jour et l'heure de la fin de la retenue et la durée de celle-ci et, le cas échéant, la prise d'empreintes ou de photographies.

- ⑪ « Ce procès-verbal est présenté à la signature de l'étranger intéressé. Si ce dernier refuse de le signer, mention est faite du refus et des motifs de celui-ci.
- ⑫ « Le procès-verbal est transmis au procureur de la République, copie en ayant été remise à la personne intéressée dans le cas prévu par l'alinéa suivant.
- ⑬ « Si elle n'est suivie à l'égard de l'étranger qui a été retenu d'aucune procédure d'enquête ou d'exécution adressée à l'autorité judiciaire ou n'a donné lieu à aucune décision administrative, la vérification du droit de séjour ne peut donner lieu à une mise en mémoire sur fichiers et le procès-verbal, ainsi que toutes les pièces se rapportant à la vérification, sont détruits dans un délai de six mois sous le contrôle du procureur de la République.
- ⑭ « Les prescriptions énumérées au présent article sont imposées à peine de nullité, sous réserve des dispositions de l'article L. 552-13.
- ⑮ « II. - Lorsqu'un étranger, retenu en application de l'article 78-3 du code de procédure pénale, n'est pas en mesure de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France, les dispositions du I s'appliquent et la durée de la retenue effectuée en application de cet article s'impute sur celle de la retenue pour vérification du droit de séjour.
- ⑯ « III. - S'il apparaît, au cours de la retenue de l'étranger, que celui-ci doit faire l'objet d'un placement en garde à vue conformément aux dispositions des articles 62 et suivants du code de procédure pénale, la durée de la retenue s'impute sur celle de la garde à vue. »

### **Article 3**

Au premier alinéa de l'article 64-1 de la loi n° 91-647 relative à l'aide juridique, après les mots « retenue douanière dans les conditions prévues par le code des douanes » sont insérés les mots : « ou au cours de la retenue d'un étranger aux fins de vérification de situation dans les conditions prévues par le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ».

### **Article 4**

- ① Le code des douanes est ainsi modifié :
- ② 1° Dans la section VI du chapitre IV du titre II, il est inséré, après l'article 67, un article 67-1 ainsi rédigé :
- ③ « *Art. 67-1.* – Les agents des douanes sont habilités à relever l'identité des personnes afin de rédiger les procès-verbaux prévus par le présent code.

- ④ « Si la personne refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, les agents des douanes investis des fonctions de chef de poste ou les fonctionnaires désignés par eux titulaires du grade de contrôleur ou d'un grade supérieur peuvent la conduire sans délai dans un local de police où elle est remise à un officier de police judiciaire aux fins de vérification d'identité dans les conditions prévues à l'article 78-3 du code de procédure pénale. Le délai prévu au troisième alinéa de cet article court à compter du relevé d'identité mentionné à l'alinéa précédent.
- ⑤ « Les résultats de cette vérification d'identité sont communiqués sans délai aux agents des douanes. » ;
- ⑥ 2° Dans le chapitre IV du titre II, il est créé, après l'article 67 *ter*, une section IX intitulée « Contrôle des titres » et qui comprend l'article 67 *quater* ;
- ⑦ 3° À l'article 67 *quater* du code des douanes, les deuxième à huitième alinéas sont supprimés.

## CHAPITRE II

### **Dispositions relatives aux sanctions pénales de l'entrée et du séjour irréguliers**

#### **Article 5**

- ① I. - L'intitulé du chapitre I<sup>er</sup> du titre II du livre VI du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est ainsi rédigé : « Entrée irrégulière ».
- ② II. - L'article L. 621-1 du même code est abrogé.
- ③ III. - L'article L. 621-2 du même code est ainsi modifié :
- ④ 1° Au début du premier alinéa, les mots : « Les peines prévues à l'article L. 621-1 sont applicables à » sont remplacés par les mots : « Sera puni d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 € » ;
- ⑤ 2° Au 2°, les mots : « ou a séjourné » sont supprimés ;
- ⑥ 3° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :
- ⑦ « La juridiction pourra, en outre, interdire à l'étranger condamné, pendant une durée qui ne peut excéder trois ans, de pénétrer ou de séjourner en France. L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement. »

#### **Article 6**

- ① I. - Au début de l'article L. 624-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

- ② « Tout étranger qui, faisant l'objet d'une mesure de refus d'entrée en France, 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 sur le territoire français alors que les mesures prévues aux titres V ou VI du livre V, propres à permettre l'exécution de la mesure d'éloignement, ont été effectivement mises en œuvre, sera puni d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 € »
- ③ II. - Au deuxième alinéa du même article et aux articles L. 552-5 et L. 611-4 du même code, les mots : « premier alinéa » sont remplacés par les mots : « deuxième alinéa ».

### **Article 7**

Au premier alinéa de l'article L. 624-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, les mots : « n'excédant pas dix ans » sont remplacés par les mots : « n'excédant pas trois ans dans le cas prévu au premier alinéa de l'article L. 624-1 et dix ans dans les cas prévus aux deuxième et troisième alinéas du même article. »

## **CHAPITRE III**

### **Dispositions relatives à l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers**

### **Article 8**

- ① L'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est ainsi modifié :
- ② 1° Au premier alinéa, la référence : « L. 621-1, » est supprimée ;
- ③ 2° Le 2° est complété par les mots : « ou de ses ascendants, descendants ou frères et sœurs » ;
- ④ 3° Après le 3°, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :
- ⑤ « 4° De toute personne physique ou de toute personne morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers et leur fournissant des prestations de restauration, d'hébergement ou de conseils juridiques, lorsque l'aide désintéressée que cette personne physique ou morale peut apporter dans ce cadre n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière. »

## CHAPITRE IV Dispositions relatives à l'outre-mer

### Article 9

- ① Le III de l'article 28 de l'ordonnance n° 2000-371 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers dans les îles Wallis et Futuna est ainsi modifié :
- ② 1° Le 2° est complété par les mots : « ou de ses ascendants, descendants ou frères et sœurs » ;
- ③ 2° Au 3°, les mots : « sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger » sont remplacés par les mots : « sauvegarde de la personne de l'étranger » ;
- ④ 3° Après le 3°, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :
- ⑤ « 4° De toute personne physique ou de toute personne morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers et leur fournissant des prestations de restauration, d'hébergement ou de conseils juridiques, lorsque l'aide désintéressée que cette personne physique ou morale peut apporter dans ce cadre n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière. »

### Article 10

- ① Le III de l'article 30 de l'ordonnance n° 2000-372 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Polynésie française est ainsi modifié :
- ② 1° Le 2° est complété par les mots : « ou de ses ascendants, descendants ou frères et sœurs » ;
- ③ 2° Au 3°, les mots : « sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger » sont remplacés par les mots : « sauvegarde de la personne de l'étranger » ;
- ④ 3° Après le 3°, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :
- ⑤ « 4° De toute personne physique ou de toute personne morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers et leur fournissant des prestations de restauration, d'hébergement ou de conseils juridiques, lorsque l'aide désintéressée que cette personne physique ou morale peut apporter dans ce cadre n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière. »

### **Article 11**

- ① Le III de l'article 30 de l'ordonnance n° 2002-388 du 20 mars 2002 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Nouvelle-Calédonie est ainsi modifié :
- ② 1° Le 2° est complété par les mots : « ou de ses ascendants, descendants ou frères et sœurs » ;
- ③ 2° Au 3°, les mots : « sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger » sont remplacés par les mots : « sauvegarde de la personne de l'étranger » ;
- ④ 3° Après le 3°, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :
- ⑤ « 4° De toute personne physique ou de toute personne morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers et leur fournissant des prestations de restauration, d'hébergement ou de conseils juridiques, lorsque l'aide désintéressée que cette personne physique ou morale peut apporter dans ce cadre n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière. »

### **Article 12**

L'article L. 552-5, le I de l'article L. 611-1 et les articles L. 611-1-1, L. 611-4, L. 622-4, L. 624-1 et L. 624-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans leur rédaction issue de la présente loi, sont applicables à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin.

Fait à Paris, le 28 septembre 2012

Signé : JEAN-MARC AYRAULT

Par le Premier ministre :

Le ministre de l'intérieur,

Signé : MANUEL VALLS





*Liberté • Égalité • Fraternité*  
**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR**

## **PROJET DE LOI**

relatif 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

## **ETUDE D'IMPACT**

*21 septembre 2012*

Le présent document constitue l'étude d'impact du projet de loi relatif à l'aménagement des dispositions législatives relatives à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière.

# **1. Mesures propres à garantir la conformité de la loi pénale avec les objectifs de la directive 2008/115/CE, dite directive retour**

## **1.1 Le contexte de la réforme**

### **1.1.1 Un régime d'autorisation administrative pénalement sanctionné**

Les étrangers jouissent des libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Toutefois, les ressortissants de pays tiers à l'Union européenne n'ont pas de droit de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national, et les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent reposer sur des règles spécifiques. Dans ce cadre juridique, les étrangers « *se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux* ».

► **Cette spécificité s'exprime d'abord dans le régime d'autorisation administrative préalable auquel sont astreints** les ressortissants de pays tiers à l'Union européenne, prévu et défini, s'agissant de l'entrée en France, par les dispositions du titre I<sup>er</sup> du livre II du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), et, s'agissant, du droit de séjour, par celles du titre I<sup>er</sup> du livre III du même code.

Ce dispositif se prolonge par l'obligation, pour les personnes concernées, de justifier de la régularité de leurs conditions d'entrée et de séjour en France à l'occasion de tout contrôle prévu par la loi. Cette obligation est inscrite à l'article L. 611-1 du CESEDA qui prévoit que les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents requis par la loi sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner sur le territoire français.

Le CESEDA prévoit actuellement deux séries de conséquences au cas de manquement aux règles relatives à l'entrée et au séjour :

- il institue à l'article L. 621-1 un délit d'entrée et de séjour irrégulier ;
- il définit les cas et les procédures selon lesquelles l'autorité administrative peut ordonner à un étranger en situation irrégulière de quitter le territoire français et prévoit les possibilités d'exécution d'office de cette décision.

**► Le délit de séjour irrégulier prévu à l'article L. 621-1 du CESEDA est le résultat d'une évolution normative**

En ce qu'il superpose dans le respect complet de leur autonomie, les compétences respectives de l'autorité judiciaire et celles de l'autorité administrative, l'état du droit en vigueur est relativement récent.

En effet, si le décret-loi du 2 mai 1938 relatif à la police des étrangers instituait déjà le délit d'entrée et de séjour irrégulier et le réprimait d'une peine d'amende et d'un emprisonnement d'un mois à un an, sans préjudice, par ailleurs, de l'éloignement, dont l'opportunité et l'exécution incombait à l'autorité administrative, il subordonnait toutefois la décision administrative d'éloignement à la caractérisation de l'infraction pénale et à l'application de la peine : « *Cet étranger sera, en outre, à l'expiration de sa peine, expulsé du territoire français par le ministre de l'intérieur* » (art. 2).

Une réforme profonde a été opérée avec la loi n° 80-9 du 10 janvier 1980 dite "loi Bonnet", relative notamment à la prévention de l'immigration clandestine (art. 6) : l'entrée et le séjour irrégulier deviennent des motifs d' "expulsion " administrative, au même titre que l'ordre public, indépendamment d'une décision judiciaire. Deux dispositifs autonomes, judiciaire et administratif coexistent.

La loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France a ouvert une parenthèse assez brève en revenant sur ce choix et en décidant que seule la juridiction judiciaire saisie pour sanctionner l'entrée ou le séjour irrégulier en France avait compétence pour ordonner la reconduite à la frontière.

L'autonomie de la mesure administrative instituée en 1980 est rétablie en 1986 (loi n° 86-1025 du 12 septembre dite "loi Pasqua", art. 5) et prolongée par la création de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière. En parallèle, le juge pénal peut constater et sanctionner l'infraction de séjour irrégulier d'une peine d'emprisonnement (un mois à un an), d'une amende (2 000 à 20 000 francs) et d'une interdiction judiciaire du territoire.

Depuis 1986, et en dépit de fortes variations dans le droit de l'éloignement, ce schéma de deux procédures parallèles, administrative et pénale, persiste.

## **1.1.2 Comment se vérifie actuellement la régularité des conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France**

### **1.1.2.1 Les vérifications**

#### **► L'obligation de détention, de port et de présentation des documents**

Le dispositif de l'article L. 611-1 du CESEDA, précédemment cité, a été introduit par la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 dans ce qui était alors le texte source du droit des étrangers, à savoir l'ordonnance du 2 novembre 1945 (art. 8, 2° alinéa, de l'ordonnance).

Saisi sur le moyen tiré de la rupture d'égalité avec les nationaux, le Conseil constitutionnel a jugé que, dans le cadre d'un régime administratif d'autorisation préalable, le législateur est en mesure d'exiger des étrangers la détention, le port et la production des documents attestant la régularité de leur entrée et de leur séjour en France ; qu'il peut à cette fin prévoir la possibilité de vérifier la mise en œuvre de ces prescriptions en dehors de la recherche d'auteurs d'infractions et en l'absence de circonstances particulières relatives à la prévention d'atteintes à l'ordre public tout en précisant que la mise en œuvre des vérifications devait s'opérer *"en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant [...] toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes"*, sous le contrôle des autorités judiciaires et administratives.<sup>1</sup>

#### **► Les cas dans lesquels la présentation de ces documents peut être demandée**

L'article L. 611-1 du CESEDA ouvre deux hypothèses :

- 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),

- en dehors de tout contrôle d'identité, et aux fins exclusives de vérification de l'obligation de port et de détention prévue à l'article L. 611-1 du CESEDA<sup>2</sup>.

Pour mémoire, les contrôles d'identité diligentés sur le fondement de l'article 78-2 du CPP ne peuvent être mis en œuvre à l'encontre d'une personne déterminée que dans les cas où il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis ou tenté de commettre une infraction ; ou qu'elle s'apprête à commettre un délit ou un crime ; ou qu'elle fait l'objet de recherches de l'autorité judiciaire.

---

<sup>1</sup> Considérant 16 de la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

<sup>2</sup> Conformément à la réserve d'interprétation exprimée par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée (cons. 14).

Par ailleurs, hors ces hypothèses, l'article 78-2, alinéa 8, du CPP prévoit que l'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée dans les zones qu'il définit précisément et qui correspondent aux frontières entre deux Etats membres (« frontières intérieures »).

Ces dispositions très spécifiques ont été introduites par la loi n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité pour tenir compte de la signature de la convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990 organisant la suppression des contrôles frontaliers à l'intérieur des frontières des Etats parties au dit accord, lui-même signé cinq ans plus tôt à Schengen également. Ces mêmes dispositions ont été complétées ensuite par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, pour ce qui concerne les contrôles sur certaines sections autoroutières. La loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, a ajouté des précisions concernant certaines liaisons ferroviaires internationales. Enfin, l'article 69 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure est venu assurer la conformité de l'article 78-2 du CPP avec les exigences rappelées par la CJUE dans son arrêt du 22 juin 2010 sur les affaires jointes *Melki et Abdeli*, c'est-à-dire en précisant le texte afin d'éviter toute assimilation entre ces contrôles et les vérifications aux frontières prohibées dans ces zones, conformément au principe de libre circulation.

#### **1.1.2.2**      *Les possibilités de retenue de la personne concernée aux fins de ces vérifications*

► **La garde à vue** n'a jamais constitué un préalable pour la mise en œuvre d'une procédure d'éloignement d'une personne étrangère en situation irrégulière. Toutefois, sa prise en considération par le CESEDA, à l'article L. 551-2 (« *la décision de placement est prise par l'autorité administrative, après l'interpellation de l'étranger et, le cas échéant, de sa garde à vue* ») témoigne par elle-même que, de fait, la garde à vue a pu, par le passé, offrir un cadre juridique fréquemment utilisé pour établir l'infraction de séjour irrégulier.

La jurisprudence judiciaire a toutefois, antérieurement aux décisions de la CJUE relatives à la disproportion de la peine d'emprisonnement encourue, dénoncé de nombreux cas d'absence de nécessité du recours à cette procédure lorsqu'elle se fondait sur le seul chef de

l'infraction de séjour irrégulier, donc sans délit connexe. Ainsi, par une décision remarquée du 25 novembre 2009 (Civ. 1, n° 08-20294), la Cour de cassation a considéré que la garde à vue d'un étranger interpellé pour séjour irrégulier ne s'impose pas lorsqu'aucune procédure pénale n'est retenue à l'encontre de celui-ci, la police se contentant de le remettre aux autorités administratives et que l'intéressé ne séjourne que brièvement dans les locaux de police en attente de son placement en rétention.

Cette décision annonçait les évolutions du droit de la garde à vue réclamées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 juillet 2010 (2010-14/22 QPC).

Les arrêts de la Cour de cassation du 5 juillet 2012 (Civ. 1, n<sup>os</sup> 11-30371, 11-19250 et 11-30530) ont ensuite fermé le recours à la garde à vue sur le seul chef de l'infraction de séjour irrégulier, en s'alignant sur les exigences de la CJUE dans son interprétation de la directive retour. Ces décisions sont intervenues dans le cadre de l'examen de pourvois en cassation, introduits par plusieurs parquets généraux, contre des décisions de cours d'appel annulant des rétentions administratives d'étrangers faisant l'objet d'une procédure d'éloignement, au motif de l'irrégularité de leurs placements en garde à vue pour le seul délit de séjour irrégulier.

Considérant l'arrêt de la CJUE du 6 décembre 2011 sous l'affaire *Achughbadian*, la Cour de cassation a jugé qu'un étranger en situation irrégulière ne pouvait 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.

Or, l'article 62-2 du CPP issu de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, limite le recours à la garde à vue aux nécessités des enquêtes sur les infractions punissables d'une peine d'emprisonnement.

On rappellera aussi que la réduction du champ d'application de la mesure de contrainte que constitue la garde à vue résulte elle-même du respect de l'exigence de rigueur nécessaire rappelée par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 30 juillet 2010.

La convergence des impératifs constitutionnels et conventionnels a ainsi définitivement établi le caractère inadéquat de la procédure de garde à vue au seul motif du séjour irrégulier d'une personne étrangère à l'encontre de laquelle l'autorité administrative n'aura pas encore effectivement mis en œuvre l'ensemble des mesures d'exécution forcée d'une décision d'éloignement.

► **La procédure de vérification d'identité**, prévue à cette seule fin par l'article 78-3 du code de procédure pénale, n'assure pas le cadre approprié pour garantir les droits de la personne retenue et l'examen sérieux de sa situation.

Certes, dès lors que les titres de circulation et de séjour des étrangers attestent aussi de l'identité de leur titulaire, la Cour de cassation ne s'oppose pas à ce qu'un ressortissant d'un Etat tiers à l'Union européenne qui ne serait pas en mesure de les produire, puisse être retenu aux fins de vérification de son identité. Il demeure que la procédure de vérification d'identité ne répond, ni dans son objet ni dans sa durée, aux objectifs et aux nécessités de la vérification du droit de séjour d'une personne étrangère.

**S'agissant de l'objet de la mesure** : l'impossibilité de justifier une identité qui fonde la nécessité de la retenue correspond en pratique au cas suivant : la personne n'a sur elle aucun papier d'identité ou document de nature à justifier de son identité. En revanche, une personne qui, par exemple, présenterait une pièce d'identité dont la date de validité a expiré mais dont les données d'état civil demeurent exactes et sur laquelle la photographie resterait ressemblante, justifierait ainsi de son identité. L'authenticité de la pièce n'est en effet pas affectée par le dépassement de sa durée de validité administrative.

**S'agissant de sa durée de la retenue**, l'article 78-3 précise : « *La personne [...] ne peut être retenue que pendant le temps strictement exigé par l'établissement de son identité. La rétention ne peut excéder 4 heures, ou huit heures à Mayotte [...]* ».

Durant ces quelques heures, de nombreuses obligations tenant aux droits de la personne retenue<sup>3</sup> incombent aux services enquêteurs, à peine de nullité. Il s'agit par ailleurs pour l'officier de police judiciaire de mettre la personne retenue en mesure de justifier de son identité et de conduire lui-même toutes diligences à cette fin, notamment par la consultation des fichiers de police.

Si la régularité du séjour est recherchée au-delà de l'identité, il est évident que la durée de quatre heures est trop brève pour examiner cette question au fond, examen qui relève en outre de la compétence exclusive de l'autorité administrative.

► **La procédure d'audition** prévue à l'article 62 du CPP peut être appliquée mais on rappellera qu'elle suppose, conformément à l'article 73 du même code, que la personne n'a pas été conduite par la force publique sous la contrainte devant un officier de police judiciaire.

---

<sup>3</sup> Notifier la procédure avec l'information des droits y afférents ; présenter immédiatement à l'officier de police judiciaire ; sur demande de l'intéressé et à tout moment, aviser le procureur de la République, la famille ou une personne du choix de la personne retenue ; établir un procès verbal motivé, recueillir la signature de l'intéressé, transmettre au parquet.

Cette audition, immédiatement après la constatation de l'impossibilité pour la personne concernée de justifier de la régularité de son séjour, ne peut donc être mise en œuvre que dans les cas où l'intéressé accepte de suivre de son plein gré les agents interpellateurs pour être entendu et demeure volontairement à leur disposition alors qu'il aura été dûment informé de sa possibilité de mettre fin à tout moment à cette audition.

Une telle procédure exempte de toute possibilité de retenue est parfaitement envisageable à l'égard des personnes de bonne foi qui, par simple négligence au regard de l'obligation de port des titres, ne seront pas en mesure de les présenter immédiatement.

Toutefois, elle se révèle inadéquate au cas où la personne refuse de présenter les pièces en question. Ce défaut de présentation ne permet certes pas de présumer une infraction de soustraction à une mesure d'éloignement mais elle crée nécessairement une raison plausible de ne pas l'exclure.

### **1.1.3 Articulation de ces procédures avec la directive retour**

#### ***1.1.3.1 Les objectifs poursuivis par la directive retour tels qu'interprétés par la CJUE***

► **La directive ne vise pas à l'harmonisation des législations pénales relatives à l'entrée et au séjour irrégulier.**

Lorsque la Commission a présenté la proposition de directive<sup>4</sup>, elle a rappelé que la politique de l'Union européenne en matière de retour *fait partie intégrante de la lutte contre l'immigration clandestine* qui constitue l'une des composantes de l'approche intégrée que l'Union européenne entend développer pour réaliser *une véritable gestion des flux migratoires*.

La directive se base sur l'article 63, premier alinéa, point 3, sous *b*), CE (devenu après modification article 79 TFUE), qui prévoyait l'adoption par le Conseil de mesures relatives à la politique de l'immigration, dans le domaine de l'immigration clandestine et du séjour irrégulier, y compris le rapatriement des personnes en séjour irrégulier.

En vertu de l'article 72 TFUE, le titre V du traité consacré à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public.

---

<sup>4</sup> Communication COM (2005) 391 final.

Elle ne vise donc pas à l'harmonisation des infractions pénales prévues par les législations des Etats membres dans le domaine de l'immigration irrégulière. Une telle harmonisation n'aurait été possible que sur le fondement de l'article 31 (devenu article 83 TFUE).

Dès lors, les Etats membres restent en principe compétents pour prévoir dans leurs législations nationales des sanctions pénales en matière d'entrée et de séjour irrégulier des ressortissants de pays tiers. La Cour de justice de l'Union européenne l'a relevé d'emblée dans l'arrêt du 6 décembre 2011 *Achughbabian* précité :

*§ 28 Il convient de relever d'emblée que la directive 2008/115 ne porte que sur le retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un État membre et n'a donc pas pour objet d'harmoniser dans leur intégralité les règles nationales relatives au séjour des étrangers. Par conséquent, cette directive ne s'oppose pas à ce que le droit d'un État membre qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoit des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction aux règles nationales en matière de séjour.*

**► Mais la directive retour impose une politique efficace et proportionnée sur le terrain de la lutte contre l'immigration irrégulière.**

Son deuxième considérant précise qu'elle poursuit la mise en place d'une politique efficace d'éloignement fondée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux ainsi que de leur dignité.

En considération de ces objectifs, l'expression du principe de subsidiarité est étroitement circonscrite :

- Les conditions d'interpellation des personnes étrangères irrégulières ne sont pas directement régies par la directive :

Le dix-septième considérant de la directive prévoit ainsi : « *Les ressortissants de pays tiers placés en rétention devraient être traités humainement et dignement dans le respect de leurs droits fondamentaux et conformément aux dispositions du droit national et du droit international. Sans préjudice de l'arrestation initiale opérée par les autorités chargées de l'application de la loi, régie par la législation nationale, la rétention devrait s'effectuer en règle générale dans des centres de rétention spécialisée.* » Ainsi, le dix-septième considérant de la directive précise expressément que l'arrestation initiale du ressortissant de pays tiers en situation irrégulière est régie par la législation nationale des Etats membres.

- Les mesures de contrainte qui peuvent être nécessaires pour garantir un éloignement ne sont pas régies directement par la directive :

Ainsi l'article 6.1 de la directive dispose que « *Les États membres prennent une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 à 5 (...)* » et son article 8 prévoit :

« *1. Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision de retour si aucun délai n'a été accordé pour un départ volontaire conformément à l'article 7, paragraphe 4, ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire conformément à l'article 7.*

« (...) *4. Lorsque les États membres utilisent — en dernier ressort — des mesures coercitives pour procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui s'oppose à son éloignement, ces mesures sont proportionnées et ne comportent pas d'usage de la force allant au-delà du raisonnable. Ces mesures sont mises en œuvre comme il est prévu par la législation nationale, conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité et de l'intégrité physique du ressortissant concerné d'un pays tiers. (...)* »

► **Sur cette marge de manœuvre étroite des États membres, la CJUE s'est prononcée d'abord sur la conformité de la législation pénale italienne puis sur la française.**

Par un arrêt du 28 avril 2011 dans l'affaire *El Dridi c/ Italie*, la CJUE, avait à se prononcer sur la compatibilité avec les objectifs de la directive retour de la législation italienne prévoyant une peine automatique de prison pour tout étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement à laquelle il n'avait pas déféré, alors que l'administration n'avait pas tenté de l'éloigner de manière coercitive. Elle a jugé que la directive retour doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État 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 État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié.

Cette interprétation a donné lieu à des lectures divergentes par les juridictions françaises de l'ordre judiciaire. Les unes estimaient que le délit de séjour irrégulier en droit français était devenu incompatible avec la directive retour et que dès lors, le recours à la garde

à vue, autorisé seulement pour les délits réprimés par une peine d'au moins un an de prison (art. 62-2 du code de procédure pénale) n'était plus possible. D'autres estimaient que l'arrêt *El Dridi* ne remettait pas en cause la possibilité de procéder à une garde à vue pour séjour irrégulier.

Face à ces divergences d'interprétation, la cour d'appel de Paris a posé une question préjudicielle à la CJUE, portant spécifiquement sur le délit de séjour irrégulier prévu et réprimé à l'article L. 621-1 du CESEDA. Par l'arrêt du 6 décembre 2011, *Achughbadian c/ France* précité, la Cour, en formation de grande chambre, a dit pour droit que la directive retour :

- 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; et

- 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.

La Cour confirme ce qu'elle avait jugé dans l'affaire *El Dridi* à propos de la législation italienne tout en affirmant que les Etats membres conservent une pleine compétence en matière pénale pour lutter contre l'immigration irrégulière. Elle précise néanmoins que, dès lors que le séjour irrégulier est établi à l'égard d'un étranger n'ayant pas encore fait l'objet des mesures propres à garantir la mise en œuvre d'une décision d'éloignement, alors seul le prononcé de cette mesure d'éloignement est possible, à l'exclusion de toute sanction pénale privative de liberté qui en retarderait l'effectivité.

La Cour se fonde ainsi simplement, pour analyser la conformité de l'article L. 621-1 du CESEDA, sur la théorie de l'effet utile du droit européen, qui impose aux Etats de ne pas appliquer une législation relevant de la compétence des Etats membres si celle-ci est susceptible de faire échec à la bonne application du droit communautaire.

Constatant que l'article L. 621-1 n'empêche pas une possible concomitance des poursuites pénales pouvant déboucher sur l'application d'une peine d'emprisonnement – alors même que l'étranger n'étant pas en situation de récidive doit prioritairement être éloigné – elle juge cet article non compatible avec la directive retour même si, dans la pratique cette éventualité est quasi nulle, notamment en raison des circulaires d'action publique prises par le garde des sceaux et dont la Cour a pris acte (cf. fin du § 40).

*§ 42 de l'arrêt précité du 6 décembre 2011 : En ce qui concerne la circonstance que M. Achughbadian n'a, jusqu'à présent, pas été condamné aux peines d'emprisonnement et d'amende prévues à l'article L. 621-1 du Ceseda, il y a lieu de relever qu'il n'est pas contesté que l'adoption à son encontre d'un arrêté de reconduite à la frontière a été fondée sur la constatation du délit de séjour irrégulier prévu audit article et que ce dernier est, indépendamment du contenu des circulaires mentionnées par le gouvernement français, susceptible de conduire à une condamnation auxdites peines. Par conséquent, l'article L. 621-1 du Ceseda ainsi que la question de sa compatibilité avec le droit de l'Union sont pertinents dans l'affaire au principal, la juridiction de renvoi et le gouvernement français n'ayant par ailleurs fait mention ni d'un classement sans suite ni, de manière plus générale, d'une décision excluant définitivement toute possibilité de poursuites à l'encontre de M. Achughbadian pour ledit délit.*

Toutefois, la CJUE a réaffirmé que, lorsque la procédure administrative après avoir effectivement mis en œuvre et épuisé toutes ses voies d'exécution, a néanmoins échoué, les Etats restent libres de prévoir des sanctions pénales, y compris d'emprisonnement :

*§ 46 : S'il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que les États membres liés par la directive 2008/115 ne sauraient prévoir une peine d'emprisonnement pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans des situations dans lesquelles ceux-ci doivent, en vertu des normes et des procédures communes établies par cette directive, être éloignés et peuvent, en vue de la préparation et de la réalisation de cet éloignement, tout au plus être soumis à une rétention, cela n'exclut pas la faculté pour les États 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, précité, points 52 et 60).*

Le dispositif de l'arrêt ne s'intéresse donc qu'à la situation de la concomitance de la « répression » pénale et de la mesure administrative d'éloignement, et la CJUE, dans une rédaction extrêmement nuancée distingue entre ce qui relève du champ de la directive retour et ce qui y échappe, à savoir la législation pénale des Etats membres. L'arrêt est clair : la directive ne s'oppose dans le principe ni à une pénalisation du séjour irrégulier, ni à la garde à vue des personnes soupçonnées de le commettre.

La CJUE place l'objectif de retour au premier rang et c'est seulement en raison de cet objectif prioritaire qu'elle considère la loi pénale comme non conforme en tant qu'elle prévoit

une peine d'emprisonnement venant contredire l'effet utile de la directive. Or, en droit français, c'est parce qu'une peine d'emprisonnement est encourue qu'on peut justifier une garde à vue, ce qui amène aujourd'hui à une impasse juridique.

### ► Les arrêts de la Cour de cassation du 5 juillet 2012

Saisie par la 1<sup>re</sup> chambre civile, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait rendu, le 5 juin 2012, un avis par lequel elle indiquait que le ressortissant d'un Etat tiers à l'Union européenne ne peut être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée du seul chef de séjour irrégulier fondé sur l'article L. 621-1 du CESEDA, par application de la directive retour, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne. La 1<sup>re</sup> chambre civile a suivi cet avis dans des arrêts du 5 juillet 2012, considérant « *qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêts du 28 avril 2011, El Dridi, C-61/PPU, et du 6 décembre 2011, Achughbadian, C-329/11) que la directive 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 ; qu'en outre, en cas de flagrant délit, le placement en garde à vue n'est possible, en vertu des articles 63 et 67 du code de procédure pénale, applicables à la date des faits, qu'à l'occasion d'enquêtes sur les délits punis d'emprisonnement ; qu'il s'ensuit que le ressortissant d'un pays tiers, en séjour irrégulier en France, qui 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 l'autre situation exposée par la jurisprudence européenne précitée, ne peut être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée de ce seul chef ;* ».

Comme il a été indiqué *infra*, ces arrêts de la Cour de cassation s'opposent désormais à ce qu'une personne étrangère puisse être placée en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée du seul chef de séjour irrégulier fondé sur l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

## **1.2 Les principales options de la réforme**

### **1.2.1 Modifier le régime des sanctions**

#### ***1.2.1.1 Supprimer le délit de séjour irrégulier tel que prévu et réprimé à l'article L. 621-1 du CESEDA***

S'agissant de l'incrimination pénale de séjour irrégulier, on rappellera que la CJUE a, dans son arrêt du 6 décembre 2011 sous l'affaire *Achughbadian*, relevé d'emblée que la directive retour ne s'oppose pas à ce qu'une législation telle que l'article L. 621-1 du CESEDA qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoie des sanctions pénales dissuasives y compris d'emprisonnement pour le réprimer (cons. 28 précité).

Mais toujours pour mémoire, la CJUE a précisé que l'effet utile de la directive s'opposait à une législation en tant qu'elle permet l'application d'une peine d'emprisonnement alors que la procédure d'éloignement doit être effectivement mise en œuvre, l'emprisonnement ayant alors pour effet de retarder l'éloignement. Les arrêts de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 5 juillet 2012 ont rappelé ces exigences qui ont pour effet de subordonner l'action pénale à l'épuisement des possibilités ouvertes à l'autorité administrative pour la mise en œuvre effective des mesures propres à mettre fin au séjour irrégulier.

Il importe de tirer les conséquences logiques de ces décisions en abrogeant l'article L. 621-1 du CESEDA qui prévoit et réprime le séjour irrégulier alors même que l'autorité administrative n'aura pas effectivement mis en œuvre toutes les mesures propres à y mettre fin qui relèvent de sa compétence.

C'est notamment l'objet du présent projet de loi.

#### ***1.2.1.2 Modifier l'article L. 621-2 en pénalisant l'entrée irrégulière de l'étranger***

L'article L. 621-1 du CESEDA en vigueur incrimine le séjour irrégulier mais aussi l'entrée irrégulière sur le territoire français, tandis que l'article L. 621-2 du même code précise les cas dans lesquels le délit d'entrée irrégulière peut être constaté et sanctionné.

L'entrée irrégulière est, dans le texte actuellement en vigueur, appréhendée sous deux aspects :

- le franchissement des frontières extérieures (1° de l'article L. 621-2),
- la circulation d'un ressortissant de pays tiers entre les Etats membres (2° de l'article L. 621-2).

La directive retour tend à développer les acquis Schengen en assurant une plus grande efficacité dans l'exécution des mesures d'éloignement sur le fondement des principes déjà inscrits dans la convention d'application des accords de Schengen (CAAS), signée à Schengen le 19 juin 1990. Toutefois, son champ d'application est celui du séjour irrégulier. Lorsqu'un étranger a pu franchir irrégulièrement les frontières extérieures, sa présence sur le territoire français implique qu'il soit considéré comme un étranger en situation de séjour irrégulier relevant d'un régime de retour.

En d'autres termes, quelles que soient les conditions de l'entrée, une fois celle-ci effective, la directive retour s'applique et il en résulte, en conformité avec la jurisprudence de la CJUE, que la personne entrée, donc présente sur le territoire national, ne saurait faire l'objet d'une sanction pénale telle que prévue à l'article L. 621-1 du CESEDA, ni pour ce qui concerne ses conditions de séjour, **ni pour ce qui concerne les conditions de son entrée.**

C'est pourquoi le projet de loi supprime l'article L. 621-1 du CESEDA.

Mais par ailleurs, la directive retour ne traite pas des irrégularités du franchissement des frontières lorsqu'elles sont constatées à la frontière même, dans le cadre d'une arrestation ou d'une interception à la frontière extérieure.

Enfin si la directive aborde la circulation des ressortissants des pays tiers entre les Etats membres, elle prévoit au cas de manquement aux règles résultant de la Convention de Schengen, la possibilité pour les Etats de ne pas recourir à la procédure de retour, mais à celle de la réadmission entre Etat membre.

► **Plus précisément, s'agissant du franchissement des frontières extérieures**

L'article 2.2, a), de la directive prévoit que « *Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du code frontières Schengen, ou arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un État membre et qu'ils n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit État membre* ».

Les exigences rappelées par la Cour de cassation suivant la CJUE dans son interprétation de la directive retour ne jouent donc pas pour ce qui concerne le franchissement irrégulier des frontières extérieures lorsque celui-ci est appréhendé en amont de l'entrée effective sur le territoire, soit dans les cas énumérés par l'article 2. 2 a) de la directive :

- au cas de refus d'entrée opposé à un ressortissant de pays tiers dans les conditions prévues par l'article 13 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissent un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) ;
- au cas d'arrestation ou d'interception à la frontière à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure.

**Dans ces hypothèses, le code frontières Schengen impose aux Etats de prévoir des sanctions dissuasives.**

En effet, l'article 4 § 3 du même code est ainsi rédigé : « *Sans préjudice des exceptions prévues au paragraphe 2 et de leurs obligations en matière de protection internationale, les Etats membres instaurent des sanctions, conformément à leur droit national, en cas de franchissement non autorisé des frontières extérieures en dehors des points de passage frontaliers ou des heures d'ouverture fixées. Ces sanctions sont effectives, proportionnées et dissuasives.* »

Le 1° de l'article L. 621-2 en vigueur correspond à ces cas de figure.

En application de l'article 37 du code frontières Schengen, les Etats membres sont tenus notamment de notifier à la Commission européenne les sanctions instaurées conformément au droit national en cas de franchissement non autorisé des frontières extérieures en dehors des points de passage frontaliers ou des heures d'ouverture fixées

Le *Journal officiel* de l'Union européenne a publié en date du 24 janvier 2008 la notification de la France sous la forme suivante : « *La législation française relative à ces sanctions figure aux articles L. 621-1 et L. 621-2 et R. 621-1 du Ceseda (code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile). Ces sanctions s'appliquent généralement aux ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas les conditions d'entrée et de séjour sur le territoire français. Ces articles prévoient une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de 3 750 euros. En outre, l'étranger condamné peut se voir interdire l'entrée du territoire pendant une période d'un an au plus.* »

**En conséquence, le maintien du délit d'entrée irrégulière s'impose.** Le projet de loi réintègre donc au 1° de l'article L. 621-2 l'incrimination d'entrée irrégulière actuellement prévue à l'article L. 621-1 qu'il supprime.

► **S'agissant de la circulation des ressortissants de pays tiers entre les Etats membres**

Il s'agit là des ressortissants de pays tiers présents sur le territoire français dans l'exercice de leur droit de circulation résultant de la suppression des frontières intérieures, les règles de circulation résultent du chapitre IV du titre II de la CAAS, dont la directive retour a remplacé les articles 23 et 24. Les règles résultant de la CAAS se retrouvent à l'article 6, points 2 et 3, de la directive retour.

L'article 6.1 de la directive retour pose le principe suivant lequel un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier doit faire l'objet d'une décision de retour dans un pays tiers.

L'article 6.2 prévoit que les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un Etat membre et titulaires d'un titre de séjour ou d'une autorisation conférant un droit de séjour délivrée par un autre Etat membre sont tenus de se rendre immédiatement sur le territoire de cet autre Etat membre. En cas de non respect de cette obligation par le ressortissant de pays tiers concerné ou lorsque son départ immédiat est requis pour des motifs d'ordre public ou de sécurité publique, l'article 6.1 s'applique.

Toutefois, l'article 6.3 prévoit en substance que les Etats membres peuvent s'abstenir de prendre une décision de retour si le ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier est repris par un autre Etat membre en vertu d'accords ou d'arrangements bilatéraux existant à la date d'entrée en vigueur de la directive. Dans ce cas, l'Etat qui a repris l'intéressé applique l'article 6.1, c'est-à-dire prend une décision de retour, lorsque l'intéressé n'est pas titulaire d'un droit au séjour et que seul le jeu d'un accord de réadmission fonde la remise.

Les cas de reprise évoqués par les points 2 et 3 de l'article 6 correspondent dans le CESEDA aux cas de remises dites « remises Schengen » prévue aux articles L. 531-1 et suivants. Il s'agit d'exceptions au prononcé de la décision de retour laquelle implique l'éloignement à destination d'un pays tiers.

Il y a deux hypothèses pour une remise dite Schengen :

- le cas où le ressortissant de pays tiers est titulaire d'un droit de séjour dans un premier Etat membre et séjourne irrégulièrement dans un second Etat membre,

- le cas où le ressortissant de pays tiers sans être titulaire d'un droit de séjour dans un premier Etat membre mais en provenance directe de celui-ci séjourne irrégulièrement dans un second Etat membre.

C'est parce que ces décisions de remise à un Etat membre ne sont pas des décisions de retour au sens de l'article 3 de la directive qui implique l'éloignement à destination d'un pays tiers, que le juge des référés du Conseil d'Etat a considéré que la directive retour ne leur était pas applicable (CE, 27 juin 2011, Ministre de l'intérieur *c/Lassoued*, n° 350207).

Ce n'est que lorsque l'étranger en cause ne peut justifier d'aucun droit de séjour dans un Etat membre, que l'hypothèse visée demeure celle d'un séjour irrégulier.

Les règles de circulation des ressortissants de pays tiers à l'intérieur de l'espace Schengen ouvrent ainsi des exceptions au champ d'application de la directive retour ; les manquements à ces obligations visées au 2° de l'article L. 621-2 ne correspondent pas à des hypothèses de séjour irrégulier et par suite les décisions de remise à un autre Etat membre qui peuvent être mises en œuvre n'entrent pas dans le champ de la directive. Le projet de loi maintient en conséquence l'infraction et la sanction en résultant.

### **1.2.1.3                    *Préciser l'incrimination prévue à l'article L. 624-1 du CESEDA***

La suppression opérée à l'article L. 621-1 du CESEDA doit être bien comprise : elle vise les cas où l'autorité administrative n'aura pas mis effectivement en œuvre toutes les mesures propres à mettre fin au séjour irrégulier qui relèvent de sa compétence. Tel est le cas de l'étranger qui, ayant fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français dans un délai de départ volontaire, se maintient au-delà de ce délai ; tel est le cas aussi de l'étranger obligé de quitter sans délai le territoire français mais à l'égard duquel l'autorité administrative n'aura pas mis en œuvre et épuisé toutes les voies d'exécution dont elle dispose en conformité avec l'exigence de gradation des mesures coercitives.

► **La réponse pénale demeure possible dans les cas où l'étranger obligé de quitter le territoire français, se maintient en France après que l'administration ait mis en œuvre toutes les voies d'exécution dont elle dispose sur une décision d'éloignement** (c'est-à-dire en dernier recours, ordonné le placement en rétention et, le cas échéant, sollicité sa prolongation). Tel est le cas par exemple de l'étranger qui, libéré au terme de la durée maximale de rétention, se maintient sur le territoire ; il en va de même de l'étranger placé en

rétenion, puis remis en liberté ou assigné à résidence par le juge des libertés et de la détention, qui se maintient en France.

► **La réponse pénale demeure possible *a fortiori* dans les cas où l'administration ayant mis effectivement en œuvre les voies d'exécution dont elle dispose sur une décision d'éloignement, l'étranger s'oppose activement à l'exécution de cette mesure.** Il en est ainsi, par exemple, en cas de dissimulation ou de destruction volontaire par l'intéressé de ses documents d'identité ou de voyage ou de l'obstruction volontaire faite à l'exécution de la mesure d'éloignement.

Le régime des peines est adapté en cohérence. Il s'agit de préciser le délit de soustraction à une mesure d'éloignement en permettant au juge d'apprécier la constitution de l'infraction et de proportionner la sanction au regard de la diversité des comportements et situations dont il pourra être saisi.

Le maintien passif sur le territoire de l'étranger remis en liberté par l'autorité administrative ou judiciaire correspond logiquement dans l'échelle des sanctions à une moindre gravité qu'un comportement actif d'obstruction dans l'exécution effective de l'éloignement.

### **1.2.2                                    Instituer dans le CESEDA une procédure de vérification de la régularité des conditions de séjour**

Si, dans la matière de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière, les pratiques ont pu relativiser l'autonomie des procédures, la garde à vue et la rétention administrative répondent à des objectifs bien distincts.

En tout état de cause, le projet de loi n'autorise plus le recours à la garde à vue.

Les personnes étrangères ne peuvent pas être assimilées à des délinquants au seul motif qu'elles ne sont pas en mesure de justifier de leur droit au séjour en France, le présent projet supprimant ce délit. Mais l'autorité administrative ne saurait demeurer inactive face à une situation de séjour irrégulier.

Les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France sont régies par des règles spécifiques prévues et définies dans le CESEDA et il existe donc une vraie cohérence à créer dans ce même code un cadre spécifique permettant la vérification de ces conditions.

Le droit actuellement en vigueur ne prévoit pas un cadre approprié et proportionné permettant un examen au fond du droit au séjour d'une personne étrangère qui ne serait pas en mesure de justifier des documents et titres requis par la loi pour circuler et séjourner en France.

Il s'agit de permettre une vérification de situation relevant de la compétence de l'autorité administrative sur la base d'une incertitude révélée par un contrôle régulier. C'est pourquoi le projet de loi crée dans le CESEDA une telle mesure de vérification de situation au regard de la législation sur le séjour des personnes étrangères qui ne sont pas en mesure de justifier de leurs droits par la présentation des pièces ou documents requis par la loi.

Une telle mesure comporte une possibilité de recours à une contrainte proportionnée constituant en une retenue spécifique dont l'objet tend, sans ambiguïté, à garantir l'examen du droit de séjour d'une personne qui, elle-même, ne peut en justifier ou refuse de le faire et, le cas échéant, l'instruction et la notification des décisions applicables relevant de la compétence de l'autorité administrative.

On rappellera d'abord que la CJUE, dans son arrêt du 6 décembre 2011 sous l'affaire *Achughbadian*, a précisé (cons. 29) *que les normes et les procédures communes instituées par la directive 2008/115/CE ne portant que sur l'adoption de décisions de retour et l'exécution de ces décisions, il y a lieu de relever, également, que cette directive ne s'oppose pas à ce qu'une mesure privative de liberté soit prise en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour d'un ressortissant de pays tiers.*

Ainsi, la CJUE a elle-même clairement dégagé la nécessité d'un temps de vérification du droit au séjour dans le cadre d'une privation de liberté proportionnée. La Cour précise encore son observation dans le considérant 30 du même arrêt où elle rappelle d'une part, le dix-septième considérant de la directive qui prévoit que *les conditions de l'arrestation initiale* demeurent régies par la législation nationale et, d'autre part, souscrit aux observations du Gouvernement tendant à faire valoir qu'il serait porté atteinte à l'objectif d'efficacité de la directive retour – soit l'éloignement des personnes en situation irrégulière – s'il était impossible pour l'Etat de parer, par la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté, au risque de fuite des personnes soupçonnées d'être en situation de séjour irrégulier.

Enfin, le considérant 31 de l'arrêt susmentionné considère de manière très explicite l'exigence pour les autorités compétentes, de disposer d'un « *délai certes bref mais raisonnable* » pour identifier la personne contrôlée et pour rechercher les données permettant

de déterminer si cette personne dispose ou non d'un droit de séjour et tirer les conséquences du résultat de cette vérification, le cas échéant par le prononcé de décisions d'éloignement. Dans ce même considérant, la Cour prend acte de ce que ces opérations de vérification de l'identité puis du droit au séjour peuvent se révéler complexes.

La retenue de seize heures s'inscrit pleinement dans ce raisonnement et répond aux exigences qu'il dégage sans ambiguïté d'un temps de retenue proportionné à la nécessité d'investigations, certes sans lien avec la recherche d'une implication pénale, mais qui n'en sont pas moins complexes.

Quelques précisions sont utiles pour appréhender plus concrètement le contenu de ce temps de retenue. La durée de seize heures est, - il importe de le rappeler -, une durée maximale sur laquelle peut s'imputer la durée de la vérification d'identité sur le fondement de l'article 78-3 du code de procédure pénale si cette vérification l'a précédée. Par ailleurs, il convient de distinguer plusieurs séries d'exigences impliquant chacune un temps distinct :

- Un temps de conduite au local de police : il convient de rappeler que la durée de la retenue se compute à compter de la demande de présentation des pièces et documents. Il y a donc lieu de déduire du temps « utile » le délai, variable selon les cas, de conduite au local de police à l'arrivée duquel peuvent débiter de manière effective les investigations nécessaires.

- Un temps pour l'information de la personne retenue sur ces droits et un temps pour l'exercice des droits : le droit à l'interprète impose des délais évidents tant au regard de la recherche de celui-ci que de l'exercice de sa mission durant toute la durée de la procédure ; le droit à l'avocat permet dès l'arrivée de celui-ci un entretien de 30 minutes dans des conditions de confidentialité. Le droit à l'examen par un médecin peut imposer des temps d'indisponibilité conséquents pour la poursuite du dialogue avec l'étranger, notamment lorsqu'il s'agit de transporter la personne concernée à l'hôpital pour l'examen par le médecin. L'information du procureur de la République figure aussi parmi les diligences imposées à peine de nullité de la procédure, ainsi que l'établissement du procès verbal et le recueil de la signature de l'étranger.

- Un temps de dialogue avec l'étranger : la procédure de vérification du droit de séjour appelle ensuite un temps de dialogue avec l'étranger retenu qui diffère de l'audition du gardé à vue. Le projet de loi prévoit que la personne doit être « *mise en mesure de fournir par tout moyen les documents requis* ». Cette possibilité offerte au retenu peut impliquer pour l'officier de police judiciaire un déplacement au domicile de l'intéressé ou en tout autre lieu

qu'il désigne pour y rechercher des justificatifs que cette personne est susceptible de produire mais qu'elle n'avait pas sur elle. Certes, dès lors que les autorisations de circulation ou de séjour sont présentées, la retenue pour vérification du droit de séjour prend nécessairement fin mais l'invite faite à l'étranger d'une preuve par tous moyens peut conduire aussi à l'obtention de simples commencements de preuve impliquant des vérifications complémentaires.

- Un temps d'investigation par l'officier de police judiciaire : il s'agit notamment des vérifications aux fichiers (fichier national des étrangers, fichier des personnes recherchées en tant qu'y figurent les personnes visées par une mesure d'éloignement et les interdictions de retour exécutoire). S'il y a lieu à la prise d'empreintes, il convient de tenir compte du temps d'information du procureur, du temps de capture des empreintes et d'attente de la réponse du fichier automatisé des empreintes digitales. Si un étranger est identifié comme faisant l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire français, il importe de recueillir auprès du préfet s'il en dispose, à défaut auprès de l'autorité judiciaire, une copie du jugement et les réquisitions du procureur de la République.

- Un temps de dialogue avec la préfecture compétente. Il est constant que l'irrégularité qui résulte d'un défaut de titre n'épuise pas à elle seule l'examen du droit de séjour qui impose la poursuite des vérifications sur le terrain des droits fondamentaux, la personne concernée pouvant faire valoir des éléments actuels de sa situation impliquant la reconnaissance de plein droit d'un titre de séjour au regard de sa situation personnelle et familiale. Le préfet peut décider, en effet, une régularisation au regard de circonstances particulières que la vérification aura établies.

Mais quand bien même la situation de séjour irrégulier est avérée, il y a lieu de rappeler les exigences nouvelles résultant de la transposition de la directive retour. Le prononcé d'une obligation de quitter le territoire implique l'examen des décisions suivantes : la décision relative au séjour, l'obligation de quitter le territoire assortie ou non d'une interdiction de retour, l'octroi ou le refus du délai de départ volontaire, ainsi que, si le délai de départ volontaire est accordé, la mise en œuvre éventuelle des obligations de pointage prévues à l'article L. 513-4 du CESEDA et, si le délai de départ volontaire est refusé, l'évaluation de la possibilité de la mesure d'assignation à résidence sur le fondement de l'article L. 561-2 du même code ou à défaut le prononcé d'une décision de placement en rétention administrative. Le placement en rétention s'il est décidé impose, nécessairement dans le même temps, la recherche du lieu de rétention disponible et adapté vers lequel il va falloir escorter la personne.

Il est manifeste au terme de cet aperçu sur le contenu opérationnel d'une retenue pour vérification du droit de séjour, que la durée de cette procédure qui doit permettre à l'étranger de justifier de ses droits éventuels doit être largement supérieure au délai de la simple vérification d'identité. La durée maximale de seize heures assure un équilibre entre les droits de la personne retenue tant au regard de la privation de liberté que de la défense de ses intérêts, et les exigences qui s'imposent à l'autorité administrative.

Cette mesure peut faire suite aux contrôles, quels que soient leurs objectifs, auxquels la loi prévoit que toute personne se trouvant sur le territoire national doit accepter de se prêter en justifiant de son identité et, dans l'hypothèse où des éléments objectifs permettent de présumer l'extranéité, en présentant les pièces ou documents qui attestent la régularité de sa présence sur le territoire français.

Ces contrôles sont strictement encadrés par la loi et diligentés par des officiers de police judiciaire, ou sur l'ordre et la responsabilité de ceux-ci par les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints. Ainsi, il peut s'agir de contrôles effectués sur la base de réquisitions du procureur de la République et sous l'autorité de celui-ci, dans des lieux et des temps déterminés, tels que les contrôles de toute personne dans une zone urbaine et sur une plage horaire définies pour y rechercher certaines infractions déterminées ou du contrôle des personnes présentes dans des locaux professionnels.

Il peut aussi s'agir des contrôles à l'initiative de l'officier de police judiciaire ou sous sa responsabilité dans un but de prévention des infractions pénales tels que les contrôles des conducteurs de véhicules. Un comportement caractérisé, par exemple, par la possession apparente d'une arme, d'un animal dangereux ou révélant un état d'ébriété manifeste ou l'emprise d'une drogue peut justifier un tel contrôle.

Il s'agit, enfin des contrôles de toute personne, visant à prévenir toute atteinte à l'ordre public, dans les zones définies par la loi aux frontières intérieures.

Il s'agit, par ailleurs, des contrôles des personnes opérés par les agents des douanes sur le fondement du code de douanes aux fins de vérification des documents et titres requis par la loi.

#### ► **Le projet de retenue répond pleinement aux exigences constitutionnelles**

L'article 66 pose deux principes : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu* », « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

Le Conseil constitutionnel veille au caractère approprié des modalités de l'intervention de l'autorité judiciaire.

Il y a un champ et des modalités de la compétence judiciaire sur lesquels le législateur ne saurait revenir qui sont incontestablement en jeu dans le cadre d'une procédure impliquant la retenue d'une personne.

C'est pourquoi la procédure de vérification dont la création est proposée est placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

On rappellera en effet d'une part que cette retenue ne peut que faire suite à un contrôle effectué par un officier de police judiciaire ou sous la responsabilité de celui-ci par un agent de police judiciaire ou un agent de police judiciaire adjoint, à l'exception des compétences particulières reconnues aux agents des douanes par le code des douanes pour le contrôle des personnes.

La retenue elle-même est conduite par un officier de police judiciaire et le procureur de la République est systématiquement informé dès le début de la retenue.

D'autre part, le projet de loi ouvre à la personne retenue la possibilité de demander à bénéficier d'une assistance linguistique, juridique ou médicale et de communiquer avec certaines personnes de son entourage. La personne retenue a ainsi la possibilité de :

- demander l'assistance d'un interprète ;
- demander à s'entretenir avec un avocat désigné par lui ou commis d'office par le bâtonnier et, si l'avocat se présente, communiquer pendant trente minutes avec l'avocat dans des conditions garantant la confidentialité de l'entretien ;

Le dispositif prévoit ainsi que l'étranger placé en retenue aux fins de vérification de son droit au séjour peut bénéficier de l'assistance d'un avocat au titre de l'aide juridique. Si elle n'est pas obligatoire en l'état du droit, cette prise en charge des frais d'avocat est nécessaire pour rendre effectifs les droits de la défense, d'autant plus l'étranger placé en garde à vue bénéficiait d'une telle prise en charge jusqu'à présent et que celle-ci s'applique également au cas de la retenue douanière.

Cette disposition n'entraîne par ailleurs aucune dépense supplémentaire, la retenue venant se substituer à la garde à vue.

En se référant aux chiffres publiés pour l'année 2011<sup>5</sup>, le nombre de personnes placées en garde à vue aux fins de recherche d'infractions aux conditions générales d'entrée et de séjour des étrangers s'est élevé à 59 629.

Considérant que la présence de l'avocat est sollicitée dans 34 % des cas, que sa présence est effective dans 85 % des cas, le nombre d'interventions effectives peut être évalué à 17 233 en 2011.

Sous le régime de la garde-à-voir, dans 30% des cas l'avocat n'intervenait que pour l'entretien de trente minutes, ce qui représente 5 170 missions.

Dans 70 % des cas, l'avocat assistait totalement ou partiellement aux auditions du gardé à vue, soit 12 063 missions. Sur ce nombre, il convient de retenir un taux de prolongation des gardes à vue à hauteur de 6 % (taux moyen des dix dernières années) soit 723 prolongations.

La dépense actuelle peut ainsi être estimée :

Pour l'entretien seul à 315370€ (5170X61€)

Pour les 24 premières heures à 3 402 000€ (11340X300€)

Pour les prolongations à 32 535€ (723X450€)

Soit une dépense globale actuelle estimée à **4 042 720 €** pour l'ensemble des frais afférents à l'assistance de l'avocat dans le cadre de la garde à vue pour infraction aux conditions générales d'entrée et de séjour des étrangers.

Considérant que dans le cadre de la retenue pour vérification de situation, l'assistance de l'avocat est limitée à un entretien de trente minutes et que la rétribution actuelle de l'entretien seul dans le cadre de la garde à vue s'élève actuellement à 61 €, il sera proposé une rétribution équivalente (qui sera fixée par décret).

Sur cette base, l'impact budgétaire de cette mesure est estimé à 1 051 213€ (17233X61€).

Aussi le nouveau dispositif générera une économie qui peut être évaluée à **2 991 507 €**.

Il est toutefois nécessaire de modifier l'article 64-1 du titre III de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique relatif à la rétribution de l'avocat assistant la personne placée en garde à vue ou en retenue douanière, en ajoutant le cas de la retenue pour vérification de situation. C'est l'objet de l'article 3 du présent projet de loi ;

- demander à être examinée par un médecin ;
- prévenir à tout moment sa famille ou une personne de son choix

Ce régime plus étendu que celui prévu à l'article 78-3 du code de procédure pénale pour la vérification d'identité révèle bien la distinction avec cette procédure pénale et son

---

<sup>5</sup> Chiffres issus des tableaux de bord de l'observatoire national de la délinquance et des réponses pénales publiées en janvier 2012

objet. La personne retenue aux fins de vérification de son droit au séjour se voit ainsi garantir la possibilité de bénéficier de possibilité d'exercice de droits en amont de toute procédure qui pourrait lui être défavorable.

S'agissant de la durée de la mesure, le projet de loi la subordonne strictement à sa nécessité, dans la limite de seize heures au plus. Le procureur de la République peut y mettre fin à tout moment.

Cette durée satisfait encore aux exigences constitutionnelles et n'affecte en rien le dispositif institué par la loi du 16 juin 2011 pour le contrôle juridictionnel au cas de placement en rétention. En outre, cette durée répond à un impératif, celui de l'efficacité de l'action administrative, organisant dans un temps adapté les relations entre l'officier de police judiciaire et la préfecture lorsqu'il apparaît nécessaire au vu des conclusions de la vérification de situation d'envisager une mesure administrative d'éloignement accompagnée de la (ou des) mesure(s) tel(les) l'interdiction éventuelle de retour, le placement en rétention ou l'assignation à résidence.

On rappellera que jamais le Conseil constitutionnel n'a fixé de délai dans lequel le juge judiciaire doit intervenir pour contrôler le maintien en rétention d'un étranger : il a censuré un délai de 7 jours avant l'intervention du juge judiciaire par une décision du 9 janvier 1980.

La réforme proposée est conforme : dans l'éventualité où une procédure de vérification du droit de séjour conduirait l'autorité administrative à notifier une mesure d'éloignement et une décision de placement en rétention, la durée maximale de privation de liberté se décomposerait en seize heures de retenue + cinq jours de placement en rétention administrative à l'expiration desquels le juge des libertés et de la détention doit être saisi si la personne n'est pas remise en liberté.

Le cadre constitutionnel est rigoureusement respecté et selon des règles proportionnées à l'objet de la procédure, ce qui n'était pas le cas des gardes à vue de vingt-quatre heures, susceptibles de prolongation.

On rappellera encore l'information systématique du procureur de la République et sa possibilité de mettre fin à la retenue aux fins de vérification.

Le projet de loi ne modifie donc en rien l'ordre d'intervention des juges résultant de la réforme de 2011. Ainsi, concrètement, si un étranger placé en rétention entend faire valoir d'éventuelles irrégularités dans la procédure de retenue pour vérification du droit de séjour

dont il aura fait l'objet antérieurement à la notification de la décision d'éloignement et de placement en rétention contestée, le contentieux se nouera rigoureusement dans les mêmes conditions qu'il se nouait depuis les arrêts de cassation de principe du 28 juin 1995 (arrêts *Behta* et autres).

Le rapport présenté par la Commission *sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration* présidée par Pierre Mazeaud avait proposé<sup>6</sup> de modifier les règles contentieuses inscrites dans le CESEDA. Portant notamment le constat qu'« *en dehors des conditions de l'interpellation ou de la garde à vue, la plupart des décisions de libération accordées par les juges des libertés et de la détention se fondent sur le non respect des formalités prévues par le CESEDA* », il déplorait l'inexistence dans le CESEDA d'une règle générale équivalente à celle prévue aux articles 802 du code de procédure pénale et 114 du code de procédure civile qui traduisent l'adage : « pas de nullité sans grief » rappelé par la jurisprudence constante de la Cour de cassation<sup>7</sup>. Par suite, tout manquement constaté à une formalité impliquait automatiquement une décision de rejet de la demande de prolongation et la libération de l'étranger.

La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité a comblé ce défaut en créant un article L. 552-13 dans le CESEDA relatif au contrôle exercé par le juge des libertés et de la détention sur la décision de placement en rétention administrative.

Cet ajout a renforcé la sécurité juridique des procédures en cohérence avec la procédure civile comme avec la procédure pénale. Il impose au juge, lorsqu'il retient une exception de nullité de procédure, de motiver son ordonnance au regard de l'existence d'un grief subi par la personne retenue mais demeure nécessairement sans incidence sur le pouvoir souverain d'appréciation du juge judiciaire sur les irrégularités dont il se trouvera saisi.

Pour éviter tout risque que la loi nouvelle relative au dispositif de retenue pour vérification du droit de séjour soit interprétée comme dérogeant à ces dispositions en vigueur, le projet de loi opère une référence explicite aux dispositions de l'article L. 552-13 du CESEDA.

Le contentieux de la légalité de la décision de placement en rétention n'est pas celui de la régularité de la privation de liberté devant le juge judiciaire, le juge administratif n'examine

---

<sup>6</sup> Au point 4, a), du chapitre VI de sa seconde partie (p. 87).

<sup>7</sup> Par exemple, Cour de cassation, civile 2°, 24 février 2000, n° 98-50042, publié au bulletin.

pas les irrégularités de la procédure de retenue mise en œuvre par un officier de police judiciaire ou sa responsabilité sous le contrôle du procureur de la République.

A cet égard, on soulignera encore une fois que le procureur de la République systématiquement informé dès le début de la retenue assure ainsi, sans préjudice des compétences du juge des libertés et de la détention, la sauvegarde des droits de la personne concernée et peut mettre fin à la retenue à tout moment, notamment s'il constate l'absence de nécessité de la mesure.

L'office du juge des libertés et de la détention n'est donc aucunement affecté, il sera saisi des irrégularités affectant la retenue aux fins de vérification du droit de séjour comme de toutes les mesures privatives de liberté antérieures au placement en rétention.

Mais le caractère proportionné et dénué d'ambiguïté de la mesure proposée par le projet de loi est de nature à limiter les contentieux en lien avec l'inadéquation de la garde à vue lorsqu'elle était mise en œuvre comme aux atteintes aux libertés attachées aux procédures conduites en dehors de tout cadre juridique.

#### ► **Les possibilités de consultation des fichiers durant cette procédure**

Au cours de la retenue pour vérification du droit de séjour, la prise des empreintes digitales et des photographies est autorisée, après information du procureur de la République, lorsque ce moyen s'avère nécessaire pour établir la situation des intéressés. Afin de déterminer leur identité s'ils n'en ont pas justifié et leur situation au regard du séjour, les officiers de police judiciaire, agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints pourront ainsi consulter le fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur (FAED), l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France (AGDREF2), conformément aux dispositions des articles L. 611-3 et L. 611-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. La base de données EURODAC peut également être interrogée.

L'accès aux données biométriques de l'application AGDREF2 par les officiers de police judiciaire, déjà autorisée dans le cadre de la vérification d'identité, nécessitera la modification de l'article R. 611-6 du même code pour qu'elle soit possible pendant la retenue pour vérification du droit de séjour.

### 1.2.3

#### **Mettre en cohérence les dispositions du code des douanes en matière de contrôle avec le nouveau dispositif de l'article L. 611-1-1 du CESEDA**

En matière migratoire sur le territoire, l'action du service des douanes reposait jusqu'à présent sur l'existence d'un délit puni d'emprisonnement. Deux situations juridiquement distinctes pouvaient se présenter.

Soit les agents des douanes intervenaient dans le cadre de l'article 67 *quater* du code des douanes qui est constitutif, dans les mêmes conditions que celles de l'article L 611-1 du CESEDA, d'un pouvoir de contrôle des titres d'entrée et de séjour des étrangers présents en France. Ce texte ne s'applique que dans certaines zones du territoire national (il s'agit des mêmes zones que celles de l'article 78-2 alinéa 8 du code de procédure pénale). Dans ce cas les agents des douanes pouvaient constater le délit de séjour irrégulier. De ce fait ils disposaient de la possibilité de placer l'étranger en retenue provisoire d'une durée de trois heures aux fins de sa remise à un officier de police judiciaire.

Soit les agents des douanes intervenaient en dehors des prescriptions de l'article 67 *quater* précité. Dans ce cas ils se contentaient de relever l'existence d'un délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement. Dès lors la remise à un officier de police judiciaire s'effectuait sur le fondement de l'article 73 du code de procédure pénale.

La disparition du délit de séjour irrégulier, bouleverse cette situation et oblige à de profondes modifications. En effet, sans la constatation d'un délit, l'ensemble du dispositif de retenue provisoire organisé dans l'article 67 *quater* du code des douanes, se trouve sans fondement. Par ailleurs, l'article 73 du code de procédure pénale n'est plus utilisable.

S'agissant d'une part de l'article 67 *quater* du code des douanes, les alinéas deux à huit de ce texte sont supprimés. Ce sont ces alinéas qui organisaient pour les agents des douanes ayant constaté le délit de séjour irrégulier, la possibilité de placer l'auteur de l'infraction en retenue provisoire d'une durée de trois heures. C'est désormais la mention de l'article 67 *quater* du code des douanes au premier alinéa de l'article L 611-1-1 (nouveau) du CESEDA, dans la liste des contrôles qui peuvent donner lieu à la conduite d'un étranger dans un local de police aux fins de la vérification de sa situation, qui permet d'assurer le chaînage des contrôles fondés sur le code des douanes, avec le dispositif créé par la loi dans le CESEDA.

Cette articulation des procédures douanière puis policière est assortie par ailleurs d'une garantie d'imputation des délais de remise par les agents des douanes sur la durée totale de la

mesure de contrainte prévue à l'article L. 611-1-1. Ainsi, la contrainte exercée sur un étranger ne pourra en tout état de cause jamais excéder la durée légale de seize heures sans qu'un délit n'ait été constaté.

Dans la mesure enfin où l'article 67 quater du code des douanes, actuellement situé dans une section du code des douanes intitulée « retenue provisoire des personnes », ne comporte plus de dispositif de retenue, il est procédé au déplacement de ce texte dans une section nouvelle du code des douanes (la section IX du chapitre IV du titre II) intitulée « Contrôle des titres ».

S'agissant d'autre part de l'action des services douaniers en dehors de la zone d'application de l'article 67 *quater* précité, un nouvel article 67-1 du code des douanes organise désormais la possibilité d'une conduite dans un local de police des personnes refusant ou étant dans l'impossibilité de s'identifier et à l'encontre desquelles un procès-verbal du code des douanes doit être rédigé. Cette conduite a pour finalité la mise en œuvre par un officier de police judiciaire d'une vérification d'identité dans les modalités prévues par l'article 78-3 du code de procédure pénale.

Il est précisé que ce texte a été conçu pour pouvoir s'appliquer de manière générale. Ce dispositif permet en premier lieu et à titre principal de sécuriser le recueil de l'identité des personnes par les agents des douanes dans le cadre des procédures douanières. Il autorise ainsi ces agents à mettre en œuvre un mécanisme équivalent à celui institué par l'article 78-6 du code de procédure pénale. Il permet en second lieu de conserver à la douane une implication en matière de lutte contre l'immigration irrégulière sur le territoire, équivalente à celle des autres administrations intervenant également sur cette matière de manière incidente et dont les agents sont habilités à mettre en œuvre les dispositions de l'article 78-6 du code de procédure pénale.

Ce dispositif permettra en effet de chaîner les procédures douanières avec les procédures de vérification d'identité conduite au titre de l'article 78-3 du code de procédure pénale. Il pourra se poursuivre, en application du paragraphe II de l'article L 611-1-1 (nouveau) du CESEDA et si la personne conduite par les agents des douanes dans un local de police aux fins de vérification d'identité se révèle être de nationalité étrangère, avec une procédure de vérification de la régularité de ses droits de séjour ou de circulation sur le territoire national. Dans ce cas, l'officier de police judiciaire pourra décider de son placement en retenue aux fins de vérification de situation dans les conditions du paragraphe I du L611-1-1 du CESEDA. La garantie d'imputation des délais sera préservée, le délai de la mesure

préalable de retenue aux fins de vérification d'identité s'imputant sur le délai de la retenue aux fins de vérification de situation qui lui fera suite. Il est à noter que ce mécanisme reprend celui mis en œuvre à l'encontre de toute personne conduite dans un local de police dans le cadre de l'article 78-6 du code de procédure pénale, et qui une fois sur place se révélant être de nationalité étrangère pourra faire l'objet de la part de l'officier de police judiciaire d'un placement en retenue aux fins de vérification de situation.

Au titre, enfin, des garanties prévues par ce 67-1 nouveau, seuls les agents des douanes « investis des fonctions de chef de poste ou les fonctionnaires désignés par eux titulaires du grade de contrôleur ou d'un grade supérieur » pourront procéder à la conduite de la personne dans un local de police. Il s'agit de la reprise du niveau de garantie déjà présent à l'article 67 quater du code des douanes. Cette conduite devra être réalisée « sans délai ». Enfin, la durée de la retenue aux fins de vérification d'identité, qui ne peut excéder quatre heures, aura pour point de départ le relevé d'identité initial par les agents des douanes.

#### **1.2.4 Assurer la conformité de l'article L. 611-1 du CESEDA avec les exigences du code frontière Schengen telles qu'interprétées par la CJUE**

Saisie d'un renvoi préjudiciel par la Cour de cassation, la CJUE s'est prononcée le 22 juin 2010 dans les affaires jointes C-188/10 et C-188/11 sur la compatibilité du huitième alinéa de l'article 78-2 du code de procédure pénale, habilitant les services de police à procéder à des contrôles d'identité dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats membres et une ligne tracée à 20 km en deçà de cette frontière, avec le droit de l'Union européenne, particulièrement avec l'article 67 du TFUE.

La Cour a jugé que la suppression du contrôle aux frontières intérieures ne porte pas atteinte, par principe, à l'exercice par les autorités compétentes d'un Etat membre en vertu du droit national, même à proximité des frontières intérieures. Elle a toutefois retenu que les dispositions en cause du code de procédure pénale ne comportaient pas les précisions et les limitations propres à écarter le grief de « mesure d'effet équivalent » telles que prévues à l'article 21, sous *a*), du code frontière Schengen.

Ledit article 21, sous *a*), prévoit que l'exercice des compétences de police ne peut être considéré comme équivalent à l'exercice des vérifications aux frontières lorsque les mesures de police :

- i) *n'ont pas pour objectif le contrôle aux frontières*
- ii) *sont fondées sur des informations générales et l'expérience des services de police relatives à d'éventuelles menaces pour la sécurité publique et visent, notamment, à lutter contre la criminalité transfrontière.*
- iii) *Sont conçues et exécutées de manière clairement distincte des vérifications systématiques des personnes effectuées aux frontières*
- iv) *Sont réalisées sur la base de vérifications réalisées à l'improviste.*

En conséquence, l'article 78-2 du code de procédure pénale a été modifié par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

Mais par un arrêt du 6 juin 2012 (pourvoi n° 10-25233, publié au bulletin), la Cour de cassation a jugé le premier alinéa de l'article L. 611-1 du CESEDA non conforme au principe de libre circulation institué par l'article 67 du TFUE et par les articles 20 et 21 du code frontières Schengen. Constatant que ces dispositions confèrent aux policiers la faculté, sur l'ensemble du territoire national, en dehors de tout contrôle d'identité, de requérir des personnes étrangères, indépendamment de leur comportement ou de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, la présentation de documents au titre desquels celles sont autorisés à circuler ou à séjourner en France, le Cour a jugé qu'elles ne satisfaisaient pas aux dispositions susvisées du TFUE et du code frontières Schengen dès lors qu'elles ne sont assorties d'aucune disposition de nature à garantir que l'usage de cette faculté ne puisse revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières.

Ce faisant, la Cour de cassation a appliqué aux vérifications de police administrative prévues par l'article L. 611-1 du CESEDA le raisonnement suivi par la CJUE dans son arrêt *Melki et Abdeli* du 22 juin 2010.

On observera que les contrôles diligentés par la police judiciaire sur le fondement de l'article 78-2 du code de procédure pénale et ceux mis en œuvre dans un cadre de police administrative sur le fondement du premier alinéa de l'article L. 611-1 du CESEDA ne poursuivent pas le même objet et que l'article 21 du code frontières Schengen distingue clairement ces objets en indiquant dans que la suppression du contrôle aux frontières intérieures ne porte pas atteinte à *la possibilité pour un État membre de prévoir dans son droit national l'obligation de détention et de port de titres et de documents.*

La CJUE a rappelé sa position dans un arrêt du 19 juillet 2012 sous l'affaire *Adil* (C-278/12) où, saisie de dispositions de la loi néerlandaise visant le contrôle de l'identité et du droit de séjour des étrangers postérieurement à leur entrée sur le territoire, elle a jugé que :

*§62 : Les contrôles prévus par la réglementation néerlandaise visent à vérifier l'identité, la nationalité et/ou le droit de séjour de la personne interpellée afin, principalement, de lutter contre le séjour illégal. Il s'agit de contrôles sélectifs visant à repérer les personnes en situation irrégulière et à décourager l'immigration illégale, l'objectif visé par ces contrôles étant poursuivi sur tout le territoire néerlandais, même si, dans les zones frontalières, des dispositions particulières relatives à l'exécution de ces contrôles sont prévues.*

*§ 63 : Conformément à l'article 21, sous c), du règlement n° 562/2006, la possibilité pour un État membre de prévoir une obligation de détention et de port de titres et de documents dans son droit national et donc des contrôles d'identité afin d'assurer le respect de cette obligation n'est pas affectée par la suppression du contrôle aux frontières intérieures*

Le projet de loi entend donc assurer une complète conformité du premier alinéa de l'article L. 611-1 du CESEDA avec cette jurisprudence.

### **1.3 Analyse de l'impact de la réforme**

Le projet de loi va générer divers impacts sur la société, sur les droits et libertés des personnes étrangères présentes sur le territoire français et sur la cohérence des politiques publiques en matière d'immigration.

#### **1.3.1 Impact sociétal et sur les droits et libertés des personnes étrangères sur le territoire français.**

Aujourd'hui une personne étrangère est coupable d'un délit puisque passible d'une peine d'emprisonnement d'un an, au seul motif qu'elle séjourne en France sans y être autorisée.

L'existence de cette incrimination pénale est de nature à entretenir à l'égard de la population étrangère une suspicion de délinquance potentielle. Une politique de contrôles s'est développée entraînant une hausse des interpellations, des gardes à vue des personnes présumées coupables de séjour irrégulier (entre 2005 et 2007, le nombre de gardes à vue pour la recherche de l'infraction de séjour irrégulier avait progressé de 41 %).

Or, parallèlement la réponse pénale a été étonnement en retrait : en 2009, 103 817 personnes ont été mises en cause sur le motif d'une infraction de séjour irrégulier et 80 063 gardées à vue sur le même chef, or seulement 5 306 condamnations ont été prononcées sur le fondement de l'article L. 621-1 du CESEDA en 2009 et seulement 597 condamnations l'ont été alors que l'infraction prévue à l'article L. 621-1 du CESEDA constituait l'unique

infraction<sup>8</sup>, Les peines d'amende ont été prononcées pour un montant moyen de 368 euros. Les peines prononcées avec sursis ont été privilégiées (209 peines d'emprisonnement avec sursis et 23 amendes avec sursis). En outre, en 2009, sur les 197 personnes condamnées sur le seul fondement de l'article L. 621-1 du CESEDA à une peine d'emprisonnement ferme, 50 étaient en état de récidive légale.

Ces chiffres sont en eux-mêmes révélateurs.

Il y a donc une vraie cohérence à mettre la législation pénale en rapport avec les évolutions de la société donc ce que la loi considère qu'une personne étrangère ne commet pas un délit au seul motif qu'elle a séjourné irrégulièrement en France.

### **1.3.2 Impact sur la cohérence de la législation pénale, le contentieux judiciaire et les charges en résultant, tant sur les magistrats que sur l'autorité administrative pour la défense**

Cette mise en retrait de la réponse pénale n'est pas en lien direct avec les évolutions récentes de la jurisprudence européenne. L'autorité judiciaire a opté de longue date pour une approche pragmatique du traitement judiciaire des infractions à la législation sur les étrangers en distinguant les cas de simple infraction de séjour irrégulier sur laquelle l'opportunité des poursuites est écartée, des hypothèses dans lesquelles s'ajoutent des cas de récidive ou de délits connexes comme le révèle explicitement une circulaire interministérielle du 21 février 2006.<sup>9</sup>

Cette approche pénale, déjà ancienne, exprime une évidence : la sanction pénale d'emprisonnement contredit directement la vraie réponse à une simple irrégularité de séjour, c'est-à-dire l'obligation pour la personne s'étant placée dans cette situation de quitter la France. Le nombre de 197 condamnations à des peines de prison ferme sanctionnant l'infraction de séjour irrégulier est à comparer aux 29 288 mesures d'éloignement

---

<sup>8</sup> Chiffres Justice

<sup>9</sup> Circulaire du 21 février 2006, précitée, le ministre de la justice a demandé aux parquets de n'exercer l'action publique pour entrée et séjour irréguliers qu'envers les étrangers ayant commis une autre infraction de nature correctionnelle ou criminelle justifiant l'engagement de poursuites ou à l'encontre de ceux faisant l'objet de recherches judiciaires ou de convocations en justice pour autres causes, ou encore lorsqu'il est établi que la personne étrangère a pénétré à nouveau sur le territoire national après avoir fait l'objet d'une procédure administrative de reconduite à la frontière ou lorsqu'elle possède des antécédents pénaux. En dehors de ces cas, il est demandé de classer la procédure sans suite.

effectivement exécutées en 2009, qui se rapporte à un nombre de mesures d'éloignement prononcées de 94 693.<sup>10</sup>

Les exigences conventionnelles viennent au soutien d'une évolution interne sensible depuis de nombreuses années. C'est pourquoi, le projet de loi met un terme à la concomitance du délit et de la réponse administrative.

La Cour de cassation reconnaît au juge des libertés et de la détention depuis une série d'arrêts de principe rendus le 28 juin 1995<sup>11</sup> un pouvoir d'examen de la validité des procédures pénales qui ont conduit à un placement en rétention administrative.

Il est notoire qu'en dépit de l'absence d'automatisme de leur enchaînement, la succession d'une garde à vue et d'un placement en rétention est à l'origine d'un contentieux abondant et d'une complexité croissante.

Les difficultés liées à ce contentieux spécifique ne sont pas en lien exclusif avec les évolutions de la jurisprudence européenne sur laquelle s'est alignée la Cour de cassation. Le juge des libertés et de la détention vérifie dans chaque espèce si la privation de liberté est régulière et si elle est nécessaire.

Ce contentieux représente une forte proportion (29,19 %) des échecs de l'éloignement liés à l'intervention des juges des libertés et de la détention et des cours d'appel (dont les décisions tous motifs confondus représentent à l'échelle nationale 17,80 % des échecs à l'éloignement ; chiffres SGII/DIMM/SDEC).

La réforme de la garde à vue puis les incertitudes tenant à l'interprétation de la directive retour ont produit une inflation des décisions défavorables à l'administration. De nombreuses procédures administratives se sont ainsi avérées vaines, des personnes étrangères ont été retenues inutilement, des services administratifs ont œuvré sur une procédure viciée à son origine.

### **1.3.3 Impact sur l'action des services de police et des préfetures**

La mise en place de la retenue pour vérification de situation aura plusieurs conséquences pour les services :

---

<sup>10</sup> Soit un taux d'exécution de 30,9 %. Chiffres Justice.

<sup>11</sup> Arrêts Bechta, Mpinga et Massamba.

- pour les services de police : la nécessité d'organiser l'accueil des retenus (dans le local de police), avec en particulier l'offre de prestations logistiques telles boissons et repas,
- pour les préfetures : une organisation susceptible de répondre aux sollicitations des services de police amenés à faire procéder à des vérifications, ce qui supposera éventuellement une évolution du système d'astreintes ou de permanences, dans un contexte budgétaire difficile.

#### **1.3.4 Impact sur l'action du service des douanes**

La disparition d'une part de la constatation du délit de séjour irrégulier de l'article 67 *quater* du code des douanes, et le remplacement corrélatif de la procédure de retenue provisoire qui figurait dans ce texte, par une capacité à conduire un étranger dans un local de police aux fins de vérification de sa situation en matière de séjour, représente un allègement des contraintes juridiques qui pesaient sur les services douaniers intervenant en la matière. Cette simplification ne modifie toutefois en rien le positionnement de la douane sur la mission de lutte contre l'immigration illégale, seules les modalités de l'articulation entre les procédures douanières, en matière de contrôles de titre, et policières étant modifiées et adaptées à l'évolution du droit.

D'autre part, l'institution et l'encadrement pour les services douaniers, quel que soit le domaine de leur intervention, d'une possibilité légale d'obtenir la mise en œuvre d'une vérification d'identité des personnes – dans les modalités prévues par l'article 78-3 du CPP – à l'encontre desquelles un procès-verbal doit être rédigé, représente une actualisation de l'encadrement juridique de l'intervention des services douaniers face à des situations délicates sur le plan opérationnel. Elle permet un simple alignement de la situation des agents des douanes, sur le régime juridique applicable aux autorités qui sont mentionnées à l'article 78-6 du code de procédure pénale. Par ailleurs, il est souligné que cette disposition n'entraînera aucune difficulté d'application pour les agents des douanes. Elle permettra en outre aux officiers de police judiciaire, en application du paragraphe II de l'article L 611-1-1, de chaîner une retenue aux fins de vérification d'identité d'une personne conduite à aux par des agents des douanes, vers une retenue pour vérification de situation si ladite personne est un étranger. Ce chaînage s'effectue avec le maintien de la garantie d'imputation des délais entre ces deux mesures.

Il convient par ailleurs de noter que ce dispositif n'est bien sûr pas exclusif de la mise en œuvre de l'article 73 du code de procédure pénale par les agents des douanes à l'encontre

notamment de personnes de nationalité étrangère, dans l'éventualité où des faits constitutifs d'un délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement sont constatés. Dans ce cadre, les personnes interpellées feront alors l'objet d'une remise à OPJ dans les conditions prévues au dit article.

## **2. Extension de l'immunité pénale pour l'aide aux étrangers (art. L. 622-4 du CESEDA)**

### **2.1 Contexte de la réforme et situation actuelle**

#### **2.1.1 Historique**

Le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger en France, prévu à l'article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, est une incrimination ancienne qui a pour origine un décret-loi du 2 mai 1938 relatif à la police des étrangers dont l'article 4 disposait : « *Tout individu qui, par aide directe ou indirecte, aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sera puni d'une amende de 100 à 1000 francs et d'un emprisonnement d'un mois à un an* ». L'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers a repris le texte de 1938, sans le modifier, sauf pour le montant de l'amende.

Le texte a par la suite été plusieurs fois réformé, afin notamment de durcir les sanctions et, surtout, de prévoir un champ d'immunité.

La loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 a ainsi exempté de sanctions pénales les ascendants, les descendants et le conjoint de l'étranger. La loi n° 98-349 du 11 mai 1998, dite loi RESEDA, a étendu cette immunité au conjoint des ascendants et descendants, ainsi qu'aux frères et sœurs de l'étranger et à leur conjoint. La loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 a exclu de ce champ de protection les conjoints vivant en état de polygamie.

Par ailleurs, la loi RESEDA avait prévu d'exempter de sanctions pénales des personnes morales, associations ou fondations dont la liste devait être fixée par un texte réglementaire. Ces dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel (n° 98-399 DC) qui a reconnu le principe d'une immunité pénale au bénéfice de certaines personnes physiques ou morales mais a considéré qu'en soumettant à l'appréciation du pouvoir exécutif (en l'espèce le ministre de l'intérieur) la « vocation humanitaire » des associations, notion qui n'est définie par aucune loi, il faisait dépendre l'application de la loi pénale de décisions administratives. La loi du 11 mai 1998 a d'autre part introduit le principe de l'aggravation de la sanction dans le cas où le délit est commis en bande organisée.

Le texte a également subi des modifications impliquées par la transposition de la directive européenne 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à

l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, qui impose aux Etats membres d'adopter des sanctions à l'encontre de quiconque aide sciemment et, dans un but lucratif, un ressortissant de pays tiers à séjourner illégalement sur le territoire d'un Etat membre. Elle permet par ailleurs d'exempter de sanctions pénales l'aide fournie dans un but humanitaire.

La transposition opérée par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, puis codifiée aux articles L. 622-1 et L. 622-4 du CESEDA, a donné lieu à un important débat parlementaire, car la loi ne reprend pas exactement les termes de la directive relatifs à l'infraction perpétrée dans un but lucratif mais exempte l'aide humanitaire sans contrepartie directe ou indirecte. Le débat s'est centré sur la nécessité d'une prise en compte plus précise des mobiles humanitaires des personnes morales ou physiques prêtant une aide aux étrangers en séjour irrégulier. S'en tenant aux principes du droit pénal, le législateur a voulu distinguer l'élément intentionnel de l'infraction, qui participe à sa constitution, du but recherché par la perpétration de celle-ci, qu'il soit lucratif, de recherche d'un profit quelconque, voire moral. C'est au juge de prendre ces mobiles en considération pour l'application de la peine au-delà du constat de l'infraction.

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a durci les sanctions contre le délit prévu à l'article L. 622-1 lorsqu'il est commis en bande organisée et prévoit des règles procédurales spéciales. Ces dispositions ont été déférées au Conseil constitutionnel, la saisine faisant valoir l'obscurité de la loi quant à l'infraction d'aide séjour irrégulier commise en « bande organisée ». La décision n° 2004-492 DC du 2 mai 2004 a posé la réserve d'interprétation suivante : « le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger commis en bande organisée ne saurait concerner les organismes humanitaires d'aide aux étrangers ». Pour autant, le Conseil constitutionnel s'est borné à rappeler, dans la ligne de sa décision de 1998, l'office du juge pénal en la matière auquel le législateur ne saurait se substituer.

Pressé de répondre aux inquiétudes de certaines associations humanitaires sur les conditions d'exercice de leurs missions lorsqu'elles apportent une assistance aux étrangers en situation irrégulière sur notre territoire (distributions de nourriture, soins médicaux, hébergement d'urgence, assistance juridique), le Gouvernement avait précisé au mois de novembre 2010, par circulaires à l'attention des parquets et des préfets, les conditions d'application de l'article L. 622-1 du CESEDA.

La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 a supprimé, à l'article L. 622-4, les restrictions à l'exemption à l'aide apportée au cas d'extrême nécessité en lien avec un risque vital ou tout

au moins extrême, pour rapprocher sa rédaction de celle de l'article 122-7 du code pénal relatif à l'immunité pénale résultant de l'état de nécessité. L'objectif était de mettre la loi en cohérence avec la pratique judiciaire : au lieu que l'acte humanitaire soit qualifié de « nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger », il doit être nécessaire à la sauvegarde de la personne de l'étranger, ce qui permet de viser au-delà des situations de dangers extrêmes ou les périls quasi-mortels les situations de dénuement auxquels remédient les associations à vocation humanitaire notamment.

### 2.1.2 Situation actuelle

Les réseaux qui exploitent la détresse des migrants, en contrepartie de sommes parfois très importantes, et souvent sous la menace, doivent être lourdement sanctionnés. Mais force est de constater que la législation française ne distingue pas suffisamment les agissements des passeurs qui organisent le passage des migrants, en contrepartie de sommes parfois très importantes, et les actes de solidarité des organismes sociaux, des associations à vocation humanitaire, et au-delà de tous ceux qui n'ont pour autre but que d'apporter les premiers secours à des personnes en proie au plus grand dénuement. Un tel amalgame a pour effet de mettre en cause des personnes qui apportent une assistance sans aucune contrepartie et d'entraver ainsi les gestes de solidarité à l'égard des personnes en grandes difficultés.

Aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Nombre de personnes mises en cause	3 354	3 540	3 958	3 786	4 562	4 879
Nombre de gardes à vue	2 324	2 349	2 684	2 584	2 661	2 585

Source : INHESJ-ONDRP (Etat 4001 annuel, DCPJ)

Par ailleurs, la Cour européenne s'est récemment prononcée sur le champ des immunités familiales (CEDH, 10 novembre 2011, *Mallah c/ France*, n° 29681/8). Dans cette affaire, un ressortissant marocain, condamné pour avoir hébergé son gendre, compatriote en situation irrégulière, avait fait valoir que sa condamnation constituait, eu égard aux circonstances de l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'est seulement parce que l'intéressé a été dispensé de peine que la Cour a considéré que les stipulations de l'article 8 n'ont pas été méconnues.

## 2.2 Description de la réforme et des objectifs poursuivis

Le présent projet de loi élargit le champ des immunités pénales prévues à l'article L. 622-4 pour le délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers.

### **2.2.1 L'immunité « humanitaire »**

L'insertion proposée d'un nouvel alinéa à l'article L. 622-4 vise à exclure du champ des poursuites pénales les personnes physiques ou morales sans but lucratif portant assistance aux étrangers et leur fournissant des prestations de restauration, d'hébergement ou de conseils juridiques, lorsque l'aide désintéressée que ces personnes physiques ou morales peuvent apporter dans ce cadre n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière. Au-delà des secours d'urgence ponctuels susceptibles d'être couverts par le texte en vigueur, les missions d'assistance peuvent se concrétiser diversement par un hébergement provisoire et/ou, selon les cas, une aide alimentaire, un soutien psychologique, des soins médicaux ou des conseils juridiques.

L'enjeu de la réforme est donc, suivant le sens de recommandations de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (avis des 19 novembre 2009 et 5 juillet 2010), de garantir l'action de toute personne physique ou morale sans but lucratif, incluant naturellement les salariés et les bénévoles des associations à vocation humanitaire, qui sont régulièrement conduits à assurer des prestations diverses auprès de toute personne en demande et sans considération de leur nationalité et de leur situation administrative en France.

### **2.2.2 L'immunité « familiale »**

Par ailleurs, la modification proposée du 2° de l'article L. 622-4 est relative aux exemptions dont bénéficient les membres de la famille d'un étranger. Sont aujourd'hui protégés par les 1° et 2° de cet article les ascendants, descendants et frères et sœurs de l'étranger, le conjoint de ceux-ci, ainsi que naturellement le conjoint de l'étranger. Toutefois, ces immunités ne concernent pas les membres de la famille du conjoint, quand bien même il peut s'agir de personnes proches de l'étranger, comme un beau-père ou une belle-sœur. Les dispositions en vigueur peuvent dès lors générer des situations paradoxales : une personne pourra par exemple aider, sans risque d'être poursuivie, la sœur de son conjoint, mais pas le conjoint de sa sœur. De même, il apparaît qu'un beau-père pourra porter assistance à son gendre – qui est le conjoint de sa descendante, mais qu'un gendre ne pourra être aidé par son beau-père, puisque les membres de la belle-famille ne sont pas exemptés de poursuites pénales, ainsi que l'a mis en évidence l'affaire *Mallah*. Quand bien même la France n'a pas été condamnée, les modifications proposées ont pour objet de tirer toutes les conséquences de cet arrêt et d'adapter les immunités aux réalités de la vie familiale des personnes.

### **2.3 Incidences de la mesure**

L'immunité accordée aux membres de la famille de l'étranger et aux personnes physiques ou morales permettra d'éviter que puissent être mises en cause des personnes qui, par humanité, apportent leur soutien aux plus démunis et de favoriser ainsi l'assistance humanitaire dont doit pouvoir bénéficier toute personne confrontée à un danger actuel ou imminent, sans que soit pour autant affaibli le dispositif législatif permettant de lutter contre les filières d'immigration clandestine.

### **3. Consultations et modalités d'application**

#### **3.1 Consultations**

Il n'y a pas eu lieu de procéder à des consultations.

#### **3.2 Application dans le temps**

Ces dispositions sont d'entrée en vigueur immédiate.

#### **3.3 Textes d'application nécessaires**

La consultation des données biométriques de l'application AGDREF2 par les officiers de police judiciaire pendant la retenue pour vérification du droit de séjour créée par le projet de loi est subordonnée à la modification de l'article R. 611-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

La modification de l'article 64-1 de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 implique en outre une modification du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, afin de déterminer le montant de la rétribution des avocats intervenant au cours de la retenue pour vérification du droit de séjour.

Aucune autre mesure particulière d'application n'est nécessaire pour cette réforme.

#### **3.4 Application dans l'espace**

Le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), à l'exception de ses dispositions concernant le droit d'asile, n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna.

Ces collectivités d'outre-mer étant, au regard du droit européen, des PTOM et ne faisant pas partie de l'espace Schengen, les modifications du CESEDA résultant des décisions de la Cour de cassation du 5 juillet 2012 qui tirent elles-mêmes les conséquences de la directive retour, n'ont pas lieu d'être. Les articles 1<sup>er</sup> à 8, modifiant le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), sont donc conformément à son article L. 111-2 applicables en France métropolitaine, dans les départements d'outre-mer, à l'exception de Mayotte ainsi qu'à Saint-Pierre-et-Miquelon, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin. Pour ces deux dernières collectivités et en vertu des articles LO 6213-1 et LO 6313-1

du code général des collectivités territoriales, une mention expresse d'applicabilité est nécessaire : c'est l'objet de l'article 12.

En revanche, l'élargissement de l'immunité pénale prévue à l'article L. 622-4 du CESEDA, sans lien avec la directive retour, est étendu à ces collectivités d'outre-mer. Les articles 6 à 8 reprennent donc les modifications apportées au CESEDA sur ce point en modifiant les dispositions équivalentes à l'article L. 622-4 de ce code :

- le III de l'article 28 de l'ordonnance du 26 avril 2000 pour les îles Wallis-et-Futuna (cf. art. 9) ;

- le III de l'article 30 de l'ordonnance du 26 avril 2000 pour la Polynésie française (cf. art. 10) ;

- le III de l'article 30 de l'ordonnance du 20 mars 2002 pour la Nouvelle-Calédonie (cf. art. 11).

Le droit des étrangers applicable à Mayotte fait actuellement l'objet d'une réflexion globale. En effet, dans le cadre de l'accession de Mayotte au statut de Région Ultra Périphérique, l'ordonnance n°2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte va être révisée, afin qu'y soit intégré l'acquis communautaire en matière d'entrée et de séjour des étrangers. De plus, M. Alain Christnacht, Conseiller d'Etat, a été chargé, le 30 juillet 2012 par le ministre des affaires étrangères, le ministre de l'intérieur et le ministre des outre-mer de dresser un état de situation à Mayotte en termes d'immigration irrégulière et de formuler des recommandations, notamment sur le régime juridique applicable en matière d'entrée et de séjour des ressortissants étrangers dans cette collectivité. Ses propositions sont attendues pour la fin du mois de septembre 2012. Dans ce contexte, il a été choisi de ne pas étendre immédiatement l'élargissement de l'immunité pénale, pour le délit d'aide au séjour irrégulier, à la famille du conjoint et aux associations humanitaires à Mayotte.

## **4. Liste des annexes**

### **4.1 Tableau des textes comparés**

### **4.2 Extraits du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**

- Articles 72, 79 et 83

### **4.3 Directives**

- Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers

- Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dite directive retour

### **4.4 Décisions du Conseil constitutionnel**

- Décision 76-75 DC du 12 janvier 1977 (*loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*)

- Décision 92-307 DC du 25 février 1992 (*loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*)

- Décision 98-399 DC du 3 mai 1998 (*loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*)

- Décision 2004-92 DC du 2 mars 2004 (*loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*)

### **4.5 Décisions de la Cour de justice de l'Union européenne**

- Arrêt *Melki et Abdeli c/ France* du 22 juin 2010 (C-188/10 et C-189/10)

- Arrêt *El Dridi c/ Italie* du 28 avril 2011 (C-61/11 PPU)

- Arrêt *Achughbabian c/ France* du 6 décembre 2011 (C-329/11)

### **4.6 Décision de la Cour européenne des droits de l'homme**

- Arrêt *Mallah c/ France* du 10 novembre 2011 (requête n° 29681/08)

#### **4.7 Décisions de la Cour de cassation**

- Arrêt du 25 novembre 2009 (req. n° 08-20294)

- Arrêts du 5 juillet 2012 (req. n<sup>os</sup> 11-30371, 11-19250 et 11-30530)

**PROJET DE LOI 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**

DROIT ACTUEL	DROIT ISSU DU PROJET DE LOI	Observations
<b>CODE DE L'ENTREE ET DU SEJOUR DES ETRANGERS ET DU DROIT D'ASILE</b>		
<b>LIVRE V – LES MESURES D'ELOIGNEMENT</b>		
<b>TITRE V – Rétenion d'un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire</b>		
<b>Chapitre II – Prolongation de la rétenion par le juge des libertés et de la détention</b>		
<b>Section 1 – Première saisine du juge des libertés et de la détention</b>		
<b>Art. L. 552-5.</b> - L'étranger est astreint à résider dans les lieux qui lui sont fixés par le juge. A la demande du juge, l'étranger justifie que le lieu proposé pour l'assignation satisfait aux exigences de garanties de représentation effectives. L'étranger se présente quotidiennement aux services de police ou aux unités de gendarmerie territorialement compétents au regard du lieu d'assignation, en vue de l'exécution de la mesure d'éloignement. En cas de défaut de respect des obligations d'assignation à résidence, les dispositions du premier alinéa de l'article L. 624-1 sont applicables. Le procureur de la République est saisi dans les meilleurs délais.	<b>Art. L. 552-5.</b> - L'étranger est astreint à résider dans les lieux qui lui sont fixés par le juge. A la demande du juge, l'étranger justifie que le lieu proposé pour l'assignation satisfait aux exigences de garanties de représentation effectives. L'étranger se présente quotidiennement aux services de police ou aux unités de gendarmerie territorialement compétents au regard du lieu d'assignation, en vue de l'exécution de la mesure d'éloignement. En cas de défaut de respect des obligations d'assignation à résidence, les dispositions du <del>premier alinéa</del> <b>deuxième alinéa</b> de l'article L. 624-1 sont applicables. Le procureur de la République est saisi dans les meilleurs délais.	<b>Article 6 du PJJ</b>
<b>LIVRE VI – CONTROLES ET SANCTIONS</b>		
<b>TITRE Ier – Contrôles</b>		
<b>Art. L. 611-1.</b> - En dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France à toute réquisition des officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) du code de procédure pénale. A 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, les personnes de nationalité étrangère peuvent être également tenues de présenter les pièces et documents visés à l'alinéa précédent.	<b>Art. L. 611-1.</b> – I. En dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France à toute réquisition des officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) du code de procédure pénale. A la suite d'un contrôle d'identité effectué en application des articles 78-1, 78-2, et 78-2-1 <b>et 78-2-2</b> du code de procédure pénale, les personnes de nationalité étrangère peuvent être également tenues de présenter les pièces et documents visés à l'alinéa précédent. <b>II. - Dans les zones et lieux mentionnés au huitième alinéa de l'article 78-2 du code de procédure pénale, le contrôle des obligations prévues au présent article ne peut être pratiqué que dans les conditions prévues par la dernière phrase de cet alinéa.</b>	<b>Article 1<sup>er</sup> du PJJ</b>
	<b>Art. L. 611-1-1.</b> - I. - Si, à l'occasion d'un contrôle effectué en application du premier alinéa de l'article L. 611-1 du présent code, des articles 78-1, 78-2, 78-2-1 et 78-2-2 du code de procédure pénale ou de l'article 67 <i>quater</i> du code des douanes, il apparaît qu'un	<b>Article 2 du PJJ</b>

étranger n'est pas en mesure de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France, il peut être conduit dans un local de police et y être retenu par un officier de police judiciaire aux fins de vérification de son droit de séjour sur le territoire français. Dans ce cas, l'officier de police judiciaire met l'étranger en mesure de fournir par tout moyen les pièces et documents requis et procède, s'il y a lieu, aux opérations de vérification nécessaires. Le procureur de la République en est informé dès le début de la retenue.

L'étranger est aussitôt informé par l'officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend, de la possibilité :

1° De demander l'assistance d'un interprète ;

2° De faire aviser 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. L'avocat désigné peut, dès son arrivée, communiquer pendant trente minutes avec la personne retenue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien ;

3° De demander à être assisté par un médecin désigné par l'officier de police judiciaire ;

4° De prévenir à tout moment sa famille ou toute personne de son choix ; si des circonstances particulières l'exigent, l'officier de police judiciaire prévient lui-même la famille ou la personne choisie.

L'étranger ne peut être retenu que pour le temps strictement exigé par l'examen de sa situation et, le cas échéant, le prononcé et la notification des décisions administratives applicables. La retenue ne peut excéder seize heures à compter du début du contrôle mentionné au premier alinéa. Le procureur de la République peut mettre fin à la retenue à tout moment.

Si l'étranger ne fournit pas d'éléments permettant d'apprécier sa situation au regard du séjour, les opérations de vérification peuvent donner lieu, après information du procureur de la République, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies lorsque celle-ci constitue un moyen nécessaire pour établir la situation de cette personne.

L'officier de police judiciaire mentionne, dans un procès-verbal, les motifs qui justifient le contrôle ainsi que la vérification du droit de séjour et les conditions dans lesquelles la personne a été présentée devant lui, informée de ses droits et mise en mesure de les exercer. Il précise le jour et l'heure à partir desquels la vérification a été effectuée, le jour et l'heure de la fin de la retenue et la durée de celle-ci et, le cas échéant, la prise d'empreintes ou de photographies.

Ce procès-verbal est présenté à la signature de l'étranger intéressé. Si ce dernier refuse de le signer, mention est faite du refus et des motifs de celui-ci.

Le procès-verbal est transmis au procureur de la République, copie en ayant été remise à la personne intéressée dans le cas prévu

	<p>par l'alinéa suivant.</p> <p>Si elle n'est suivie à l'égard de l'étranger qui a été retenu d'aucune procédure d'enquête ou d'exécution adressée à l'autorité judiciaire ou n'a donné lieu à aucune décision administrative, la vérification du droit de séjour ne peut donner lieu à une mise en mémoire sur fichiers et le procès-verbal, ainsi que toutes les pièces se rapportant à la vérification, sont détruits dans un délai de six mois sous le contrôle du procureur de la République.</p> <p>Les prescriptions énumérées au présent article sont imposées à peine de nullité, sous réserve des dispositions de l'article L. 552-13.</p> <p>II. - Lorsqu'un étranger, retenu en application de l'article 78-3 du code de procédure pénale, n'est pas en mesure de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France, les dispositions du I s'appliquent et la durée de la retenue effectuée en application de cet article s'impute sur celle de la retenue pour vérification du droit de séjour.</p> <p>III. - S'il apparaît, au cours de la retenue de l'étranger, que celui-ci doit faire l'objet d'un placement en garde à vue conformément aux dispositions des articles 62 et suivants du code de procédure pénale, la durée de la retenue s'impute sur celle de la garde à vue.</p>	
--	--	--

<p><b>Art. L. 611-4.</b> - En vue de l'identification d'un étranger qui n'a pas justifié des pièces ou documents visés à l'article L. 611-1 ou qui n'a pas présenté à l'autorité administrative compétente les documents de voyage permettant l'exécution de l'une des mesures mentionnées au premier alinéa de l'article L. 624-1 ou qui, à défaut de ceux-ci, n'a pas communiqué les renseignements permettant cette exécution, les données des fichiers automatisés des empreintes digitales gérés par le ministère de l'intérieur peuvent être consultées par les agents expressément habilités des services du ministère de l'intérieur et de la gendarmerie nationale, dans les conditions fixées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.</p>	<p><b>Art. L. 611-4.</b> - En vue de l'identification d'un étranger qui n'a pas justifié des pièces ou documents visés à l'article L. 611-1 ou qui n'a pas présenté à l'autorité administrative compétente les documents de voyage permettant l'exécution de l'une des mesures mentionnées au <del>premier alinéa</del> <b>deuxième alinéa</b> de l'article L. 624-1 ou qui, à défaut de ceux-ci, n'a pas communiqué les renseignements permettant cette exécution, les données des fichiers automatisés des empreintes digitales gérés par le ministère de l'intérieur peuvent être consultées par les agents expressément habilités des services du ministère de l'intérieur et de la gendarmerie nationale, dans les conditions fixées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.</p>	<p><b>Article 6 du PJJ</b></p>
---	---	--------------------------------

<p><b>TITRE II – Sanctions</b></p>		
<p><b>Chapitre Ier – Entrée et séjour irréguliers</b></p>	<p><b>Chapitre Ier – Entrée irrégulière</b></p>	<p><b>Article 5 du PJJ</b></p>
<p><b>Art. L. 621-1.</b> - L'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles L. 211-1 et L. 311-1 ou qui s'est maintenu en France au-delà de la durée autorisée par son visa sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 Euros.</p> <p>La juridiction pourra, en outre, interdire à l'étranger condamné, pendant une durée qui ne peut excéder trois ans, de pénétrer ou de séjourner en France. L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement.</p>	<p><b>Abrogé.</b></p>	<p><b>Article 5 du PJJ</b></p>
<p><b>Art. L. 621-2.</b> - Les peines prévues à l'article L. 621-1 sont applicables à l'étranger qui n'est pas ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne :</p> <p>1° S'il a pénétré sur le territoire métropolitain sans remplir les conditions</p>	<p><b>Art. L. 621-2.</b> - Les peines prévues à l'article L. 621-1 sont applicables à <b>Sera puni d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 Euros</b> l'étranger qui n'est pas ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne :</p> <p>1° S'il a pénétré sur le territoire métropolitain sans remplir les conditions</p>	<p><b>Article 5 du PJJ</b></p>

<p>mentionnées aux points a, b ou c du paragraphe 1 de l'article 5 du 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) et sans avoir été admis sur le territoire en application des points a et c du paragraphe 4 de l'article 5 de ce même règlement ; il en est de même lorsque l'étranger fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission en application d'une décision exécutoire prise par un autre Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 ;</p> <p>2° Ou si, en provenance directe du territoire d'un Etat partie à cette convention, il est entré ou a séjourné sur le territoire métropolitain sans se conformer aux stipulations de ses articles 19, paragraphe 1 ou 2,20, paragraphe 1, et 21, paragraphe 1 ou 2, à l'exception des conditions mentionnées au point e du paragraphe 1 de l'article 5 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, précité et au point d lorsque le signalement aux fins de non-admission ne résulte pas d'une décision exécutoire prise par un autre Etat partie à la convention.</p>	<p>mentionnées aux points a, b ou c du paragraphe 1 de l'article 5 du 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) et sans avoir été admis sur le territoire en application des points a et c du paragraphe 4 de l'article 5 de ce même règlement ; il en est de même lorsque l'étranger fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission en application d'une décision exécutoire prise par un autre Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 ;</p> <p>2° Ou si, en provenance directe du territoire d'un Etat partie à cette convention, il est entré <del>ou a séjourné</del> sur le territoire métropolitain sans se conformer aux stipulations de ses articles 19, paragraphe 1 ou 2,20, paragraphe 1, et 21, paragraphe 1 ou 2, à l'exception des conditions mentionnées au point e du paragraphe 1 de l'article 5 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, précité et au point d lorsque le signalement aux fins de non-admission ne résulte pas d'une décision exécutoire prise par un autre Etat partie à la convention.</p> <p><b>La juridiction pourra, en outre, interdire à l'étranger condamné, pendant une durée qui ne peut excéder trois ans, de pénétrer ou de séjourner en France. L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement.</b></p>	
<p><b>Chapitre II – Aide à l'entrée et au séjour irréguliers</b></p>		

<p><b>Art. L. 622-4.</b> - Sans préjudice des articles L. 621-1, L. 621-2, L. 623-1, L. 623-2 et L. 623-3, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :</p> <p>1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ;</p> <p>2° Du conjoint de l'étranger, sauf si les époux sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui;</p> <p>3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la personne de l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte.</p>	<p><b>Art. L. 622-4.</b> - Sans préjudice des articles <del>L. 621-1</del>, L. 621-2, L. 623-1, L. 623-2 et L. 623-3, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :</p> <p>1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ;</p> <p>2° Du conjoint de l'étranger, sauf si les époux sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui <b>ou de ses ascendants, descendants ou frères et sœurs ;</b></p> <p>3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la personne de l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte ;</p> <p><b>4° De toute personne physique ou de toute personne morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers et leur fournissant des prestations de restauration, d'hébergement ou de conseils juridiques, lorsque l'aide désintéressée que cette personne physique ou morale peut apporter dans ce cadre n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière.</b></p>	<p><b>Article 8 du PJL</b></p>
--	--	--------------------------------

<p>Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le premier conjoint.</p>	<p>Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le premier conjoint.</p>	
<p><b>Chapitre IV – Méconnaissance des mesures d'éloignement ou d'assignation à résidence</b></p>		
<p><b>Art. L. 624-1.</b> – Tout étranger qui se sera soustrait ou qui aura tenté de se soustraire à l'exécution d'une mesure de refus d'entrée en France, d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'une obligation de quitter le territoire français ou qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire, d'une interdiction de retour sur le territoire français ou d'un arrêté de reconduite à la frontière pris moins de trois ans auparavant en application de l'article L. 533-1, aura pénétré de nouveau sans autorisation en France sera puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement.</p> <p>La même peine sera applicable à tout étranger qui n'aura pas présenté à l'autorité administrative compétente les documents de voyage permettant l'exécution de l'une des mesures mentionnées au premier alinéa ou qui, à défaut de ceux-ci, n'aura pas communiqué les renseignements permettant cette exécution ou aura communiqué des renseignements inexacts sur son identité.</p>	<p><b>Art. L. 624-1.</b> – <b>Tout étranger qui, faisant l'objet d'une mesure de refus d'entrée en France, 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 sur le territoire français alors que les mesures prévues aux titres V ou VI du livre V, propres à permettre l'exécution de la mesure d'éloignement, ont été effectivement mises en œuvre, sera puni d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 €</b></p> <p>Tout étranger qui se sera soustrait ou qui aura tenté de se soustraire à l'exécution d'une mesure de refus d'entrée en France, d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'une obligation de quitter le territoire français ou qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire, d'une interdiction de retour sur le territoire français ou d'un arrêté de reconduite à la frontière pris moins de trois ans auparavant en application de l'article L. 533-1, aura pénétré de nouveau sans autorisation en France sera puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement.</p> <p>La même peine sera applicable à tout étranger qui n'aura pas présenté à l'autorité administrative compétente les documents de voyage permettant l'exécution de l'une des mesures mentionnées au premier alinéa <del>alinéa</del> <b>deuxième alinéa</b> ou qui, à défaut de ceux-ci, n'aura pas communiqué les renseignements permettant cette exécution ou aura communiqué des renseignements inexacts sur son identité.</p>	<p><b>Article 6 du PJJ</b></p>
<p><b>Art. L. 624-2.</b> - Le tribunal pourra, en outre, prononcer à l'encontre de l'étranger condamné l'interdiction du territoire pour une durée n'excédant pas dix ans.</p> <p>L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite à la frontière de l'étranger condamné, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement.</p>	<p><b>Art. L. 624-2.</b> - Le tribunal pourra, en outre, prononcer à l'encontre de l'étranger condamné l'interdiction du territoire pour une durée <del>n'excédant pas dix ans</del> <b>n'excédant pas trois ans dans le cas prévu au premier alinéa de l'article L. 624-1 et dix ans dans les cas prévus aux deuxième et troisième alinéas dudit article.</b></p> <p>L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite à la frontière de l'étranger condamné, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement.</p>	<p><b>Article 7 du PJJ</b></p>

DROIT ACTUEL	DROIT ISSU DU PROJET DE LOI	Observations
<b>CODE DES DOUANES</b>		
<b>TITRE II – Organisation et fonctionnement du service des douanes</b>		
<b>Chapitre IV – Pouvoirs des agents des douanes</b>		
<b>Section 6 – Présentation des titres et des documents d'identité</b>		
	<p><b>Art. 67-1. – Les agents des douanes sont habilités à relever l'identité des personnes afin de rédiger les procès-verbaux prévus par le présent code.</b></p> <p><b>Si la personne refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, les agents des douanes investis des fonctions de chef de poste ou les fonctionnaires désignés par eux titulaires du grade de contrôleur ou d'un grade supérieur peuvent la conduire sans délai dans un local de police où elle est remise à un officier de police judiciaire aux fins de vérification d'identité dans les conditions prévues à l'article 78-3 du code de procédure pénale. Le délai prévu au troisième alinéa de cet article court à compter du relevé d'identité mentionné à l'alinéa précédent.</b></p> <p><b>Les résultats de cette vérification d'identité sont communiqués sans délai aux agents des douanes.</b></p>	<b>Article 4 du PJL</b>
<b>Section 8 – Retenue provisoire des personnes</b>		
<p><b>Art. 67 quater.</b> – A compter de la date d'entrée en vigueur de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, les agents des douanes investis des fonctions de chef de poste ou les fonctionnaires désignés par eux titulaires du grade de contrôleur ou d'un grade supérieur peuvent, dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à ladite convention et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté, pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière, vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des pièces ou documents prévue à l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Lorsqu'il existe une section autoroutière démarrant dans la zone mentionnée ci-dessus et que le premier péage autoroutier se situe au-delà de la ligne des 20 kilomètres, la vérification peut en outre avoir lieu jusqu'à ce premier péage sur les aires de stationnement ainsi que sur le lieu de ce péage et les aires de stationnement attenantes. Les péages concernés par cette disposition sont désignés par arrêté. Lorsque cette vérification a lieu à bord d'un train effectuant une liaison internationale, elle peut être opérée sur la portion du trajet entre la frontière et le premier arrêt qui se situe au-delà des 20 kilomètres de la frontière. Toutefois, sur</p>	<p><b>Section 9 – Contrôle des titres</b></p> <p><b>Art. 67 quater.</b> – A compter de la date d'entrée en vigueur de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, les agents des douanes investis des fonctions de chef de poste ou les fonctionnaires désignés par eux titulaires du grade de contrôleur ou d'un grade supérieur peuvent, dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à ladite convention et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté, pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière, vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des pièces ou documents prévue à l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Lorsqu'il existe une section autoroutière démarrant dans la zone mentionnée ci-dessus et que le premier péage autoroutier se situe au-delà de la ligne des 20 kilomètres, la vérification peut en outre avoir lieu jusqu'à ce premier péage sur les aires de stationnement ainsi que sur le lieu de ce péage et les aires de stationnement attenantes. Les péages concernés par cette disposition sont désignés par arrêté. Lorsque cette vérification a lieu à bord d'un train effectuant une liaison internationale, elle peut être opérée sur la portion du trajet entre la frontière et le premier arrêt qui se situe au-delà des 20 kilomètres de la frontière. Toutefois, sur</p>	<b>Article 4 du PJL</b> <b>Article 4 du PJL</b>

celles des lignes ferroviaires effectuant une liaison internationale et présentant des caractéristiques particulières de desserte, la vérification peut également être opérée entre cet arrêt et un arrêt situé dans la limite des 50 kilomètres suivants. Ces lignes et ces arrêts sont désignés par arrêté ministériel. Pour la vérification du respect des obligations de détention, de port et de présentation des pièces ou documents prévue à l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le contrôle des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi ne peut être pratiqué que pour une durée n'excédant pas six heures consécutives dans un même lieu et ne peut consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans les zones ou lieux mentionnés au présent alinéa. Le fait que la vérification révèle une infraction autre que celle de non-respect des obligations susvisées ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

Dans les zones visées au premier alinéa, les agents des douanes mentionnés à cet alinéa sont habilités à constater les infractions aux articles L. 621-1 et L. 621-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Les agents des douanes constatent les infractions visées au deuxième alinéa par procès-verbal dont un double est remis dans les meilleurs délais au procureur de la République et une copie à l'intéressé.

Les agents des douanes mentionnés au premier alinéa procèdent à la retenue provisoire des personnes en infraction aux dispositions des articles L. 621-1 et L. 621-2 du même code aux fins de mise à disposition de l'officier de police judiciaire territorialement compétent.

Les agents des douanes informent sans délai le procureur de la République de la retenue provisoire, des motifs de la retenue et du lieu de cette retenue. Au cours de la retenue provisoire, la personne est conduite devant l'officier de police judiciaire territorialement compétent ou maintenue à sa disposition. La durée de la retenue provisoire est limitée au temps strictement nécessaire à l'accomplissement de ces diligences, sans pouvoir excéder trois heures à compter de la constatation des infractions aux mêmes articles L. 621-1 et L. 621-2. A l'expiration de ce délai, la personne est laissée libre si elle n'a pu être remise à l'officier de police judiciaire territorialement compétent et si elle n'a pas commis d'infraction douanière. Le procureur de la République peut mettre fin à tout moment à la retenue provisoire.

Lorsque la personne retenue est placée en garde à vue au terme de la retenue provisoire, la durée de la retenue provisoire s'impute sur celle de la garde à vue.

Lorsque la personne retenue fait l'objet par ailleurs d'une retenue douanière, dans les conditions prévues aux articles 323-1 à 323-10 du présent code, la durée de la retenue s'impute sur celle de la retenue douanière.

Les agents des douanes mentionnent par procès-verbal de constat, dont un double est remis à l'officier de police judiciaire, le jour et l'heure du début et de la fin de la retenue provisoire.

celles des lignes ferroviaires effectuant une liaison internationale et présentant des caractéristiques particulières de desserte, la vérification peut également être opérée entre cet arrêt et un arrêt situé dans la limite des 50 kilomètres suivants. Ces lignes et ces arrêts sont désignés par arrêté ministériel. Pour la vérification du respect des obligations de détention, de port et de présentation des pièces ou documents prévue à l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le contrôle des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi ne peut être pratiqué que pour une durée n'excédant pas six heures consécutives dans un même lieu et ne peut consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans les zones ou lieux mentionnés au présent alinéa. Le fait que la vérification révèle une infraction autre que celle de non-respect des obligations susvisées ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

~~Dans les zones visées au premier alinéa, les agents des douanes mentionnés à cet alinéa sont habilités à constater les infractions aux articles L. 621-1 et L. 621-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.~~

~~Les agents des douanes constatent les infractions visées au deuxième alinéa par procès-verbal dont un double est remis dans les meilleurs délais au procureur de la République et une copie à l'intéressé.~~

~~Les agents des douanes mentionnés au premier alinéa procèdent à la retenue provisoire des personnes en infraction aux dispositions des articles L. 621-1 et L. 621-2 du même code aux fins de mise à disposition de l'officier de police judiciaire territorialement compétent.~~

~~Les agents des douanes informent sans délai le procureur de la République de la retenue provisoire, des motifs de la retenue et du lieu de cette retenue. Au cours de la retenue provisoire, la personne est conduite devant l'officier de police judiciaire territorialement compétent ou maintenue à sa disposition. La durée de la retenue provisoire est limitée au temps strictement nécessaire à l'accomplissement de ces diligences, sans pouvoir excéder trois heures à compter de la constatation des infractions aux mêmes articles L. 621-1 et L. 621-2. A l'expiration de ce délai, la personne est laissée libre si elle n'a pu être remise à l'officier de police judiciaire territorialement compétent et si elle n'a pas commis d'infraction douanière. Le procureur de la République peut mettre fin à tout moment à la retenue provisoire.~~

~~Lorsque la personne retenue est placée en garde à vue au terme de la retenue provisoire, la durée de la retenue provisoire s'impute sur celle de la garde à vue.~~

~~Lorsque la personne retenue fait l'objet par ailleurs d'une retenue douanière, dans les conditions prévues aux articles 323-1 à 323-10 du présent code, la durée de la retenue s'impute sur celle de la retenue douanière.~~

~~Les agents des douanes mentionnent par procès-verbal de constat, dont un double est remis à l'officier de police judiciaire, le jour et l'heure du début et de la fin de la retenue provisoire.~~

DROIT ACTUEL	DROIT ISSU DU PROJET DE LOI	Observations
<b>ORDONNANCE N° 2000-371 DU 26 AVRIL 2000 RELATIVE AUX CONDITIONS D'ENTRÉE ET DE SÉJOUR DES ÉTRANGERS DANS LES ÎLES WALLIS ET FUTUNA</b>		
<b>TITRE III – Pénalités</b>		
<p><b>Art. 28. – I.</b> - Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger dans les îles Wallis et Futuna sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 3 636 000 CFP.</p> <p>Sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un Etat partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000.</p> <p>Pour l'application du deuxième alinéa, la situation irrégulière de l'étranger est appréciée au regard de la législation de l'Etat partie intéressé. En outre, les poursuites ne pourront être exercées à l'encontre de l'auteur de l'infraction que sur une dénonciation officielle ou sur une attestation des autorités compétentes de l'Etat partie intéressé.</p> <p>Aucune poursuite ne pourra être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite.</p> <p><b>II.</b> - Les personnes physiques coupables de l'un des délits prévus au I du présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :</p> <p>1° L'interdiction de séjour pour une durée de cinq ans au plus ;</p> <p>2° La suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire. Cette durée peut être doublée en cas de récidive ;</p> <p>3° Le retrait temporaire ou définitif de l'autorisation administrative d'exploiter soit des services occasionnels à la place ou collectifs, soit un service régulier, ou un service de navettes de transports internationaux ;</p> <p>4° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, notamment tout moyen de transport ou équipement terrestre, fluvial, maritime ou aérien, ou de la chose qui en est le produit. Les frais résultant des mesures nécessaires à l'exécution de la confiscation seront à la charge du condamné. Ils seront recouverts comme frais de justice ;</p> <p>5° L'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, sous les réserves mentionnées à l'article 131-27 du code pénal.</p> <p>Toute violation de cette interdiction sera punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 3 636 000 CFP ;</p> <p>6° L'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans au plus dans les conditions et sous les réserves prévues par les dispositions des</p>	<p><b>Art. 28. – I.</b> - Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger dans les îles Wallis et Futuna sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 3 636 000 CFP.</p> <p>Sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un Etat partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000.</p> <p>Pour l'application du deuxième alinéa, la situation irrégulière de l'étranger est appréciée au regard de la législation de l'Etat partie intéressé. En outre, les poursuites ne pourront être exercées à l'encontre de l'auteur de l'infraction que sur une dénonciation officielle ou sur une attestation des autorités compétentes de l'Etat partie intéressé.</p> <p>Aucune poursuite ne pourra être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite.</p> <p><b>II.</b> - Les personnes physiques coupables de l'un des délits prévus au I du présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :</p> <p>1° L'interdiction de séjour pour une durée de cinq ans au plus ;</p> <p>2° La suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire. Cette durée peut être doublée en cas de récidive ;</p> <p>3° Le retrait temporaire ou définitif de l'autorisation administrative d'exploiter soit des services occasionnels à la place ou collectifs, soit un service régulier, ou un service de navettes de transports internationaux ;</p> <p>4° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, notamment tout moyen de transport ou équipement terrestre, fluvial, maritime ou aérien, ou de la chose qui en est le produit. Les frais résultant des mesures nécessaires à l'exécution de la confiscation seront à la charge du condamné. Ils seront recouverts comme frais de justice ;</p> <p>5° L'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, sous les réserves mentionnées à l'article 131-27 du code pénal.</p> <p>Toute violation de cette interdiction sera punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 3 636 000 CFP ;</p> <p>6° L'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans au plus dans les conditions et sous les réserves prévues par les dispositions des</p>	<p><b>Article 9 du PJJ</b></p>

articles 131-30 à 131-30-2 du code pénal. L'interdiction du territoire français entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement.

**III.** - Sans préjudice des articles 26 et 29-1, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement du présent article l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ;

2° Du conjoint de l'étranger, sauf s'ils sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ;

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte.

Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant dans les îles Wallis et Futuna avec le premier conjoint.

articles 131-30 à 131-30-2 du code pénal. L'interdiction du territoire français entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement.

**III.** - Sans préjudice des articles 26 et 29-1, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement du présent article l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ;

2° Du conjoint de l'étranger, sauf s'ils sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui **ou de ses ascendants, descendants ou frères et sœurs** ;

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la ~~sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger~~ **sauvegarde de la personne de l'étranger**, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte ;

**4° De toute personne physique ou de toute personne morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers et leur fournissant des prestations de restauration, d'hébergement ou de conseils juridiques, lorsque l'aide désintéressée que cette personne physique ou morale peut apporter dans ce cadre n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière.**

Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant dans les îles Wallis et Futuna avec le premier conjoint.

DROIT ACTUEL	DROIT ISSU DU PROJET DE LOI	Observations
<b>ORDONNANCE N° 2000-372 DU 26 AVRIL 2000 RELATIVE AUX CONDITIONS D'ENTRÉE ET DE SÉJOUR DES ÉTRANGERS EN POLYNÉSIE FRANÇAISE</b>		
<b>TITRE III – Pénalités</b>		
<p><b>Art. 30. – I.</b> - Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en Polynésie française sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 3 636 000 CFP.</p> <p>Sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un Etat partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000.</p> <p>Pour l'application du deuxième alinéa, la situation irrégulière de l'étranger est appréciée au regard de la législation de l'Etat partie intéressé. En outre, les poursuites ne pourront être exercées à l'encontre de l'auteur de l'infraction que sur une dénonciation officielle ou sur une attestation des autorités compétentes de l'Etat partie intéressé.</p> <p>Aucune poursuite ne pourra être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite.</p> <p><b>II.</b> - Les personnes physiques coupables de l'un des délits prévus au I du présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :</p> <p>1° L'interdiction de séjour pour une durée de cinq ans au plus ;</p> <p>2° La suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire. Cette durée peut être doublée en cas de récidive ;</p> <p>3° Le retrait temporaire ou définitif de l'autorisation administrative d'exploiter soit des services occasionnels à la place ou collectifs, soit un service régulier, ou un service de navettes de transports internationaux ;</p> <p>4° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, notamment tout moyen de transport ou équipement terrestre, fluvial, maritime ou aérien, ou de la chose qui en est le produit. Les frais résultant des mesures nécessaires à l'exécution de la confiscation seront à la charge du condamné. Ils seront recouvrés comme frais de justice ;</p> <p>5° L'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, sous les réserves mentionnées à l'article 131-27 du code pénal.</p> <p>Toute violation de cette interdiction sera punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 3 636 000 CFP ;</p> <p>6° L'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans au plus dans les conditions et sous les réserves prévues par les dispositions des articles 131-30 à 131-30-2 du code pénal. L'interdiction du territoire français entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement.</p>	<p><b>Art. 30. – I.</b> - Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en Polynésie française sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 3 636 000 CFP.</p> <p>Sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un Etat partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000.</p> <p>Pour l'application du deuxième alinéa, la situation irrégulière de l'étranger est appréciée au regard de la législation de l'Etat partie intéressé. En outre, les poursuites ne pourront être exercées à l'encontre de l'auteur de l'infraction que sur une dénonciation officielle ou sur une attestation des autorités compétentes de l'Etat partie intéressé.</p> <p>Aucune poursuite ne pourra être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite.</p> <p><b>II.</b> - Les personnes physiques coupables de l'un des délits prévus au I du présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :</p> <p>1° L'interdiction de séjour pour une durée de cinq ans au plus ;</p> <p>2° La suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire. Cette durée peut être doublée en cas de récidive ;</p> <p>3° Le retrait temporaire ou définitif de l'autorisation administrative d'exploiter soit des services occasionnels à la place ou collectifs, soit un service régulier, ou un service de navettes de transports internationaux ;</p> <p>4° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, notamment tout moyen de transport ou équipement terrestre, fluvial, maritime ou aérien, ou de la chose qui en est le produit. Les frais résultant des mesures nécessaires à l'exécution de la confiscation seront à la charge du condamné. Ils seront recouvrés comme frais de justice ;</p> <p>5° L'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, sous les réserves mentionnées à l'article 131-27 du code pénal.</p> <p>Toute violation de cette interdiction sera punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 3 636 000 CFP ;</p> <p>6° L'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans au plus dans les conditions et sous les réserves prévues par les dispositions des articles 131-30 à 131-30-2 du code pénal. L'interdiction du territoire français entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement.</p>	<p><b>Article 10 du PJL</b></p>

III. - Sans préjudice des articles 28 et 31-1, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement du présent article l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ;

2° Du conjoint de l'étranger, sauf s'ils sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ;

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte.

Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en Polynésie française avec le premier conjoint.

III. - Sans préjudice des articles 28 et 31-1, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement du présent article l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ;

2° Du conjoint de l'étranger, sauf s'ils sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui **ou de ses ascendants, descendants ou frères et sœurs;**

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la ~~sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger~~ **sauvegarde de la personne de l'étranger**, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte ;

**4° De toute personne physique ou de toute personne morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers et leur fournissant des prestations de restauration, d'hébergement ou de conseils juridiques, lorsque l'aide désintéressée que cette personne physique ou morale peut apporter dans ce cadre n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière.**

Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en Polynésie française avec le premier conjoint.

DROIT ACTUEL	DROIT ISSU DU PROJET DE LOI	Observations
<b>ORDONNANCE N° 2002-388 DU 20 MARS 2002 RELATIVE AUX CONDITIONS D'ENTRÉE ET DE SÉJOUR DES ÉTRANGERS EN NOUVELLE-CALÉDONIE</b>		
<b>TITRE III – Pénalités</b>		
<p><b>Art. 30. - I.</b> - Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en Nouvelle-Calédonie sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 3 636 000 francs CFP.</p> <p>Sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un Etat partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000.</p> <p>Cette infraction est punie de dix ans d'emprisonnement et de 9 090 000 francs CFP d'amende lorsqu'elle est commise en bande organisée.</p> <p>Pour l'application du deuxième alinéa, la situation irrégulière de l'étranger est appréciée au regard de la législation de l'Etat partie intéressé. En outre, les poursuites ne pourront être exercées à l'encontre de l'auteur de l'infraction que sur une dénonciation officielle ou sur une attestation des autorités compétentes de l'Etat partie intéressé.</p> <p>Aucune poursuite ne pourra être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite.</p> <p><b>II.</b> - Les personnes physiques coupables de l'un des délits prévus au I du présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :</p> <p>1° L'interdiction de séjour pour une durée de cinq ans au plus ;</p> <p>2° La suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire. Cette durée peut être doublée en cas de récidive ;</p> <p>3° Le retrait temporaire ou définitif de l'autorisation administrative d'exploiter soit des services occasionnels à la place ou collectifs, soit un service régulier, ou un service de navettes de transports internationaux ;</p> <p>4° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, notamment tout moyen de transport ou équipement terrestre, fluvial, maritime ou aérien, ou de la chose qui en est le produit. Les frais résultant des mesures nécessaires à l'exécution de la confiscation seront à la charge du condamné. Ils seront recouverts comme frais de justice ;</p> <p>5° L'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, sous les réserves mentionnées à l'article 131-27 du code pénal.</p> <p>Toute violation de cette interdiction sera punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 3 636 000 CFP ;</p> <p>6° L'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans au plus dans les conditions et sous les réserves prévues par les dispositions des articles 131-30 à 131-30-2 du code pénal. L'interdiction du territoire</p>	<p><b>Art. 30. - I.</b> - Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en Nouvelle-Calédonie sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 3 636 000 francs CFP.</p> <p>Sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un Etat partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000.</p> <p>Cette infraction est punie de dix ans d'emprisonnement et de 9 090 000 francs CFP d'amende lorsqu'elle est commise en bande organisée.</p> <p>Pour l'application du deuxième alinéa, la situation irrégulière de l'étranger est appréciée au regard de la législation de l'Etat partie intéressé. En outre, les poursuites ne pourront être exercées à l'encontre de l'auteur de l'infraction que sur une dénonciation officielle ou sur une attestation des autorités compétentes de l'Etat partie intéressé.</p> <p>Aucune poursuite ne pourra être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite.</p> <p><b>II.</b> - Les personnes physiques coupables de l'un des délits prévus au I du présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :</p> <p>1° L'interdiction de séjour pour une durée de cinq ans au plus ;</p> <p>2° La suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire. Cette durée peut être doublée en cas de récidive ;</p> <p>3° Le retrait temporaire ou définitif de l'autorisation administrative d'exploiter soit des services occasionnels à la place ou collectifs, soit un service régulier, ou un service de navettes de transports internationaux ;</p> <p>4° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, notamment tout moyen de transport ou équipement terrestre, fluvial, maritime ou aérien, ou de la chose qui en est le produit. Les frais résultant des mesures nécessaires à l'exécution de la confiscation seront à la charge du condamné. Ils seront recouverts comme frais de justice ;</p> <p>5° L'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, sous les réserves mentionnées à l'article 131-27 du code pénal.</p> <p>Toute violation de cette interdiction sera punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 3 636 000 CFP ;</p> <p>6° L'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans au plus dans les conditions et sous les réserves prévues par les dispositions des articles 131-30 à 131-30-2 du code pénal. L'interdiction du territoire</p>	<p><b>Article 11 du PJL</b></p>

français entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement.

**III.** - Sans préjudice des articles 28 et 31-1, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement du présent article l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ;

2° Du conjoint de l'étranger, sauf s'ils sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ;

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte.

Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en Nouvelle-Calédonie avec le premier conjoint.

français entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement.

**III.** - Sans préjudice des articles 28 et 31-1, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement du présent article l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ;

2° Du conjoint de l'étranger, sauf s'ils sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui **ou de ses ascendants, descendants ou frères et sœurs** ;

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la ~~sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger~~ **sauvegarde de la personne de l'étranger**, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte ;

**4° De toute personne physique ou de toute personne morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers et leur fournissant des prestations de restauration, d'hébergement ou de conseils juridiques, lorsque l'aide désintéressée que cette personne physique ou morale peut apporter dans ce cadre n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière.**

Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en Nouvelle-Calédonie avec le premier conjoint.

DROIT ACTUEL	DROIT ISSU DU PROJET DE LOI	Observations
<b>LOI N° 91-647 RELATIVE A L'AIDE JURIDIQUE</b>		
<p><b>Troisième partie : Aide à l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue ou de la retenue douanière, en matière de médiation pénale et de composition pénale ainsi que pour l'assistance aux détenus au cours de procédures disciplinaires et aux personnes placées en rétention de sûreté</b></p>		
<p><b>Art. 64-1.</b> – L'avocat désigné d'office qui intervient au cours de la garde à vue dans les conditions prévues par le code de procédure pénale ou au cours de la retenue douanière dans les conditions prévues par le code des douanes a droit à une rétribution.</p> <p>Le premier alinéa est également applicable lorsque l'avocat intervient pour assister une victime lors d'une confrontation avec une personne gardée à vue.</p> <p>L'Etat affecte annuellement à chaque barreau une dotation représentant sa part contributive aux missions ainsi assurées par les avocats.</p> <p>Cette dotation est versée sur le compte spécial prévu par l'article 29.</p> <p>Le montant de la dotation est calculé selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat, en fonction du nombre des missions effectuées par les avocats désignés d'office.</p>	<p><b>Art. 64-1.</b> – L'avocat désigné d'office qui intervient au cours de la garde à vue dans les conditions prévues par le code de procédure pénale ou au cours de la retenue douanière dans les conditions prévues par le code des douanes <b>ou au cours de la retenue d'un étranger aux fins de vérification de situation dans les conditions prévues par le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile</b> a droit à une rétribution.</p> <p>Le premier alinéa est également applicable lorsque l'avocat intervient pour assister une victime lors d'une confrontation avec une personne gardée à vue.</p> <p>L'Etat affecte annuellement à chaque barreau une dotation représentant sa part contributive aux missions ainsi assurées par les avocats.</p> <p>Cette dotation est versée sur le compte spécial prévu par l'article 29.</p> <p>Le montant de la dotation est calculé selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat, en fonction du nombre des missions effectuées par les avocats désignés d'office.</p>	<p><b>Article 3 du PJL</b></p>

**VERSION CONSOLIDÉE**

**DU**

**TRAITÉ SUR LE FONCTIONNEMENT  
DE L'UNION EUROPÉENNE**

*Extraits*

*Article 72*

(ex-article 64, paragraphe 1, TCE et ex-article 33 TUE)

Le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure.

*Article 79*

(ex-article 63, points 3 et 4, TCE)

1. L'Union développe une politique commune de l'immigration visant à assurer, à tous les stades, une gestion efficace des flux migratoires, un traitement équitable des ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans les États membres, ainsi qu'une prévention de l'immigration illégale et de la traite des êtres humains et une lutte renforcée contre celles-ci.
2. Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures dans les domaines suivants:
  - a) les conditions d'entrée et de séjour, ainsi que les normes concernant la délivrance par les États membres de visas et de titres de séjour de longue durée, y compris aux fins du regroupement familial;
  - b) la définition des droits des ressortissants des pays tiers en séjour régulier dans un État membre, y compris les conditions régissant la liberté de circulation et de séjour dans les autres États membres;
  - c) l'immigration clandestine et le séjour irrégulier, y compris l'éloignement et le rapatriement des personnes en séjour irrégulier;
  - d) la lutte contre la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants.
3. L'Union peut conclure avec des pays tiers des accords visant la réadmission, dans les pays d'origine ou de provenance, de ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou qui ne remplissent plus les conditions d'entrée, de présence ou de séjour sur le territoire de l'un des États membres.

4. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des mesures pour encourager et appuyer l'action des États membres en vue de favoriser l'intégration des ressortissants de pays tiers en séjour régulier sur leur territoire, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

5. Le présent article n'affecte pas le droit des États membres de fixer les volumes d'entrée des ressortissants de pays tiers, en provenance de pays tiers, sur leur territoire dans le but d'y rechercher un emploi salarié ou non salarié.

### *Article 83*

(ex-article 31 TUE)

1. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes.

Ces domaines de criminalité sont les suivants: le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée. En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen.

2. Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. Ces directives sont adoptées selon une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation en question, sans préjudice de l'article 76.

3. Lorsqu'un membre du Conseil estime qu'un projet de directive visée au paragraphe 1 ou 2 porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale, il peut demander que le Conseil européen soit saisi. Dans ce cas, la procédure législative ordinaire est suspendue. Après discussion, et en cas de consensus, le Conseil européen, dans un délai de quatre mois à compter de cette suspension, renvoie le projet au Conseil, ce qui met fin à la suspension de la procédure législative ordinaire.

Dans le même délai, en cas de désaccord, et si au moins neuf États membres souhaitent instaurer une coopération renforcée sur la base du projet de directive concerné, ils en informent le Parlement européen, le Conseil et la Commission. Dans un tel cas, l'autorisation de procéder à une coopération renforcée, qui est visée à l'article 20, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne et à l'article 329, paragraphe 1, du présent traité est réputée accordée et les dispositions relatives à la coopération renforcée s'appliquent.

**DIRECTIVE 2002/90/CE DU CONSEIL**  
**du 28 novembre 2002**  
**définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers**

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 61, point a), et son article 63, point 3 b),

vu l'initiative de la République française <sup>(1)</sup>,

vu l'avis du Parlement européen <sup>(2)</sup>,

considérant ce qui suit:

- (1) L'un des objectifs de l'Union européenne est la mise en place progressive d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, impliquant notamment la lutte contre l'immigration clandestine.
- (2) Il convient par conséquent de s'attaquer à l'aide apportée à l'immigration clandestine, non seulement lorsqu'elle concerne le franchissement irrégulier de la frontière à proprement parler, mais aussi lorsqu'elle a pour but d'alimenter des réseaux d'exploitation des êtres humains.
- (3) Dans cette perspective, il est essentiel de parvenir à un rapprochement des dispositions juridiques existantes, notamment en ce qui concerne, d'une part, la définition précise de l'infraction considérée et des exemptions, qui fait l'objet de la présente directive, et, d'autre part, les règles minimales en matière de sanctions, de responsabilité des personnes morales et de compétence, qui font l'objet de la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers <sup>(3)</sup>.
- (4) La présente directive a pour objectif de définir la notion d'aide à l'immigration clandestine et de rendre ainsi plus opérante la mise en œuvre de la décision-cadre 2002/946/JAI, afin de prévenir cette infraction.
- (5) La présente directive complète d'autres instruments adoptés pour lutter contre l'immigration clandestine, l'emploi illégal, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants.
- (6) En ce qui concerne l'Islande et la Norvège, la présente directive constitue un développement des dispositions de l'acquis de Schengen au sens de l'accord conclu par le Conseil de l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces États à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen <sup>(4)</sup>, qui relèvent du domaine visé à l'article 1<sup>er</sup>, point E, de la décision 1999/437/CE du Conseil du 17 mai 1999 relative à certaines modalités d'application dudit accord <sup>(5)</sup>.
- (7) Le Royaume-Uni et l'Irlande ne participent pas à l'adoption et à l'application de la présente directive conformément aux dispositions pertinentes des traités.

- (8) Conformément aux articles 1<sup>er</sup> et 2 du protocole sur la position du Danemark, annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, le Danemark ne participe pas à l'adoption de la présente directive et n'est pas lié par celle-ci ni soumis à son application. Vu que la présente directive développe l'acquis de Schengen en application des dispositions du titre IV de la troisième partie du traité instituant la Communauté européenne, le Danemark, conformément à l'article 5 du protocole précité, décidera, dans un délai de six mois après que le Conseil aura arrêté la présente directive, s'il la transpose ou non dans son droit national,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

*Article premier*

**Infraction générale**

1. Chaque État membre adopte des sanctions appropriées:
  - a) à l'encontre de quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un État membre à pénétrer sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de la législation de cet État relative à l'entrée ou au transit des étrangers;
  - b) à l'encontre de quiconque aide sciemment, dans un but lucratif, une personne non ressortissante d'un État membre à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation de la législation de cet État relative au séjour des étrangers.
2. Tout État membre peut décider de ne pas imposer de sanctions à l'égard du comportement défini au paragraphe 1, point a), en appliquant sa législation et sa pratique nationales, dans les cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée.

*Article 2*

**Instigation, participation et tentative**

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les sanctions visées à l'article 1<sup>er</sup> soient également applicables à quiconque:

- a) est instigateur ou
- b) est complice d'une des infractions visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point a) ou b), ou
- c) tente de commettre une de ces infractions.

<sup>(1)</sup> JO C 253 du 4.9.2000, p. 1.

<sup>(2)</sup> JO C 276 du 1.10.2001, p. 244.

<sup>(3)</sup> Voir page 1 du présent Journal officiel.

<sup>(4)</sup> JO L 176 du 10.7.1999, p. 36.

<sup>(5)</sup> JO L 176 du 10.7.1999, p. 31.

*Article 3***Sanctions**

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les infractions visées aux articles 1<sup>er</sup> et 2 fassent l'objet de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives.

*Article 4***Mise en œuvre**

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 5 décembre 2004. Ils en informent immédiatement la Commission.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive ainsi qu'un tableau de correspondance entre les dispositions de la présente directive et les dispositions nationales adoptées. La Commission en informe les autres États membres.

*Article 5***Abrogation**

L'article 27, paragraphe 1, de la convention de Schengen de 1990 est abrogé à la date du 5 décembre 2004. Lorsqu'un État membre met en œuvre la présente directive conformément à l'article 4, paragraphe 1, avant cette date, ladite disposition cesse d'être applicable à cet État membre à partir de la date de la mise en œuvre.

*Article 6***Entrée en vigueur**

La présente directive entre en vigueur le jour de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

*Article 7***Destinataires**

Les États membres sont destinataires de la présente directive conformément au traité instituant la Communauté européenne.

Fait à Bruxelles, le 28 novembre 2002.

*Par le Conseil*

*Le président*

B. HAARDER

---

**DIRECTIVE 2008/115/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL**

**du 16 décembre 2008**

**relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier**

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 63, premier alinéa, point 3) b),

vu la proposition de la Commission,

statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité <sup>(1)</sup>,

considérant ce qui suit:

- (1) Le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 a défini, en matière d'immigration et d'asile, une approche cohérente, qui couvre à la fois la création d'un régime d'asile commun, une politique de l'immigration légale et la lutte contre l'immigration clandestine.
- (2) Le Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004 a recommandé la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement 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.
- (3) Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté, le 4 mai 2005, «vingt principes directeurs sur le retour forcé».
- (4) Il est nécessaire de fixer des règles claires, transparentes et équitables afin de définir une politique de retour efficace, constituant un élément indispensable d'une politique migratoire bien gérée.
- (5) La présente directive devrait arrêter un ensemble horizontal de règles, applicables à tous les ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans un État membre.
- (6) Les États membres devraient veiller à ce que, en mettant fin au séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers, ils respectent une procédure équitable et transparente. Conformément aux principes généraux du droit de l'Union européenne, les décisions prises en vertu de la présente directive devraient l'être au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs que le simple

fait du séjour irrégulier. Lorsqu'ils utilisent les formulaires types pour les décisions liées au retour, c'est-à-dire les décisions de retour et, le cas échéant, les décisions d'interdiction d'entrée ainsi que les décisions d'éloignement, les États membres devraient respecter ce principe et se conformer pleinement à l'ensemble des dispositions applicables de la présente directive.

- (7) Il convient de souligner que des accords de réadmission communautaires et bilatéraux avec les pays tiers sont nécessaires pour faciliter le processus de retour. Une coopération internationale avec les pays d'origine à tous les stades du processus de retour est une condition préalable à un retour durable.
- (8) La légitimité de la pratique du retour par les États membres des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier est reconnue, à condition que soient en place des régimes d'asile justes et efficaces qui respectent pleinement le principe de non-refoulement.
- (9) Conformément à la directive 2005/85/CE du Conseil du 1<sup>er</sup> décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres <sup>(2)</sup>, le ressortissant d'un pays tiers qui a demandé l'asile dans un État membre ne devrait pas être considéré comme étant en séjour irrégulier sur le territoire de cet État membre avant qu'une décision négative sur sa demande ou une décision mettant fin à son droit de séjour en tant que demandeur d'asile soit entrée en vigueur.
- (10) Lorsqu'il n'y a pas de raison de croire que l'effet utile d'une procédure de retour s'en trouve compromis, il convient de privilégier le retour volontaire par rapport au retour forcé et d'accorder un délai de départ volontaire. Une prolongation de ce délai de départ volontaire devrait être prévue si cela est considéré comme nécessaire en raison des circonstances propres à chaque cas. Afin d'encourager le retour volontaire, les États membres devraient prévoir une assistance et un soutien renforcés en vue du retour et exploiter au mieux les possibilités de financement correspondantes offertes dans le cadre du Fonds européen pour le retour.
- (11) Il y a lieu d'arrêter un ensemble commun minimal de garanties juridiques, applicables aux décisions liées au retour, afin d'assurer une protection efficace des intérêts des personnes concernées. L'assistance juridique nécessaire devrait être accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes. Les États membres devraient prévoir dans leur législation nationale les cas dans lesquels l'assistance juridique est jugée nécessaire.

<sup>(1)</sup> Avis du Parlement européen du 18 juin 2008 (non encore paru au Journal officiel) et décision du Conseil du 9 décembre 2008.

<sup>(2)</sup> JO L 326 du 13.12.2005, p. 13.

- (12) Il convient de régler la situation des ressortissants de pays tiers qui sont en séjour irrégulier, mais qui ne peuvent pas encore faire l'objet d'un éloignement. Leurs besoins de base devraient être définis conformément à la législation nationale. Afin d'être en mesure de prouver leur situation spécifique en cas de vérifications ou de contrôles administratifs, ces personnes devraient se voir délivrer une confirmation écrite de leur situation. Les États membres devraient avoir une grande latitude pour déterminer la forme et le modèle de la confirmation écrite et devraient également être en mesure de l'inclure dans les décisions liées au retour adoptées au titre de la présente directive.
- (13) Il convient de subordonner expressément le recours à des mesures coercitives au respect des principes de proportionnalité et d'efficacité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. Il convient d'établir des garanties minimales applicables à la conduite de retours forcés, en tenant compte de la décision 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus<sup>(1)</sup>. Les États membres devraient pouvoir avoir recours à différentes possibilités pour contrôler le retour forcé.
- (14) Il y a lieu de conférer une dimension européenne aux effets des mesures nationales de retour par l'instauration d'une interdiction d'entrée excluant toute entrée et tout séjour sur le territoire de l'ensemble des États membres. La durée de l'interdiction d'entrée devrait être fixée en tenant dûment compte de toutes les circonstances propres à chaque cas et ne devrait normalement pas dépasser cinq ans. Dans ce contexte, il convient de tenir particulièrement compte du fait que le ressortissant concerné d'un pays tiers a déjà fait l'objet de plus d'une décision de retour ou d'éloignement ou qu'il a déjà pénétré sur le territoire d'un État membre alors qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée.
- (15) Il convient de laisser aux États membres la faculté de décider si le réexamen d'une décision liée au retour doit ou non habiliter l'autorité ou l'instance chargée dudit réexamen à substituer sa propre décision liée au retour à la décision précédente.
- (16) Le recours à la rétention aux fins d'éloignement devrait être limité et subordonné au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. La rétention n'est justifiée que pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement et si l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas.
- (17) Les ressortissants de pays tiers placés en rétention devraient être traités humainement et dignement dans le respect de leurs droits fondamentaux et conformément aux dispositions du droit national et du droit international. Sans préjudice de l'arrestation initiale opérée par les autorités chargées de l'application de la loi, régie par la législation nationale, la rétention devrait s'effectuer en règle générale dans des centres de rétention spécialisés.
- (18) Les États membres devraient disposer d'un accès rapide aux informations relatives aux interdictions d'entrée imposées par les autres États membres. Ce partage d'informations devrait se faire conformément au règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)<sup>(2)</sup>.
- (19) Une coopération entre les institutions concernées, à tous les niveaux du processus de retour, ainsi que l'échange et la promotion des meilleures pratiques devraient aller de pair avec la mise en œuvre de la présente directive et assurer une valeur ajoutée européenne.
- (20) Étant donné que l'objectif de la présente directive, à savoir établir des règles communes applicables au retour, à l'éloignement, à l'utilisation de mesures coercitives, à la rétention et aux interdictions d'entrée, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc, en raison de ses dimensions et de ses effets, être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.
- (21) Les États membres devraient mettre en œuvre la présente directive sans faire de discrimination fondée sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.
- (22) Conformément à la convention des Nations unies de 1989 relative aux droits de l'enfant, l'«intérêt supérieur de l'enfant» devrait constituer une considération primordiale pour les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive. Conformément à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la vie familiale devrait constituer une considération primordiale pour les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive.
- (23) L'application de la présente directive ne porte pas préjudice aux obligations découlant de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, telle que modifiée par le protocole de New York du 31 janvier 1967.
- (24) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus, en particulier, par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(1) JO L 261 du 6.8.2004, p. 28.

(2) JO L 381 du 28.12.2006, p. 4.

- (25) Conformément aux articles 1<sup>er</sup> et 2 du protocole sur la position du Danemark, annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, le Danemark ne participe pas à l'adoption de la présente directive et n'est pas lié par celle-ci ni soumis à son application. Étant donné que la présente directive développe – dans la mesure où elle s'applique aux ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée conformément au code frontières Schengen <sup>(1)</sup> – l'acquis de Schengen en vertu des dispositions du titre IV de la troisième partie du traité instituant la Communauté européenne, le Danemark décide, conformément à l'article 5 dudit protocole, dans un délai de six mois à compter de la date d'adoption de la présente directive, s'il la transpose ou non dans son droit national.
- (26) Dans la mesure où elle s'applique aux ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée conformément au code frontières Schengen, la présente directive constitue un développement des dispositions de l'acquis de Schengen auquel le Royaume-Uni ne participe pas, conformément à la décision 2000/365/CE du Conseil du 29 mai 2000 relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen <sup>(2)</sup>; en outre, conformément aux articles 1<sup>er</sup> et 2 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande, annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, et sans préjudice de l'article 4 dudit protocole, le Royaume-Uni ne participe pas à l'adoption de la présente directive et n'est donc lié par aucune partie de celle-ci ni soumis à son application.
- (27) Dans la mesure où elle s'applique aux ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée conformément au code frontières Schengen, la présente directive constitue un développement des dispositions de l'acquis de Schengen auquel l'Irlande ne participe pas, conformément à la décision 2002/192/CE du Conseil du 28 février 2002 relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen <sup>(3)</sup>; en outre, conformément aux articles 1<sup>er</sup> et 2 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, et sans préjudice de l'article 4 dudit protocole, l'Irlande ne participe pas à l'adoption de la présente directive et n'est donc liée par aucune partie de celle-ci ni soumise à son application.
- (28) En ce qui concerne l'Islande et la Norvège, la présente directive constitue – dans la mesure où elle s'applique aux ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée conformément au code frontières Schengen – un développement des dispo-

sitions de l'acquis de Schengen au sens de l'accord conclu par le Conseil de l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux États à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, qui relèvent du domaine visé à l'article 1<sup>er</sup>, point C, de la décision 1999/437/CE du Conseil <sup>(4)</sup> relative à certaines modalités d'application dudit accord.

- (29) En ce qui concerne la Suisse, la présente directive constitue – dans la mesure où elle s'applique aux ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée conformément au code frontières Schengen – un développement des dispositions de l'acquis de Schengen au sens de l'accord conclu entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, qui relèvent du domaine visé à l'article 1<sup>er</sup>, point C, de la décision 1999/437/CE, lu en liaison avec l'article 3 de la décision 2008/146/CE du Conseil <sup>(5)</sup> relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de cet accord.
- (30) En ce qui concerne le Liechtenstein, la présente directive constitue — dans la mesure où elle s'applique aux ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée conformément au code frontières Schengen — un développement des dispositions de l'acquis de Schengen au sens du protocole entre l'Union européenne, la Communauté européenne, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein sur l'adhésion de la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, qui relèvent du domaine visé à l'article 1<sup>er</sup>, point C, de la décision 1999/437/CE, lu en liaison avec l'article 3 de la décision 2008/261/CE du Conseil <sup>(6)</sup> relative à la signature, au nom de la Communauté européenne, et à l'application provisoire de certaines dispositions de ce protocole,

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

#### CHAPITRE I

#### DISPOSITIONS GÉNÉRALES

##### Article premier

##### Objet

La présente directive fixe les normes et procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, conformément aux droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire ainsi qu'au droit international, y compris aux obligations en matière de protection des réfugiés et de droits de l'homme.

<sup>(1)</sup> 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) (JO L 105 du 13.4.2006, p. 1).

<sup>(2)</sup> JO L 131 du 1.6.2000, p. 43.

<sup>(3)</sup> JO L 64 du 7.3.2002, p. 20.

<sup>(4)</sup> JO L 176 du 10.7.1999, p. 31.

<sup>(5)</sup> JO L 53 du 27.2.2008, p. 1.

<sup>(6)</sup> JO L 83 du 26.3.2008, p. 3.

## Article 2

**Champ d'application**

1. La présente directive s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre.

2. Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive aux ressortissants de pays tiers:

- a) faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du code frontières Schengen, ou arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un État membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit État membre;
- b) faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition.

3. La présente directive ne s'applique pas aux personnes jouissant du droit communautaire à la libre circulation, telles que définies à l'article 2, point 5), du code frontières Schengen.

## Article 3

**Définitions**

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- 1) «ressortissant d'un pays tiers»: toute personne qui n'est ni un citoyen de l'Union au sens de l'article 17, paragraphe 1, du traité ni une personne jouissant du droit communautaire à la libre circulation, telle que définie à l'article 2, point 5), du code frontières Schengen;
- 2) «séjour irrégulier»: la présence sur le territoire d'un État membre d'un ressortissant d'un pays tiers qui ne remplit pas, ou ne remplit plus, les conditions d'entrée énoncées à l'article 5 du code frontières Schengen, ou d'autres conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans cet État membre;
- 3) «retour»: le fait, pour le ressortissant d'un pays tiers, de rentrer — que ce soit par obtempération volontaire à une obligation de retour ou en y étant forcé - dans:

— son pays d'origine, ou

— un pays de transit conformément à des accords ou autres arrangements de réadmission communautaires ou bilatéraux, ou

— un autre pays tiers dans lequel le ressortissant concerné d'un pays tiers décide de retourner volontairement et sur le territoire duquel il sera admis;

- 4) «décision de retour»: une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour;
- 5) «éloignement»: l'exécution de l'obligation de retour, à savoir le transfert physique hors de l'État membre;
- 6) «interdiction d'entrée»: une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire interdisant l'entrée et le séjour sur le territoire des États membres pendant une durée déterminée, qui accompagne une décision de retour;
- 7) «risque de fuite»: le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite;
- 8) «départ volontaire»: l'obtempération à l'obligation de retour dans le délai imparti à cette fin dans la décision de retour;
- 9) «personnes vulnérables»: les mineurs, les mineurs non accompagnés, les personnes handicapées, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs et les personnes qui ont été victimes de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle.

## Article 4

**Dispositions plus favorables**

1. La présente directive s'applique sans préjudice des dispositions plus favorables:

- a) des accords bilatéraux ou multilatéraux conclus entre la Communauté — ou la Communauté et ses États membres — et un ou plusieurs pays tiers;
- b) des accords bilatéraux ou multilatéraux conclus entre un ou plusieurs États membres et un ou plusieurs pays tiers.

2. La présente directive s'applique sans préjudice des dispositions qui relèvent de l'acquis communautaire en matière d'immigration et d'asile et qui s'avéreraient plus favorables pour le ressortissant d'un pays tiers.

3. La présente directive s'applique sans préjudice du droit des États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables pour les personnes auxquelles la présente directive s'applique, à condition que ces dispositions soient compatibles avec la présente directive.

4. En ce qui concerne les ressortissants de pays tiers exclus du champ d'application de la présente directive conformément à l'article 2, paragraphe 2, point a), les États membres:

- a) veillent à ce que le traitement et le niveau de protection qui leur sont accordés ne soient pas moins favorables que ceux prévus à l'article 8, paragraphes 4 et 5 (limitations du recours aux mesures coercitives), à l'article 9, paragraphe 2, point a) (report de l'éloignement), à l'article 14, paragraphe 1, points b) et d) (soins médicaux d'urgence et prise en considération des besoins des personnes vulnérables), ainsi qu'aux articles 16 et 17 (conditions de rétention), et
- b) respectent le principe de non-refoulement.

#### Article 5

#### **Non-refoulement, intérêt supérieur de l'enfant, vie familiale et état de santé**

Lorsqu'ils mettent en oeuvre la présente directive, les États membres tiennent dûment compte:

- a) de l'intérêt supérieur de l'enfant,
  - b) de la vie familiale,
  - c) de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers,
- et respectent le principe de non-refoulement.

#### CHAPITRE II

#### **FIN DU SÉJOUR IRRÉGULIER**

#### Article 6

#### **Décision de retour**

1. Les États membres prennent une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 à 5.

2. Les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre et titulaires d'un titre de séjour valable ou d'une autre autorisation conférant un droit de séjour délivrés par un autre État membre sont tenus de se rendre immédiatement sur le territoire de cet autre État membre. En cas de non-respect de cette obligation par le ressortissant concerné d'un pays tiers ou lorsque le départ immédiat du ressortissant d'un pays tiers est requis pour des motifs relevant de l'ordre public ou de la sécurité nationale, le paragraphe 1 s'applique.

3. Les États membres peuvent s'abstenir de prendre une décision de retour à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire si le ressortissant concerné d'un pays tiers est repris par un autre État membre en vertu d'accords ou d'arrangements bilatéraux existant à la date d'entrée en vigueur de la présente directive. Dans ce cas, l'État

membre qui a repris le ressortissant concerné d'un pays tiers applique le paragraphe 1.

4. À tout moment, les États membres peuvent décider d'accorder un titre de séjour autonome ou une autre autorisation conférant un droit de séjour pour des motifs charitables, humanitaires ou autres à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. Dans ce cas, aucune décision de retour n'est prise. Si une décision de retour a déjà été prise, elle est annulée ou suspendue pour la durée de validité du titre de séjour ou d'une autre autorisation conférant un droit de séjour.

5. Si un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre fait l'objet d'une procédure en cours portant sur le renouvellement de son titre de séjour ou d'une autre autorisation lui conférant un droit de séjour, cet État membre examine s'il y a lieu de s'abstenir de prendre une décision de retour jusqu'à l'achèvement de la procédure en cours, sans préjudice du paragraphe 6.

6. La présente directive n'empêche pas les États membres d'adopter une décision portant sur la fin du séjour régulier en même temps qu'une décision de retour et/ou une décision d'éloignement et/ou d'interdiction d'entrée dans le cadre d'une même décision ou d'un même acte de nature administrative ou judiciaire, conformément à leur législation nationale, sans préjudice des garanties procédurales offertes au titre du chapitre III ainsi que d'autres dispositions pertinentes du droit communautaire et du droit national.

#### Article 7

#### **Départ volontaire**

1. La décision de retour prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 et 4. Les États membres peuvent prévoir dans leur législation nationale que ce délai n'est accordé qu'à la suite d'une demande du ressortissant concerné d'un pays tiers. Dans ce cas, les États membres informent les ressortissants concernés de pays tiers de la possibilité de présenter une telle demande.

Le délai prévu au premier alinéa n'exclut pas la possibilité, pour les ressortissants concernés de pays tiers, de partir plus tôt.

2. Si nécessaire, les États membres prolongent le délai de départ volontaire d'une durée appropriée, en tenant compte des circonstances propres à chaque cas, telles que la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux.

3. Certaines obligations visant à éviter le risque de fuite, comme les obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé, peuvent être imposées pendant le délai de départ volontaire.

4. S'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours.

#### Article 8

##### Éloignement

1. Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision de retour si aucun délai n'a été accordé pour un départ volontaire conformément à l'article 7, paragraphe 4, ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire conformément à l'article 7.

2. Si un État membre a accordé un délai de départ volontaire conformément à l'article 7, la décision de retour ne peut être exécutée qu'après expiration de ce délai, à moins que, au cours de celui-ci, un risque visé à l'article 7, paragraphe 4, apparaisse.

3. Les États membres peuvent adopter une décision ou un acte distinct de nature administrative ou judiciaire ordonnant l'éloignement.

4. Lorsque les États membres utilisent — en dernier ressort — des mesures coercitives pour procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui s'oppose à son éloignement, ces mesures sont proportionnées et ne comportent pas d'usage de la force allant au-delà du raisonnable. Ces mesures sont mises en oeuvre comme il est prévu par la législation nationale, conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité et de l'intégrité physique du ressortissant concerné d'un pays tiers.

5. Lorsque les États membres procèdent aux éloignements par voie aérienne, ils tiennent compte des orientations communes sur les mesures de sécurité à prendre pour les opérations communes d'éloignement par voie aérienne, annexées à la décision 2004/573/CE.

6. Les États membres prévoient un système efficace de contrôle du retour forcé.

#### Article 9

##### Report de l'éloignement

1. Les États membres reportent l'éloignement:

- a) dans le cas où il se ferait en violation du principe de non-refoulement, ou
- b) tant que dure l'effet suspensif accordé conformément à l'article 13, paragraphe 2.

2. Les États membres peuvent reporter l'éloignement pour une période appropriée en tenant compte des circonstances propres à chaque cas. Ils prennent en compte notamment:

- a) l'état physique ou mental du ressortissant d'un pays tiers;
- b) des motifs d'ordre technique, comme l'absence de moyens de transport ou l'échec de l'éloignement en raison de l'absence d'identification.

3. Si l'éloignement est reporté conformément aux paragraphes 1 et 2, les obligations prévues à l'article 7, paragraphe 3, peuvent être imposées au ressortissant concerné d'un pays tiers.

#### Article 10

##### Retour et éloignement des mineurs non accompagnés

1. Avant que soit prise une décision de retour concernant un mineur non accompagné, l'assistance d'organismes compétents autres que les autorités chargées d'exécuter le retour est accordée en tenant dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Avant d'éloigner du territoire d'un État membre un mineur non accompagné, les autorités de cet État membre s'assurent qu'il sera remis à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates dans l'État de retour.

#### Article 11

##### Interdiction d'entrée

1. Les décisions de retour sont assorties d'une interdiction d'entrée:

- a) si aucun délai n'a été accordé pour le départ volontaire, ou
- b) si l'obligation de retour n'a pas été respectée.

Dans les autres cas, les décisions de retour peuvent être assorties d'une interdiction d'entrée.

2. La durée de l'interdiction d'entrée est fixée en tenant dûment compte de toutes les circonstances propres à chaque cas et ne dépasse pas cinq ans en principe. Elle peut cependant dépasser cinq ans si le ressortissant d'un pays tiers constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale.

3. Les États membres examinent la possibilité de lever ou de suspendre une interdiction d'entrée lorsqu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet d'une telle interdiction décidée conformément au paragraphe 1, deuxième alinéa, peut démontrer qu'il a quitté le territoire d'un État membre en totale conformité avec une décision de retour.

Les personnes victimes de la traite des êtres humains auxquelles un titre de séjour a été accordé conformément à la directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes <sup>(1)</sup> ne font pas l'objet d'une interdiction d'entrée, sans préjudice du paragraphe 1, premier alinéa, point b), et à condition que le ressortissant concerné d'un pays tiers ne représente pas un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale.

Les États membres peuvent s'abstenir d'imposer, peuvent lever ou peuvent suspendre une interdiction d'entrée, dans des cas particuliers, pour des raisons humanitaires.

Les États membres peuvent lever ou suspendre une interdiction d'entrée, dans des cas particuliers ou certaines catégories de cas, pour d'autres raisons.

4. Lorsqu'un État membre envisage de délivrer un titre de séjour ou une autre autorisation conférant un droit de séjour à un ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet d'une interdiction d'entrée délivrée par un autre État membre, il consulte au préalable l'État membre ayant délivré l'interdiction d'entrée et prend en compte les intérêts de celui-ci conformément à l'article 25 de la convention d'application de l'accord de Schengen <sup>(2)</sup>.

5. Les paragraphes 1 à 4 s'appliquent sans préjudice du droit à la protection internationale, telle qu'elle est définie à l'article 2, point a), de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts <sup>(3)</sup>, dans les États membres.

### CHAPITRE III

#### GARANTIES PROCÉDURALES

##### Article 12

###### Forme

1. Les décisions de retour et, le cas échéant, les décisions d'interdiction d'entrée ainsi que les décisions d'éloignement sont rendues par écrit, indiquent leurs motifs de fait et de droit et comportent des informations relatives aux voies de recours disponibles.

Les informations relatives aux motifs de fait peuvent être limitées lorsque le droit national permet de restreindre le droit à l'information, en particulier pour sauvegarder la sécurité nationale, la défense et la sécurité publique, ou à des fins de prévention et de détection des infractions pénales et d'enquêtes et de poursuites en la matière.

2. Sur demande, les États membres fournissent une traduction écrite ou orale des principaux éléments des décisions liées

au retour visées au paragraphe 1, y compris des informations concernant les voies de recours disponibles, dans une langue que le ressortissant d'un pays tiers comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend.

3. Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer le paragraphe 2 aux ressortissants d'un pays tiers qui ont pénétré illégalement sur le territoire d'un État membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit d'y séjourner.

Dans ce cas, les décisions liées au retour visées au paragraphe 1 sont rendues au moyen d'un formulaire type prévu par la législation nationale.

Les États membres mettent à disposition des documents d'information générale expliquant les principaux éléments du formulaire type dans au moins cinq des langues les plus fréquemment utilisées ou comprises par les migrants illégaux entrant dans l'État membre concerné.

##### Article 13

###### Voies de recours

1. Le ressortissant concerné d'un pays tiers dispose d'une voie de recours effective pour attaquer les décisions liées au retour visées à l'article 12, paragraphe 1, devant une autorité judiciaire ou administrative compétente ou une instance compétente composée de membres impartiaux et jouissant de garanties d'indépendance.

2. L'autorité ou l'instance visée au paragraphe 1 est compétente pour réexaminer les décisions liées au retour visées à l'article 12, paragraphe 1, et peut notamment en suspendre temporairement l'exécution, à moins qu'une suspension temporaire ne soit déjà applicable en vertu de la législation nationale.

3. Le ressortissant concerné d'un pays tiers a la possibilité d'obtenir un conseil juridique, une représentation juridique et, en cas de besoin, une assistance linguistique.

4. Les États membres veillent à ce que l'assistance juridique et/ou la représentation nécessaires soient accordées sur demande gratuitement conformément à la législation ou à la réglementation nationale applicable en matière d'assistance juridique et peuvent prévoir que cette assistance juridique et/ou cette représentation gratuites sont soumises aux conditions énoncées à l'article 15, paragraphes 3 à 6, de la directive 2005/85/CE.

##### Article 14

###### Garanties dans l'attente du retour

1. Sauf dans la situation visée aux articles 16 et 17, les États membres veillent à ce que les principes ci-après soient pris en compte dans la mesure du possible en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers au cours du délai de départ volontaire accordé conformément à l'article 7 et au cours des périodes pendant lesquelles l'éloignement a été reporté conformément à l'article 9:

<sup>(1)</sup> JO L 261 du 6.8.2004, p. 19.

<sup>(2)</sup> JO L 239 du 22.9.2000, p. 19.

<sup>(3)</sup> JO L 304 du 30.9.2004, p. 12.

- a) l'unité familiale avec les membres de la famille présents sur le territoire est maintenue;
- b) les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies sont assurés;
- c) les mineurs ont accès au système éducatif de base en fonction de la durée de leur séjour;
- d) les besoins particuliers des personnes vulnérables sont pris en compte.

2. Les États membres confirment par écrit aux personnes visées au paragraphe 1, conformément à la législation nationale, que le délai de départ volontaire a été prolongé conformément à l'article 7, paragraphe 2, ou que la décision de retour ne sera temporairement pas exécutée.

#### CHAPITRE IV

### RÉTENTION À DES FINS D'ÉLOIGNEMENT

#### Article 15

#### Rétention

1. À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque:

- a) il existe un risque de fuite, ou
- b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

2. La rétention est ordonnée par les autorités administratives ou judiciaires.

La rétention est ordonnée par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit.

Si la rétention a été ordonnée par des autorités administratives, les États membres:

- a) soit prévoient qu'un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du début de la rétention,
- b) soit accordent au ressortissant concerné d'un pays tiers le droit d'engager une procédure par laquelle la légalité de la rétention fait l'objet d'un contrôle juridictionnel accéléré qui doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du lancement de la procédure en question. Dans ce cas, les

États membres informent immédiatement le ressortissant concerné d'un pays tiers de la possibilité d'engager cette procédure.

Le ressortissant concerné d'un pays tiers est immédiatement remis en liberté si la rétention n'est pas légale.

3. Dans chaque cas, la rétention fait l'objet d'un réexamen à intervalles raisonnables soit à la demande du ressortissant concerné d'un pays tiers, soit d'office. En cas de périodes de rétention prolongées, les réexamens font l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire.

4. Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1 ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté.

5. La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien. Chaque État membre fixe une durée déterminée de rétention, qui ne peut pas dépasser six mois.

6. Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison:

- a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou
- b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires.

#### Article 16

#### Conditions de rétention

1. La rétention s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés. Lorsqu'un État membre ne peut les placer dans un centre de rétention spécialisé et doit les placer dans un établissement pénitentiaire, les ressortissants de pays tiers placés en rétention sont séparés des prisonniers de droit commun.

2. Les ressortissants de pays tiers placés en rétention sont autorisés — à leur demande — à entrer en contact en temps utile avec leurs représentants légaux, les membres de leur famille et les autorités consulaires compétentes.

3. Une attention particulière est accordée à la situation des personnes vulnérables. Les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies sont assurés.

4. Les organisations et instances nationales, internationales et non gouvernementales compétentes ont la possibilité de visiter les centres de rétention visés au paragraphe 1, dans la mesure où ils sont utilisés pour la rétention de ressortissants de pays tiers conformément au présent chapitre. Ces visites peuvent être soumises à une autorisation.

5. Les ressortissants de pays tiers placés en rétention se voient communiquer systématiquement des informations expliquant le règlement des lieux et énonçant leurs droits et leurs devoirs. Ces informations portent notamment sur leur droit, conformément au droit national, de contacter les organisations et instances visées au paragraphe 4.

#### Article 17

### Rétention des mineurs et des familles

1. Les mineurs non accompagnés et les familles comportant des mineurs ne sont placés en rétention qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible.

2. Les familles placées en rétention dans l'attente d'un éloignement disposent d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate.

3. Les mineurs placés en rétention ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge, et ont, en fonction de la durée de leur séjour, accès à l'éducation.

4. Les mineurs non accompagnés bénéficient, dans la mesure du possible, d'un hébergement dans des institutions disposant d'un personnel et d'installations adaptés aux besoins des personnes de leur âge.

5. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale dans le cadre de la rétention de mineurs dans l'attente d'un éloignement.

#### Article 18

### Situations d'urgence

1. Lorsqu'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers soumis à une obligation de retour fait peser une charge lourde et imprévue sur la capacité des centres de rétention d'un État membre ou sur son personnel administratif et judiciaire, l'État membre en question peut, aussi longtemps que cette situation exceptionnelle persiste, décider d'accorder pour le contrôle juridictionnel des délais plus longs que ceux prévus à l'article 15, paragraphe 2, troisième alinéa, et de prendre des mesures d'urgence concernant les conditions de rétention dérogeant à celles énoncées à l'article 16, paragraphe 1, et à l'article 17, paragraphe 2.

2. Lorsqu'il recourt à ce type de mesures exceptionnelles, l'État membre concerné en informe la Commission. Il informe également la Commission dès que les motifs justifiant l'application de ces mesures ont cessé d'exister.

3. Aucune disposition du présent article ne saurait être interprétée comme autorisant les États membres à déroger à l'obligation

générale qui leur incombe de prendre toutes les mesures appropriées, qu'elles soient générales ou particulières, pour veiller au respect de leurs obligations découlant de la présente directive.

#### CHAPITRE V

### DISPOSITIONS FINALES

#### Article 19

### Rapports

La Commission fait tous les trois ans rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la présente directive dans les États membres et, s'il y a lieu, propose des modifications.

La Commission fait rapport pour la première fois au plus tard le 24 décembre 2013, et porte à cette occasion une attention particulière à l'application de l'article 11, de l'article 13, paragraphe 4, et de l'article 15 dans les États membres. Pour ce qui est de l'article 13, paragraphe 4, la Commission évalue en particulier l'impact financier et administratif additionnel dans les États membres.

#### Article 20

### Transposition

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 24 décembre 2010. Pour ce qui est de l'article 13, paragraphe 4, les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 24 décembre 2011. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

#### Article 21

### Relation avec la convention de Schengen

La présente directive remplace les dispositions des articles 23 et 24 de la convention d'application de l'accord de Schengen.

#### Article 22

### Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

*Article 23***Destinataires**

Les États membres sont destinataires de la présente directive, conformément au traité instituant la Communauté européenne.

Fait à Strasbourg, le 16 décembre 2008.

*Par le Parlement européen*

*Le président*

H.-G. PÖTTERING

*Par le Conseil*

*Le président*

B. LE MAIRE

---



[Vous êtes ici](#) > [Accueil](#) > [Français](#) > [Les décisions](#) > [Accès par date](#) > [1977](#) > [76-75 DC](#)

## Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977

### Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales

Le Conseil constitutionnel,

Saisi le 21 décembre 1976 par MM Pierre JOXE, André CHANDERNAGOR, Gaston DEFFERRE, Alain SAVARY, Léonce CLERAMBEAUX, Pierre GAUDIN, René GAILLARD, Raymond FORNI, André BILLOUX, Louis EYRAUD, Joseph FRANCESCHI, Maurice BLANC, Robert AUMONT, Joseph PLANEIX, Alex RAYMOND, Jacques-Antoine GAU, Antoine GAYRAUD, Georges FILLIoud, Charles JOSSELIN, Pierre CHARLES, Roger DUROURE, Jean-Pierre COT, Hubert DUBEDOUT, Henri DUFFAUT, Robert HUGUET, Gilbert SENES, Robert CAPDEVILLE, Albert DENVERS, André DELEHEDDE, André BOULLOCHE, Tony LARUE, Gilbert FAURE, Robert FABRE, Francis LEENHARDT, Charles-Émile LOO, Louis BESSON, André GRAVELLE, Louis MEXANDEAU, Louis LONGEQUEUE, André DELELIS, Marcel MASSOT, Gérard HOUTEER, Jean-Pierre CHEVENEMENT, Raoul JARRY, Fernand BERTHOVIN, Louis DARINOT, Jean BERNARD, Jean MASSE, Lucien PIGNION, Arsène BOULAY, André LEBON, Maurice LEGENDRE, Raoul BAYOU, André SAINT-PAUL, Jean BASTIDE, Guy BECK, Alain VIVIEN, André GUERLIN, Yves LE FOLL, Claude DELORME, André DESMULLIEZ, Fernand SAUZEDDE, Daniel BENOIST, Gérard HAESBROECK, Louis LE PENSEC, Georges FRECHE, Alain BONNET, députés à l'Assemblée nationale, par MM Robert BALLANGER, Dominique FRELAUT, Didier ELOY, Etienne FAJON, Edmond GARCIN, Guy DUCOLONE, Henri FISZBIN, Georges GOSNAT, Roger GOUHIER, Marcel HOUEL, Hégésippe IBENE, Georges LAZZARINO, Paul LAURENT, Pierre JUQUIN, Joseph LEGRAND, Henri LUCAS, Marcel LEMOINE, Albert TATON, Gilbert MILLET, Louis MAISONNAT, Robert MONTDARGENT, Mme Gisèle MOREAU, MM Maurice NILES, Louis ODRU, Vincent PORELLI, Jack RALITE, René RIEUBON, Hubert RUFFE, André TOURNE, Lucien VILLA, Pierre VILLON, Robert VIZET, Claude WEBER, Maurice ANDRIEUX, Gustave ANSART, Pierre ARRAUT, Virgile BAREL, Louis BAILLOT, Paul BALMIGERE, Raymond BARBET, Jean BARDOL, Marcelin BERTHELOT, François BILLOUX, Georges BUSTIN, Henry CANACOS, Edouard CARLIER, Mme Jacqueline CHONAVEL, M Roger COMBRISON, Mme Hélène CONSTANS, MM Daniel DALBERA, André DUROMEA, Philippe GIOVANNINI, Georges HAGE, Parfait JANS, Emile JOURDAN, Maxime KALINSKI, Daniel LE MEUR, Roland LEROY, Waldeck L'HUILLIER, Pierre PRANCHERE, Roland RENARD, Roger ROUCAUTE, Gilbert SCHWARTZ, députés à l'Assemblée nationale. Et du 22 décembre 1976 au 11 janvier 1977 par MM Henri CAILLAVET, Jacques BORDENEUVE, Joseph RAYBAUD, Pierre TAJAN, Jacques PELLETIER, Marcel CHAMPEIX, Edgard PISANI, Robert SCHWINT, Jean COLIN, Jacques CARAT, Emile DURIEUX, Pierre MARCILHACY, Louis LE MONTAGNER, Marcel GARGAR, Charles de CUTTOLI, Gérard MINVIELLE, Jacques COUDERT, Edouard SOLDANI, Maurice FONTAINE, Jean PERIDIER, Maurice VERILLON, Pierre PROST, Pierre GIRAUD, Etienne DAILLY, Robert LAUCOURNET, Michel DARRAS, René JAGER, Henri TERRE, Emile DIDIER, Pierre PERRIN, Victor ROBINI, Francisque COLLOMB, Bernard LEGRAND, André MESSAGER, Edouard GRANGIER, Georges DARDEL, Josy MOINET, Fernand POIGNANT, André RABINEAU, André MERIC, Francis PALMERO, Pierre PETIT, Emile VIVIER, Léopold HEBER, Albert PEN, Maurice COUTROT, Jean MEZARD, Georges LOMBARD, Marcel MATHY, Pierre JEAMBRUN, Auguste AMIC, André BARROUX, Abel SEMPE, Maxime JAVELLY, Jean GEOFFROY, Charles CATHALA, Hubert PEYOU, Roger BOILEAU, Jean NAYROU, Marcel NUNINGER, Adrien LAPLACE, Gabriel CALMELS, Paul MISTRAL, Pierre SCHIELE, Edgar TAILHADES, Jean VARLET, Georges LAMOUSSE, Michel LABEGUERIE, Georges BERCHET, Charles ALLIES, Lucien GRAND, François GIACCOBI, André BOHL, Michel MOREIGNE, Maurice PIC, Jacques VERNEUIL, Mme Brigitte GROS, MM Guy PASCAUD, Noël BERRIER, sénateurs, dans les conditions prévues à l'article 61, deuxième alinéa, de la Constitution, du texte de la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales telle qu'elle a été adoptée par le Parlement ;



Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Oùï le rapporteur en son rapport ;

1. Considérant que la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République, et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, confirmé par le Préambule de la Constitution de 1958 ;
2. Considérant que l'article 66 de la Constitution, en réaffirmant ce principe, en confie la garde à l'autorité judiciaire ;
3. Considérant que le texte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel a pour objet de donner aux officiers de police judiciaire ou, sur ordre de ceux-ci, aux agents de police judiciaire, le pouvoir de procéder à la visite de tout véhicule ou de son contenu aux seules conditions que ce véhicule se trouve sur une voie ouverte à la circulation publique et que cette visite ait lieu en la présence du propriétaire ou du conducteur ;
4. Considérant que, sous réserve que soient remplies les deux conditions ci-dessus rappelées, les pouvoirs attribués par cette disposition aux officiers de police judiciaire et aux agents agissant sur l'ordre de ceux-ci pourraient s'exercer, sans restriction, dans tous les cas, en dehors de la mise en vigueur d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels, alors même qu'aucune infraction n'aura été commise et sans que la loi subordonne ces contrôles à l'existence d'une menace d'atteinte à l'ordre public ;
5. Considérant qu'en raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels il seraient susceptibles de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle ; que, par suite, il n'est pas conforme à la Constitution ;

Décide :

Article premier :

Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions de l'article unique de la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales.

Article 2 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Journal officiel du 13 janvier 1976, p. 344

Recueil, p. 33



Vous êtes ici > [Accueil](#) > [Français](#) > [Les décisions](#) > [Accès par date](#) > [1992](#) > [92-307 DC](#)

## Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992

### Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 25 janvier 1992, par le Premier ministre, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, aux fins d'apprécier la conformité à celle-ci de l'article 8 de la loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu la loi n° 54-290 du 17 mars 1954 autorisant la ratification de la convention de Genève sur le statut des réfugiés du 28 juillet 1951, ensemble le décret n° 54-1055 du 14 octobre 1954 portant publication de la convention ;

Vu la loi n° 70-1076 du 25 novembre 1970 autorisant l'adhésion de la France au protocole relatif au statut des réfugiés, signé à New York le 31 janvier 1967, ensemble le décret n° 71-289 du 9 avril 1971 portant publication du protocole ;

Vu la loi n° 91-737 du 30 juillet 1991 autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, ensemble la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 ;

Vu le décret n° 91-902 du 6 septembre 1991 portant publication de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

Vu le titre II de la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France ;

Vu le décret n° 82-442 du 27 mai 1982 modifié, pris pour l'application de l'article 5 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

– SUR LA DETERMINATION DES DISPOSITIONS SOUMISES AU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE :

1. Considérant que si, aux termes de sa lettre du 25 janvier 1992, le Premier ministre a demandé au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution "de l'article 8 de la loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée", cette précision n'affecte pas la possibilité pour le Conseil constitutionnel de faire porter son contrôle sur les autres dispositions de la loi et d'en tirer toutes conséquences de droit ;

– SUR L'ARTICLE 8 :

. En ce qui concerne le contenu de l'article 8 :

2. Considérant que l'article 8 de la loi comporte deux paragraphes ; que le paragraphe I insère dans le texte de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée un article 35 quater ; que le paragraphe II abroge corrélativement certaines dispositions des articles 5 et 35 bis de cette ordonnance ;

3. Considérant que l'article 35 quater ajouté à l'ordonnance n° 45-2658 comprend trois paragraphes distincts ;

4. Considérant que le paragraphe I de l'article 35 quater se compose de trois alinéas ; qu'aux termes du premier alinéa, "l'étranger qui n'a pas été autorisé à entrer sur le territoire français à la frontière aérienne ou maritime ou qui a demandé son admission à cette frontière au titre de l'asile peut être maintenu dans la zone de transit du port ou de l'aéroport pendant le temps strictement nécessaire à son départ ou à l'examen de sa demande d'admission sur le

territoire et pour une durée qui ne peut excéder vingt jours. Cette zone, qui est délimitée par arrêté du préfet, s'étend des points d'embarquement ou de débarquement sur le territoire français aux postes où sont effectués les contrôles des personnes à l'entrée et à la sortie du territoire. Elle peut être étendue pour inclure dans son périmètre un ou plusieurs lieux d'hébergement sur l'emprise portuaire ou aéroportuaire ; que selon le deuxième alinéa, "le maintien en zone de transit est prononcé par une décision écrite et motivée du chef du service de contrôle aux frontières ou d'un fonctionnaire désigné par lui, titulaire du grade d'inspecteur. Cette décision est inscrite sur un registre mentionnant l'état civil de l'étranger concerné et les conditions de son maintien" ; qu'il est spécifié au troisième alinéa que "l'étranger est libre de quitter à tout moment la zone de transit pour toute destination étrangère de son choix" ; qu'il peut demander l'assistance d'un interprète et d'un médecin, et communiquer, s'il le désire, avec toute personne de son choix ; qu'il est précisé que l'étranger est informé de ses droits "au moment de la décision de maintien", par l'intermédiaire d'un interprète, s'il ne connaît pas la langue française ; que l'exécution de cette formalité est mentionnée au registre prévu au deuxième alinéa, lequel est "émargé par l'intéressé" ;

5. Considérant que le paragraphe II de l'article 35 quater énonce, dans un premier alinéa, que le maintien en zone de transit au-delà de vingt jours peut être autorisé, pour une durée qui ne peut être supérieure à dix jours, par le président du tribunal administratif ou par un magistrat délégué par lui ; que le deuxième alinéa assigne au président comme à son délégué un délai pour statuer, de quarante-huit heures à compter de sa saisine par le préfet, et indique que "l'audience peut avoir lieu dans la zone de transit" ; qu'en vertu du troisième alinéa l'étranger peut demander le concours d'un interprète et la communication de son dossier ; que le quatrième alinéa fixe les règles de procédure applicables à l'audience à l'issue de laquelle il est statué par le président du tribunal administratif ou son délégué ; qu'il est prescrit notamment que l'audience est publique et que l'étranger est assisté d'un conseil, choisi par lui ou désigné d'office à sa demande par le président du tribunal ou son délégué ; qu'enfin, le cinquième alinéa du paragraphe II de l'article 35 quater détermine les conditions dans lesquelles il peut être relevé appel du jugement rendu par le président du tribunal administratif ou son délégué ;

6. Considérant que le paragraphe III de l'article 35 quater prévoit que les dispositions de cet article s'appliquent également à l'étranger qui se trouve en transit dans un port ou un aéroport lorsque "la compagnie de transport qui devait l'acheminer dans le pays de destination ultérieure refuse de l'embarquer" ou que "les autorités du pays de destination lui ont refusé l'entrée et l'ont renvoyé en France" ;

7. Considérant que le paragraphe II de l'article 8 a pour objet d'abroger les dispositions de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 qui prévoient qu'un étranger auquel est opposé un refus d'entrée en France peut être maintenu dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire pendant le temps strictement nécessaire à son départ, dans les conditions prévues à l'article 35 bis de ladite ordonnance ;

. En ce qui concerne la conformité à la Constitution de l'article 8 :

8. Considérant que l'État est en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire sous réserve du respect des engagements internationaux qu'il a souscrits et des principes de valeur constitutionnelle ; qu'au nombre de ces derniers figurent aussi bien le droit d'asile que la liberté individuelle ; que c'est en fonction de ce droit de l'État et de ces principes que doit être appréciée la conformité à la Constitution de l'article 8 ;

– Quant au respect du droit d'asile :

9. Considérant que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958, proclame dans son quatrième alinéa que "tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République" ; qu'un tel principe est mis en oeuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne ;

10. Considérant qu'il résulte du rapprochement des articles 2 et 5 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 que les documents relatifs à l'objet et aux conditions de séjour ainsi qu'aux garanties de rapatriement ne sont exigés d'un étranger qui désire entrer en France que "sous réserve des conventions internationales" ; que cette réserve vise en particulier la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés modifiée par le protocole de New-York du 31 janvier 1967, dont les stipulations font obstacle à ce que les documents en cause puissent être exigés des personnes qui, demandant à entrer sur le territoire français, peuvent prétendre à la qualité de réfugié politique ;

11. Considérant qu'il suit de là qu'un étranger qui a sollicité son admission en France au titre de l'asile ne saurait faire l'objet d'un maintien en zone de transit le temps nécessaire à son départ, moyennant des garanties adéquates, que s'il apparaît que sa demande d'asile est manifestement infondée ; que, sous cette réserve d'interprétation, l'article 8

de la loi ne méconnaît pas le quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 ;

– Quant au respect de la liberté individuelle :

12. Considérant qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ; qu'elle assume cette mission "dans les conditions prévues par la loi", ainsi qu'il est dit à l'article 66 ;

13. Considérant que, dans l'exercice de sa compétence, le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures touchant à la liberté individuelle qu'il entend édicter ; qu'il a la faculté de ne pas soumettre à des règles identiques une mesure qui prive un individu de toute liberté d'aller et venir et une décision qui a pour effet d'entraver sensiblement cette liberté ;

14. Considérant qu'il y a lieu de relever à cet égard que le maintien d'un étranger en zone de transit dans les conditions définies par l'article 35 quater-I ajouté à l'ordonnance du 2 novembre 1945 par l'article 8-I de la loi déferée n'entraîne pas à l'encontre de l'intéressé un degré de contrainte sur sa personne comparable à celui qui résulterait de son placement dans un centre de rétention en application de l'article 35 bis de l'ordonnance précitée ;

15. Mais considérant que le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a néanmoins pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution ; que si la compétence pour décider du maintien peut être confiée par la loi à l'autorité administrative, le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent ;

16. Considérant que, quelles que soient les garanties dont les dispositions de l'article 35 quater entourent le maintien en zone de transit des étrangers, ces dispositions ne prévoient pas l'intervention de l'autorité judiciaire en vue d'autoriser, s'il y a lieu, la prolongation du maintien, et en lui permettant ainsi d'apprécier, de façon concrète, la nécessité d'une telle mesure ; qu'en tout état de cause, sa durée ne saurait excéder un délai raisonnable ;

17. Considérant qu'il suit de là qu'en conférant à l'autorité administrative le pouvoir de maintenir durablement un étranger en zone de transit, sans réserver la possibilité pour l'autorité judiciaire d'intervenir dans les meilleurs délais, l'article 35 quater ajouté à l'ordonnance du 2 novembre 1945 par l'article 8-I de la loi déferée est, en l'état, contraire à la Constitution ;

18. Considérant que les dispositions du paragraphe II de l'article 8 de la loi sont inséparables de celles du paragraphe I de cet article ;

– SUR L'ARTICLE 3 :

. En ce qui concerne le contenu de l'article 3 :

19. Considérant que l'article 3 ajoute à l'ordonnance du 2 novembre 1945 un article 20 bis ; que cet article est lui-même composé de trois paragraphes ;

20. Considérant que le paragraphe I de l'article 20 bis comprend quatre alinéas ; qu'aux termes du premier alinéa "est punie d'une amende d'un montant maximum de 10 000 F. l'entreprise de transport aérien ou maritime qui débarque sur le territoire français, en provenance d'un autre État, un étranger non ressortissant d'un État membre de la Communauté économique européenne et démunie du document de voyage et, le cas échéant, du visa requis par la loi ou l'accord international qui lui est applicable à raison de sa nationalité" ; que le deuxième alinéa, après avoir fixé les règles de constatation du manquement, dispose qu'il "donne lieu à une amende prononcée par le ministre de l'intérieur" et précise que son montant est versé au Trésor ; que le troisième alinéa garantit l'accès de l'entreprise de transport au dossier et lui permet de présenter ses observations préalablement au prononcé de la sanction ; qu'il est prescrit que celle-ci doit être motivée en la forme et peut faire l'objet d'un recours de pleine juridiction ; qu'enfin, en vertu du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 20 bis, le ministre ne peut infliger d'amende à raison de faits remontant à plus d'un an ;

21. Considérant que le paragraphe II de l'article 20 bis énonce que l'amende n'est pas infligée dans deux séries d'hypothèses ; d'une part, lorsque l'étranger non ressortissant d'un État membre de la Communauté économique européenne qui demande l'asile a été admis sur le territoire français ou lorsque la demande d'asile n'était pas manifestement infondée ; d'autre part, lorsque l'entreprise de transport établit que les documents requis lui ont été présentés au moment de l'embarquement ou lorsque les documents produits ne comportent pas un élément d'irrégularité manifeste ;

22. Considérant que le paragraphe III de l'article 20 bis rend applicables les dispositions des paragraphes précédents à l'entreprise de transport routier exploitant des liaisons internationales en provenance d'un État non partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, sous réserve de mesures d'adaptation et d'une limitation du montant

maximum de l'amende encourue à 5000 F. par passager concerné ;

. En ce qui concerne la conformité à la Constitution de l'article 3 :

23. Considérant que la conformité à la Constitution de l'article 3 doit être envisagée plus particulièrement au regard des principes constitutionnels régissant tant le prononcé d'une sanction que le droit d'asile ;

. Quant au respect des principes régissant le prononcé d'une sanction :

24. Considérant que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que : "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée" ;

25. Considérant qu'il résulte de ces dispositions, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le respect du principe des droits de la défense ;

26. Considérant que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ;

27. Considérant que l'infraction instituée par l'article 20 bis ajouté à l'ordonnance du 2 novembre 1945 par l'article 3 de la loi est définie en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ; que l'incrimination nouvelle n'est susceptible de viser que des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de l'article 3 de la loi ;

28. Considérant que le montant de l'amende encourue par l'entreprise de transport, fixé selon le cas à 10 000 F. et à 5 000 F. par passager concerné, n'est pas manifestement disproportionné par rapport au manquement que la loi entend réprimer ; qu'au surplus, le montant dont il s'agit constitue un maximum ; que son prononcé ne revêt pas un caractère automatique ; que toute décision infligeant une amende doit être motivée ;

29. Considérant qu'il résulte des termes du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 20 bis ajouté à l'ordonnance du 2 novembre 1945 que, conformément au principe du respect des droits de la défense, aucune sanction ne peut être infligée à une entreprise de transport sans que celle-ci ait été mise à même d'avoir accès au dossier la concernant et de présenter ses observations sur le manquement qui lui est reproché ; qu'en vertu du quatrième alinéa de l'article 20 bis I, aucune amende ne peut être infligée à raison de faits remontant à plus d'un an ;

30. Considérant qu'il convient de relever par ailleurs que toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet devant la juridiction administrative d'un recours de pleine juridiction ; que le sursis à l'exécution de la décision attaquée peut être demandé en application des règles de droit commun ; que le droit de recours étant réservé à l'entreprise sanctionnée, son exercice ne peut, conformément aux principes généraux du droit, conduire à aggraver sa situation ;

31. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 3 de la loi n'est pas contraire aux principes de valeur constitutionnelle régissant le prononcé d'une sanction ;

. Quant au respect du droit d'asile :

32. Considérant que, dans son paragraphe II, l'article 20 bis ajouté à l'ordonnance du 2 novembre 1945 par l'article 3 de la loi fait figurer au nombre des causes d'exonération de la responsabilité encourue par le transporteur l'hypothèse dans laquelle l'étranger entend bénéficier de l'asile politique et où sa demande n'était pas "manifestement infondée" ; que cette cause d'exonération implique que le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche ; que le paragraphe II de l'article 20 bis ne saurait ainsi s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police au lieu et place de la puissance publique ; qu'il a pour finalité de prévenir le risque qu'une entreprise de transport refuse d'acheminer les demandeurs d'asile au motif que les intéressés seraient démunis de visa d'entrée en France ;

33. Considérant qu'il appartiendra à la juridiction administrative d'apprécier en cas de litige l'étendue de la responsabilité du transporteur compte tenu notamment des causes d'exonération prévues par la loi ;

34. Considérant que sous ces réserves d'interprétation, l'article 3 de la loi n'emporte pas violation des dispositions mentionnées ci-dessus du quatrième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

– SUR L'ARTICLE 10 RELATIF A L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA LOI :

35. Considérant que l'article 10 de la loi est ainsi rédigé : "Les dispositions de l'article 5-2, du II de l'article 19, du II et du III de l'article 22 et du second alinéa de l'article 26 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 précitée, dans leur rédaction résultant de la présente loi, seront applicables à dater de l'entrée en vigueur de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990. Elles ne seront applicables que dans les départements métropolitains de la



République" ;

36. Considérant qu'au nombre des dispositions qui ne seront applicables qu'à compter de l'entrée en vigueur de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, figurent celles de l'article 19-II de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans leur rédaction issue de l'article 2 de la loi présentement examinée ; que l'article 19-II incrimine et sanctionne pénalement l'étranger non ressortissant d'un État membre de la Communauté économique européenne qui a pénétré ou séjourné sur le territoire métropolitain en violation des stipulations qu'il énumère de la convention internationale précitée ou qui a fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission en application d'une décision exécutoire prise par un autre État partie à ladite convention ;

37. Considérant que selon l'article 8 de la Déclaration de 1789, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit ; qu'en raison de ce principe la référence faite par l'article 10 de la loi à la date d'entrée en vigueur de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 doit s'entendre, non de son entrée en vigueur sur le plan international régie par l'article 139, paragraphe 2, de ladite convention, mais de la publication de cet engagement international au Journal officiel de la République française ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution ;

Décide :

Article premier :

Sont contraires à la Constitution les dispositions du paragraphe I de l'article 8 de la loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Article 2 :

Sont inséparables des dispositions déclarées contraires à la Constitution celles du paragraphe II de l'article 8 de la loi.

Article 3 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Journal officiel du 12 mars 1992, p. 3003

Recueil, p. 48



## Décision n° 98-399 DC du 05 mai 1998

### Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 9 avril 1998, par MM François Bayrou, Jean-Louis Debré, Mme Nicole Ameline, MM François d'Aubert, Pierre-Christophe Baguet, Jean-Louis Bernard, Roland Blum, Mmes Marie-Thérèse Boisseau, Christine Boutin, MM Yves Bur, Dominique Bussereau, Pierre Cardo, Antoine Carré, Richard Cazenave, Hervé de Charette, Pascal Clément, Georges Colombier, René Couanau, Charles de Courson, Henri Cuq, Marc-Philippe Daubresse, Jean-Claude Decagny, Francis Delattre, Léonce Deprez, Laurent Dominati, Renaud Donnedieu de Vabres, Philippe Douste-Blazy, Renaud Dutreil, Charles Ehrmann, Nicolas Forissier, Claude Gaillard, Claude Gagnol, Germain Gengenwin, Claude Goasguen, François Goulard, Michel Herbillon, Philippe Houillon, Mme Anne-Marie Idrac, MM Denis Jacquat, Jean-Jacques Jegou, Aimé Kerguéris, Christian Kert, Marc Laffineur, Edouard Landrain, Jacques Le Nay, Jean-Claude Lenoir, Jean Leonetti, François Léotard, Pierre Lequiller, Maurice Leroy, Maurice Ligot, Alain Madelin, Thierry Mariani, Michel Meylan, Pierre Micaut, Mme Louise Moreau, MM Alain Moyné-Bressand, Yves Nicolin, Arthur Paecht, Dominique Paillé, Henri Plagnol, Bernard Perrut, Ladislav Poniowski, Jean Proriol, Jean-Luc Prével, Jean Rigaud, Gilles de Robien, José Rossi, Rudy Salles, André Santini, François Sauvadet, Philippe Vasseur, Michel Voisin, Pierre-André Wiltzer, députés, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile ;

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

Vu la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et le protocole signé à New York le 31 janvier 1967 ;

Vu la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 modifiée portant création d'un Office français de protection des réfugiés et apatrides ;

Vu le code pénal ;

Vu les observations du Gouvernement enregistrées le 23 avril 1998 ;

Le rapporteur ayant été entendu,

1. Considérant que les députés auteurs de la saisine défèrent au Conseil constitutionnel la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile en contestant en particulier la conformité à la Constitution des articles 1er, 13 et 29 ;

– SUR L'ARTICLE 1ER :

2. Considérant que l'article premier de la loi déférée modifie le 1° de l'article 5 de l'ordonnance susvisée du 2 novembre 1945 ; qu'il prévoit que devront dorénavant être motivées les décisions de refus de visa d'entrée en France, prises par les autorités diplomatiques ou consulaires, lorsque ce refus est opposé à certaines catégories d'étrangers au nombre desquelles figurent les enfants, de moins de vingt et un ans ou à charge, de ressortissants français ;

3. Considérant que les députés auteurs de la saisine soutiennent que cette disposition méconnaît le principe d'égalité devant la loi ; qu'en effet, selon eux, la distinction entre enfants de plus ou moins de vingt et un ans institue une discrimination nouvelle que ne justifient ni une situation objectivement différente ni des motifs d'intérêt général ; qu'il convenait à cet égard de retenir "le seuil traditionnel de dix-huit ans" ;

4. Considérant qu'en imposant aux autorités compétentes l'obligation de motiver les refus de visa opposés aux

enfants de moins de vingt et un ans de ressortissants français, le législateur a entendu tenir compte de la situation de dépendance économique des intéressés et de leur droit, ainsi que de celui de leurs parents, à mener une vie familiale normale ; que la discrimination critiquée est ainsi fondée sur une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi, d'autant qu'en vertu du 2° de l'article 15 de l'ordonnance susvisée du 2 novembre 1945, la carte de résident est délivrée de plein droit à l'enfant étranger d'un ressortissant de nationalité française lorsque cet enfant a moins de vingt et un ans ; qu'il résulte de ce qui précède que la disposition critiquée n'est pas contraire au principe d'égalité ;

– SUR L'ARTICLE 13 :

5. Considérant que l'article 13 de la loi complète, par un alinéa, l'article 21 ter de l'ordonnance susvisée du 2 novembre 1945 selon lequel les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement notamment de l'infraction d'aide directe ou indirecte à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger en France prévue par l'article 21 de ladite ordonnance ; qu'il résulte de la modification opérée par l'article 13 de la loi déferée que les dispositions de l'article 21 ter "ne sont pas applicables aux associations à but non lucratif à vocation humanitaire, dont la liste est fixée par arrêté du ministre de l'intérieur, et aux fondations, lorsqu'elles apportent, conformément à leur objet, aide et assistance à un étranger séjournant irrégulièrement en France" ;

6. Considérant que les députés auteurs de la saisine exposent, d'une part, que la liberté d'association faisant partie des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, seul "le législateur peut réglementer la vie des associations", sans pouvoir soumettre à un contrôle préalable la constitution d'associations ; qu'en conséquence, en renvoyant à un arrêté du ministre de l'intérieur la fixation de la liste des associations pouvant bénéficier d'une immunité pénale, le législateur a violé l'article 34 de la Constitution et méconnu le principe de la liberté d'association ; qu'ils font valoir, d'autre part, que la disposition critiquée opérerait une discrimination entre les associations contraire au principe d'égalité devant la loi ;

7. Considérant qu'en application de l'article 34 de la Constitution, il revient au législateur, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public s'agissant de l'entrée, du séjour et de la circulation des étrangers, et qui peuvent notamment justifier un régime de sanctions pénales applicables tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, de fixer, dans le respect des principes constitutionnels, les règles concernant la détermination des crimes et délits qu'il crée, ainsi que les peines qui leur sont applicables ; qu'il peut aussi prévoir, sous réserve du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle et, en particulier, du principe d'égalité, que certaines personnes physiques ou morales bénéficieront d'une immunité pénale ; qu'il résulte de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de la légalité des délits et des peines posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la nécessité pour le législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale, de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et d'exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, et de fixer dans les mêmes conditions le champ d'application des immunités qu'il instaure ; qu'en soumettant à l'appréciation du ministre de l'intérieur la "vocation humanitaire" des associations, notion dont la définition n'a été précisée par aucune loi et de la reconnaissance de laquelle peut résulter le bénéfice de l'immunité pénale en cause, la disposition critiquée fait dépendre le champ d'application de la loi pénale de décisions administratives ; que, dès lors, nonobstant le pouvoir du juge pénal d'apprécier, conformément aux dispositions de l'article 111-5 du code pénal, la légalité de tout acte administratif, ladite disposition porte atteinte au principe de légalité des délits et des peines et méconnaît l'étendue de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution ;

8. Considérant qu'il y a lieu, en conséquence, pour le Conseil constitutionnel, de déclarer contraire à la Constitution, dans le texte de l'alinéa nouveau ajouté par l'article 13 de la loi déferée à l'article 21 ter de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée, les mots "dont la liste est fixée par arrêté du ministre de l'intérieur" ; qu'il résulte par ailleurs des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement que les mots précités sont inséparables des autres dispositions de l'article 13 de la loi ; qu'il convient en conséquence de déclarer contraire à la Constitution l'article 13 de la loi déferée ; qu'il appartient au juge, conformément au principe de légalité des délits et des peines, d'interpréter strictement les éléments constitutifs de l'infraction définie par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée, notamment lorsque la personne morale en cause est une association à but non lucratif et à vocation humanitaire, ou une fondation, apportant, conformément à leur objet, aide et assistance aux étrangers ;

– SUR L'ARTICLE 29 :

9. Considérant que l'article 29 de la loi déferée modifie l'article 2 de la loi du 25 juillet 1952 susvisée, qui fixe les compétences de l'office français de protection des réfugiés et apatrides, en remplaçant le deuxième alinéa de cet

article par deux nouveaux alinéas ; que le premier de ces alinéas prévoit que la qualité de réfugié sera désormais reconnue par l'office non seulement à toute personne sur laquelle le haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés exerce son mandat aux termes des articles 6 et 7 de son statut, ou qui répond aux définitions de l'article 1er de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, mais également "à toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté", formule reprise par le législateur du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que le deuxième alinéa dispose que toute personne qui se sera vu reconnaître la qualité de réfugié sera régie par les dispositions applicables aux réfugiés en vertu de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 ;

10. Considérant que les députés auteurs de la saisine soutiennent que les dispositions ci-dessus analysées seraient contraires à l'article 55 de la Constitution, ainsi qu'à un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel les juridictions statuent "au nom du peuple français" ;

. En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 55 de la Constitution :

11. Considérant que les auteurs de la saisine font observer qu'un représentant du haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés siège au sein de la commission des recours, instance d'appel des décisions de l'office français de protection des réfugiés et apatrides ; qu'une telle spécificité dans la composition de cette juridiction était jusqu'ici justifiée dès lors que la loi du 25 juillet 1952 avait vocation à mettre en oeuvre la Convention de Genève dont le haut commissariat aux réfugiés est le "gardien" ; qu'en revanche, aucune stipulation de cette convention n'autorise le haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés à appliquer le Préambule de la Constitution de 1946, ni ne crée de droits au profit des personnes relevant de ce Préambule ; qu'ainsi serait méconnue la hiérarchie des normes fixée par l'article 55 de la Constitution ;

12. Considérant que, s'il revient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de la loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ; que, dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner la conformité de l'article 29 de la loi déferée à la Convention de Genève, non plus qu'à aucune autre convention internationale ;

. En ce qui concerne le moyen tiré de la violation d'un principe constitutionnel selon lequel les juridictions statuent "au nom du peuple français" :

13. Considérant que les auteurs de la saisine soutiennent que la présence d'un juge étranger, représentant le haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, au sein d'une juridiction ayant vocation à interpréter une disposition de la Constitution, est contraire à un principe fondamental reconnu par les lois de la République posé par l'article 61 de la Constitution de 1793 et l'article 81 de la Constitution de 1848, selon lequel les jugements sont rendus "au nom du peuple français" ;

14. Considérant que, dans son article 3, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonce que "le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation" ; que l'article 3 de la Constitution de 1958 dispose, dans son premier alinéa, que "la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum" ; que le Préambule de la Constitution de 1946 proclame, dans son quatorzième alinéa, que la République française "se conforme aux règles du droit public international" et, dans son quinzième alinéa, que "sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix" ;

15. Considérant qu'il résulte de ces dispositions qu'en principe ne sauraient être confiées à des personnes de nationalité étrangère, ou représentant un organisme international, des fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale ; que tel est le cas, en particulier, des fonctions juridictionnelles, les juridictions, tant judiciaires qu'administratives, statuant "au nom du peuple français" ; qu'il peut, toutefois, être dérogé à ce principe dans la mesure nécessaire à la mise en oeuvre d'un engagement international de la France et sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ;

16. Considérant, d'une part, que la commission de recours des réfugiés est une juridiction administrative instituée par la loi du 25 juillet 1952 susvisée pour connaître des recours formés contre les décisions de l'office français de protection des réfugiés et apatrides statuant sur les demandes tendant à la reconnaissance de la qualité de réfugié présentées par toute personne sur laquelle le haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés exerce son mandat, aux termes des articles 6 et 7 de son statut, ou qui se réclament des définitions de l'article 1er de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ; qu'elle a ainsi vocation à mettre en oeuvre la



protection des réfugiés résultant d'engagements internationaux souscrits par la France ;

17. Considérant, d'autre part, que la présence, dans la proportion d'un tiers, dans chacune des sections de la commission de recours des réfugiés, ainsi que dans sa formation dite de "sections réunies", de représentants du haut commissariat aux réfugiés des Nations Unies, ne porte pas atteinte, compte tenu du caractère minoritaire de cette présence, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ;

18. Considérant que, dans ces conditions, la composition de la commission des recours des réfugiés ne méconnaît pas, eu égard à ses compétences actuelles, les exigences constitutionnelles susrappelées ;

19. Considérant, il est vrai, que l'article 29 de la loi déferée a pour effet de confier à la commission de recours des réfugiés, en sus de ses compétences actuelles, l'examen des recours formés contre les décisions de l'office français de protection des réfugiés et apatrides statuant sur les demandes tendant à la reconnaissance de la qualité de réfugié présentées, dans les termes du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, par "toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté" ;

20. Considérant, cependant, que les demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié fondées sur l'article 1er de la Convention de Genève et sur le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, présentent entre elles un lien étroit ; que, bien que présentées sur des fondements juridiques distincts, elles requièrent un examen éclairé des mêmes circonstances de fait et tendront, en vertu du deuxième alinéa de l'article 29 de la loi déferée, au bénéfice d'une protection identique ; que, dans l'intérêt du demandeur comme dans celui d'une bonne administration de la justice, il était loisible au législateur d'unifier les procédures de sorte que les demandes fassent l'objet d'une instruction commune et de décisions rapides sous le contrôle de cassation du Conseil d'État ; que, dans ces conditions, l'article 29 de la loi déferée ne méconnaît aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle ;

21. Considérant qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen ;

Décide :

Article premier :

L'article 13 de la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile est déclaré contraire à la Constitution.

Article 2 :

La présente décision sera notifiée à l'Assemblée nationale et publiée au Journal officiel de la République française. Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 5 mai 1998, où siégeaient : MM Yves GUÉNA, doyen d'âge, Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR, M Pierre MAZEAUD (1) et Mme Simone VEIL.

Le doyen d'âge,

Yves GUÉNA

(1) A sa demande, M Mazeaud n'a participé ni à la délibération ni au vote sur la partie de la décision relative à l'article 29 de la loi déferée.

Journal officiel du 12 mai 1998, p. 7092

Recueil, p. 245

## Décision n° 2004-492 DC du 02 mars 2004

### Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

Le Conseil constitutionnel a été saisi, dans les conditions prévues à l'article 61, deuxième alinéa, de la Constitution, de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le 11 février 2004, par M. Claude ESTIER, Mme Michèle ANDRÉ, MM. Bernard ANGELS, Bertrand AUBAN, Robert BADINTER, Jean-Pierre BEL, Jacques BELLANGER, Mme Maryse BERGÉ-LAVIGNE, M. Jean BESSON, Mme Marie-Christine BLANDIN, M. Didier BOULAUD, Mmes Yolande BOYER, Claire-Lise CAMPION, M. Bernard CAZEAU, Mme Monique CERISIER-ben GUIGA, MM. Gilbert CHABROUX, Gérard COLLOMB, Raymond COURRIERE, Roland COURTEAU, Yves DAUGE, Marcel DEBARGE, Jean-Pierre DEMERLIAT, Claude DOMEIZEL, Michel DREYFUS-SCHMIDT, Mme Josette DURRIEU, MM. Bernard DUSSAUT, Bernard FRIMAT, Charles GAUTIER, Jean-Pierre GODEFROY, Jean-Noël GUÉRINI, Claude HAUT, Mme Odette HERVIAUX, MM. Yves KRATTINGER, Serge LAGAUCHE, André LEJEUNE, Claude LISE, Philippe MADRELLE, Jacques MAHÉAS, Jean-Yves MANO, François MARC, Jean-Pierre MASSERET, Marc MASSION, Pierre MAUROY, Louis MERMAZ, Gérard MIQUEL, Michel MOREIGNE, Jean-Marc PASTOR, Guy PENNE, Daniel PERCHERON, Jean-Claude PEYRONNET, Jean-François PICHERAL, Bernard PIRAS, Mmes Danièle POURTAUD, Gisèle PRINTZ, MM. Daniel RAOUL, Paul RAOULT, Daniel REINER, Gérard ROUJAS, André ROUVIÈRE, Mme Michèle SAN VICENTE, MM. Claude SAUNIER, Michel SERGENT, René-Pierre SIGNÉ, Jean-Pierre SUEUR, Simon SUTOUR, Michel TESTON, Jean-Marc TODESCHINI, Pierre-Yvon TRÉMEL, André VANTOMME, André VÉHINZET, Marcel VIDAL et Henri WEBER, sénateurs, et, le même jour, par M. Jean-Marc AYRAULT, Mme Patricia ADAM, M. Damien ALARY, Mme Sylvie ANDRIEUX-BACQUET, MM. Jean-Marie AUBRON, Jean-Paul BACQUET, Jean-Pierre BALLIGAND, Gérard BAPT, Claude BARTOLONE, Jacques BASCOU, Christian BATAILLE, Jean-Claude BATEUX, Jean-Claude BEAUCHAUD, Éric BESSON, Jean-Louis BIANCO, Jean-Pierre BLAZY, Serge BLISKO, Patrick BLOCHE, Jean-Claude BOIS, Daniel BOISSERIE, Maxime BONO, Augustin BONREPAUX, Jean-Michel BOUCHERON, Pierre BOURGUIGNON, Mme Danielle BOUSQUET, MM. François BROTTES, Thierry CARCENAC, Christophe CARESCHE, Mme Martine CARILLON-COUVREUR, MM. Laurent CATHALA, Jean-Paul CHANTEGUET, Alain CLAEYS, Gilles COCQUEMPOT, Pierre COHEN, Mme Claude DARCIAUX, M. Michel DASSEUX, Mme Martine DAVID, MM. Marcel DEHOUX, Bernard DEROSIER, Marc DOLEZ, François DOSÉ, René DOSIÈRE, Julien DRAY, Tony DREYFUS, Pierre DUCOUT, Jean-Pierre DUFAU, Jean-Paul DUPRÉ, Yves DURAND, Henri EMMANUELLI, Claude ÉVIN, Laurent FABIUS, Jacques FLOCH, Pierre FORGUES, Michel FRANÇAIX, Jean GAUBERT, Mmes Nathalie GAUTIER, Catherine GÉNISSON, MM. Jean GLAVANY, Gaétan GORCE, Alain GOURIOU, Mmes Elisabeth GUIGOU, Paulette GUINCHARD-KUNSTLER, M. David HABIB, Mme Danièle HOFFMAN-RISPAL, MM. François HOLLANDE, Jean-Louis IDIART, Mme Françoise IMBERT, MM. Serge JANQUIN, Armand JUNG, Jean-Pierre KUCHEIDA, Mme Conchita LACUEY, MM. Jérôme LAMBERT, François LAMY, Jack LANG, Jean LAUNAY, Jean-Yves LE BOUILLONNEC, Gilbert LE BRIS, Jean-Yves LE DÉAUT, Jean LE GARREC, Jean-Marie LE GUEN, Bruno LE ROUX, Mme Marylise LEBRANCHU, MM. Michel LEFAIT, Patrick LEMASLE, Guy LENGAGNE, Mme Annick LEPETIT, MM. Jean-Claude LEROY, Michel LIEBGOTT, Mme Martine LIGNIÈRES-CASSOU, MM. François LONCLE, Bernard MADRELLE, Christophe MASSE, Didier MATHUS, Kléber MESQUIDA, Jean MICHEL, Didier MIGAUD, Mme Hélène MIGNON, MM. Arnaud MONTEBOURG, Henri NAYROU, Alain NÉRI, Mme Marie-Renée OGET, MM. Christian PAUL, Germain PEIRO, Mmes Marie-Françoise PÉROL-DUMONT, Geneviève PERRIN-GAILLARD, MM. Jean-Jack QUEYRANNE, Paul QUILÈS, Alain RODET, Bernard ROMAN, René ROUQUET, Mmes Ségolène ROYAL, Odile SAUGUES, MM. Henri SICRE, Dominique STRAUSS-KAHN, Pascal TERRASSE, Philippe TOURTELIER, Daniel VAILLANT, André VALLINI, Manuel VALLS, Michel VERGNIER, Alain VIDALIES, Jean-Claude VIOLLET, Philippe VUILQUE, Jean-Pierre DEFONTAINE, Paul GIACOBBI, Joël GIRAUD, Simon RENUCCI, Mme Chantal ROBIN-RODRIGO, M. Roger-Gérard SCHWARTZENBERG, Mme Christiane TAUBIRA, MM. François ASENSI, Gilbert BIESSY, Alain BOCQUET, Patrick BRAOUEZEC, Jacques BRUNHES,



Mme Marie-George BUFFET, MM. André CHASSAIGNE, Jacques DESALLANGRE, Frédéric DUTOIT, Mme Jacqueline FRAYSSE, MM. André GERIN, Pierre GOLDBERG, Maxime GREMETZ, Georges HAGE, Mmes Muguette JACQUAINT, Janine JAMBU, MM. Jean-Claude LEFORT, François LIBERTI, Daniel PAUL, Jean-Claude SANDRIER, Michel VAXÈS, Mme Martine BILLARD, MM. Yves COCHET et Noël MAMÈRE, députés ;  
LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée à New York le 15 novembre 2000, signée par la France à Palerme le 12 décembre 2000 et publiée par le décret n° 2003-875 du 8 septembre 2003 ;

Vu le code pénal ;

Vu le code de procédure pénale ;

Vu l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 modifiée relative à l'enfance délinquante ;

Vu l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

Vu l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;

Vu les observations du Gouvernement, enregistrées le 19 février 2004 ;

Vu les observations en réplique présentées par les sénateurs auteurs de la première saisine, enregistrées le 27 février 2004 ;

Vu les observations en réplique présentées par les députés auteurs de la seconde saisine, enregistrées le 27 février 2004 ;

Vu les nouvelles observations du Gouvernement, enregistrées le 28 février 2004 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les auteurs des deux saisines défèrent au Conseil constitutionnel la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; qu'ils contestent notamment la conformité à la Constitution, en tout ou partie, de ses articles 1er, 14, 48, 63 et 137 ;

– SUR LES ARTICLES 1er et 14 :

2. Considérant que l'article 1er de la loi déférée insère dans le livre IV du code de procédure pénale un titre XXV intitulé : " De la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées " ; que, dans un article 706-73 nouveau, il dresse une liste de crimes et délits relevant de cette catégorie ; que, pour l'identification de leurs auteurs, il prévoit des règles spéciales intéressant l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement ; que l'article 14 complète ces dispositions en matière de garde à vue et de perquisitions ;

. En ce qui concerne les normes constitutionnelles applicables :

3. Considérant, en premier lieu, que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame : " La loi est l'expression de la volonté générale... Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse... " ; que son article 7 dispose : " Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites... " ; qu'aux termes de son article 8 : " La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires... " ; que son article 9 dispose : " Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi " ; qu'en vertu de son article 16 : " Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution " ; qu'enfin, aux termes de l'article 66 de la Constitution : " Nul ne peut être arbitrairement détenu. – L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi " ;

4. Considérant, en deuxième lieu, qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties

; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire ;

5. Considérant, enfin, que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ; que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions ;

6. Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que, si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées ; qu'il appartient à l'autorité judiciaire de veiller au respect de ces principes, rappelés à l'article préliminaire du code de procédure pénale, dans l'application des règles de procédure pénale spéciales instituées par la loi ;

. En ce qui concerne la définition des infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisées :

7. Considérant que l'article 706-73 nouveau du code de procédure pénale fixe la liste des infractions, relevant de la criminalité et de la délinquance organisées, auxquelles s'appliquent les règles de procédure définies par le nouveau titre XXV du livre IV du code de procédure pénale ;

8. Considérant que la liste de ces infractions comprend :

- 1° le crime de meurtre commis en bande organisée, passible de la réclusion criminelle à perpétuité en application de l'article 221-4 modifié du code pénal ;
- 2° le crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée lorsqu'il est commis de manière habituelle sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, crime passible de trente ans de réclusion criminelle en application de l'article 222-4 modifié du code pénal ;
- 3° les crimes et délits de trafic de stupéfiants prévus par les articles 222-34 à 222-40 du code pénal, les peines encourues allant de cinq ans d'emprisonnement à la réclusion criminelle à perpétuité ;
- 4° les crimes et délits d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée, passibles de trente ans de réclusion criminelle ou de réclusion criminelle à perpétuité en application de l'article 224-5-2 nouveau du code pénal ;
- 5° les crimes et délits aggravés de traite des êtres humains sanctionnés par les articles 225-4-2 à 225-4-7 du code pénal, les peines encourues allant de dix ans d'emprisonnement à la réclusion criminelle à perpétuité ;
- 6° les crimes et délits aggravés de proxénétisme prévus par les articles 225-7 à 225-12 du code pénal, les peines encourues allant de dix ans d'emprisonnement à la réclusion criminelle à perpétuité ;
- 7° le crime de vol commis en bande organisée qui, en vertu de l'article 311-9 du code pénal, est passible de quinze à trente ans de réclusion criminelle ;
- 8° les crimes aggravés d'extorsion prévus par les articles 312-6 et 312-7 du code pénal, lorsque les violences ont entraîné une mutilation, une infirmité, la mort, des tortures ou actes de barbarie, ou lorsqu'elles ont été commises avec usage ou menace d'une arme, les peines encourues allant de vingt ans de réclusion criminelle à la réclusion criminelle à perpétuité ;
- 9° le crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée, lorsque celles-ci sont provoquées par une substance explosive, un incendie ou tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes, la peine allant de vingt à trente ans de réclusion criminelle en vertu de l'article 322-8 modifié du code pénal ;
- 10° les crimes en matière de fausse monnaie prévus par les articles 442-1 et 442-2 modifiés du code pénal, passibles de dix ans d'emprisonnement à trente ans de réclusion criminelle ;
- 11° les crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-5 modifiés du code pénal, la peine encourue allant jusqu'à la réclusion criminelle à perpétuité ;
- 12° les délits en matière d'armes commis en bande organisée prévus par des lois spéciales, passibles de dix ans

d'emprisonnement en vertu des XVI à XXI de l'article 6 de la loi déferée ;

– 13° les délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée prévus par le quatrième alinéa du I de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée, puni par l'article 21 bis de la même ordonnance de dix ans d'emprisonnement ;

– 14° les délits de blanchiment prévus par les articles 324-1 et 324-2 du code pénal, ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du code pénal, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées ci-dessus, passibles de cinq ou dix ans d'emprisonnement ;

– 15° les délits d'association de malfaiteurs ayant pour objet la préparation d'une des infractions mentionnées ci-dessus, punis par l'article 450-1 du code pénal de cinq ou dix ans d'emprisonnement ;

9. Considérant qu'aux termes de l'article 132-71 du code pénal : " Constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions " ;

10. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 450-1 du même code : " Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement " ;

11. Considérant que les auteurs des saisines soutiennent que la liste des infractions retenues par l'article 706-73 nouveau du code de procédure pénale méconnaît l'article 8 de la Déclaration de 1789, les principes de nécessité et de légalité des délits et des peines, ainsi que le droit au recours qui résulte de l'article 16 de la Déclaration ; que, selon eux, la notion de " bande organisée " serait floue et imprécise ; qu'ils estiment que " si les infractions de trafic de stupéfiants, de proxénétisme aggravé, de traite des êtres humains, de terrorisme relèvent indéniablement de la criminalité organisée au sens criminologique du terme, tel n'est certainement pas le cas de la destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée, incrimination susceptible d'être retenue pour les violences urbaines ou des actions syndicales excessives, du vol, de l'extorsion de fonds, de l'aide à l'entrée et au séjour d'un étranger en situation irrégulière " ;

12. Considérant qu'en adoptant l'article 706-73 nouveau du code de procédure pénale, le législateur a établi une liste limitative des crimes et délits appelant, selon lui, eu égard à leur gravité comme aux difficultés que présente la poursuite de leurs auteurs, lesquels agissent dans un cadre organisé, des règles de procédure pénale spéciales ; que ces règles intéressent l'enquête, la poursuite, l'instruction, le jugement de ces crimes et délits ;

– Quant à la clarté et à la précision des infractions retenues :

13. Considérant que les articles 265 et 266 du code pénal de 1810 qualifiaient déjà de crime contre la paix publique " toute association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés " en définissant ce crime " par le seul fait d'organisation de bandes ou de correspondance entre elles et leurs chefs ou commandants, ou de conventions tendant à rendre compte ou à faire distribution ou partage du produit des méfaits " ; que la notion de bande organisée a été reprise comme circonstance aggravante par l'article 385 de l'ancien code pénal, issu de l'article 21 de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et selon lequel constituait une bande organisée " tout groupement de malfaiteurs établi en vue de commettre un ou plusieurs vols aggravés par une ou plusieurs des circonstances visées à l'article 382 (alinéa 1) et caractérisé par une préparation ainsi que par la possession des moyens matériels utiles à l'action " ; que les lois n° 83-466 du 10 juin 1983 et n° 94-89 du 1er février 1994, ainsi que le nouveau code pénal de 1994, ont étendu la circonstance aggravante de commission en bande organisée à d'autres infractions ; que la notion de bande organisée a été retenue dans le cadre de la garde à vue par l'article 3 de la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 qui, en complétant l'article 63-4 du code de procédure pénale, a porté de 20 heures à 36 heures le délai à l'expiration duquel une personne gardée à vue peut demander à s'entretenir avec un avocat, lorsque l'enquête a pour objet une infraction commise en bande organisée ; que l'article 59 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a complété l'article 145-2 du code de procédure pénale pour fixer à quatre ans la période maximale de détention provisoire pour les crimes commis en bande organisée ; que la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales a apporté les précisions complémentaires utiles pour caractériser la circonstance aggravante de bande organisée, laquelle suppose la préméditation des infractions et une organisation structurée de leurs auteurs ; qu'enfin, la convention susvisée des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, ratifiée par la France, a adopté une définition voisine en invitant les Etats adhérents à prendre les mesures adéquates pour lutter efficacement contre tout " groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement

ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel " ;

14. Considérant, dans ces conditions, que les infractions que le législateur a retenues sont rédigées en termes suffisamment clairs et précis pour respecter le principe de légalité ; qu'en particulier, n'est ni obscure, ni ambiguë l'expression " bande organisée ", qui est définie par l'article 132-71 du code pénal comme " tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions " et qui se distingue ainsi de la notion de réunion ou de coaction ;

– Quant à la gravité et la complexité des infractions retenues :

15. Considérant, d'une façon générale, que la difficulté d'appréhender les auteurs des infractions mentionnées à l'article 706-73 nouveau du code de procédure pénale tient à l'existence d'un groupement ou d'un réseau dont l'identification, la connaissance et le démantèlement posent des problèmes complexes ;

16. Considérant que les infractions retenues par l'article 706-73 sont susceptibles, pour la plupart, de porter une atteinte grave à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes ; qu'il en est ainsi de l'extorsion, mentionnée au 8° de cet article, dont la violence, la menace de violences ou la contrainte sont des éléments constitutifs en vertu de l'article 312-1 du code pénal ; qu'il en est de même des destructions, dégradations ou détériorations mentionnées au 9° de cet article, qui, aux termes de l'article 322-6 du code pénal, sont provoquées par une substance explosive, un incendie ou tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes ;

17. Considérant que, parmi les infractions ne portant pas nécessairement atteinte aux personnes, figure le vol lorsqu'il est qualifié de crime ; que, toutefois, si le vol commis en bande organisée trouve sa place dans cette liste, il ne saurait en être ainsi que s'il présente des éléments de gravité suffisants pour justifier les mesures dérogatoires en matière de procédure pénale prévues à l'article 1er de la loi déferée ; que, dans le cas contraire, ces procédures spéciales imposeraient une rigueur non nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789 ; qu'il appartiendra à l'autorité judiciaire d'apprécier l'existence de tels éléments de gravité dans le cadre de l'application de la loi déferée ;

18. Considérant qu'il ressort des termes mêmes de l'article 706-73 nouveau du code de procédure pénale que le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée ne saurait concerner les organismes humanitaires d'aide aux étrangers ; que, de plus, s'applique à la qualification d'une telle infraction le principe énoncé à l'article 121-3 du même code, selon lequel il n'y a point de délit sans intention de le commettre ;

19. Considérant que, sous les réserves énoncées aux deux considérants précédents, les infractions retenues par l'article 706-73 sont suffisamment graves et complexes pour que le législateur ait pu fixer, en ce qui les concerne, des règles spéciales de procédure pénale ; qu'il s'ensuit que les griefs dirigés contre l'article 706-73 doivent être rejetés ;

20. Considérant qu'il convient toutefois de vérifier si les règles afférentes à chacune des procédures applicables à la recherche des auteurs de ces infractions respectent la Constitution ;

. En ce qui concerne la garde à vue :

21. Considérant que la loi déferée modifie le régime applicable à la garde à vue ; qu'à cet effet, son article 1er insère un article 706-88 dans le code de procédure pénale ; que le I de son article 14 et son article 85 modifient l'article 63-4 du même code ; que le VI de son article 14 complète l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 susvisée ;

22. Considérant que les requérants contestent la prolongation de la garde à vue des auteurs de certaines infractions, les modifications apportées aux délais d'intervention de l'avocat et l'application de cette prolongation à certains mineurs de plus de seize ans ;

– Quant à la prolongation de la garde à vue :

23. Considérant que l'article 706-88 nouveau du code de procédure pénale dispose que, si les nécessités d'une enquête relative à l'une des infractions relevant de l'article 706-73 l'exigent, la garde à vue d'une personne peut, à titre exceptionnel, faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune décidées par le juge des libertés et de la détention ou par le juge d'instruction ; que, dans cette hypothèse, ces prolongations, qui s'ajoutent à la durée de droit commun définie par l'article 63 du même code, portent à quatre-vingt-seize heures la durée maximale de la garde à vue, comme le prévoient déjà les articles 706-23 et 706-29 en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants ; que, si la durée prévisible des investigations restant à réaliser le justifie, le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction peut décider que la garde à vue fera l'objet d'une seule prolongation supplémentaire de quarante-huit heures ;

24. Considérant que, selon les requérants, " une telle durée maximum est manifestement excessive et disproportionnée au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789, violant ainsi la liberté individuelle telle que garantie par l'article 2 de la Déclaration de 1789 " ; qu'ils jugent excessive l'ampleur de son champ d'application et dénoncent

- le caractère " particulièrement imprécis " des conditions requises pour le renouvellement de la garde à vue ;
25. Considérant qu'il résulte des articles 706-73 et 706-88 nouveaux du code de procédure pénale que le champ d'application des dispositions critiquées concerne des enquêtes portant sur des infractions déterminées appelant, en raison de leur gravité et de leur complexité, des investigations particulières ; que l'article 706-88 subordonne la prolongation de la garde à vue à une décision écrite et motivée d'un magistrat du siège, auquel l'intéressé doit être présenté ; qu'en outre, est prescrite la surveillance médicale de la personne gardée à vue ; que ces garanties s'ajoutent aux règles de portée générale du code de procédure pénale qui placent la garde à vue sous le contrôle de l'autorité judiciaire ;
26. Considérant que les dispositions critiquées sont formulées en termes suffisamment clairs et précis pour éviter l'arbitraire ; qu'en particulier, la durée prévisible des investigations restant à réaliser, qui peut justifier que la garde à vue d'une personne fasse l'objet d'une seule prolongation supplémentaire de quarante-huit heures, sera appréciée, dans chaque cas, par le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction ; que cette appréciation fera l'objet d'une décision écrite et motivée ;
27. Considérant, dans ces conditions, que les dispositions de l'article 706-88 nouveau du code de procédure pénale ne portent pas une atteinte excessive à la liberté individuelle ;
- Quant au délai d'intervention de l'avocat :
28. Considérant qu'aux termes du I de l'article 14 de la loi déferée, qui modifie l'article 63-4 du code de procédure pénale : " Si la personne est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 4°, 6°, 7°, 8° et 15° de l'article 706-73, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de quarante-huit heures. Si elle est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 3° et 11° du même article, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de soixante-douze heures. Le procureur de la République est avisé de la qualification des faits retenue par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces derniers du placement en garde à vue " ;
29. Considérant que, selon les requérants, la prolongation de la garde à vue dans le cadre des enquêtes relatives à des infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisées porte d'autant plus atteinte à la liberté individuelle et aux droits de la défense que le premier entretien avec un avocat sera reporté à la quarante-huitième heure ;
30. Considérant qu'il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, mais à la condition que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense ;
31. Considérant que constitue un droit de la défense le droit de la personne gardée à vue à s'entretenir avec un avocat au cours de celle-ci ;
32. Considérant que le I de l'article 14 de la loi déferée fixe à la quarante-huitième heure la première intervention de l'avocat pour certaines des infractions énumérées par l'article 706-73 ; que, pour la plupart desdites infractions, ce délai était déjà de trente-six heures en vertu de l'article 63-4 du code de procédure pénale ; que le nouveau délai, justifié par la gravité et la complexité des infractions concernées, s'il modifie les modalités d'exercice des droits de la défense, n'en met pas en cause le principe ;
33. Considérant qu'en indiquant que le procureur de la République est avisé de la qualification des faits justifiant le report de la première intervention de l'avocat lors du placement de la personne en garde à vue, le législateur a nécessairement entendu que ce magistrat, dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article 41 et des principes généraux du code de procédure pénale, contrôle aussitôt cette qualification ; que l'appréciation initialement portée par l'officier de police judiciaire en ce qui concerne le report éventuel de l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue est ainsi soumise au contrôle de l'autorité judiciaire et ne saurait déterminer le déroulement ultérieur de la procédure ;
34. Considérant que, sous les réserves énoncées au considérant précédent, les dispositions critiquées ne portent une atteinte injustifiée ni à la liberté individuelle, ni aux droits de la défense, ni aux prérogatives de l'autorité judiciaire ;
- Quant au régime applicable aux mineurs :
35. Considérant que les deux derniers alinéas du VI de l'article 14 de la loi déferée complètent l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 susvisée ; que ces nouvelles dispositions étendent la prolongation de la garde à vue, dans le cadre des enquêtes relatives à des faits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 nouveau du

code de procédure pénale, aux mineurs de plus de seize ans " lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes majeures ont participé, comme auteurs ou complices, à la commission de l'infraction " ;

36. Considérant que, selon les requérants, les nouvelles dispositions portent atteinte au principe d'égalité devant la loi " dans la mesure où ne pourra être ainsi placée en garde à vue qu'une certaine catégorie de mineurs, celle ayant peut-être un lien avec un majeur délinquant " ; qu'ils considèrent, en outre, que " le placement d'un mineur de plus de seize ans en garde à vue pendant quatre jours constitue une méconnaissance du principe fondamental reconnu par les lois de la République de droit pénal spécial et protecteur des mineurs " ;

37. Considérant que l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, ont été constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle ; que ces principes trouvent notamment leur expression dans la loi du 12 avril 1906 sur la majorité pénale des mineurs, la loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante ; que toutefois, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 ne consacre pas de règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives ; qu'en particulier, les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluaient pas, en cas de nécessité, que fussent prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de treize ans, la détention ; que telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs ;

38. Considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article 706-88 nouveau du code de procédure pénale concernent des enquêtes portant sur des infractions nécessitant, en raison de leur gravité et de leur complexité, des investigations particulières ; que le législateur a subordonné leur application aux mineurs à la double condition qu'ils aient plus de seize ans et qu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que des adultes sont impliqués dans la commission des faits ; qu'il a ainsi entendu garantir le bon déroulement de ces enquêtes et protéger les mineurs de tout risque de représailles susceptibles d'émaner des adultes impliqués ; que la différence de traitement ainsi instituée ne procède donc pas d'une discrimination injustifiée ;

39. Considérant, en second lieu, que ne sont pas remises en cause les dispositions protectrices de l'ordonnance du 2 février 1945 susvisée ; que son article 4 exclut de la garde à vue les mineurs de moins de treize ans et subordonne celle des autres mineurs à des conditions particulières ; que le mineur placé en garde à vue fait l'objet d'un examen médical, a le droit de demander à s'entretenir avec un avocat à la première heure de sa garde à vue et ne peut voir celle-ci prolongée sans présentation préalable au procureur de la République ou au juge chargé de l'instruction ; que, par ailleurs, ses interrogatoires font l'objet d'un enregistrement audiovisuel ; que, eu égard à l'ensemble de ces conditions, la mesure critiquée, qui ne concerne que les mineurs de plus de seize ans impliqués dans des faits graves, ne porte pas atteinte aux exigences constitutionnelles propres à la justice des mineurs ;

40. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions critiquées relatives aux mineurs ne sont contraires à aucune exigence constitutionnelle ;

. En ce qui concerne les perquisitions :

41. Considérant que les articles 706-89 à 706-94 insérés dans le code de procédure pénale par l'article 1er de la loi déferée, ainsi que les dispositions du II de son article 14, modifient le régime des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ;

42. Considérant que, selon les requérants, les nouvelles possibilités de perquisition couvrent " un champ très large " et portent à la liberté individuelle et à l'inviolabilité du domicile des atteintes " manifestement disproportionnées " ; – Quant au régime applicable en enquête de flagrance :

43. Considérant que l'article 706-89 nouveau du code de procédure pénale permet, lorsque les nécessités de l'enquête de flagrance relative à une infraction mentionnée à l'article 706-73 l'exigent, que soient opérées des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction en dehors des heures prévues par l'article 59 du même code ;

44. Considérant que, selon les requérants, cette nouvelle exception à la règle prohibant les perquisitions de nuit, qui s'ajoute à celles déjà prévues par la loi, porte une atteinte excessive à la liberté individuelle ; que cette atteinte serait d'autant plus forte que les modifications apportées à l'article 53 du code de procédure pénale par le II de l'article 77 de

la loi déferée permettent de prolonger de huit à seize jours la durée des enquêtes de flagrance ;

45. Considérant, en premier lieu, que le II de l'article 77 de la loi déferée prévoit que la durée de l'enquête de flagrance, qui reste en principe fixée à huit jours, peut être reconduite une fois " lorsque des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité pour un crime ou un délit puni d'une peine supérieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement ne peuvent être différées " ; que cette décision est prise par le procureur de la République et suppose que les diligences des officiers de police judiciaire ne puissent être interrompues sans dommage pour l'enquête ;

46. Considérant, en second lieu, qu'eu égard aux exigences de l'ordre public et de la poursuite des auteurs d'infractions, le législateur peut prévoir la possibilité d'opérer des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de nuit dans le cas où un crime ou un délit relevant de la criminalité et de la délinquance organisées vient de se commettre, à condition que l'autorisation de procéder à ces opérations émane de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que le déroulement des mesures autorisées soit assorti de garanties procédurales appropriées ; qu'en l'espèce, le législateur a fait du juge des libertés et de la détention l'autorité compétente pour autoriser les perquisitions de nuit ainsi que les visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ; qu'il a exigé une décision écrite et motivée précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée, l'adresse des lieux concernés, les éléments de fait et de droit justifiant la nécessité des opérations ; qu'en outre, il a placé ces opérations sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, lequel peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales ; qu'enfin, il a précisé que les opérations en cause ne peuvent, à peine de nullité, laquelle revêt un caractère d'ordre public, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées ;

47. Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces conditions que le législateur n'a pas porté au principe d'inviolabilité du domicile une atteinte non nécessaire à la recherche des auteurs d'infractions graves et complexes ;

– Quant au régime applicable en enquête préliminaire :

48. Considérant que l'article 706–90 nouveau du code de procédure pénale, ainsi que les modifications apportées à l'article 76 du même code par le II de l'article 14 de la loi déferée, modifient le régime des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction dans le cadre des enquêtes préliminaires ; qu'en particulier, ces investigations pourront être effectuées sans l'assentiment de la personne chez laquelle elles ont lieu si l'exigent les nécessités d'une enquête relative à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans ; qu'elles pourront être effectuées de nuit dans le cadre des enquêtes portant sur les faits de délinquance ou de criminalité organisées visés à l'article 706–73, sous réserve qu'elles ne concernent pas des locaux d'habitation ;

49. Considérant que, selon les requérants, ces dispositions, par leur " caractère particulièrement général et permanent ", ne protègent pas suffisamment la liberté individuelle et ne garantissent pas " de façon adéquate " l'inviolabilité du domicile ;

50. Considérant que les opérations en cause ne pourront être effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu que sur décision du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance, à la requête du procureur de la République ; qu'elles doivent être justifiées par la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions punies d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans ;

51. Considérant que ces opérations ne pourront être effectuées de nuit que dans des locaux autres que d'habitation et sur décision du même magistrat du siège pour l'une des infractions énumérées à l'article 706–73 ;

52. Considérant, en conséquence, que les dispositions critiquées ne portent pas à l'inviolabilité du domicile une atteinte excessive ;

– Quant au régime applicable dans le cadre de l'instruction :

53. Considérant que l'article 706–91 nouveau du code de procédure pénale modifie le régime applicable aux perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction dans le cadre d'une instruction relative à des faits entrant dans le champ d'application de l'article 706–73 ; qu'en particulier, ces investigations pourront être effectuées de nuit lorsqu'elles ne concernent pas des locaux d'habitation ; qu'en cas d'urgence, elles pourront concerner des locaux d'habitation dans trois hypothèses : " 1° Lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit flagrant ; – 2° Lorsqu'il existe un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels ; – 3° Lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des crimes ou des délits entrant dans le champ d'application de l'article 706–73 " ;

54. Considérant que, selon les requérants, ces dispositions portent " une atteinte excessive aux droits et libertés constitutionnellement protégés ", notamment au principe de l'inviolabilité du domicile ;

55. Considérant que les dispositions de l'article 706–91 sont réservées à la recherche des infractions mentionnées à l'article 706–73 ; que la possibilité d'effectuer des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction durant la nuit ne concerne que des locaux autres que d'habitation ; qu'elle est subordonnée à une autorisation du juge d'instruction donnée aux officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire ; que la possibilité que ces opérations puissent aussi concerner, dans certains cas d'urgence limitativement énumérés, des locaux d'habitation, est également subordonnée à une autorisation du juge d'instruction ;

56. Considérant que ces mesures sont justifiées par la recherche des auteurs d'infractions particulièrement graves ou la nécessité d'intervenir dans des locaux où sont en train de se commettre de telles infractions ; que la notion de " risque immédiat de disparition de preuves ou d'indices matériels " doit s'entendre comme ne permettant au juge d'instruction d'autoriser une perquisition de nuit que si celle-ci ne peut être réalisée dans d'autres circonstances de temps ; que, sous cette réserve, les dispositions critiquées ne portent pas une atteinte excessive au principe de l'inviolabilité du domicile ;

. En ce qui concerne les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications :

57. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 706–95 inséré dans le code de procédure pénale par l'article 1er de la loi déferée : " Si les nécessités de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706–73 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications selon les modalités prévues par les articles 100, deuxième alinéa, 100–1 et 100–3 à 100–7, pour une durée maximum de quinze jours, renouvelable une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée. Ces opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention " ;

58. Considérant que, selon les requérants, " les interceptions de correspondances à l'initiative du procureur de la République n'offrent pas de garanties suffisantes au regard de l'article 66 de la Constitution " ;

59. Considérant que les dispositions critiquées ne s'appliquent que pour la recherche des auteurs des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706–73 ; qu'elles doivent être exigées par les besoins de l'enquête et autorisées par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance, à la requête du procureur de la République ; que cette autorisation est délivrée pour une durée maximale de quinze jours, qui n'est renouvelable qu'une fois, sous le contrôle du juge des libertés et de la détention ;

60. Considérant, par ailleurs, que demeurent applicables les garanties procédurales requises pour l'utilisation de tels procédés dans le cadre de l'instruction, s'agissant des autres types d'infractions ;

61. Considérant que, dans ces conditions, les dispositions critiquées ne portent une atteinte excessive ni au secret de la vie privée ni à aucun autre principe constitutionnel ;

. En ce qui concerne les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules :

62. Considérant qu'aux termes des deux premiers alinéas de l'article 706–96 inséré dans le code de procédure pénale par l'article 1er de la loi déferée : " Lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706–73 l'exigent, le juge d'instruction peut, après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée les officiers et agents de police judiciaire commis sur commission rogatoire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé. Ces opérations sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction. – En vue de mettre en place le dispositif technique mentionné au premier alinéa, le juge d'instruction peut autoriser l'introduction dans un véhicule ou un lieu privé, y compris hors des heures prévues à l'article 59, à l'insu ou sans le consentement du propriétaire ou du possesseur du véhicule ou de l'occupant des lieux ou de toute personne titulaire d'un droit sur ceux-ci. S'il s'agit d'un lieu d'habitation et que l'opération doit intervenir hors des heures prévues à l'article 59, cette autorisation est délivrée par le juge des libertés et de la détention saisi à cette fin par le juge d'instruction. Ces opérations, qui ne peuvent avoir d'autre fin que la mise en place du dispositif technique, sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction " ; que le reste de cet article, ainsi que les articles 706–97 à 706–102 nouveaux, prévoient les conditions de mise en place de ces dispositifs, ainsi que les modalités de leur utilisation et de leur destruction à l'expiration du délai de prescription de l'action publique ; qu'en particulier, l'article 706–98 prévoit que : " Ces décisions sont prises pour une durée maximale de quatre mois. Elles ne peuvent être

renouvelées que dans les mêmes conditions de forme et de durée " ;

63. Considérant que, selon les requérants, " la possibilité de sonoriser les domiciles, lieux de travail et véhicules " porte atteinte à la liberté individuelle, au droit à la vie privée, ainsi qu'à l'inviolabilité du domicile ; qu'ils font également grief à ces nouvelles dispositions de ne prévoir " aucune limitation dans le temps du recours aux sonorisations " ;

64. Considérant que la recherche des auteurs des infractions mentionnées à l'article 706-73 justifie la mise en place de dispositifs techniques ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles ou d'images, dès lors que l'autorisation de les utiliser émane de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que sont prévues des garanties procédurales appropriées ; qu'en l'espèce, les mesures contestées ne peuvent être mises en œuvre qu'après l'ouverture d'une information et sous réserve que les nécessités de celle-ci le justifient ; que le législateur a fait du juge d'instruction ou, le cas échéant, à sa requête, du juge des libertés et de la détention, l'autorité compétente pour ordonner l'utilisation de ces procédés ; qu'il a exigé une décision écrite et motivée précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ; qu'il a précisé que l'autorisation du magistrat compétent serait valable pour une durée maximale de quatre mois et qu'elle ne serait renouvelable que dans les mêmes conditions de forme et de durée ; qu'en outre, il a placé ces opérations sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées ; qu'enfin, il a précisé que chacune des opérations ferait l'objet d'un procès-verbal, que les enregistrements seraient placés sous scellés fermés et qu'ils seraient détruits à l'expiration du délai de prescription de l'action publique ;

65. Considérant que l'article 706-101 nouveau du code de procédure pénale limite aux seuls enregistrements utiles à la manifestation de la vérité le contenu du procès-verbal, établi par le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui, qui décrit ou transcrit les images ou les sons enregistrés ; que, dès lors, le législateur a nécessairement entendu que les séquences de la vie privée étrangères aux infractions en cause ne puissent en aucun cas être conservées dans le dossier de la procédure ;

66. Considérant que, sous la réserve énoncée au considérant précédent, les dispositions critiquées ne sont pas contraires à la Constitution ;

.En ce qui concerne le régime des nullités :

67. Considérant qu'aux termes de l'article 706-104 inséré dans le code de procédure pénale par l'article 1er de la loi déferée : " Le fait qu'à l'issue de l'enquête ou de l'information ou devant la juridiction de jugement la circonstance aggravante de bande organisée ne soit pas retenue ne constitue pas une cause de nullité des actes régulièrement accomplis en application des dispositions du présent titre " ;

68. Considérant que, selon les requérants, en écartant toute nullité en cas de pratique abusive ou de détournement de procédure, ces dispositions portent " une atteinte particulièrement grave – et inédite – aux droits et libertés constitutionnellement protégés " ;

69. Considérant que les procédures spéciales définies par l'article 1er de la loi déferée sont de nature à affecter gravement l'exercice de droits et libertés constitutionnellement protégés, tels que la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile et le secret de la vie privée ; que l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, ne saurait dès lors autoriser leur utilisation que dans la mesure nécessaire à la recherche des auteurs d'infractions particulièrement graves et complexes, elle-même indispensable à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle ;

70. Considérant que, pour décider de mettre en œuvre l'une de ces procédures, l'autorité judiciaire doit disposer d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que les faits constituent l'une des infractions énumérées par l'article 706-73 nouveau du code de procédure pénale ; que, si le législateur pouvait exonérer de nullité les actes d'enquête ou d'instruction dès lors que la circonstance aggravante de bande organisée paraissait caractérisée à la date où ils ont été autorisés, il ne pouvait exonérer, de façon générale, des actes qui auraient été autorisés en méconnaissance des exigences susmentionnées ;

71. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 706-104 nouveau du code de procédure pénale doit être déclaré contraire à la Constitution ;

– SUR L'ARTICLE 48 :

72. Considérant que l'article 48 de la loi déferée crée un " fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles " ;

73. Considérant qu'il est soutenu par les auteurs des deux saisines que cet article serait contraire au principe de nécessité des peines, porterait atteinte au respect de la vie privée et méconnaîtrait le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de droit pénal des mineurs ;

En ce qui concerne les normes constitutionnelles applicables :

74. Considérant que l'inscription de l'identité d'une personne dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs des infractions sexuelles mentionnées à l'article 706-47 rétabli dans le code de procédure pénale par l'article 47 de la loi déferée a pour objet, aux termes de l'article 706-53-1 inséré dans le même code par l'article 48 de la même loi, de prévenir le renouvellement de ces infractions et de faciliter l'identification de leurs auteurs ; qu'il en résulte que cette inscription ne constitue pas une sanction mais une mesure de police ; que les auteurs des saisines ne sauraient dès lors utilement soutenir qu'elle méconnaîtrait le principe de nécessité des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ; qu'il convient toutefois de vérifier si cette inscription constitue une rigueur non nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration ;

75. Considérant que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le respect de la vie privée ;

76. Considérant qu'il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'il lui appartient notamment d'assurer la conciliation entre, d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la protection de principes et de droits de valeur constitutionnelle et, d'autre part, le respect de la vie privée et des autres droits et libertés constitutionnellement protégés ;

En ce qui concerne l'inscription dans le fichier automatisé des auteurs d'infractions sexuelles, la consultation et l'utilisation de ce fichier :

77. Considérant que l'article 706-53-1 nouveau du code de procédure pénale prévoit que le fichier est tenu par le service du casier judiciaire sous le contrôle d'un magistrat et sous l'autorité du ministre de la justice ;

78. Considérant que l'article 706-53-2 nouveau du code de procédure pénale prévoit l'inscription de l'identité d'une personne dans le fichier en conséquence d'une des décisions judiciaires suivantes :

1° une condamnation, même non encore définitive, y compris une condamnation par défaut ou une déclaration de culpabilité assortie d'une dispense ou d'un ajournement de la peine ;

2° une décision, même non encore définitive, prononcée en application des articles 8, 15, 15-1, 16, 16 bis et 28 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante ;

3° une composition pénale prévue par l'article 41-2 modifié du code de procédure pénale, dont l'exécution a été constatée par le procureur de la République ;

4° une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement fondée sur les dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, relatif aux personnes atteintes d'un trouble psychique ou neuropsychique au moment des faits ;

5° une mise en examen assortie d'un placement sous contrôle judiciaire, lorsque le juge d'instruction a ordonné l'inscription de la décision dans le fichier ;

6° une décision de même nature que celles énumérées ci-dessus prononcées par les juridictions ou autorités judiciaires étrangères qui, en application d'une convention ou d'un accord international, ont fait l'objet d'un avis aux autorités françaises ou ont été exécutées en France à la suite du transfèrement des personnes condamnées ;

79. Considérant que, lorsque l'une des décisions judiciaires mentionnées aux 1° à 4° et au 6° est intervenue, le dernier alinéa de l'article 706-53-2 nouveau du code de procédure pénale ne prévoit l'inscription automatique dans le fichier que d'une partie des infractions mentionnées par l'article 706-47 nouveau du même code ; qu'il s'agit de celles punies d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans, à savoir :

– le meurtre ou l'assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ;

– le viol et le viol aggravé punis par les articles 222-23 à 222-26 du code pénal ;

– les agressions ou tentatives d'agressions sexuelles autres que le viol, lorsqu'elles sont accompagnées des circonstances aggravantes mentionnées par les articles 222-28 à 222-30 du code pénal ;

– la corruption d'un mineur lorsque le mineur est âgé de moins de quinze ans, ou lorsque le mineur a été mis en contact de l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunications ou que les faits sont commis à l'intérieur d'un établissement scolaire ou éducatif ou, à l'occasion des entrées ou des sorties des élèves, aux abords d'un tel établissement ou le fait, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur de quinze ans assiste ou participe, punie par l'article 227-22 modifié du code pénal ;

– l'atteinte sexuelle sans violence, contrainte, menace ni surprise par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans lorsqu'elle est commise soit par un ascendant ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime, soit par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, soit par plusieurs personnes agissant en

qualité d'auteur ou de complice, ou lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunications, punie par l'article 227-26 du code pénal ;

80. Considérant que le dernier alinéa de l'article 706-53-2 nouveau du code de procédure pénale prévoit que les décisions judiciaires concernant les autres infractions mentionnées par l'article 706-47 nouveau du code de procédure pénale, qui sont punies d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ne sont pas inscrites dans le fichier, sauf si cette inscription est ordonnée par une décision expresse de la juridiction ou, dans certains cas, du procureur de la République ; que ces infractions sont les suivantes :

- les agressions ou tentatives d'agressions sexuelles, autres que le viol, punies par les articles 222-27 et 222-31 du code pénal ;
- le recours à la prostitution d'un mineur, puni par l'article 225-12-1 du code pénal ;
- la corruption d'un mineur, punie par l'article 227-22 du code pénal ;
- la fixation, l'enregistrement ou la transmission de la représentation pornographique d'un mineur, punies par l'article 227-23 modifié du code pénal ;
- la fabrication, le transport, la diffusion ou le commerce de message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur, punis par l'article 227-24 du code pénal ;
- l'atteinte sexuelle sans violence, contrainte, menace ou surprise par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans, punie par l'article 227-25 du code pénal ;
- l'atteinte sexuelle sans violence, contrainte, menace ou surprise sur un mineur âgé de plus de quinze ans, commise par un ascendant ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime ou par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, punie par l'article 227-27 du code pénal ;

81. Considérant que les dispositions contestées ne prévoient pas l'inscription dans le fichier des auteurs des autres infractions sexuelles telles que l'exhibitionnisme ou le harcèlement sexuel, punis par les articles 222-32 et 222-33 du code pénal ;

82. Considérant que l'article 706-53-4 nouveau du code de procédure pénale prévoit que la durée de l'inscription au fichier est en principe de trente ans s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement et qu'elle est de vingt ans dans les autres cas ; que les condamnations et décisions non encore définitives et les mises en examen assorties d'un contrôle judiciaire sont automatiquement retirées du fichier en cas de décision définitive de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement, ainsi qu'en cas de cessation ou mainlevée du contrôle judiciaire pour les mises en examen ; qu'en outre, dès qu'une personne dont l'identité est inscrite dans le fichier a bénéficié d'une réhabilitation légale ou judiciaire, elle peut demander successivement au procureur de la République, au juge des libertés et de la détention et au président de la chambre de l'instruction, l'effacement des informations la concernant ; que l'effacement est alors ordonné si la conservation des données " n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier, au regard de la nature de l'infraction, de l'âge de la personne lors de sa commission, du temps écoulé depuis lors et de la personnalité actuelle de l'intéressé " ;

83. Considérant que l'article 706-53-7 nouveau du code de procédure pénale définit strictement les personnes ayant accès au fichier automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ;

84. Considérant qu'il permet, en premier lieu, aux autorités judiciaires et aux officiers de police judiciaire d'interroger le fichier dans le cadre de procédures concernant un crime d'atteinte volontaire à la vie, d'enlèvement ou de séquestration ou une infraction mentionnée à l'article 706-47 ; que les critères d'interrogation seront fixés par un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ;

85. Considérant qu'il permet, en second lieu, aux préfets et aux administrations de l'Etat dont la liste est fixée par un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés de consulter le fichier automatisé des auteurs d'infractions pour l'examen des demandes d'agrément concernant des activités ou professions impliquant un contact avec des mineurs, en limitant la possibilité de consultation à l'utilisation du seul critère de l'identité de la personne concernée par la demande d'agrément ;

86. Considérant que l'article 706-53-11 nouveau du code de procédure pénale interdit tout rapprochement et toute connexion, au sens de l'article 19 de la loi du 6 janvier 1978 susvisée, entre le fichier des auteurs d'infractions sexuelles et tout autre fichier ou recueil de données nominatives détenu par une personne quelconque ou par un service de l'Etat ne dépendant pas du ministère de la justice ;

87. Considérant qu'en égard, d'une part, aux garanties apportées par les conditions d'utilisation et de consultation du fichier et par l'attribution à l'autorité judiciaire du pouvoir d'inscription et de retrait des données nominatives, d'autre part, à la gravité des infractions justifiant l'inscription des données nominatives dans le fichier et au taux de récidive qui caractérise ce type d'infractions, les dispositions contestées sont de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée ;

88. Considérant, de même, que, en raison du motif qu'elles assignent aux consultations du fichier par des autorités administratives, et compte tenu des restrictions et prescriptions dont elles les assortissent, les dispositions contestées ne portent une atteinte excessive ni au respect de la vie privée ni aux exigences de l'article 9 de la Déclaration de 1789 ;

. En ce qui concerne les obligations mises à la charge des personnes inscrites :

89. Considérant que l'article 706-53-5 nouveau du code de procédure pénale impose à la personne inscrite dans le fichier des auteurs d'infractions sexuelles, lorsqu'elle a été définitivement condamnée pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement, de justifier de son adresse tous les six mois en se présentant à cette fin auprès d'un service de police ou de gendarmerie ; qu'il impose aux autres personnes inscrites de justifier de leur adresse une fois par an et de déclarer leur changement d'adresse quinze jours au plus tard après ce dernier ; que cette obligation peut être remplie par simple courrier adressé à un service de police ou de gendarmerie ;

90. Considérant que la gravité de la condamnation encourue, qui détermine le champ d'application de l'obligation de se présenter personnellement, constitue un critère objectif et rationnel de distinction en relation directe avec la finalité du fichier ;

91. Considérant que l'obligation faite aux personnes inscrites de faire connaître périodiquement l'adresse de leur domicile ou de leur résidence ne constitue pas une sanction, mais une mesure de police destinée à prévenir le renouvellement d'infractions et à faciliter l'identification de leurs auteurs ; que l'objet même du fichier rend nécessaire la vérification continue de l'adresse de ces personnes ; que la charge qui leur est imposée dans le but de permettre cette vérification ne constitue pas une rigueur qui ne serait pas nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789 ;

. En ce qui concerne le régime applicable aux mineurs :

92. Considérant qu'il résulte de l'article 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945 susvisée que les mineurs âgés de moins de seize ans ne peuvent être condamnés à une peine privative de liberté supérieure à la moitié de la peine encourue et que, dès lors, le dernier alinéa de l'article 706-53-2 nouveau du code de procédure pénale ne prévoit leur inscription automatique dans le fichier que pour les délits passibles d'une peine d'emprisonnement supérieure à dix ans ; que, pour les mêmes raisons, les dix ans d'emprisonnement encourus qui entraînent l'obligation de se présenter tous les six mois auprès d'un service de police ou de gendarmerie pour justifier de son adresse sont portés à vingt ans s'agissant des mineurs de moins de seize ans ;

93. Considérant que les mineurs de moins de treize ans ne peuvent encourir aucune peine d'emprisonnement et qu'en conséquence, le dernier alinéa de l'article 706-53-2 interdit leur inscription automatique dans le fichier des auteurs d'infractions sexuelles ;

94. Considérant qu'en vertu du 7° inséré par l'article 201 de la loi déferée dans l'article 769 du code de procédure pénale, les mesures qui permettent l'inscription des mineurs dans le fichier sont supprimées de leur casier judiciaire trois ans après leur prononcé, sauf mesure ou condamnation nouvelle ; que, dès cette suppression, le mineur peut demander, selon la procédure prévue à l'article 706-53-4 nouveau du code de procédure pénale, successivement au procureur de la République, au juge des libertés et de la détention et au président de la chambre de l'instruction, l'effacement des informations le concernant ; que l'effacement est alors ordonné si la conservation des données n'est plus nécessaire eu égard notamment à l'âge du mineur lors de l'infraction ;

95. Considérant que les adaptations ainsi apportées, en faveur des mineurs délinquants, au régime du fichier automatisé des auteurs d'infractions sexuelles sont inspirées par la nécessité de rechercher leur relèvement éducatif et moral ; qu'elles ne sont pas contraires au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de droit pénal des mineurs ;

– SUR L'ARTICLE 63 :

96. Considérant que l'article 63 de la loi déferée insère dans le code de procédure pénale un article 30 ainsi rédigé : " Le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. – A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des

instructions générales d'action publique. – Il peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes " ;

97. Considérant qu'il est soutenu par les auteurs des saisines que ces dispositions méconnaîtraient le principe de la séparation des pouvoirs, l'article 2 de la Déclaration de 1789 et l'article 66 de la Constitution ;

98. Considérant qu'en vertu de l'article 20 de la Constitution, le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation, notamment dans le domaine de l'action publique ; que l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée, portant loi organique relative au statut de la magistrature, place les magistrats du parquet sous l'autorité du ministre de la justice ; que l'article 30 nouveau du code de procédure pénale, qui définit et limite les conditions dans lesquelles s'exerce cette autorité, ne méconnaît ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle ;

– SUR L'ARTICLE 137 :

99. Considérant que le I de l'article 137 insère dans le chapitre 1er du titre II du livre II du code de procédure pénale une section 8 intitulée : " De la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité " ; que cette section comporte dix nouveaux articles, numérotés de 495–7 à 495–16 ;

100. Considérant que l'article 495–7 rend applicable cette nouvelle procédure de jugement aux personnes déférées devant le procureur de la République ou convoquées à cette fin et reconnaissant avoir commis un ou plusieurs délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans ; qu'il précise que le procureur de la République pourra y recourir d'office ou à la demande de la personne ou de son avocat ; que, toutefois, en vertu de l'article 495–16, ces dispositions ne sont applicables " ni aux mineurs de dix-huit ans, ni en matière de délits de presse, de délits d'homicides involontaires, de délits politiques ou de délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale " ; qu'elles ne sont pas non plus applicables, en vertu de l'article 495–11, aux personnes renvoyées devant le tribunal correctionnel par le juge d'instruction ;

101. Considérant que l'article 495–8 pose les limites et les conditions dans lesquelles le procureur de la République pourra proposer à la personne concernée l'exécution d'une ou plusieurs peines ; qu'en particulier, dans le cas où il s'agira d'une peine d'emprisonnement, sa durée ne pourra être supérieure à un an ni excéder la moitié de la peine d'emprisonnement encourue ; que, dans le cas où il s'agira d'une peine d'amende, celle-ci ne pourra être supérieure au montant de l'amende encourue ; que le même article précise que tant la reconnaissance de culpabilité que la proposition de la peine doivent avoir lieu en présence de l'avocat de l'intéressé ; que ce dernier, informé de la possibilité qu'il a de demander à disposer d'un délai supplémentaire de dix jours avant de donner sa réponse, pourra consulter son avocat, hors la présence du procureur de la République, avant de faire connaître sa décision ;

102. Considérant que l'article 495–9 organise l'homologation par le président du tribunal de grande instance de la proposition du parquet, acceptée par la personne concernée en présence de son avocat ; qu'il précise que le président du tribunal doit entendre l'intéressé et son avocat en chambre du conseil avant d'homologuer ou non la peine proposée ; qu'en cas d'homologation, l'ordonnance est lue en audience publique ; que l'article 495–11 nouveau précise les conditions de l'homologation, qui doivent figurer dans la motivation de l'ordonnance ; qu'en particulier, celle-ci doit constater " d'une part que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits reprochés et accepte la ou les peines proposées par le procureur de la République, d'autre part que cette ou ces peines sont justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur " ; que l'ordonnance peut faire l'objet d'un appel de la part du condamné ;

103. Considérant que l'article 495–13 définit les droits de la victime qui, lorsqu'elle est identifiée, est informée sans délai et par tout moyen de la procédure et invitée à comparaître en même temps que l'auteur des faits, accompagnée le cas échéant de son avocat, devant le président du tribunal de grande instance ou son délégué afin de se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice ; que, si la victime n'a pu exercer ses droits lors de l'homologation, soit qu'elle n'ait pas été prévenue à temps, soit qu'elle n'ait pas pu ou voulu se déplacer, le procureur de la République doit l'informer de son droit de lui demander de citer l'auteur des faits à une audience du tribunal correctionnel, dont elle sera avisée, pour lui permettre de se constituer partie civile ;

104. Considérant que l'article 495–14 interdit de faire état, devant la juridiction d'instruction ou de jugement, des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure lorsque la proposition du parquet a été refusée

ou non homologuée ;

105. Considérant que les requérants soutiennent que ces dispositions méconnaissent le droit à un procès équitable et portent atteinte aux principes de présomption d'innocence, d'égalité devant la justice et de publicité des débats ;

. En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du droit à un procès équitable :

106. Considérant que, selon les requérants, en donnant à l'autorité de poursuite la possibilité de proposer une peine d'emprisonnement et d'amende, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité viole le principe de séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement et met la personne concernée " en situation de subir une pression réelle sous la menace d'un placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire, ou d'une aggravation de la sanction encourue en cas de refus de la proposition du procureur " ;

107. Considérant, en premier lieu, que, si la peine est proposée par le parquet et acceptée par l'intéressé, seul le président du tribunal de grande instance peut homologuer cette proposition ; qu'il lui appartient à cet effet de vérifier la qualification juridique des faits et de s'interroger sur la justification de la peine au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ; qu'il pourra refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire ; qu'il ressort de l'économie générale des dispositions contestées que le président du tribunal de grande instance pourra également refuser d'homologuer la peine proposée si les déclarations de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au principe de séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement ;

108. Considérant, en second lieu, que l'avocat, dont l'assistance est obligatoire, sera présent tout au long de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ; qu'en particulier, l'avocat sera présent lorsque l'intéressé reconnaîtra les faits, qu'il recevra la proposition de peine du procureur de la République, qu'il acceptera ou refusera cette proposition et, en cas d'acceptation, qu'il comparaitra devant le président du tribunal de grande instance ; que l'avocat pourra librement communiquer avec son client et consulter immédiatement le dossier de la procédure ; que l'intéressé sera averti qu'il peut demander à bénéficier d'un délai de dix jours avant de donner ou de refuser son accord à la proposition du procureur de la République ; que, même lorsqu'il aura donné son accord lors de l'homologation, il disposera d'un délai de dix jours pour faire appel de la condamnation ; que, eu égard à l'ensemble des garanties ainsi apportées par la loi, le droit à un procès équitable n'est pas méconnu par les dispositions contestées ;

. En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance de la présomption d'innocence :

109. Considérant que les requérants soutiennent que la nouvelle procédure instituée par l'article 137 de la loi déferée est contraire à l'article 9 de la Déclaration de 1789 en ce qu'elle instaure une présomption de culpabilité et renverse la charge de la preuve en plaçant la personne poursuivie en situation de s'accuser elle-même ;

110. Considérant que, s'il découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789 que nul n'est tenu de s'accuser, ni cette disposition ni aucune autre de la Constitution n'interdit à une personne de reconnaître librement sa culpabilité ;

111. Considérant, en outre, que le juge du siège n'est lié ni par la proposition du procureur, ni par son acceptation par la personne concernée ; qu'il lui appartient de s'assurer que l'intéressé a reconnu librement et sincèrement être l'auteur des faits et de vérifier la réalité de ces derniers ; que, s'il rend une ordonnance d'homologation, il devra relever que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte en connaissance de cause la ou les peines proposées par le procureur de la République ; que le juge devra donc vérifier non seulement la réalité du consentement de la personne mais également sa sincérité ; qu'enfin, en cas de refus d'homologation, l'article 495-14 nouveau du code de procédure pénale prévoit que le procès-verbal de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement et que ni le ministère public, ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure ;

112. Considérant que, dans ces conditions, l'article 137 de la loi déferée ne porte pas atteinte au principe de la présomption d'innocence ;

. En ce qui concerne le grief tiré de la rupture d'égalité devant la justice :

113. Considérant que, selon les requérants, le principe d'égalité devant la justice serait méconnu " à l'égard des personnes poursuivies pour les mêmes faits " et " en ce qui concerne les victimes des infractions " ;

114. Considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article 137 ne procèdent pas de discriminations injustifiées

- entre les personnes poursuivies pour les mêmes faits selon qu'elles reconnaissent ou non leur culpabilité ; que, dans l'un et l'autre cas, sont respectés les droits de la défense et la présomption d'innocence ;
115. Considérant, en second lieu, que l'article 495-13 nouveau du code de procédure pénale garantit les droits de la victime, que celle-ci ait pu être identifiée ou non avant l'audience d'homologation ou qu'elle ait pu ou non comparaître lors de cette audience ; que ses droits à constitution de partie civile seront sauvegardés dans tous les cas ; que ses intérêts civils feront l'objet soit d'une ordonnance du président du tribunal de grande instance lors de l'homologation, soit d'un jugement du tribunal correctionnel après celle-ci ;
116. Considérant que, par suite, le grief tiré de la rupture d'égalité devant la justice n'est pas fondé ;  
. En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe de publicité des débats :
117. Considérant qu'il résulte de la combinaison des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique ;
118. Considérant que constitue une décision juridictionnelle l'homologation ou le refus d'homologation par le président du tribunal de grande instance de la peine proposée par le parquet et acceptée par la personne concernée ; que cette homologation est susceptible de conduire à une privation de liberté d'un an ; que, par suite, le caractère non public de l'audience au cours de laquelle le président du tribunal de grande instance se prononce sur la proposition du parquet, même lorsqu'aucune circonstance particulière ne nécessite le huis clos, méconnaît les exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées ; qu'il s'ensuit que doivent être déclarés contraires à la Constitution les mots : " en chambre du conseil " à la fin de la première phrase du second alinéa de l'article 495-9 nouveau du code de procédure pénale ;  
- SUR L'ARTICLE 121 :
119. Considérant que l'article 121 de la loi déferée modifie les conditions dans lesquelles une personne mise en examen peut, à titre exceptionnel, être placée en détention provisoire ; qu'en vertu de l'article 137-1 du code de procédure pénale, dans sa rédaction actuelle, la détention provisoire est ordonnée par le juge des libertés et de la détention, saisi par une ordonnance motivée du juge d'instruction, lequel lui transmet le dossier de la procédure et les réquisitions du procureur de la République ; que l'article 137-4 du même code prévoit, toutefois, que le juge d'instruction peut également décider de ne pas transmettre le dossier au juge des libertés et de la détention s'il estime qu'une demande de placement en détention provisoire formulée par le procureur de la République n'est pas justifiée ; que les nouvelles dispositions de la loi déferée complètent l'article 137-4 par un alinéa nouveau qui prévoit que, dans une telle hypothèse, le procureur de la République peut saisir directement le juge des libertés et de la détention, en cas de crime ou de délit puni de dix ans d'emprisonnement, dès lors que ses réquisitions précisent qu'il envisage de faire application de cette procédure et qu'elles sont motivées soit par la nécessité de protéger la personne mise en examen, de garantir son maintien à la disposition de la justice, de mettre fin à l'infraction ou de prévenir son renouvellement, soit par celle de mettre fin à un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances dans lesquelles elle a été commise ou l'importance du préjudice qu'elle a causé ;
120. Considérant, en premier lieu, que les nouvelles dispositions de l'article 137-4 du code de procédure pénale n'affectent pas, en matière de placement en détention provisoire, la compétence du juge des libertés et de la détention ; que l'article 66 de la Constitution n'est donc pas méconnu ;
121. Considérant, en second lieu, que la possibilité reconnue au procureur de la République, pour les motifs et dans les cas susmentionnés, de saisir directement le juge des libertés et de la détention d'une demande de placement en détention provisoire que le juge d'instruction estime injustifiée, est liée à l'urgence et fondée sur des critères objectifs et rationnels, inspirés par un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi ; que la différence de traitement ainsi instituée entre les personnes dont la détention provisoire est requise ne procède donc pas d'une discrimination injustifiée ;
122. Considérant que, dans ces conditions, l'article 121 n'est contraire à aucune exigence constitutionnelle ;  
- SUR L'ARTICLE 186 :
123. Considérant que le II de l'article 186 de la loi déferée insère notamment dans le code de procédure pénale les articles 723-20 à 723-28 relatifs à l'aménagement des fins de peines d'emprisonnement ; que les personnes condamnées à une ou plusieurs peines d'emprisonnement d'une durée allant de six mois à deux ans bénéficieront désormais, pendant les trois derniers mois, d'un aménagement de leur peine ; que ce régime s'appliquera également pendant les six derniers mois aux personnes condamnées pour une période allant de deux à cinq ans ; que les

mesures d'aménagement consisteront en un régime de semi-liberté, un placement à l'extérieur ou un placement sous surveillance électronique ; que le directeur des services pénitentiaires d'insertion et de probation, après avis du chef d'établissement, proposera au juge d'application des peines la mesure d'aménagement la mieux adaptée à la personnalité du condamné, sauf en cas de mauvaise conduite, d'absence de projet sérieux de réinsertion, d'impossibilité matérielle de mettre en place une mesure, ou de refus par l'intéressé ; que le juge de l'application des peines disposera alors d'un délai de trois semaines pour statuer, après avis du procureur de la République, par ordonnance susceptible d'appel ; que, s'il ne se prononce pas dans ce délai, le directeur des services pénitentiaires d'insertion et de probation pourra, par une décision qualifiée de " mesure d'administration judiciaire ", décider de mettre en oeuvre la mesure d'aménagement ; qu'il notifiera cette décision au juge de l'application des peines et au procureur de la République ; que ce dernier pourra, dans un délai de vingt-quatre heures, former un recours suspensif devant le président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel ;

124. Considérant, en premier lieu, qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de confier à des autorités autres que des juridictions le soin de fixer certaines modalités d'exécution de fins de peines d'emprisonnement et de les qualifier de " mesures d'administration judiciaire " ; qu'en l'espèce, si la loi a permis au directeur des services pénitentiaires d'insertion et de probation de mettre à exécution une telle mesure lorsque, l'ayant proposée au juge de l'application des peines, celui-ci a gardé le silence pendant trois semaines, cette mesure n'en devra pas moins être notifiée au procureur et au juge de l'application des peines préalablement à son exécution ; que le procureur pourra former contre elle un appel suspensif ; que le juge de l'application des peines, qui n'est pas dépossédé des pouvoirs qu'il tient des articles 712-4 et suivants du code de procédure pénale, pourra la révoquer d'office conformément aux dispositions de l'article 723-26 ; que, dans ces conditions, les dispositions en cause ne méconnaissent pas les prérogatives constitutionnelles des juridictions judiciaires s'agissant du prononcé et de l'exécution des peines ;

125. Considérant, en second lieu, que l'exécution d'une fin de peine d'emprisonnement sous la forme d'un régime de semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'un placement sous surveillance électronique ou d'une permission de sortir constitue une mesure par nature favorable au détenu et ne peut intervenir qu'avec son accord ; qu'en cas de recours du procureur de la République, le détenu pourra présenter ses observations ; qu'ainsi, les dispositions en cause ne méconnaissent ni le principe constitutionnel du respect des droits de la défense ni le droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ;

126. Considérant qu'il s'ensuit que l'article 186 de la loi déferée n'est pas contraire à la Constitution ;

127. Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution,

#### Décide :

Article premier .– Sont déclarées contraires à la Constitution les dispositions suivantes de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité :

– à l'article 1er, l'article 706-104 nouveau du code de procédure pénale ;

– à l'article 137, les mots : " en chambre du conseil " à la fin de la première phrase du second alinéa de l'article 495-9 nouveau du code de procédure pénale.

Article 2 .– Le surplus des articles 1er et 137 de la même loi, ainsi que ses articles 14, 48, 63, 121 et 186, sont déclarés conformes à la Constitution sous les réserves énoncées aux considérants 6, 17, 18, 33, 56, 65 et 107.

Article 3 .– La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 2 mars 2004, où siégeaient : MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL.

Journal officiel du 10 mars 2004, p. 4637

Recueil, p. 66



ARRÊT DE LA COUR (grande chambre)

22 juin 2010(\*)

«Renvoi préjudiciel – Article 267 TFUE – Examen de la conformité d’une loi nationale tant avec le droit de l’Union qu’avec la Constitution nationale – Réglementation nationale prévoyant le caractère prioritaire d’une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité – Article 67 TFUE – Libre circulation des personnes – Suppression du contrôle aux frontières intérieures – Règlement (CE) n° 562/2006 – Articles 20 et 21 – Réglementation nationale autorisant des contrôles d’identité dans la zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention d’application de l’accord de Schengen et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà de cette frontière»

Dans les affaires jointes C-188/10 et C-189/10,

ayant pour objet des demandes de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduites par la Cour de cassation (France), par décisions du 16 avril 2010, parvenues à la Cour le même jour, dans les procédures contre

**Aziz Melki** (C-188/10),

**Sélim Abdeli** (C-189/10),

LA COUR (grande chambre),

composée de M. V. Skouris, président, MM. J. N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, M<sup>mes</sup> R. Silva de Lapuerta et C. Toader, présidents de chambre, MM. K. Schiemann, E. Juhász, T. von Danwitz (rapporteur), J.-J. Kasel et M. Safjan, juges,

avocat général: M. J. Mazák,

greffier: M. M.-A. Gaudissart, chef d’unité,

vu l’ordonnance du président de la Cour du 12 mai 2010 décidant de soumettre les renvois préjudiciels à une procédure accélérée conformément aux articles 23 bis du statut de la Cour de justice de l’Union européenne et 104 bis, premier alinéa, du règlement de procédure,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 2 juin 2010,

considérant les observations présentées:

- pour MM. Melki et Abdeli, par M<sup>c</sup> R. Boucq, avocat,
- pour le gouvernement français, par M<sup>me</sup> E. Belliard, M. G. de Bergues et M<sup>me</sup> B. Beaupère-Manokha, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement belge, par M<sup>mes</sup> C. Pochet et M. Jacobs ainsi que par M. T. Materne, en qualité d’agents, assistés de M<sup>c</sup> F. Tulkens, avocat,
- pour le gouvernement tchèque, par M. M. Smolek, en qualité d’agent,

- pour le gouvernement allemand, par MM. J. Möller, B. Klein et N. Graf Vitzthum, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement hellénique, par M<sup>mes</sup> T. Papadopoulou et L. Kotroni, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement néerlandais, par M<sup>mes</sup> C. Wissels et M. de Ree, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement polonais, par M<sup>me</sup> J. Faldyga ainsi que par MM. M. Jarosz et M. Szpunar, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement slovaque, par M<sup>me</sup> B. Ricziová, en qualité d’agent,
- pour la Commission européenne, par MM. J.-P. Keppenne et M. Wilderspin, en qualité d’agents,

l’avocat général entendu,

rend le présent

### **Arrêt**

- 1 Les demandes de décision préjudicielle portent sur l’interprétation des articles 67 TFUE et 267 TFUE.
- 2 Ces demandes ont été présentées dans le cadre de deux procédures engagées à l’encontre respectivement de MM. Melki et Abdeli, tous deux de nationalité algérienne, et visant à obtenir la prolongation de leur maintien en rétention dans des locaux ne relevant pas de l’administration pénitentiaire.

#### **Le cadre juridique**

##### *Le droit de l’Union*

- 3 Aux termes du préambule du protocole (n° 19) sur l’acquis de Schengen intégré dans le cadre de l’Union européenne, annexé au traité de Lisbonne (JO 2010, C 83, p. 290, ci-après le «protocole n° 19»):

«Les hautes parties contractantes,

notant que les accords relatifs à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes signés par certains des États membres de l’Union européenne à Schengen le 14 juin 1985 et le 19 juin 1990, ainsi que les accords connexes et les règles adoptées sur la base desdits accords, ont été intégrés dans le cadre de l’Union européenne par le traité d’Amsterdam du 2 octobre 1997;

souhaitant préserver l’acquis de Schengen, tel que développé depuis l’entrée en vigueur du traité d’Amsterdam, et développer cet acquis pour contribuer à la réalisation de l’objectif visant à offrir aux citoyens de l’Union un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures;

[...]

sont convenues des dispositions ci-après, qui sont annexées au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne».

4 L'article 2 de ce protocole énonce:

«L'acquis de Schengen s'applique aux États membres visés à l'article 1<sup>er</sup>, sans préjudice de l'article 3 de l'acte d'adhésion du 16 avril 2003 et de l'article 4 de l'acte d'adhésion du 25 avril 2005. Le Conseil se substitue au comité exécutif institué par les accords de Schengen.»

5 Fait partie dudit acquis, notamment, la convention d'application de l'accord de Schengen, du 14 juin 1985, entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (JO 2000, L 239, p. 19), signée à Schengen (Luxembourg) le 19 juin 1990 (ci-après la «CAAS»), dont l'article 2 concernait le franchissement des frontières intérieures.

6 Aux termes de l'article 2, paragraphes 1 à 3, de la CAAS:

«1. Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans qu'un contrôle des personnes soit effectué.

2. Toutefois, lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent, une Partie Contractante peut, après consultation des autres Parties Contractantes, décider que, durant une période limitée, des contrôles frontaliers nationaux adaptés à la situation seront effectués aux frontières intérieures. Si l'ordre public ou la sécurité nationale exigent une action immédiate, la Partie Contractante concernée prend les mesures nécessaires et en informe le plus rapidement possible les autres Parties Contractantes.

3. La suppression du contrôle des personnes aux frontières intérieures ne porte atteinte ni aux dispositions de l'article 22, ni à l'exercice des compétences de police par les autorités compétentes en vertu de la législation de chaque Partie Contractante sur l'ensemble de son territoire, ni aux obligations de détention, de port et de présentation de titres et documents prévues par sa législation.»

7 L'article 2 de la CAAS a été abrogé à partir du 13 octobre 2006, conformément à l'article 39, paragraphe 1, du 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, JO L 105, p. 1).

8 Aux termes de l'article 2, points 9 à 11, de ce règlement:

«Aux fins du présent règlement, on entend par:

[...]

9) 'contrôle aux frontières', les activités effectuées aux frontières, conformément au présent règlement et aux fins de celui-ci, en réponse exclusivement à l'intention de franchir une frontière ou à son franchissement indépendamment de toute autre considération, consistant en des vérifications aux frontières et en une surveillance des frontières;

10) 'vérifications aux frontières', les vérifications effectuées aux points de passage frontaliers afin de s'assurer que les personnes, y compris leurs moyens de transport et les objets en leur possession peuvent être autorisés à entrer sur le territoire des États membres ou à le quitter;

- 11) ‘surveillance des frontières’, la surveillance des frontières entre les points de passage et la surveillance des points de passage frontaliers en dehors des heures d’ouverture fixées, en vue d’empêcher les personnes de se soustraire aux vérifications aux frontières».
- 9 L’article 20 du règlement n° 562/2006, intitulé «Franchissement des frontières intérieures», dispose:
- «Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité.»
- 10 L’article 21 de ce règlement, intitulé «Vérifications à l’intérieur du territoire», prévoit:
- «La suppression du contrôle aux frontières intérieures ne porte pas atteinte:
- a) à l’exercice des compétences de police par les autorités compétentes de l’État membre en vertu du droit national, dans la mesure où l’exercice de ces compétences n’a pas un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières; cela s’applique également dans les zones frontalières. Au sens de la première phrase, l’exercice des compétences de police ne peut, en particulier, être considéré comme équivalent à l’exercice des vérifications aux frontières lorsque les mesures de police:
- i) n’ont pas pour objectif le contrôle aux frontières;
- ii) sont fondées sur des informations générales et l’expérience des services de police relatives à d’éventuelles menaces pour la sécurité publique et visent, notamment, à lutter contre la criminalité transfrontalière;
- iii) sont conçues et exécutées d’une manière clairement distincte des vérifications systématiques des personnes effectuées aux frontières extérieures;
- iv) sont réalisées sur la base de vérifications réalisées à l’improviste;
- [...]
- c) à la possibilité pour un État membre de prévoir dans son droit national l’obligation de détention et de port de titres et de documents;
- [...]»

### *Le droit national*

La Constitution du 4 octobre 1958

- 11 La Constitution du 4 octobre 1958, telle que modifiée par la loi constitutionnelle n° 2008-724, du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République (JORF du 24 juillet 2008, p. 11890, ci-après la «Constitution»), dispose à son article 61-1:

«Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article.»

- 12 L’article 62, deuxième et troisième alinéas, de la Constitution prévoit:

«Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.»

13 Aux termes de l'article 88-1 de la Constitution:

«La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.»

L'ordonnance n° 58-1067

14 Par la loi organique n° 2009-1523, du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (JORF du 11 décembre 2009, p. 21379), un nouveau chapitre II bis, intitulé «De la question prioritaire de constitutionnalité», a été inséré dans le titre II de l'ordonnance n° 58-1067, du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Ce chapitre II bis dispose:

«Section 1

Dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation

Article 23-1

Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office.

[...]

Article 23-2

La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies:

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par

priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.

La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'État ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.

#### Article 23-3

Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.

La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence.

En outre, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irréremédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.

Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé.»

#### Section 2

Dispositions applicables devant le Conseil d'État et la Cour de cassation

#### Article 23-4

Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

#### Article 23-5

Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office.

En tout état de cause, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés

garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Le Conseil d'État ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'État ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer.

[...]

#### Article 23-7

La décision motivée du Conseil d'État ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel.

[...]

#### Section 3

##### Dispositions applicables devant le Conseil constitutionnel

[...]

#### Article 23-10

Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. L'audience est publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel.

[...]»

##### Le code de procédure pénale

- 15 L'article 78-2 du code de procédure pénale, dans sa version en vigueur au moment des faits, dispose:

«Les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21-1 peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité toute personne à l'égard de laquelle existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner:

- qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction;
- ou qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit;

- ou qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit;
- ou qu'elle fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire.

Sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise, l'identité de toute personne peut être également contrôlée, selon les mêmes modalités, dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat. Le fait que le contrôle d'identité révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

L'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens.

Dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi. Lorsque ce contrôle a lieu à bord d'un train effectuant une liaison internationale, il peut être opéré sur la portion du trajet entre la frontière et le premier arrêt qui se situe au-delà des vingt kilomètres de la frontière. Toutefois, sur celles des lignes ferroviaires effectuant une liaison internationale et présentant des caractéristiques particulières de desserte, le contrôle peut également être opéré entre cet arrêt et un arrêt situé dans la limite des cinquante kilomètres suivants. Ces lignes et ces arrêts sont désignés par arrêté ministériel. Lorsqu'il existe une section autoroutière démarrant dans la zone mentionnée à la première phrase du présent alinéa et que le premier péage autoroutier se situe au-delà de la ligne des 20 kilomètres, le contrôle peut en outre avoir lieu jusqu'à ce premier péage sur les aires de stationnement ainsi que sur le lieu de ce péage et les aires de stationnement attenantes. Les péages concernés par cette disposition sont désignés par arrêté. Le fait que le contrôle d'identité révèle une infraction autre que celle de non-respect des obligations susvisées ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

[...]»

### **Les litiges au principal et les questions préjudicielles**

- 16 MM. Melki et Abdeli, ressortissants algériens en situation irrégulière en France, ont été contrôlés par la police, en application de l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale, dans la zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec la Belgique et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà de cette frontière. Le 23 mars 2010, ils ont fait l'objet, chacun en ce qui le concerne, d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière et d'une décision de maintien en rétention.
- 17 Devant le juge des libertés et de la détention, saisi par le préfet d'une demande de prolongation de cette rétention, MM. Melki et Abdeli ont contesté la régularité de leur interpellation et soulevé l'inconstitutionnalité de l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale, au motif que cette disposition porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.
- 18 Par deux ordonnances du 25 mars 2010, le juge des libertés et de la détention a ordonné, d'une part, la transmission à la Cour de cassation de la question de savoir si l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale porte atteinte aux droits et libertés garantis par la

Constitution et, d'autre part, la prolongation de la rétention de MM. Melki et Abdeli pour une durée de quinze jours.

- 19 Selon la juridiction de renvoi, MM. Melki et Abdeli soutiennent que l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution étant donné que les engagements de la République française résultant du traité de Lisbonne ont valeur constitutionnelle au regard de l'article 88-1 de la Constitution et que ladite disposition du code de procédure pénale, en tant qu'elle autorise des contrôles aux frontières avec les autres États membres, est contraire au principe de libre circulation des personnes énoncé à l'article 67, paragraphe 2, TFUE prévoyant que l'Union européenne assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures.
- 20 La juridiction de renvoi considère, en premier lieu, que se trouve posée la question de la conformité de l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale tant avec le droit de l'Union qu'avec la Constitution.
- 21 En second lieu, la Cour de cassation déduit des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 ainsi que de l'article 62 de la Constitution que les juridictions du fond tout comme elle-même sont privées, par l'effet de la loi organique n° 2009-1523 ayant inséré lesdits articles dans l'ordonnance n° 58-1067, de la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est transmise au Conseil constitutionnel.
- 22 Estimant que sa décision sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel dépend de l'interprétation du droit de l'Union, la Cour de cassation a décidé, dans chaque affaire pendante, de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:
  - «1) L'article 267 [TFUE] s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant des articles 23-2, alinéa 2, et 23-5, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, en ce qu'ils imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union?
  - 2) L'article 67 [TFUE] s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale qui prévoit que 'dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi. Lorsque ce contrôle a lieu à bord d'un train effectuant une liaison internationale, il peut être opéré sur la portion du trajet entre la frontière et le premier arrêt qui se situe au-delà des vingt kilomètres de la frontière. Toutefois, sur celles des lignes ferroviaires effectuant une liaison internationale et présentant des caractéristiques particulières de desserte, le contrôle peut également être opéré entre cet arrêt et un arrêt situé dans la limite des cinquante kilomètres suivants. Ces lignes et ces arrêts sont désignés par arrêté ministériel. Lorsqu'il existe une section autoroutière démarrant dans la zone mentionnée à la première phrase du présent alinéa et que le premier péage autoroutier se situe au-delà de la ligne des 20 kilomètres, le contrôle peut en outre avoir lieu jusqu'à ce premier péage sur les aires de stationnement ainsi que sur le lieu de ce péage et les aires de

stationnement attenantes. Les péages concernés par cette disposition sont désignés par arrêté'.»

- 23 Par ordonnance du président de la Cour du 20 avril 2010, les affaires C-188/10 et C-189/10 ont été jointes aux fins des procédures écrite et orale ainsi que de l'arrêt.

### **Sur les questions préjudicielles**

#### *Sur la recevabilité*

- 24 Le gouvernement français excipe de l'irrecevabilité des demandes préjudicielles.
- 25 En ce qui concerne la première question, le gouvernement français estime que celle-ci revêt un caractère purement hypothétique. En effet, cette question serait fondée sur la prémisse que le Conseil constitutionnel, lors de l'examen de la conformité d'une loi à la Constitution, peut être amené à examiner la conformité de cette loi au droit de l'Union. Toutefois, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il n'appartiendrait pas à celui-ci, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, mais aux juridictions ordinaires des ordres administratif et judiciaire d'examiner la conformité d'une loi au droit de l'Union. Il en résulterait que, en vertu du droit national, le Conseil d'État et la Cour de cassation ne sont pas obligés de renvoyer au Conseil constitutionnel des questions relatives à la compatibilité de dispositions nationales avec le droit de l'Union, de telles questions ne se rattachant pas au contrôle de constitutionnalité.
- 26 S'agissant de la seconde question, le gouvernement français soutient qu'une réponse à cette question serait inutile. En effet, depuis le 9 avril 2010, MM. Melki et Abdeli ne feraient plus l'objet d'aucune mesure privative de liberté et, à compter de cette date, les deux ordonnances du juge des libertés et de la détention auraient cessé de produire tout effet. La question de la compatibilité de l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale avec l'article 67 TFUE serait également dépourvue de toute pertinence dans le cadre de la seule instance encore en cours devant la Cour de cassation, étant donné que, ainsi que le Conseil constitutionnel l'aurait rappelé dans sa décision n° 2010-605 DC, du 12 mai 2010, celui-ci s'estimerait incompétent pour examiner la compatibilité d'une loi avec le droit de l'Union lorsqu'il est saisi du contrôle de la constitutionnalité de cette loi.
- 27 À cet égard, il suffit de rappeler que, selon une jurisprudence constante, les questions relatives à l'interprétation du droit de l'Union posées par le juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa responsabilité, et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude, bénéficient d'une présomption de pertinence. Le refus de la Cour de statuer sur une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (voir, notamment, arrêts du 22 décembre 2008, *Regie Networks*, C-333/07, Rec. p. I-10807, point 46; du 8 septembre 2009, *Budejovicky Budvar*, C-478/07, non encore publié au Recueil, point 63, et du 20 mai 2010, *Zanotti*, C-56/09, non encore publié au Recueil, point 15).
- 28 Or, en l'occurrence, les questions posées visent l'interprétation des articles 67 TFUE et 267 TFUE. Il ne ressort pas des motifs des décisions de renvoi que les ordonnances rendues par le juge des libertés et de la détention à l'égard de MM. Melki et Abdeli ont cessé de produire tout effet. En outre, il n'apparaît pas de manière manifeste que l'interprétation, effectuée par la Cour

de cassation, du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est à l'évidence exclue au regard du libellé des dispositions nationales.

- 29 Partant, la présomption de pertinence dont bénéficie la demande de décision préjudicielle dans chacune des affaires n'est pas renversée par les objections émises par le gouvernement français.
- 30 Dans ces conditions, la demande de décision préjudicielle posée dans ces affaires doit être déclarée recevable.

*Sur la première question*

- 31 Par cette question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales imposant aux juridictions dudit État membre de se prononcer par priorité sur la transmission, à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois, d'une question relative à la conformité d'une disposition de droit interne avec la Constitution lorsque est en cause, concomitamment, la contrariété de celle-ci avec le droit de l'Union.

Observations soumises à la Cour

- 32 MM. Melki et Abdeli considèrent que la réglementation nationale en cause au principal est conforme au droit de l'Union, sous réserve que le Conseil constitutionnel examine le droit de l'Union et saisisse, en cas de doute sur l'interprétation de celui-ci, la Cour de justice d'une question préjudicielle, en demandant alors que le renvoi opéré soit soumis à la procédure accélérée en application de l'article 104 bis du règlement de procédure de la Cour de justice.
- 33 Le gouvernement français estime que le droit de l'Union ne s'oppose pas à la législation nationale en cause, dès lors que celle-ci ne modifie ni ne remet en cause le rôle et les compétences du juge national dans l'application du droit de l'Union. Afin d'étayer cette argumentation, ce gouvernement se fonde, en substance, sur la même interprétation de ladite législation que celle effectuée, postérieurement à la transmission des décisions de renvoi de la Cour de cassation à la Cour de justice, tant par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2010-605 DC, du 12 mai 2010, que par le Conseil d'État, dans sa décision n° 312305, du 14 mai 2010.
- 34 Selon cette interprétation, il serait exclu qu'une question prioritaire de constitutionnalité ait pour objet de soumettre au Conseil constitutionnel une question de compatibilité d'une loi avec le droit de l'Union. Il n'appartiendrait pas à celui-ci, mais aux juridictions ordinaires des ordres administratif et judiciaire d'examiner la conformité d'une loi au droit de l'Union, d'appliquer elles-mêmes et selon leur propre appréciation le droit de l'Union ainsi que de poser, simultanément ou postérieurement à la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, des questions préjudicielles à la Cour.
- 35 À cet égard, le gouvernement français soutient notamment que, selon la législation nationale en cause au principal, la juridiction nationale peut soit, sous certaines conditions, statuer au fond sans attendre la décision de la Cour de cassation, du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel sur la question prioritaire de constitutionnalité, soit prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires afin d'assurer une protection immédiate des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union.
- 36 Tant le gouvernement français que le gouvernement belge font valoir que le mécanisme procédural de la question prioritaire de constitutionnalité a pour objet de garantir aux justiciables que leur demande d'examen de la constitutionnalité d'une disposition nationale sera

effectivement traitée, sans que la saisine du Conseil constitutionnel puisse être écartée sur le fondement de l'incompatibilité de la disposition en question avec le droit de l'Union. En outre, la saisine du Conseil constitutionnel présenterait l'avantage que ce dernier peut abroger une loi incompatible avec la Constitution, cette abrogation étant alors dotée d'un effet erga omnes. En revanche, les effets d'un jugement d'une juridiction de l'ordre administratif ou judiciaire, qui constate qu'une disposition nationale est incompatible avec le droit de l'Union, sont limités au litige particulier tranché par cette juridiction.

- 37 Le gouvernement tchèque, quant à lui, propose de répondre qu'il découle du principe de primauté du droit de l'Union que le juge national est tenu d'assurer le plein effet du droit de l'Union en examinant la compatibilité du droit national avec le droit de l'Union et en n'appliquant pas les dispositions du droit national contraires à celui-ci, sans devoir en premier lieu saisir la Cour constitutionnelle nationale ou une autre juridiction nationale. Selon le gouvernement allemand, l'exercice du droit de saisir la Cour à titre préjudiciel, conférée par l'article 267 TFUE à toute juridiction nationale, ne doit pas être entravé par une disposition de droit national qui subordonne la saisine de la Cour en vue de l'interprétation du droit de l'Union à la décision d'une autre juridiction nationale. Le gouvernement polonais estime que l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une législation telle que celle visée par la première question posée, étant donné que la procédure y prévue ne porte pas atteinte à la substance des droits et des obligations des juridictions nationales tels qu'ils résultent dudit article.
- 38 La Commission considère que le droit de l'Union, et en particulier le principe de primauté de ce droit ainsi que l'article 267 TFUE, s'oppose à une réglementation nationale telle celle décrite dans les décisions de renvoi, dans l'hypothèse où toute contestation de la conformité d'une disposition législative au droit de l'Union permettrait au justiciable de se prévaloir d'une violation de la Constitution par cette disposition législative. Dans ce cas, la charge d'assurer le respect du droit de l'Union serait implicitement mais nécessairement transférée du juge du fond au Conseil constitutionnel. Par conséquent, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité aboutirait à une situation telle que celle jugée contraire au droit de l'Union par la Cour de justice dans l'arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal* (106/77, Rec. p. 629). Le fait que la juridiction constitutionnelle puisse, elle-même, poser des questions préjudicielles à la Cour de justice ne remédierait pas à cette situation.
- 39 Si, en revanche, une contestation de la conformité d'une disposition législative au droit de l'Union ne permet pas au justiciable de se prévaloir ipso facto d'une contestation de la conformité de la même disposition législative à la Constitution, de sorte que le juge du fond resterait compétent pour appliquer le droit de l'Union, celui-ci ne s'opposerait pas à une réglementation nationale telle que celle visée par la première question posée, pour autant que plusieurs critères soient remplis. Selon la Commission, le juge national doit rester libre de saisir concomitamment la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire et d'adopter toute mesure nécessaire pour assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits garantis par le droit de l'Union. Il serait également nécessaire, d'une part, que la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité n'entraîne pas une suspension de la procédure au fond pour une durée excessive et, d'autre part, que, à l'issue de cette procédure incidente et indépendamment de son résultat, le juge national reste entièrement libre d'apprécier la conformité de la disposition législative nationale au droit de l'Union, de la laisser inappliquée s'il juge qu'elle est contraire au droit de l'Union et de saisir la Cour de justice de questions préjudicielles s'il le juge nécessaire.

Réponse de la Cour

- 40 L'article 267 TFUE attribue compétence à la Cour pour statuer, à titre préjudiciel, tant sur l'interprétation des traités et des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union que sur la validité de ces actes. Cet article dispose, à son deuxième alinéa, qu'une juridiction

nationale peut soumettre de telles questions à la Cour, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, et, à son troisième alinéa, qu'elle est tenue de le faire si ses décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne.

- 41 Il en résulte, en premier lieu, que, même s'il peut être avantageux, selon les circonstances, que les problèmes de pur droit national soient tranchés au moment du renvoi à la Cour (voir arrêt du 10 mars 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association e.a.*, 36/80 et 71/80, Rec. p. 735, point 6), les juridictions nationales ont la faculté la plus étendue de saisir la Cour si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elles soulève des questions comportant une interprétation ou une appréciation en validité des dispositions du droit de l'Union nécessitant une décision de leur part (voir, notamment, arrêts du 16 janvier 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, Rec. p. 33, point 3; du 27 juin 1991, *Mecanarte*, C-348/89, Rec. p. I-3277, point 44, et du 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, Rec. p. I-9641, point 88).
- 42 La Cour en a conclu que l'existence d'une règle de droit interne liant les juridictions ne statuant pas en dernière instance à l'appréciation portée en droit par une juridiction de degré supérieur ne saurait, de ce seul fait, les priver de la faculté prévue à l'article 267 TFUE de saisir la Cour des questions d'interprétation du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêts précités *Rheinmühlen-Düsseldorf*, points 4 et 5, ainsi que *Cartesio*, point 94). La juridiction qui ne statue pas en dernière instance doit être libre, notamment si elle considère que l'appréciation en droit faite au degré supérieur pourrait l'amener à rendre un jugement contraire au droit de l'Union, de saisir la Cour des questions qui la préoccupent (arrêt du 9 mars 2010, *ERG e.a.*, C-378/08, non encore publié au Recueil, point 32).
- 43 En deuxième lieu, la Cour a déjà jugé que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel (voir, notamment, arrêts *Simmenthal*, précité, points 21 et 24; du 20 mars 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00, Rec. p. I-2741, point 73; du 3 mai 2005, *Berlusconi e.a.*, C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. p. I-3565, point 72, ainsi que du 19 novembre 2009, *Filipiak*, C-314/08, non encore publié au Recueil, point 81).
- 44 En effet, serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union (voir arrêts *Simmenthal*, précité, point 22, ainsi que du 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, Rec. p. I-2433, point 20). Tel serait le cas si, dans l'hypothèse d'une contrariété entre une disposition du droit de l'Union et une loi nationale, la solution de ce conflit était réservée à une autorité autre que le juge appelé à assurer l'application du droit de l'Union, investie d'un pouvoir d'appréciation propre, même si l'obstacle en résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire (voir, en ce sens, arrêt *Simmenthal*, précité, point 23).
- 45 En dernier lieu, la Cour a jugé qu'une juridiction nationale saisie d'un litige concernant le droit de l'Union, qui considère qu'une disposition nationale est non seulement contraire au droit de l'Union, mais également affectée de vices d'inconstitutionnalité, n'est pas privée de la faculté ou dispensée de l'obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de justice de questions concernant l'interprétation ou la validité du droit de l'Union du fait que la constatation de l'inconstitutionnalité d'une règle du droit interne est soumise à un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle. En effet, l'efficacité du droit de l'Union se trouverait menacée si

l'existence d'un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle pouvait empêcher le juge national, saisi d'un litige régi par le droit de l'Union, d'exercer la faculté qui lui est attribuée par l'article 267 TFUE de soumettre à la Cour de justice les questions portant sur l'interprétation ou sur la validité du droit de l'Union, afin de lui permettre de juger si une règle nationale est ou non compatible avec celui-ci (voir arrêt *Mecanarte*, précité, points 39, 45 et 46).

- 46 S'agissant des conséquences à tirer de la jurisprudence susmentionnée par rapport à des dispositions nationales telles que celles visées par la première question posée, il convient de relever que la juridiction de renvoi part de la prémisse que, selon ces dispositions, lors de l'examen d'une question de constitutionnalité qui est fondée sur l'incompatibilité de la loi en cause avec le droit de l'Union, le Conseil constitutionnel apprécie également la conformité de cette loi avec le droit de l'Union. Dans ce cas, le juge du fond procédant à la transmission de la question de constitutionnalité ne pourrait, avant cette transmission, ni statuer sur la compatibilité de la loi concernée avec le droit de l'Union ni poser une question préjudicielle à la Cour de justice en rapport avec ladite loi. En outre, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel jugerait la loi en cause conforme au droit de l'Union, ledit juge du fond ne pourrait pas non plus, postérieurement à la décision rendue par le Conseil constitutionnel qui s'imposerait à toutes les autorités juridictionnelles, saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Il en serait de même lorsque le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative est soulevé à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation.
- 47 Selon cette interprétation, la législation nationale en cause au principal aurait pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité que, le cas échéant, après la décision du Conseil constitutionnel sur cette question, les juridictions des ordres administratif et judiciaire nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de questions préjudicielles. Force est de constater qu'il découle des principes dégagés par la jurisprudence rappelés aux points 41 à 45 du présent arrêt que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation nationale telle que décrite dans les décisions de renvoi.
- 48 Toutefois, tel que cela ressort des points 33 à 36 du présent arrêt, les gouvernements français et belge ont présenté une interprétation différente de la législation française visée par la première question posée en se fondant, notamment, sur les décisions du Conseil constitutionnel n° 2010-605 DC, du 12 mai 2010, et du Conseil d'État n° 312305, du 14 mai 2010, rendues postérieurement à la transmission des décisions de renvoi de la Cour de cassation à la Cour de justice.
- 49 À cet égard, il convient de rappeler qu'il incombe à la juridiction de renvoi de déterminer, dans les affaires dont elle est saisie, quelle est l'interprétation correcte du droit national.
- 50 En vertu d'une jurisprudence constante, il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union (arrêts du 26 septembre 2000, *Engelbrecht*, C-262/97, Rec. p. I-7321, point 39; du 27 octobre 2009, *ČEZ*, C-115/08, non encore publié au Recueil, point 138, et du 13 avril 2010, *Wall*, C-91/08, non encore publié au Recueil, point 70). Eu égard aux décisions susmentionnées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, une telle interprétation des dispositions nationales qui ont institué le mécanisme de contrôle de constitutionnalité en cause au principal ne saurait être exclue.
- 51 L'examen de la question de savoir si une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est possible ne saurait remettre en cause les caractéristiques essentielles du système de coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales instauré par l'article 267 TFUE telles qu'elles découlent de la jurisprudence rappelée aux points 41 à 45 du présent arrêt.

- 52 En effet, selon la jurisprudence constante de la Cour, afin d'assurer la primauté du droit de l'Union, le fonctionnement dudit système de coopération nécessite que le juge national soit libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié, et même à l'issue d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire.
- 53 Dans la mesure où le droit national prévoit l'obligation de déclencher une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité qui empêcherait le juge national de laisser immédiatement inappliquée une disposition législative nationale qu'il estime contraire au droit de l'Union, le fonctionnement du système instauré par l'article 267 TFUE exige néanmoins que ledit juge soit libre, d'une part, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et, d'autre part, de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, ladite disposition législative nationale s'il la juge contraire au droit de l'Union.
- 54 Il convient, par ailleurs, de souligner que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive, compétence ayant pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêts du 22 octobre 1987, Foto-Frost, 314/85, Rec. p. 4199, points 15 à 20; du 10 janvier 2006, IATA et ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403, point 27, ainsi que du 18 juillet 2007, Lucchini, C-119/05, Rec. p. I-6199, point 53).
- 55 En effet, pour autant que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité aboutit à l'abrogation d'une loi nationale se limitant à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union en raison de la contrariété de cette loi à la Constitution nationale, la Cour pourrait, en pratique, être privée de la possibilité de procéder, à la demande des juridictions du fond de l'État membre concerné, au contrôle de la validité de ladite directive par rapport aux mêmes motifs relatifs aux exigences du droit primaire, et notamment des droits reconnus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle l'article 6 TUE confère la même valeur juridique que celle qui est reconnue aux traités.
- 56 Avant que le contrôle incident de constitutionnalité d'une loi dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union puisse s'effectuer par rapport aux mêmes motifs mettant en cause la validité de la directive, les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, sont, en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour à titre préjudiciel, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n'ait elle-même saisi la Cour de justice de cette question sur la base du deuxième alinéa dudit article. En effet, s'agissant d'une loi nationale de transposition d'un tel contenu, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable. En outre, l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel relatif à la validité de la directive en cause.
- 57 Par voie de conséquence, il y a lieu de répondre à la première question posée que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la

Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres:

- de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,
- d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et
- de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union.

*Sur la seconde question*

- 58 Par sa seconde question, la juridiction de renvoi cherche à savoir, en substance, si l'article 67 TFUE s'oppose à une législation nationale qui permet aux autorités de police de contrôler, dans une zone de 20 kilomètres à partir de la frontière terrestre d'un État membre avec les États parties à la CAAS, l'identité de toute personne, en vue de vérifier le respect, par celle-ci, des obligations de détention, de port et de présentation des titres et des documents prévues par la loi.

Observations soumises à la Cour

- 59 MM. Melki et Abdeli sont d'avis que les articles 67 TFUE et 77 TFUE prévoient une absence pure et simple de contrôles aux frontières intérieures et que le traité de Lisbonne a, de ce fait, conféré un caractère absolu à la libre circulation des personnes, quelle que soit la nationalité des personnes concernées. Par conséquent, cette liberté de circulation s'opposerait à une restriction telle que celle prévue à l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale, qui autoriserait les autorités nationales à pratiquer des contrôles d'identité systématiques dans les zones frontalières. En outre, ils demandent de constater l'invalidité de l'article 21 du règlement n° 562/2006, au motif qu'il méconnaît en lui-même le caractère absolu de la liberté d'aller et de venir telle que consacrée aux articles 67 TFUE et 77 TFUE.
- 60 Le gouvernement français soutient que les dispositions nationales en cause au principal se justifient par la nécessité de lutter contre un type de délinquance spécifique dans les zones de passage et aux abords des frontières présentant des risques particuliers. Les contrôles d'identité effectués sur le fondement de l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale respecteraient pleinement l'article 21, sous a), du règlement n° 562/2006. Ils auraient pour objectif de vérifier l'identité d'une personne, soit afin de prévenir la commission d'infractions ou de troubles à l'ordre public, soit afin de rechercher les auteurs d'une infraction. Ces contrôles se fonderaient également sur des informations générales et sur l'expérience des services de police qui auraient démontré l'utilité particulière des contrôles dans ces zones. Ils seraient effectués sur la base de renseignements policiers provenant de précédentes enquêtes de la police judiciaire ou d'informations obtenues dans le cadre de la coopération entre les polices des différents États membres, qui orienteraient les lieux et les moments du contrôle. Lesdits contrôles ne seraient ni fixes, ni permanents, ni systématiques. En revanche, ils seraient réalisés à l'improviste.
- 61 Les gouvernements allemand, hellénique, néerlandais et slovaque proposent également de répondre par la négative à la seconde question, soulignant que, même après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, des contrôles de police non systématiques dans les zones frontalières

demeurent possibles dans le respect des conditions prévues à l'article 21 du règlement n° 562/2006. Ces gouvernements soutiennent notamment que les contrôles d'identité dans ces zones, prévus par la réglementation nationale en cause au principal, se distinguent par leur finalité, leur contenu, la façon dont ils sont effectués ainsi que par leurs conséquences du contrôle aux frontières au sens de l'article 20 du règlement n° 562/2006. Lesdits contrôles pourraient être autorisés au titre des dispositions de l'article 21, sous a) ou c), de ce règlement.

- 62 En revanche, le gouvernement tchèque ainsi que la Commission considèrent que les articles 20 et 21 du règlement n° 562/2006 s'opposent à une réglementation nationale telle que celle en cause au principal. Les contrôles prévus par celle-ci constitueraient des contrôles aux frontières dissimulés qui ne pourraient pas être autorisés en vertu de l'article 21 du règlement n° 562/2006, étant donné qu'ils seraient seulement permis dans les zones frontalières et ne seraient soumis à aucune autre condition que celle de la présence de la personne contrôlée dans l'une de ces zones.

#### Réponse de la Cour

- 63 À titre liminaire, il convient de relever que la juridiction de renvoi n'a pas posé de question préjudicielle relative à la validité d'une disposition du règlement n° 562/2006. L'article 267 TFUE ne constituant pas une voie de recours ouverte aux parties au litige pendant devant le juge national, la Cour ne saurait être tenue d'apprécier la validité du droit de l'Union pour le seul motif que cette question a été invoquée devant elle par l'une de ces parties (arrêt du 30 novembre 2006, *Brünsteiner et Autohaus Hilgert*, C-376/05 et C-377/05, Rec. p. I-11383, point 28).
- 64 En ce qui concerne l'interprétation sollicitée par la juridiction de renvoi de l'article 67 TFUE, qui prévoit, au paragraphe 2 de celui-ci, que l'Union assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures, il convient de relever que cet article figure au chapitre 1, intitulé «dispositions générales», du titre V du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et qu'il ressort des termes mêmes dudit article que c'est l'Union qui est destinataire de l'obligation qu'il édicte. Dans ledit chapitre 1 figure également l'article 72, qui reprend la réserve de l'article 64, paragraphe 1, CE relative à l'exercice des responsabilités incombant aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure.
- 65 Le chapitre 2 dudit titre V contient des dispositions spécifiques sur la politique relative aux contrôles aux frontières, et notamment l'article 77 TFUE, qui succède à l'article 62 CE. Selon le paragraphe 2, sous e), de cet article 77, le Parlement européen et le Conseil adoptent les mesures portant sur l'absence de tout contrôle des personnes lors du franchissement des frontières intérieures. Il s'ensuit qu'il y a lieu de prendre en considération les dispositions adoptées sur cette base, et notamment les articles 20 et 21 du règlement n° 562/2006, afin d'apprécier si le droit de l'Union s'oppose à une législation nationale telle que celle figurant à l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale.
- 66 Le législateur communautaire a mis en œuvre le principe de l'absence de contrôles aux frontières intérieures en adoptant, au titre de l'article 62 CE, le règlement n° 562/2006 visant, selon le vingt-deuxième considérant de celui-ci, à développer l'acquis de Schengen. Ce règlement établit, en son titre III, un régime communautaire relatif au franchissement des frontières intérieures, remplaçant à partir du 13 octobre 2006 l'article 2 de la CAAS. L'applicabilité de ce règlement n'a pas été affectée par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. En effet, le protocole n° 19 y annexé prévoit expressément que l'acquis de Schengen demeure applicable.
- 67 L'article 20 du règlement n° 562/2006 dispose que les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les

personnes, quelle que soit leur nationalité. Aux termes de l'article 2, point 10, dudit règlement, des «vérifications aux frontières» désignent les vérifications effectuées aux points de passage frontaliers afin de s'assurer que les personnes peuvent être autorisées à entrer sur le territoire des États membres ou à le quitter.

- 68 S'agissant des contrôles prévus à l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale, il y a lieu de constater qu'ils sont effectués non pas «aux frontières», mais à l'intérieur du territoire national et qu'ils sont indépendants du franchissement de la frontière par la personne contrôlée. En particulier, ils ne sont pas effectués au moment du franchissement de la frontière. Ainsi, lesdits contrôles constituent non pas des vérifications aux frontières interdites par l'article 20 du règlement n° 562/2006, mais des vérifications à l'intérieur du territoire d'un État membre, visées par l'article 21 dudit règlement.
- 69 L'article 21, sous a), du règlement n° 562/2006 dispose que la suppression du contrôle aux frontières intérieures ne porte pas atteinte à l'exercice des compétences de police par les autorités compétentes de l'État membre en vertu du droit national, dans la mesure où l'exercice de ces compétences n'a pas un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières, et que cela vaut également dans les zones frontalières. Il s'ensuit que des contrôles à l'intérieur du territoire d'un État membre ne sont, en vertu de cet article 21, sous a), interdits que lorsqu'ils revêtent un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières.
- 70 L'exercice des compétences de police ne peut, selon la seconde phrase de cette disposition, en particulier, être considéré comme équivalent à l'exercice des vérifications aux frontières lorsque les mesures de police n'ont pas pour objectif le contrôle aux frontières, sont fondées sur des informations générales et l'expérience des services de police relatives à d'éventuelles menaces pour la sécurité publique et visent, notamment, à lutter contre la criminalité transfrontalière, sont conçues et exécutées d'une manière clairement distincte des vérifications systématiques des personnes effectuées aux frontières extérieures et, enfin, sont réalisées sur la base de vérifications effectuées à l'improviste.
- 71 En ce qui concerne la question de savoir si l'exercice des compétences de contrôle accordées par l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale revêt un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières, il convient de constater, en premier lieu, que l'objectif des contrôles prévus par cette disposition n'est pas le même que celui du contrôle aux frontières au sens du règlement n° 562/2006. Ce contrôle a pour objectif, selon l'article 2, points 9 à 11, dudit règlement, d'une part, de s'assurer que les personnes peuvent être autorisées à entrer sur le territoire de l'État membre ou à le quitter et, d'autre part, d'empêcher les personnes de se soustraire aux vérifications aux frontières. En revanche, ladite disposition nationale vise la vérification du respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi. La possibilité pour un État membre de prévoir de telles obligations dans son droit national n'est pas, en vertu de l'article 21, sous c), du règlement n° 562/2006, affectée par la suppression du contrôle aux frontières intérieures.
- 72 En second lieu, le fait que le champ d'application territorial de la compétence accordée par la disposition nationale en cause au principal est limité à une zone frontalière ne suffit pas, à lui seul, pour constater l'effet équivalent de l'exercice de cette compétence au sens de l'article 21, sous a), du règlement n° 562/2006, compte tenu des termes et de l'objectif de cet article 21. Toutefois, s'agissant des contrôles à bord d'un train effectuant une liaison internationale et sur une autoroute à péage, la disposition nationale en cause au principal prévoit des règles particulières relatives à son champ d'application territorial, élément qui pourrait, quant à lui, constituer un indice pour l'existence d'un tel effet équivalent.
- 73 En outre, l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale, qui autorise des contrôles indépendamment du comportement de la personne concernée et de circonstances

particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, ne contient ni précisions ni limitations de la compétence ainsi accordée, notamment relatives à l'intensité et à la fréquence des contrôles pouvant être effectués sur cette base juridique, ayant pour objet d'éviter que l'application pratique de cette compétence par les autorités compétentes aboutisse à des contrôles ayant un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières au sens de l'article 21, sous a), du règlement n° 562/2006.

- 74 Afin de satisfaire aux articles 20 et 21, sous a), du règlement n° 562/2006, interprétés à la lumière de l'exigence de sécurité juridique, une législation nationale conférant une compétence aux autorités de police pour effectuer des contrôles d'identité, compétence qui est, d'une part, limitée à la zone frontalière de l'État membre avec d'autres États membres et, d'autre part, indépendante du comportement de la personne contrôlée et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, doit prévoir l'encadrement nécessaire de la compétence conférée à ces autorités afin, notamment, de guider le pouvoir d'appréciation dont disposent ces dernières dans l'application pratique de ladite compétence. Cet encadrement doit garantir que l'exercice pratique de la compétence consistant à effectuer des contrôles d'identité ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières, tel qu'il ressort, en particulier, des circonstances figurant à la seconde phrase de l'article 21, sous a), du règlement n° 562/2006.
- 75 Dans ces conditions, il convient de répondre à la seconde question posée que l'article 67, paragraphe 2, TFUE ainsi que les articles 20 et 21 du règlement n° 562/2006 s'opposent à une législation nationale conférant aux autorités de police de l'État membre concerné la compétence de contrôler, uniquement dans une zone de 20 kilomètres à partir de la frontière terrestre de cet État avec les États parties à la CAAS, l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et des documents prévues par la loi, sans prévoir l'encadrement nécessaire de cette compétence garantissant que l'exercice pratique de ladite compétence ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières.

### **Sur les dépens**

- 76 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit:

- 1) L'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale pour autant que les autres juridictions nationales restent libres:**

- de saisir, à tout moment de la procédure qu’elles jugent approprié, et même à l’issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu’elles jugent nécessaire,
- d’adopter toute mesure nécessaire afin d’assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l’ordre juridique de l’Union, et
- de laisser inappliquée, à l’issue d’une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l’Union.

**Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l’Union.**

- 2) L’article 67, paragraphe 2, TFUE ainsi que les articles 20 et 21 du 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), s’opposent à une législation nationale conférant aux autorités de police de l’État membre concerné la compétence de contrôler, uniquement dans une zone de 20 kilomètres à partir de la frontière terrestre de cet État avec les États parties à la convention d’application de l’accord de Schengen, du 14 juin 1985, entre les gouvernements des États de l’Union économique Benelux, de la République fédérale d’Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen (Luxembourg) le 19 juin 1990, l’identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et de circonstances particulières établissant un risque d’atteinte à l’ordre public, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et des documents prévues par la loi, sans prévoir l’encadrement nécessaire de cette compétence garantissant que l’exercice pratique de ladite compétence ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières.

Signatures

---

\* Langue de procédure: le français.

## ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

28 avril 2011(\*)

«Espace de liberté, de sécurité et de justice – Directive 2008/115/CE – Retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier – Articles 15 et 16 – Réglementation nationale prévoyant une peine d’emprisonnement pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier en cas de refus d’obéir à un ordre de quitter le territoire d’un État membre – Compatibilité»

Dans l’affaire C-61/11 PPU,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par la Corte d’appello di Trento (Italie), par décision du 2 février 2011, parvenue à la Cour le 10 février 2011, dans la procédure pénale contre

**Hassen El Dridi, alias Soufi Karim,**

LA COUR (première chambre),

composée de M. A. Tizzano, président de chambre, MM. J.-J. Kasel, M. Ilešič (rapporteur), E. Levits et M. Safjan, juges,

avocat général: M. J. Mazák,

greffier: M<sup>me</sup> A. Impellizzeri, administrateur,

vu la demande de la juridiction de renvoi du 2 février 2011, parvenue à la Cour le 10 février 2011 et complétée le 11 février 2011, de soumettre le renvoi préjudiciel à une procédure d’urgence, conformément à l’article 104 ter du règlement de procédure de la Cour,

vu la décision du 17 février 2011 de la première chambre de faire droit à ladite demande,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 30 mars 2011,

considérant les observations présentées:

- pour M. El Dridi, par M<sup>es</sup> M. Pisani et L. Masera, avvocati,
- pour le gouvernement italien, par M<sup>me</sup> G. Palmieri, en qualité d’agent, assistée de M. L. D’Ascia, avvocato dello Stato,
- pour la Commission européenne, par M<sup>me</sup> M. Condou-Durande et M. L. Prete, en qualité d’agents,

l’avocat général entendu,

rend le présent

**Arrêt**

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 15 et 16 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (JO L 348, p. 98).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'une procédure engagée contre M. El Dridi, qui est condamné à une peine d'un an d'emprisonnement pour le délit consistant à demeurer illégalement sur le territoire italien, sans motif justifié, en violation d'un ordre d'éloignement édicté à son encontre par le questore di Udine (chef de la police d'Udine).

### **Le cadre juridique**

#### *La réglementation de l'Union*

- 3 Les deuxième, sixième, treizième, seizième et dix-septième considérants de la directive 2008/115 énoncent:
  - «(2) Le Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004 a recommandé la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement 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.

[...]

  - (6) Les États membres devraient veiller à ce que, en mettant fin au séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers, ils respectent une procédure équitable et transparente. [...]

[...]

  - (13) Il convient de subordonner expressément le recours à des mesures coercitives au respect des principes de proportionnalité et d'efficacité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. [...]

[...]

  - (16) Le recours à la rétention aux fins d'éloignement devrait être limité et subordonné au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. La rétention n'est justifiée que pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement et si l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas.
  - (17) Les ressortissants de pays tiers placés en rétention devraient être traités humainement et dignement dans le respect de leurs droits fondamentaux et conformément aux dispositions du droit national et du droit international. Sans préjudice de l'arrestation initiale opérée par les autorités chargées de l'application de la loi, régie par la législation nationale, la rétention devrait s'effectuer en règle générale dans des centres de rétention spécialisés.»
- 4 L'article 1<sup>er</sup> de la directive 2008/115, intitulé «Objet», prévoit:

«La présente directive fixe les normes et procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, conformément aux droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire ainsi qu'au droit international, y compris aux obligations en matière de protection des réfugiés et de droits de l'homme.»

- 5 L'article 2, paragraphes 1 et 2, de ladite directive dispose:
- «1. La présente directive s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre.
2. Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive aux ressortissants de pays tiers:
- [...]
- b) faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition.»
- 6 L'article 3, point 4, de la directive 2008/115 définit le terme «décision de retour», aux fins de cette directive, comme «une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour».
- 7 L'article 4, paragraphe 3, de ladite directive énonce:
- «La présente directive s'applique sans préjudice du droit des États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables pour les personnes auxquelles la présente directive s'applique, à condition que ces dispositions soient compatibles avec la présente directive.»
- 8 Aux termes de l'article 6, paragraphe 1, de la même directive, «[l]es États membres prennent une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 à 5».
- 9 L'article 7 de la directive 2008/115, intitulé «Départ volontaire», est libellé comme suit:
- «1. La décision de retour prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 et 4. Les États membres peuvent prévoir dans leur législation nationale que ce délai n'est accordé qu'à la suite d'une demande du ressortissant concerné d'un pays tiers. Dans ce cas, les États membres informent les ressortissants concernés de pays tiers de la possibilité de présenter une telle demande.
- [...]
3. Certaines obligations visant à éviter le risque de fuite, comme les obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé, peuvent être imposées pendant le délai de départ volontaire.
4. S'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours.»
- 10 L'article 8, paragraphes 1 et 4, de ladite directive dispose:
- «1. Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision de retour si aucun délai n'a été accordé pour un départ volontaire conformément à l'article 7, paragraphe 4, ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire conformément à l'article 7.

[...]

4. Lorsque les États membres utilisent – en dernier ressort – des mesures coercitives pour procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui s'oppose à son éloignement, ces mesures sont proportionnées et ne comportent pas d'usage de la force allant au-delà du raisonnable. Ces mesures sont mises en œuvre comme il est prévu par la législation nationale, conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité et de l'intégrité physique du ressortissant concerné d'un pays tiers.»

11 L'article 15 de cette même directive, figurant dans le chapitre IV de celle-ci, relatif à la rétention à des fins d'éloignement, est libellé comme suit:

«1. À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque:

- a) il existe un risque de fuite, ou
- b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

[...]

3. Dans chaque cas, la rétention fait l'objet d'un réexamen à intervalles raisonnables soit à la demande du ressortissant concerné d'un pays tiers, soit d'office. En cas de périodes de rétention prolongées, les réexamens font l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire.

4. Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1 ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté.

5. La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien. Chaque État membre fixe une durée déterminée de rétention, qui ne peut pas dépasser six mois.

6. Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison:

- a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou
- b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires».

12 L'article 16 de la directive 2008/115, intitulé «Conditions de rétention», prévoit à son paragraphe 1:

«La rétention s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés. Lorsqu'un État membre ne peut les placer dans un centre de rétention spécialisé et doit les placer dans un

établissement pénitentiaire, les ressortissants de pays tiers placés en rétention sont séparés des prisonniers de droit commun.»

13 Aux termes de l'article 18 de la directive 2008/115, intitulé «Situations d'urgence»:

«1. Lorsqu'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers soumis à une obligation de retour fait peser une charge lourde et imprévue sur la capacité des centres de rétention d'un État membre ou sur son personnel administratif et judiciaire, l'État membre en question peut, aussi longtemps que cette situation exceptionnelle persiste, décider [...] de prendre des mesures d'urgence concernant les conditions de rétention dérogeant à celles énoncées à l'article 16, paragraphe 1, [...].

2. Lorsqu'il recourt à ce type de mesures exceptionnelles, l'État membre concerné en informe la Commission. Il informe également la Commission dès que les motifs justifiant l'application de ces mesures ont cessé d'exister.

3. Aucune disposition du présent article ne saurait être interprétée comme autorisant les États membres à déroger à l'obligation générale qui leur incombe de prendre toutes les mesures appropriées, qu'elles soient générales ou particulières, pour veiller au respect de leurs obligations découlant de la présente directive.»

14 Selon l'article 20, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2008/115, les États membres devaient mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à celle-ci, à l'exception de son article 13, paragraphe 4, au plus tard le 24 décembre 2010.

15 Conformément à son article 22, ladite directive est entrée en vigueur le 13 janvier 2009.

#### *La réglementation nationale*

16 L'article 13 du décret législatif n° 286/1998, du 25 juillet 1998, portant texte unique des dispositions concernant la réglementation de l'immigration et les règles relatives à la condition de l'étranger (supplément ordinaire à la GURI n° 191, du 18 août 1998), tel que modifié par la loi n° 94, du 15 juillet 2009, portant dispositions en matière de sécurité publique (supplément ordinaire à la GURI n°170, du 24 juillet 2009, ci-après le «décret législatif n° 286/1998»), prévoit à ses paragraphes 2 et 4:

«2. L'expulsion est décidée par le préfet lorsque l'étranger:

a) est entré sur le territoire de l'État en se soustrayant aux contrôles à la frontière et n'a pas été refoulé [...];

b) est resté sur le territoire de l'État [...] sans demander le titre de séjour dans le délai imparti, sauf si ce retard est dû à un cas de force majeure, ou malgré la révocation ou l'annulation du titre de séjour, ou encore sans en demander le renouvellement alors que celui-ci était expiré depuis plus de 60 jours. [...]

[...]

4. L'expulsion est toujours exécutée par le questore avec reconduite à la frontière par les forces de l'ordre, sauf dans les cas énumérés au paragraphe 5.»

17 L'article 14 du décret législatif n° 286/1998 est libellé comme suit:

«1. Lorsqu'il n'est pas possible d'exécuter immédiatement l'expulsion par la reconduite à la frontière ou le refoulement, parce qu'il faut prêter secours à l'étranger, procéder à des contrôles supplémentaires concernant son identité ou sa nationalité, ou à l'acquisition de documents de voyage, ou en raison de l'indisponibilité du transporteur ou d'un autre moyen de transport adéquat, le questore décide la rétention de l'étranger, pendant la durée strictement nécessaire, dans le centre de rétention le plus proche parmi ceux identifiés ou constitués par décret du ministre de l'Intérieur, en accord avec les ministres de la Solidarité sociale et du Trésor, du Budget et de la Programmation économique.

[...]

5 bis. Lorsqu'il n'est pas possible de placer l'étranger dans un centre de rétention, ou lorsque le séjour dans un tel centre n'a pas permis l'exécution de l'expulsion ou du refoulement avec reconduite à la frontière, le questore ordonne à l'étranger de quitter le territoire de l'État dans un délai de cinq jours. L'ordre est écrit et indique les conséquences que le séjour illégal sur le territoire de l'État entraîne en matière de sanctions, y compris en cas de récidive. L'ordre du questore peut être accompagné de la remise à l'intéressé des documents nécessaires pour se rendre aux bureaux de la représentation diplomatique, même honoraire, de son pays en Italie, ainsi que pour rentrer dans son État d'appartenance ou, si cela n'est pas possible, dans l'État de provenance.

5 ter. L'étranger qui demeure illégalement sur le territoire de l'État, sans motif justifié, en violation de l'ordre adopté par le questore conformément au paragraphe 5 bis, est passible d'une peine d'emprisonnement de un à quatre ans si l'expulsion ou le refoulement ont été décidés à la suite de l'entrée illégale sur le territoire national [...], ou faute d'avoir demandé un permis de séjour ou d'avoir déclaré sa présence sur le territoire de l'État dans le délai prévu en l'absence de force majeure, ou si son permis de séjour a été retiré ou annulé. Une peine d'emprisonnement de six mois à un an s'applique si l'expulsion a été décidée parce que le permis de séjour a expiré depuis plus de soixante jours et si son renouvellement n'a pas été demandé, ou si la demande de titre de séjour a été rejetée [...]. En toute hypothèse, sauf si l'étranger est placé en détention, une nouvelle mesure d'expulsion avec reconduite à la frontière par les forces de l'ordre est prise pour inexécution de l'ordre d'éloignement donné par le questore conformément au paragraphe 5 bis. En cas d'impossibilité de reconduite à la frontière, les dispositions des paragraphes 1 et 5 bis du présent article s'appliquent [...].

5 quater. L'étranger destinataire de la mesure d'expulsion visée au paragraphe 5 ter et d'un nouvel ordre d'éloignement visé au paragraphe 5 bis, qui reste irrégulièrement sur le territoire de l'État, est passible d'une peine d'emprisonnement allant de un à cinq ans. En toute hypothèse, les dispositions du paragraphe 5 ter, troisième et dernière phrases, s'appliquent.

5 quinquies. En ce qui concerne les infractions visées au paragraphe 5 ter, première phrase, et au paragraphe 5 quater, il est procédé par rito direttissimo [procédure simplifiée] et l'arrestation de l'auteur du fait est obligatoire.»

### **Le litige au principal et la question préjudicielle**

- 18 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.
- 19 Un ordre d'éloignement du territoire national, émis le 21 mai 2010 par le questore di Udine, en application dudit décret d'expulsion, lui a été notifié le même jour. Cet ordre d'éloignement était motivé par l'indisponibilité d'un véhicule ou d'un autre moyen de transport, le défaut de documents d'identité de M. El Dridi, ainsi que par l'impossibilité d'accueillir provisoirement ce

dernier dans un centre de rétention en raison d'un manque de places dans les structures prévues à cet effet.

- 20 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.
- 21 M. El Dridi a été condamné par le Tribunale di Trento, statuant à juge unique dans le cadre d'une procédure simplifiée, à une peine de un an d'emprisonnement pour le délit visé à l'article 14, paragraphe 5 ter, du décret législatif n° 286/1998.
- 22 Il a interjeté appel de cette décision devant la Corte d'appello di Trento.
- 23 Cette dernière s'interroge sur la possibilité de prononcer une sanction pénale, au cours des procédures administratives de retour d'un étranger dans son pays d'origine, en raison du non-respect des étapes de celles-ci, une telle sanction semblant contraire au principe de coopération loyale, à la nécessité d'atteindre les objectifs de la directive 2008/115 et d'assurer l'effet utile de celle-ci ainsi qu'aux principes de proportionnalité, d'adéquation et de bien-fondé de la peine.
- 24 Elle précise, à cet égard, que la sanction pénale prévue à l'article 14, paragraphe 5 ter, du décret législatif n° 286/1998 intervient postérieurement à la constatation de la violation d'une étape intermédiaire de la procédure graduelle de mise en œuvre de la décision de retour, prévue par la directive 2008/115, à savoir le non-respect du seul ordre d'éloignement. La peine d'emprisonnement pouvant aller de un à quatre ans présenterait, par ailleurs, un caractère d'extrême rigueur.
- 25 C'est dans ces conditions que la Corte d'appello di Trento a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«À la lumière du principe de coopération loyale ayant pour effet utile d'atteindre les objectifs de la directive, et des principes de proportionnalité, d'adéquation et de bien-fondé de la peine, les articles 15 et 16 de la directive 2008/115 [...] font-ils obstacle:

- à la possibilité que soit sanctionnée pénalement la violation d'une étape intermédiaire de la procédure administrative de retour, avant que celle-ci ne soit achevée, en recourant à la plus grande rigueur qui soit encore possible en matière de contrainte administrative;
- à la possibilité que soit puni d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à quatre ans le simple manque de coopération de l'intéressé à la procédure d'expulsion, et en particulier [dans] l'hypothèse du non-respect du premier ordre d'éloignement de l'autorité administrative?»

### **Sur la procédure d'urgence**

- 26 La Corte d'appello di Trento a demandé que le présent renvoi préjudiciel soit soumis à la procédure d'urgence prévue à l'article 104 ter du règlement de procédure de la Cour.
- 27 La juridiction de renvoi a motivé cette demande en faisant valoir que M. El Dridi est détenu en vue de l'exécution de la peine à laquelle il a été condamné par le Tribunale di Trento.
- 28 La première chambre de la Cour, l'avocat général entendu, a décidé de faire droit à la demande de la juridiction de renvoi visant à soumettre le renvoi préjudiciel à la procédure d'urgence.

## Sur la question préjudicielle

- 29 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2008/115, notamment ses articles 15 et 16, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État 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 État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié.
- 30 La juridiction de renvoi se réfère, à cet égard, au principe de coopération loyale inscrit à l'article 4, paragraphe 3, TUE, ainsi qu'à l'objectif d'assurer l'effet utile du droit de l'Union.
- 31 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, aux termes de son deuxième considérant, la directive 2008/115 poursuit la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement fondée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux ainsi que de leur dignité.
- 32 Ainsi qu'il résulte tant de son intitulé que de son article 1<sup>er</sup>, la directive 2008/115 établit les «normes et procédures communes» qui doivent être appliquées par chaque État membre au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Il découle de l'expression susmentionnée, mais aussi de l'économie générale de cette directive, que les États membres ne peuvent déroger auxdites normes et procédures que dans les conditions prévues par celle-ci, notamment celles fixées à son article 4.
- 33 Il s'ensuit que, si le paragraphe 3 de cet article 4 confère aux États membres la faculté d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier que celles de la directive 2008/115, pour autant que ces dispositions sont compatibles avec celle-ci, toutefois, cette directive ne permet pas auxdits États d'appliquer des normes plus sévères dans le domaine qu'elle régit.
- 34 Il convient de relever également que la directive 2008/115 établit avec précision la procédure à appliquer par chaque État membre au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et fixe l'ordre de déroulement des différentes étapes que cette procédure comporte successivement.
- 35 Ainsi, l'article 6, paragraphe 1, de cette même directive prévoit tout d'abord, à titre principal, une obligation pour les États membres de prendre une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire.
- 36 Dans le cadre de cette étape initiale de la procédure de retour, une priorité doit être accordée, sauf exceptions, à l'exécution volontaire de l'obligation résultant de la décision de retour, l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2008/115 disposant que cette décision prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire.
- 37 Il résulte de l'article 7, paragraphes 3 et 4, de ladite directive que ce n'est que dans des circonstances particulières, telles que l'existence de risque de fuite, que les États membres peuvent, d'une part, imposer au destinataire d'une décision de retour l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé ou, d'autre part, prévoir un délai de départ volontaire inférieur à sept jours, voire s'abstenir d'accorder un tel délai.
- 38 Dans cette dernière hypothèse mais aussi dans une situation dans laquelle l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire, il ressort de l'article 8, paragraphes 1 et 4, de la directive 2008/115 que, dans le but d'assurer l'efficacité des

procédures de retour, ces dispositions imposent à l'État membre, qui a adopté une décision de retour à l'encontre d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier, l'obligation de procéder à l'éloignement, en prenant toutes les mesures nécessaires, y compris, le cas échéant, des mesures coercitives, de manière proportionnée et dans le respect, notamment, des droits fondamentaux.

- 39 À cet égard, il découle du seizième considérant de ladite directive ainsi que du libellé de son article 15, paragraphe 1, que les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possible. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de chaque situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention.
- 40 Cette privation de liberté doit, conformément à l'article 15, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2008/115, être aussi brève que possible et n'être maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise. Selon les paragraphes 3 et 4 dudit article 15, une telle privation de liberté est soumise à un réexamen à des intervalles raisonnables et il y est mis fin lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement. Les paragraphes 5 et 6 du même article fixent la durée maximale de ladite privation à 18 mois, celle-ci constituant une limite qui s'impose à tous les États membres. Par ailleurs, l'article 16, paragraphe 1, de cette directive exige que les personnes concernées soient placées dans un centre spécialisé et, en tout état de cause, séparées des prisonniers de droit commun.
- 41 Il résulte de ce qui précède que l'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes.
- 42 Il appert que même le recours à cette dernière mesure, qui constitue la mesure restrictive de liberté la plus grave que permet ladite directive dans le cadre d'une procédure d'éloignement forcé, est strictement encadré, en application des articles 15 et 16 de ladite directive, notamment dans le but d'assurer le respect des droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers concernés.
- 43 En particulier, la durée maximale prévue à l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2008/115 a pour objectif de limiter la privation de liberté des ressortissants de pays tiers en situation d'éloignement forcé (arrêt du 30 novembre 2009, Kadzoev, C-357/09 PPU, Rec. p. I-11189, point 56). La directive 2008/115 entend ainsi tenir compte tant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle le principe de proportionnalité exige que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ne se prolonge pas pendant un laps de temps déraisonnable, c'est-à-dire n'excède pas le délai nécessaire pour atteindre le but poursuivi (voir, notamment, Cour eur. D. H., arrêt Saadi c. Royaume-Uni du 29 janvier 2008, non encore publié au *Recueil des arrêts et décisions*, § 72 et 74), que du huitième des «vingt principes directeurs sur le retour forcé» adoptés le 4 mai 2005 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, auxquels la directive fait référence à son troisième considérant. Selon ce principe, toute détention préalable à l'éloignement doit être aussi brève que possible.
- 44 C'est au regard de ces considérations qu'il convient d'apprécier si les règles communes introduites par la directive 2008/115 s'opposent à une réglementation nationale telle que celle en cause dans l'affaire au principal.

- 45 À cet égard, il importe de relever, premièrement, que, ainsi qu'il résulte des informations fournies tant par la juridiction de renvoi que par le gouvernement italien dans ses observations écrites, la directive 2008/115 n'a pas été transposée dans l'ordre juridique italien.
- 46 Or, selon une jurisprudence constante, lorsqu'un État membre s'abstient de transposer une directive dans les délais ou en fait une transposition incorrecte, les particuliers sont fondés à invoquer contre cet État les dispositions de cette directive qui apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises (voir en ce sens, notamment arrêts du 26 février 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, point 46, et du 3 mars 2011, Auto Nikolovi, C-203/10, non encore publié au Recueil, point 61).
- 47 Il en va ainsi pour les articles 15 et 16 de la directive 2008/115, lesquels, ainsi qu'il résulte du point 40 du présent arrêt, sont inconditionnels et suffisamment précis pour ne pas nécessiter d'autres éléments particuliers pour permettre leur mise en œuvre par les États membres.
- 48 Par ailleurs, une personne se trouvant dans la situation de M. El Dridi relève du champ d'application personnel de la directive 2008/115, cette dernière s'appliquant, aux termes de son article 2, paragraphe 1, aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre.
- 49 Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 22 à 28 de sa prise de position, cette conclusion ne saurait être remise en cause par l'article 2, paragraphe 2, sous b), de cette directive, qui permet aux États membres de décider de ne pas appliquer cette dernière aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition. En effet, il ressort de la décision de renvoi que l'obligation de retour résulte, dans l'affaire au principal, d'un décret du préfet de Turin du 8 mai 2004. Par ailleurs, les sanctions pénales visées à ladite disposition ne concernent pas le non-respect du délai imparti pour le départ volontaire.
- 50 Il convient de constater, deuxièmement, que même si le décret du préfet de Turin du 8 mai 2004, en ce qu'il établit une obligation pour M. El Dridi de quitter le territoire national, relève de la notion de «décision de retour», telle que définie à l'article 3, point 4, de la directive 2008/115 et visée, notamment, aux articles 6, paragraphe 1, et 7, paragraphe 1, de celle-ci, la procédure d'éloignement prévue par la réglementation italienne en cause au principal diffère sensiblement de celle établie par cette directive.
- 51 Ainsi, tandis que cette directive impose l'octroi d'un délai pour le départ volontaire, allant de sept à trente jours, le décret législatif n° 286/1998 ne prévoit pas le recours à cette mesure.
- 52 Ensuite, s'agissant des mesures coercitives que les États membres peuvent mettre en œuvre en vertu de l'article 8, paragraphe 4, de la directive 2008/115, telles que, notamment, l'accompagnement forcé à la frontière prévu à l'article 13, paragraphe 4, du décret législatif n° 286/1998, force est de constater que dans une situation dans laquelle de telles mesures n'ont pas permis d'atteindre le résultat escompté, à savoir l'éloignement du ressortissant d'un pays tiers contre lequel elles ont été édictées, les États membres restent libres d'adopter des mesures, même de caractère pénal, permettant notamment de dissuader ces ressortissants de demeurer illégalement sur le territoire de ces États.
- 53 Il convient toutefois de relever que si, en principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale relèvent de la compétence des États membres, ce domaine du droit peut néanmoins être affecté par le droit de l'Union (voir en ce sens, notamment, arrêts du 11 novembre 1981, Casati, 203/80, Rec. p. 2595, point 27; du 2 février 1989, Cowan, 186/87, Rec. p. 195, point 19, et du 16 juin 1998, Lemmens, C-226/97, Rec. p. I-3711, point 19).

- 54 Il s'ensuit que, nonobstant la circonstance que ni l'article 63, premier alinéa, point 3, sous b), CE, disposition qui a été reprise à l'article 79, paragraphe 2, sous c), TFUE, ni la directive 2008/115, adoptée notamment sur le fondement de cette disposition du traité CE, n'excluent la compétence pénale des États membres dans le domaine de l'immigration clandestine et du séjour irrégulier, ces derniers doivent aménager leur législation dans ce domaine de manière à assurer le respect du droit de l'Union.
- 55 En particulier, lesdits États 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.
- 56 En effet, aux termes respectivement des deuxième et troisième alinéas de l'article 4, paragraphe 3, TUE, les États membres, notamment, «prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union» et «s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union», y compris ceux poursuivis par les directives.
- 57 S'agissant, plus spécifiquement, de la directive 2008/115, il y a lieu de rappeler que, aux termes de son treizième considérant, elle subordonne expressément le recours à des mesures coercitives au respect des principes de proportionnalité et d'efficacité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis.
- 58 Par conséquent, les États 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, paragraphe 4, de ladite directive, une peine privative de liberté, telle que celle prévue à l'article 14, paragraphe 5 ter, du décret législatif n° 286/1998, 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 État membre, mais ils doivent poursuivre leurs efforts en vue de l'exécution de la décision de retour qui continue à produire ses effets.
- 59 En effet, une telle peine, en raison notamment de ses conditions et modalités d'application, risque de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, à savoir l'instauration d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. En particulier, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 42 de sa prise de position, une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, est susceptible de faire échec à l'application des mesures visées à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2008/115 et de retarder l'exécution de la décision de retour.
- 60 Cela n'exclut pas la faculté pour les États membres d'adopter, dans le respect des principes de la directive 2008/115 et de son objectif, des dispositions réglant la situation dans laquelle les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui séjourne sur leur territoire de façon irrégulière.
- 61 Au regard de ce qui précède, il appartiendra à la juridiction de renvoi, chargée d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union et d'en assurer le plein effet, de laisser inappliquée toute disposition du décret législatif n° 286/1998 contraire au résultat de la directive 2008/115, notamment l'article 14, paragraphe 5 ter, de ce décret législatif (voir, en ce sens, arrêts du 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, point 24; du 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, Rec. p. I-5197, points 38 et 40, ainsi que du 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, non encore publié au Recueil, point 43). En procédant ainsi, la juridiction de renvoi devra tenir dûment compte du principe de l'application rétroactive de la peine plus légère, lequel fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États

membres (arrêts du 3 mai 2005, Berlusconi e.a., C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. p. I-3565, points 67 à 69, ainsi que du 11 mars 2008, Jager, C-420/06, Rec. p. I-1315, point 59).

- 62 Dès lors, il convient de répondre à la question posée que la directive 2008/115, notamment ses articles 15 et 16, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État 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 État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié.

### **Sur les dépens**

- 63 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) dit pour droit:

**La directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, notamment ses articles 15 et 16, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État 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 État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié.**

Signatures

---

\* Langue de procédure: l'italien.

ARRÊT DE LA COUR (grande chambre)

6 décembre 2011 (\*)

«Espace de liberté, de sécurité et de justice – Directive 2008/115/CE – Normes et procédures communes en matière de retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier – Réglementation nationale prévoyant, en cas de séjour irrégulier, une peine d'emprisonnement et une amende»

Dans l'affaire C-329/11,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par la cour d'appel de Paris (France), par décision du 29 juin 2011, parvenue à la Cour le 5 juillet 2011, dans la procédure

**Alexandre Achughbalian**

contre

**Préfet du Val-de-Marne,**

LA COUR (grande chambre),

composée de M. V. Skouris, président, MM. A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, J. Malenovský, U. Lõhmus et M. Safjan, présidents de chambre, MM. A. Borg Barthet, M. Ilešič (rapporteur), A. Arabadjiev, M<sup>me</sup> C. Toader et M. J.-J. Kasel, juges

avocat général: M. J. Mazák,

greffier: M<sup>me</sup> R. Șereș, administrateur,

vu l'ordonnance du président de la Cour du 30 septembre 2011 décidant de soumettre le renvoi préjudiciel à une procédure accélérée conformément aux articles 23 bis du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et 104 bis, premier alinéa, du règlement de procédure de la Cour,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 25 octobre 2011,

considérant les observations présentées:

- pour M. Achughbalian, par M<sup>es</sup> C. Papazian et P. Spinosi, avocats,
- pour le gouvernement français, par M<sup>me</sup> E. Belliard, M. G. de Bergues et M<sup>me</sup> B. Beaupère-Manokha, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement danois, par M. C. Vang, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement allemand, par MM. T. Henze et N. Graf Vitzthum, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement estonien, par M<sup>me</sup> M. Linntam, en qualité d'agent,
- pour la Commission européenne, par M<sup>me</sup> M. Condou-Durande, en qualité d'agent,

l'avocat général entendu,

rend le présent

### **Arrêt**

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (JO L 348, p. 98).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant M. Achughbabian au préfet du Val-de-Marne au sujet du séjour irrégulier de M. Achughbabian sur le territoire français.

#### **Le cadre juridique**

##### *La directive 2008/115*

- 3 Les quatrième, cinquième et dix-septième considérants de la directive 2008/115 énoncent:
    - «(4) Il est nécessaire de fixer des règles claires, transparentes et équitables afin de définir une politique de retour efficace, constituant un élément indispensable d'une politique migratoire bien gérée.
    - (5) La présente directive devrait arrêter un ensemble horizontal de règles, applicables à tous les ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans un État membre.
- [...]
- (17) [...] Sans préjudice de l'arrestation initiale opérée par les autorités chargées de l'application de la loi, régie par la législation nationale, la rétention devrait s'effectuer en règle générale dans des centres de rétention spécialisés.»

- 4 L'article 1<sup>er</sup> de la directive 2008/115, intitulé «Objet», prévoit:

«La présente directive fixe les normes et procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, conformément aux droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire ainsi qu'au droit international, y compris aux obligations en matière de protection des réfugiés et de droits de l'homme.»

- 5 L'article 2 de cette directive, intitulé «Champ d'application», dispose:

«1. La présente directive s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre.

2. Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive aux ressortissants de pays tiers:

- a) faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée [...], ou arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un État membre [...];
- b) faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition.

[...]»

6 L'article 3 de ladite directive, intitulé «Définitions», énonce:

«Aux fins de la présente directive, on entend par:

[...]

- 2) 'séjour irrégulier': la présence sur le territoire d'un État membre d'un ressortissant d'un pays tiers qui ne remplit pas, ou ne remplit plus, les conditions [...] d'entrée, de séjour ou de résidence dans cet État membre;
- 3) 'retour': le fait, pour le ressortissant d'un pays tiers, de rentrer – que ce soit par obtempération volontaire à une obligation de retour ou en y étant forcé – dans:
  - son pays d'origine, ou
  - un pays de transit conformément à des accords ou autres arrangements de réadmission communautaires ou bilatéraux, ou
  - un autre pays tiers dans lequel le ressortissant concerné d'un pays tiers décide de retourner volontairement et sur le territoire duquel il sera admis;
- 4) 'décision de retour': une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour;
- 5) 'éloignement': l'exécution de l'obligation de retour, à savoir le transfert physique hors de l'État membre;

[...]»

7 Les articles 6 à 9 de la directive 2008/115 énoncent:

«*Article 6*

Décision de retour

1. Les États membres prennent une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 à 5.
2. Les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre et titulaires d'un titre de séjour valable ou d'une autre autorisation conférant un droit de séjour délivrés par un autre État membre sont tenus de se rendre immédiatement sur le territoire de cet autre État membre. [...]

3. Les États membres peuvent s'abstenir de prendre une décision de retour à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire si le ressortissant concerné d'un pays tiers est repris par un autre État membre [...]

4. À tout moment, les États membres peuvent décider d'accorder un titre de séjour autonome ou une autre autorisation conférant un droit de séjour pour des motifs charitables, humanitaires ou autres à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. Dans ce cas, aucune décision de retour n'est prise. [...]

5. Si un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre fait l'objet d'une procédure en cours portant sur le renouvellement de son titre de séjour ou d'une autre autorisation lui conférant un droit de séjour, cet État membre examine s'il y a lieu de s'abstenir de prendre une décision de retour jusqu'à l'achèvement de la procédure en cours [...]

[...]

#### *Article 7*

##### Départ volontaire

1. La décision de retour prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 et 4. [...]

[...]

2. Si nécessaire, les États membres prolongent le délai de départ volontaire d'une durée appropriée, en tenant compte des circonstances propres à chaque cas, telles que la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux.

3. Certaines obligations visant à éviter le risque de fuite, comme les obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé, peuvent être imposées pendant le délai de départ volontaire.

4. S'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours.

#### *Article 8*

##### Éloignement

1. Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision de retour si aucun délai n'a été accordé pour un départ volontaire conformément à l'article 7, paragraphe 4, ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire conformément à l'article 7.

[...]

4. Lorsque les États membres utilisent – en dernier ressort – des mesures coercitives pour procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui s'oppose à son éloignement, ces mesures sont proportionnées et ne comportent pas d'usage de la force allant au-delà du raisonnable. Ces mesures sont mises en œuvre comme il est prévu par la législation nationale,

conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité et de l'intégrité physique du ressortissant concerné d'un pays tiers.

[...]

#### *Article 9*

##### Report de l'éloignement

1. Les États membres reportent l'éloignement:
  - a) dans le cas où il se ferait en violation du principe de non-refoulement, ou
  - b) tant que dure l'effet suspensif accordé [à l'issue d'un recours introduit contre une décision liée au retour].
2. Les États membres peuvent reporter l'éloignement pour une période appropriée en tenant compte des circonstances propres à chaque cas. Ils prennent en compte notamment:
  - a) l'état physique ou mental du ressortissant d'un pays tiers;
  - b) des motifs d'ordre technique, comme l'absence de moyens de transport ou l'échec de l'éloignement en raison de l'absence d'identification.
3. Si l'éloignement est reporté conformément aux paragraphes 1 et 2, les obligations prévues à l'article 7, paragraphe 3, peuvent être imposées au ressortissant concerné d'un pays tiers.»

8 Les articles 15 et 16 de la directive 2008/115 sont libellés comme suit:

#### *«Article 15*

##### Rétention

1. À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque:
  - a) il existe un risque de fuite, ou
  - b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

[...]

4. Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1 ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté.

5. La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien. Chaque État membre fixe une durée déterminée de rétention, qui ne peut pas dépasser six mois.

6. Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison:

- a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou
- b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires.

#### *Article 16*

##### Conditions de rétention

1. La rétention s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés. Lorsqu'un État membre ne peut les placer dans un centre de rétention spécialisé et doit les placer dans un établissement pénitentiaire, les ressortissants de pays tiers placés en rétention sont séparés des prisonniers de droit commun.

[...]»

- 9 Selon l'article 20 de la directive 2008/115, les États membres devaient mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à celle-ci au plus tard le 24 décembre 2010.

#### *La réglementation nationale*

##### Le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

- 10 Aux termes de l'article L. 211-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile français (ci-après le «Ceseda»), «[p]our entrer en France, tout étranger doit être muni [...] des documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur [...]».
- 11 Selon l'article L. 311-1 de ce code, «[...] tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France doit, après l'expiration d'un délai de trois mois depuis son entrée en France, être muni d'une carte de séjour».
- 12 L'article L. 551-1 du Ceseda, dans sa version en vigueur à la date des faits au principal, était rédigé comme suit:

«Le placement en rétention d'un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire peut être ordonné lorsque cet étranger:

[...]

- 3° Soit, faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière [...] édicté moins d'un an auparavant, ou devant être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction du territoire prévue au [...] code pénal ne peut quitter immédiatement le territoire français;

[...]

- 6° Soit, faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français prise [...] moins d'un an auparavant et pour laquelle le délai d'un mois pour quitter volontairement le territoire est expiré, ne peut quitter immédiatement ce territoire.»

13 L'article L. 552-1, première phrase, du Ceseda, dans sa version en vigueur à la date des faits au principal, prévoyait que, «[q]uand un délai de quarante-huit heures s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention, le juge des libertés et de la détention est saisi aux fins de prolongation de la rétention.»

14 L'article L. 621-1 du Ceseda dispose:

«L'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles L. 211-1 et L. 311-1 ou qui s'est maintenu en France au-delà de la durée autorisée par son visa sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros.

La juridiction pourra, en outre, interdire à l'étranger condamné, pendant une durée qui ne peut excéder trois ans, de pénétrer ou de séjourner en France. L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement.»

15 Certaines de ces dispositions du Ceseda ont été modifiées par la loi n° 2011-672, du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (JORF du 17 juillet 2011, p. 10290), entrée en vigueur le 18 juillet 2011. L'article L. 621-1 du Ceseda ne fait pas partie des dispositions modifiées.

Le code de procédure pénale

16 Aux termes de l'article 62-2 du code de procédure pénale, dans sa version en vigueur à la date des faits au principal:

«La garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs.»

### **Le litige au principal et la question préjudicielle**

17 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.

18 Selon le procès-verbal dressé par la police, M. Achughbabian a également déclaré être de nationalité arménienne. Ce dernier dément toutefois avoir fait cette déclaration.

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

20 Un examen plus approfondi de la situation de M. Achughbabian a alors fait apparaître que l'intéressé était entré en France le 9 avril 2008 et y avait sollicité l'octroi d'un titre de séjour et que cette demande avait été rejetée le 28 novembre 2008, ce rejet ayant été confirmé le 27 janvier 2009 par le préfet du Val-d'Oise et assorti par ce dernier d'un arrêté, notifié à M. Achughbabian le 14 février 2009, portant obligation de quitter le territoire français dans le délai d'un mois.

21 Le 25 juin 2011, un arrêté de reconduite à la frontière et un arrêté de placement en rétention administrative ont été adoptés par le préfet du Val-de-Marne et notifiés à M. Achughbabian.

- 22 Le 27 juin 2011, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Créteil, saisi en vertu de l'article L. 552-1 du Ceseda aux fins de la prolongation de la rétention au-delà de 48 heures, a ordonné cette prolongation et a rejeté les exceptions de nullité soulevées par M. Achughbabian à l'encontre, notamment, de la garde à vue dont il venait de faire l'objet.
- 23 L'une desdites exceptions était tirée de l'arrêt du 28 avril 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, non encore publié au Recueil), par lequel la Cour a jugé que la directive 2008/115 s'oppose à une réglementation d'un État membre qui prévoit une peine d'emprisonnement pour le seul motif qu'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié. 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.
- 24 Le 28 juin 2011, M. Achughbabian a interjeté appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Créteil devant la cour d'appel de Paris. Celle-ci a constaté que M. Achughbabian est de nationalité arménienne, qu'il a fait l'objet d'un placement en garde à vue puis en rétention pour séjour irrégulier et qu'il a fait valoir que l'article L. 621-1 du Ceseda est incompatible avec la directive 2008/115, telle qu'interprétée dans l'arrêt El Dridi, précité.
- 25 Dans ces circonstances, la cour d'appel de Paris a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:
- «Compte tenu de son champ d'application, la directive [2008/115] 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?»
- 26 La juridiction de renvoi a, par ailleurs, mis fin à la rétention de M. Achughbabian.
- 27 À la demande de la juridiction de renvoi, la chambre désignée a examiné la nécessité de soumettre la présente affaire à la procédure d'urgence prévue à l'article 104 ter du règlement de procédure. Ladite chambre a décidé, l'avocat général entendu, de ne pas faire droit à cette demande.

### **Sur la question préjudicielle**

- 28 Il convient de relever d'emblée que la directive 2008/115 ne porte que sur le retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un État membre et n'a donc pas pour objet d'harmoniser dans leur intégralité les règles nationales relatives au séjour des étrangers. Par conséquent, cette directive ne s'oppose pas à ce que le droit d'un État membre qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoit des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction aux règles nationales en matière de séjour.
- 29 Les normes et les procédures communes instaurées par la directive 2008/115 ne portant que sur l'adoption de décisions de retour et l'exécution de ces décisions, il y a lieu de relever, également, que cette directive 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.

- 30 Cette constatation est corroborée par le dix-septième considérant de ladite directive, duquel il ressort que les conditions de l'arrestation initiale de ressortissants de pays tiers soupçonnés de séjourner irrégulièrement dans un État membre demeurent régies par le droit national. Par ailleurs, ainsi que le gouvernement français l'a observé, il serait porté atteinte à l'objectif de la directive 2008/115, à savoir le retour efficace des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, s'il était impossible pour les États 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.
- 31 Il importe de considérer, à cet égard, que les autorités compétentes doivent disposer d'un délai certes bref mais 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. La détermination du nom et de la nationalité peut, en cas d'absence de coopération de l'intéressé, s'avérer difficile. La vérification de l'existence d'un séjour irrégulier peut, elle aussi, se révéler complexe, notamment lorsque l'intéressé invoque un statut de demandeur d'asile ou de réfugié. Cela étant, les autorités compétentes sont tenues, aux fins d'éviter de porter atteinte à l'objectif de la directive 2008/115, tel que rappelé au point précédent, d'agir avec diligence et de prendre position sans tarder sur le caractère régulier ou non du séjour de la personne concernée. Une fois constatée l'irrégularité du séjour, lesdites autorités doivent, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive et sans préjudice des exceptions prévues par cette dernière, adopter une décision de retour.
- 32 S'il résulte de ce qui précède que la directive 2008/115 ne s'oppose ni à une réglementation nationale, telle que l'article L. 621-1 du *Ceseda*, dans la mesure où celle-ci qualifie le séjour irrégulier d'un ressortissant d'un pays tiers de délit et prévoit des sanctions pénales, y compris une peine d'emprisonnement, pour réprimer ce séjour, ni à la détention d'un ressortissant d'un pays tiers en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour de celui-ci, il convient, par la suite, de vérifier si cette directive s'oppose à une réglementation telle que l'article L. 621-1 du *Ceseda* dans la mesure où celle-ci est susceptible de conduire à un emprisonnement au cours de la procédure de retour régie par ladite directive.
- 33 À cet égard, la Cour a déjà relevé que si, en principe, la législation pénale et les règles de procédure pénale relèvent de la compétence des États membres, ce domaine du droit peut néanmoins être affecté par le droit de l'Union. Dès lors, nonobstant la circonstance que ni l'article 63, premier alinéa, point 3, sous b), CE, disposition qui a été reprise à l'article 79, paragraphe 2, sous c), TFUE, ni la directive 2008/115, adoptée notamment sur le fondement de ladite disposition du traité CE, n'excluent la compétence pénale des États membres dans le domaine de l'immigration clandestine et du séjour irrégulier, ces derniers doivent aménager leur législation dans ce domaine de manière à assurer le respect du droit de l'Union. Lesdits États 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*, précité, points 53 à 55 et jurisprudence citée).
- 34 Afin de répondre à la question de savoir si la directive 2008/115 s'oppose, pour des raisons analogues à celles exposées par la Cour dans l'arrêt *El Dridi*, précité, à une réglementation telle que l'article L. 621-1 du *Ceseda*, il y a lieu de constater, tout d'abord, que la situation du requérant au principal relève de celle évoquée à l'article 8, paragraphe 1, de cette directive.
- 35 Il ressort, en effet, du dossier et de la réponse de la juridiction de renvoi à une demande d'éclaircissement qui lui a été adressée par la Cour qu'un ordre de quitter le territoire français, fixant un délai d'un mois pour un départ volontaire, a été notifié le 14 février 2009 à M. Achughbadian et que cet ordre n'a pas été respecté par celui-ci. Cette décision de retour n'étant plus en vigueur le 24 juin 2011, date des contrôle et placement en garde à vue de M. Achughbadian, 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, indépendamment de la question de savoir si la situation du requérant au principal doit être regardée comme celle d'une personne n'ayant pas respecté une obligation de retour dans le délai accordé pour un départ volontaire ou comme celle d'une personne soumise à une décision de retour sans fixation de délai pour un départ volontaire, ladite situation est en tout état de cause visée par l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2008/115 et fait donc naître l'obligation imposée par cet article à l'État 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 État membre.

- 36 Il convient de relever, ensuite, qu'il ressort clairement de l'article 8, paragraphes 1 et 4, de la directive 2008/115 que les termes «mesures» et «mesures coercitives» y figurant se réfèrent à toute intervention qui conduit, de manière efficace et proportionnée, au retour de l'intéressé. L'article 15 de ladite directive prévoit que la rétention de l'intéressé n'est permise qu'aux fins de préparer et de permettre l'éloignement et que cette privation de liberté ne peut être maintenue que pendant une durée maximale de six mois, une période de rétention supplémentaire de douze mois ne pouvant s'y ajouter que dans le cas où la non-exécution de la décision de retour pendant lesdits six mois est due à un manque de coopération de l'intéressé ou à des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires.
- 37 Or, à l'évidence, l'infliction et l'exécution d'une peine d'emprisonnement au cours de la procédure de retour prévue par la directive 2008/115 ne contribuent pas à la réalisation de l'éloignement que cette procédure poursuit, à savoir le transfert physique de l'intéressé hors de l'État membre concerné. Une telle peine ne constitue donc pas une «mesure» ou une «mesure coercitive» au sens de l'article 8 de la directive 2008/115.
- 38 Enfin, il est constant que la réglementation nationale en cause au principal, en ce qu'elle prévoit une peine d'emprisonnement pour tout ressortissant d'un pays tiers qui est âgé de plus de 18 ans et qui séjourne irrégulièrement en France après l'expiration d'un délai de trois mois depuis son entrée sur le territoire français, est susceptible de conduire à un emprisonnement alors que, suivant les normes et les procédures communes énoncées aux articles 6, 8, 15 et 16 de la directive 2008/115, un tel ressortissant d'un pays tiers doit prioritairement faire l'objet d'une procédure de retour et peut, s'agissant d'une privation de liberté, tout au plus faire l'objet d'un placement en rétention.
- 39 Une réglementation nationale telle que celle en cause au principal est, par conséquent, susceptible de faire échec à l'application des normes et des procédures communes établies par la directive 2008/115 et de retarder le retour, portant ainsi, à l'instar de la réglementation en cause dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt El Dridi, précité, atteinte à l'effet utile de ladite directive.
- 40 La conclusion énoncée ci-dessus n'est infirmée ni par la circonstance, mise en exergue par le gouvernement français, selon laquelle, en application de circulaires adressées aux instances judiciaires, les peines prévues par la réglementation nationale en cause au principal sont rarement infligées en dehors des cas où la personne séjournant irrégulièrement a, outre le délit de séjour irrégulier, commis un autre délit, ni par le fait, également invoqué par ce gouvernement, que M. Achughbadian n'a pas été condamné auxdites peines.
- 41 À cet égard, il importe de relever que les ressortissants de pays tiers ayant, outre le délit de séjour irrégulier, commis un ou plusieurs autres délits peuvent le cas échéant, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2008/115, être soustraits au champ d'application de celle-ci. Toutefois, aucun élément du dossier soumis à la Cour ne suggère que M. Achughbadian aurait commis un délit autre que celui consistant à séjourner irrégulièrement sur le territoire français. La situation du requérant au principal ne saurait donc être soustraite du champ d'application de la directive 2008/115, l'article 2, paragraphe 2, sous b), de celle-ci ne

pouvant manifestement pas, sous peine de priver cette directive de son objet et de son effet contraignant, être interprété en ce sens qu'il serait loisible aux États membres de ne pas appliquer les normes et les procédures communes énoncées par ladite directive aux ressortissants de pays tiers n'ayant commis que l'infraction de séjour irrégulier.

- 42 En ce qui concerne la circonstance que M. Achughbabian n'a, jusqu'à présent, pas été condamné aux peines d'emprisonnement et d'amende prévues à l'article L. 621-1 du Ceseda, il y a lieu de relever qu'il n'est pas contesté que l'adoption à son encontre d'un arrêté de reconduite à la frontière a été fondée sur la constatation du délit de séjour irrégulier prévu audit article et que ce dernier est, indépendamment du contenu des circulaires mentionnées par le gouvernement français, susceptible de conduire à une condamnation auxdites peines. Par conséquent, l'article L. 621-1 du Ceseda ainsi que la question de sa compatibilité avec le droit de l'Union sont pertinents dans l'affaire au principal, la juridiction de renvoi et le gouvernement français n'ayant par ailleurs fait mention ni d'un classement sans suite ni, de manière plus générale, d'une décision excluant définitivement toute possibilité de poursuites à l'encontre de M. Achughbabian pour ledit délit.
- 43 Au demeurant, et à l'instar de ce qui a été rappelé au point 33 du présent arrêt, il convient de souligner le devoir des États membres, découlant de l'article 4, paragraphe 3, TUE et rappelé au point 56 de l'arrêt El Dridi, précité, de prendre toute mesure propre à assurer l'exécution des obligations résultant de la directive 2008/115 et de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de celle-ci. Il importe que les dispositions nationales applicables ne soient pas susceptibles de compromettre la bonne application des normes et des procédures communes introduites par ladite directive.
- 44 Ne saurait, enfin, être accueillie, l'argumentation des gouvernements allemand et estonien, selon laquelle les articles 8, 15 et 16 de la directive 2008/115 font, certes, obstacle à ce qu'une peine d'emprisonnement intervienne au cours de la procédure d'éloignement prévue par ces articles, mais ne s'opposent pas à ce qu'un État membre inflige, à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier, une peine d'emprisonnement avant de procéder à l'éloignement de cette personne selon les modalités prévues par la directive.
- 45 Il suffit de constater, à cet égard, qu'il découle tant du devoir de loyauté des États membres que des exigences d'efficacité rappelées notamment au quatrième considérant de la directive 2008/115 que l'obligation imposée par l'article 8 de cette directive aux États membres de procéder, dans les hypothèses énoncées au paragraphe 1 de cet article, à l'éloignement doit être remplie dans les meilleurs délais. À l'évidence, tel ne serait pas le cas si, après avoir constaté le séjour irrégulier du ressortissant d'un pays tiers, l'État membre concerné 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, précité, point 59) et ne figure pas, au demeurant, parmi les justifications d'un report de l'éloignement mentionnées à l'article 9 de la directive 2008/115.
- 46 S'il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que les États membres liés par la directive 2008/115 ne sauraient prévoir une peine d'emprisonnement pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans des situations dans lesquelles ceux-ci doivent, en vertu des normes et des procédures communes établies par cette directive, être éloignés et peuvent, en vue de la préparation et de la réalisation de cet éloignement, tout au plus être soumis à une rétention, cela n'exclut pas la faculté pour les États 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, précité, points 52 et 60).

- 47 Eu égard à cette faculté, force est de constater que la thèse avancée par les gouvernements ayant présenté des observations devant la Cour, selon laquelle une interprétation telle que celle donnée ci-dessus mettrait fin à la possibilité pour les États membres de dissuader le séjour irrégulier, n'est pas fondée.
- 48 En particulier, la directive 2008/115 ne s'oppose pas à ce que des sanctions pénales soient infligées, suivant les règles nationales de procédure pénale, à des ressortissants de pays tiers auxquels la procédure de retour établie par cette directive a été appliquée et qui séjournent irrégulièrement sur le territoire d'un État membre sans qu'existe un motif justifié de non-retour.
- 49 À cet égard, il y a lieu de souligner que, dans le cadre de l'application desdites règles de procédure pénale, l'infliction des sanctions mentionnées au point précédent est soumise au plein respect des droits fondamentaux, et notamment de ceux garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.
- 50 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que la directive 2008/115 doit être interprétée en ce sens qu'elle
- 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; et
  - 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.

### **Sur les dépens**

- 51 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit:

**La directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, doit être interprétée en ce sens qu'elle**

- **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; et**

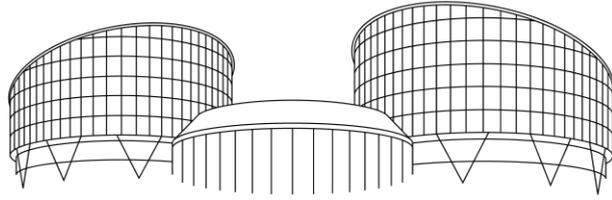
– **ne s’oppose pas à une telle réglementation pour autant que celle-ci permet l’emprisonnement d’un ressortissant d’un pays tiers auquel la procédure de retour établie par ladite directive a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non-retour.**

Signatures

---

\* Langue de procédure: le français.





EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CINQUIÈME SECTION

**AFFAIRE MALLAH c. FRANCE**

*(Requête n° 29681/08)*

ARRÊT

STRASBOURG

10 novembre 2011

**DÉFINITIF**

*08/03/2012*

*Cet arrêt est devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.*





**En l'affaire Mallah c. France,**

La Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), siégeant en une chambre composée de :

Elisabet Fura, *présidente*,

Jean-Paul Costa,

Karel Jungwiert,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Ann Power-Forde,

Ganna Yudkivska, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 11 octobre 2011,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 29681/08) dirigée contre la République française et dont un ressortissant marocain, M. El Houssine Mallah (« le requérant »), a saisi la Cour le 18 mai 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant est représenté par M<sup>e</sup> M. Tubiana, avocat à Paris. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M<sup>me</sup> E. Belliard, directrice des Affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Invoquant l'article 8 de la Convention, le requérant se plaint de ce que sa condamnation pénale aurait constitué une ingérence disproportionnée dans sa vie familiale.

4. Le 14 juin 2010, le président de la cinquième section a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond.

**EN FAIT****I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

5. Le requérant, de nationalité marocaine, est né en 1957 et réside à Ajaccio.

6. Il réside régulièrement en France depuis plus de trente ans. Lui et son épouse hébergeaient leurs cinq enfants, dont F., âgée de vingt-deux ans, qui réside régulièrement en France depuis sa naissance.

7. Le 28 août 2003, F. se maria avec B.A., ressortissant marocain résidant au Maroc. Ils entreprirent des démarches afin que ce dernier puisse la rejoindre en France au titre du regroupement familial.

8. Le 10 décembre 2005, B.A. entra régulièrement en France avec un visa de trois mois pour retrouver F., qui résidait chez ses parents (le requérant et son épouse).

9. Le 10 mars 2006, après l'expiration de son visa, B.A. resta en France auprès de F. qui était alors enceinte.

10. Le 19 avril 2006, la police aux frontières de Corse du Sud reçut un courrier anonyme dénonçant la présence d'une personne sans papiers au domicile du requérant.

11. Le 25 avril 2006, à six heures, des policiers se présentèrent au domicile du requérant et effectuèrent une perquisition dans le cadre d'une enquête préliminaire diligentée par le procureur de la République d'Ajaccio. Ils placèrent B.A. et le requérant en garde à vue.

12. Le 18 mai 2006, le requérant refusa une mesure de composition pénale proposée par le procureur de la République. Le 24 juillet 2006, ce dernier fit citer le requérant devant le tribunal correctionnel d'Ajaccio le 8 septembre 2006 pour aide au séjour irrégulier d'un étranger, infraction prévue à l'article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

13. Le 10 août 2006, B.A. et son épouse déposèrent une demande de regroupement familial.

14. Le 30 août 2006, le procureur de la République adressa au requérant un courrier l'informant qu'il avait décidé d'abandonner les poursuites à son encontre, eu égard à de nouveaux éléments portés à sa connaissance quant à la situation administrative de son gendre, B.A. Ce courrier se lit comme suit :

« Eu égard aux nouveaux éléments portés à ma connaissance, quant à la situation administrative de votre gendre, [B.A.], le délit d'aide au séjour irrégulier ne me paraît plus constitué. La procédure à votre encontre fait en conséquence l'objet d'une décision de classement sans suite à ce jour. »

15. Nonobstant ce courrier, le tribunal correctionnel, saisi de la citation du procureur de la République du 24 juillet 2006, rendit un jugement le 8 septembre 2006, dans lequel il déclara le requérant coupable du délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger et le dispensa de peine en raison de la cessation de l'infraction, en application de l'article 132-59 du code pénal.

16. Le 11 septembre 2006, le requérant interjeta appel du jugement.

17. Le 10 octobre 2006, la demande de regroupement familial de B.A. et de son épouse fut accueillie.

18. Le 14 novembre 2006, F. et B.A. eurent un fils.

19. Par un arrêt du 11 avril 2007, la cour d'appel de Bastia confirma le jugement, dispensant de peine le requérant au motif que son comportement avait été dicté uniquement par la générosité.

20. Le 12 avril 2007, le requérant se pourvut en cassation, dénonçant une violation de l'article 8 de la Convention.

21. Par un arrêt du 5 décembre 2007, la Cour de cassation déclara le pourvoi non admis.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

22. Les dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile telles qu'en vigueur au moment des faits se lisent comme suit :

### Article L. 622-1

« Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 Euros. »

### Article L. 622-4

« (...) Ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ;

2° Du conjoint de l'étranger, sauf si les époux sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ;

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte. »

23. Extraits de la proposition de loi tendant à exclure les bénévoles et les associations du champ d'application du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers des étrangers en France (texte n° 291 (2008-2009), annexe au procès-verbal de la séance du 18 mars 2009).

« Le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France trouve son origine dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers. L'objectif légitime recherché était de lutter contre les réseaux organisés (passeurs, transporteurs, employeurs ...) qui aident, en contrepartie de sommes importantes, les étrangers à entrer ou à se maintenir illégalement sur le territoire (...)

Depuis, cette disposition a subi de nombreuses et profondes modifications. Les réformes législatives qui se sont succédées n'ont fait que renforcer tous les dispositifs de contrôle et de répression envers les étrangers sans épargner ceux qui, regroupés ou non en association, leur viennent en aide.

Un des symboles de cette tendance répressive est le tristement célèbre « *délit de solidarité* » défini, depuis la codification en 2003 de l'ordonnance de 1945, à l'article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

C'est sur le fondement de cet article que de plus en plus de personnes ont pu se retrouver menacées de poursuites pénales, arrêtées, placées en garde à vue, mises en examen, pour avoir aidé des étrangers en situation irrégulière.

En effet, la politique du chiffre menée par le gouvernement en matière d'expulsion du territoire conduit à considérer comme des délinquants non seulement les étrangers en situation irrégulière mais également les personnes qui leur apportent une aide de façon désintéressée.

Ce délit ne vise donc plus seulement les réseaux mafieux qui profitent, à des fins lucratives, de la détresse des étrangers ; sont également visées les personnes physiques ou morales qui, par humanité, témoignent de leur solidarité et apportent leur soutien aux étrangers démunis, ce qui n'est pas acceptable.

Ce rôle humanitaire est indispensable face au dénuement dans lequel se trouvent ces personnes qui risquent leur vie pour fuir guerres, famines ou misère, et gagner un monde qu'elles espèrent meilleur.

Cette politique répressive menée en matière d'immigration tant au plan national qu'europpéen, loin de remédier à la question plus globale des migrations et qui n'a pas encore fait la preuve de son efficacité s'agissant du démantèlement de réseaux de passeurs, ne fait qu'aggraver la situation matérielle, sociale, juridique, des sans papiers (...) »

#### 24. L'article 132-59 du code pénal est ainsi libellé :

« La dispense de peine peut être accordée lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé.

La juridiction qui prononce une dispense de peine peut décider que sa décision ne sera pas mentionnée au casier judiciaire.

La dispense de peine ne s'étend pas au paiement des frais du procès. »

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

25. Le requérant dénonce une violation de l'article 8 de la Convention, qui se lit comme suit :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

26. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

#### A. Sur l'applicabilité de l'article 8

27. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour, le Gouvernement soutient que la requête est irrecevable pour incompatibilité *ratione materiae* (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A n° 94, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (fond), 23 juillet 1968, p. 33, § 7, série A n° 6, et *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, § 94, CEDH 2003-X). Selon lui, la relation invoquée par le requérant n'entre pas dans la définition de la « vie familiale » donnée par la Cour qui restreint cette notion à la cellule formée par le père, la mère et les enfants mineurs. Or, en l'espèce, les liens familiaux invoqués par le requérant sont ceux qui unissent un beau-père et son gendre. Le Gouvernement précise que ce dernier s'est marié avec la fille du requérant en 2003, qu'il est arrivé en France à la fin de l'année 2005 et qu'il n'a séjourné qu'un peu plus de trois mois chez le requérant. Il n'existerait aucun lien de dépendance direct entre le requérant et son gendre.

28. Selon le requérant, la jurisprudence citée par le Gouvernement n'est pas pertinente.

29. Conformément à sa jurisprudence, la Cour relève que la question de l'existence ou de l'absence d'une « vie familiale » est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 31, série A n° 31, et *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 150, CEDH 2001-VII).

30. La Cour rappelle que la notion de « famille » visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens « familiaux » *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital (voir, entre autres, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 55, série A n° 112, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 44, série A n° 290, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, § 30, série A n° 297-C, et *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II).

31. En l'espèce, la Cour relève ainsi qu'il ressort du dossier que le requérant et son épouse hébergeaient leurs cinq enfants, dont F., ainsi que leur gendre B.A. Dès lors que ce dernier résidait sous le toit familial avec le requérant, fait qui constitue d'ailleurs l'objet du litige, que F. et B.A. étaient mariés depuis deux ans, qu'ils avaient entrepris des démarches administratives au titre du regroupement familial et enfin, qu'ils attendaient un enfant, la Cour considère que l'existence d'un lien familial entre le requérant et son gendre B.A. est établi. L'article 8 est donc applicable en l'espèce.

32. La Cour constate que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de la déclarer recevable.

## **B. Sur le fond**

33. Le requérant soutient que sa condamnation porte atteinte au respect de sa vie familiale. Il explique qu'au moment des faits son épouse et lui-même hébergeaient leur fille et qu'ils ont accueilli à leur domicile l'époux de celle-ci, lequel était alors autorisé à rester sur le territoire français pour une durée de trois mois afin qu'ils puissent avoir une vie commune. Le requérant fait également état de circonstances particulières. Il indique que sa fille était enceinte, que sa grossesse présentait des complications médicales et que des démarches administratives au titre du regroupement familial étaient en cours. Il ajoute que B.A. n'est resté sur le territoire français que pour être aux côtés de son épouse enceinte et malade, et qu'il a vécu au domicile du requérant pour l'unique raison que son épouse y habitait. Le requérant ajoute que les faits tendaient vers un classement sans suite en raison du lien de parenté entre lui-même et B.A. et de la régularisation de la situation de ce dernier, ce que la position du ministère public confirme.

34. Le Gouvernement soutient que la condamnation pénale du requérant a été prononcée sur le fondement de l'article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et qu'elle poursuivait un but légitime, à savoir la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales. Il ajoute que la mesure litigieuse était proportionnée au but recherché. Le Gouvernement rappelle à cet égard que le législateur a

prévu des immunités pour les membres de la famille proche de l'étranger à l'article L. 622-4 du code précité. Il souligne qu'en l'espèce le requérant ne rentrait pas dans le cadre des immunités et que le mobile qu'il a invoqué, à savoir la solidarité familiale, est indifférent, dès lors qu'il n'est pas couvert par une immunité pénale offerte par la loi.

35. La Cour rappelle que l'article 8 de la Convention tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre d'éventuelles ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Il engendre de surcroît des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. Dans un cas comme dans l'autre, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble.

36. En l'espèce, la Cour observe qu'après avoir constaté que le requérant avait hébergé son gendre B.A. alors même qu'il connaissait sa situation irrégulière, les juridictions internes l'ont déclaré coupable d'aide au séjour irrégulier, tout en prononçant une dispense de peine, par application des articles L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après CESEDA) et 132-59 du code pénal (voir paragraphes 22 et 24 ci-dessus).

37. Elle constate que les parties s'accordent sur le fait que la condamnation pénale du requérant constitue une ingérence au sens de l'article 8. La Cour partage ce point de vue.

38. Elle relève que cette ingérence était prévue par l'article L. 622-1 du CESEDA et qu'elle poursuivait un but légitime, à savoir la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales.

39. Reste donc à déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts en présence, étant rappelé que les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour se prononcer sur la nécessité, dans une société démocratique, d'une ingérence dans l'exercice d'un droit protégé par l'article 8 et sur la proportionnalité de la mesure en question au but légitime poursuivi (*Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, § 113, CEDH 2003-X et *Berrehab c. Pays-Bas*, 21 juin 1988, série A n° 138, § 28).

40. La Cour constate qu'en créant le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France, l'objectif du législateur était de lutter contre l'immigration clandestine et les réseaux organisés tels que les passeurs qui aident, en contrepartie de sommes importantes, les étrangers à entrer ou à se maintenir illégalement sur le territoire (voir paragraphe 23 ci-dessus). Elle note qu'un mécanisme d'impunité légale a été prévu pour les membres de la famille les plus proches de l'étranger en situation irrégulière, à savoir les ascendants de l'étranger, ses descendants, ses frères et sœurs, ainsi que son conjoint ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui (voir paragraphe 22 ci-dessus). Toutefois, en l'espèce, il faut constater qu'en dépit du lien familial qui l'unit à son gendre, le requérant n'entrait pas dans la catégorie des personnes fixée par la loi et ne pouvait donc bénéficier de

l'immunité pénale. A l'instar du Gouvernement, la Cour relève que le délit étant constitué au regard de la loi, qui est au demeurant suffisamment claire et prévisible, les juridictions internes ne pouvaient que statuer dans le sens de la responsabilité pénale du requérant. Cependant, tenant compte des circonstances particulières de l'espèce et du comportement du requérant qui n'avait été dicté uniquement par la générosité, les juridictions ont assorti la déclaration de culpabilité d'une dispense de peine, par application de l'article 132-59 du code pénal. Le procureur de la République avait décidé le classement sans suite de l'affaire (voir paragraphe 14 ci-dessus). Dès lors, la Cour estime que les autorités ont ménagé un juste équilibre entre les divers intérêts en présence, à savoir la nécessité de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions pénales d'une part, et de protéger le droit du requérant au respect de sa vie familiale, d'autre part.

41. Partant, la mesure prise à l'égard du requérant n'a pas porté une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie familiale. De surcroît, elle n'a eu que des conséquences limitées sur son casier judiciaire.

42. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

## PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable ;
2. *Dit*, par six voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 10 novembre 2011, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek  
Greffière

Elisabet Fura  
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion dissidente de la juge Ann Power-Forde.

E.F.S.  
C.W.

## OPINION DISSIDENTE DE LA JUGE POWER-FORDE

*(Traduction)*

Je ne partage pas l'opinion de la majorité en l'espèce. J'estime en effet qu'il y a eu violation des droits que le requérant tire de l'article 8. Il ressort du dossier que ce dernier, qui réside en France depuis plus de 30 ans, est père de cinq enfants qu'il a élevés dans ce pays depuis leur naissance. En 2003, sa fille F. épousa un ressortissant marocain. Peu après, le couple demanda aux autorités françaises le regroupement familial. L'époux de F. entra régulièrement sur le territoire français en 2005, muni d'un visa de trois mois. En mars 2006, après l'expiration de son visa, il resta en France auprès de la famille de son épouse alors que celle-ci était enceinte et que sa grossesse connaissait des complications médicales.

Un matin, à 6 heures, le requérant reçut à son domicile la visite de la police, qui avait reçu un courrier anonyme. Soupçonné d'héberger un étranger en séjour irrégulier sur le territoire de l'Etat défendeur – une infraction relevant de l'article L.622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers –, il fut interrogé à ce sujet. Peu après, la police l'emmena, lui et son gendre, hors du domicile familial puis les mit en garde à vue. Par la suite, le requérant fut poursuivi pour cette même infraction prévue à l'article L.622-1. Au bout du compte, il fut reconnu coupable des faits qui lui étaient reprochés alors que, parallèlement, les autorités avaient finalement examiné et accepté la demande de regroupement familial formée par son gendre.

Le dossier montre que l'«ingérence» commise en l'espèce par les autorités dans la vie familiale du requérant n'était pas proportionnée et, à mon sens, l'Etat défendeur n'est pas parvenu à établir en quoi une ingérence aussi grave aurait été «nécessaire dans une société démocratique». Alors que l'«étranger» en question était son gendre qui logeait au domicile familial à une époque où son épouse connaissait une grossesse difficile, le requérant – son beau-père – a pourtant été considéré par les autorités comme un criminel et traité comme tel. Il fut dérangé au petit matin par la police puis interrogé, arrêté, mis en garde à vue, poursuivi dans le cadre d'une procédure qui dura 20 mois, avant d'être finalement reconnu coupable d'une infraction pénale. La majorité n'y a vu aucune ingérence disproportionnée dans la vie familiale de l'intéressé qui aurait été constitutive d'une violation de l'article 8 de la Convention. Je ne puis me rallier à elle.

Avec le respect que je dois à mes collègues de la majorité, leur raisonnement repose sur une conception plutôt «positiviste» de la loi en question. Elle s'est contentée de relever que le lien familial entre le requérant et son gendre n'entraînait pas dans les catégories fixées par la loi et qu'il n'avait donc pas pu bénéficier d'une impunité pénale (§ 40). Pour elle, un juste équilibre avait été ménagé du seul fait que la condamnation du

requérant n'avait été assortie d'aucune peine, autrement dit parce que la dispense de peine prononcée par application de l'article 132-59 du code pénal avait atténué les conséquences de sa condamnation.

Contrairement à la majorité, j'estime que, de par sa gravité, l'ingérence en l'espèce était totalement disproportionnée et qu'il n'a pas été établi qu'elle fût nécessaire dans une société démocratique. On peut en effet se demander en quoi il y avait un « besoin social impérieux » d'arrêter, d'incarcérer, de poursuivre et de condamner le requérant comme un criminel. Quel danger ou risque avait-il fait courir à la société en permettant à son gendre de rester sous son toit alors que l'épouse de celui-ci, sa fille, connaissait une grossesse difficile et qu'une demande de regroupement familial avait été adressée aux autorités et était en cours d'examen ?

Une dernière observation semble s'imposer. Si, de manière générale, les lois en matière d'immigration peuvent poursuivre des buts légitimes, y compris notamment la prévention du trafic d'êtres humains, les dispositions de l'article L.622-1, dont il avait été donné application en l'espèce, sont particulièrement étendues dans leur portée. Cet article prévoit que toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 Euros<sup>1</sup>. Son interprétation et son application dans le cas du requérant mettent en lumière, selon moi, le caractère globalement problématique de cette loi et montrent à l'évidence qu'une modification du texte s'impose de manière à ce qu'une réponse proportionnée puisse être apportée et un juste équilibre ménagé dans chaque cas d'espèce.

La législation en question a fait l'objet de nombreuses critiques et opinions négatives, notamment de la part d'organes tels que la Commission nationale consultative des droits de l'homme<sup>2</sup>. A mon sens, ses dispositions sont libellées de manière tellement vague et générale que la « qualité de la loi » peut être mise en cause dans le cadre d'un examen conduit sur le terrain de l'article 8 de la Convention. Il apparaîtrait que, dès lors qu'il est établi qu'une personne – n'importe qui – a, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter le séjour irrégulier d'un immigré en France, les conditions de l'infraction ont été réunies, appelant une condamnation. Mais que veut dire « aider » ou « faciliter » le séjour irrégulier d'un immigré ? Lui acheter une carte téléphonique grâce à laquelle il pourra appeler chez lui, lui offrir un pull-over chaud ou un bol de soupe en hiver ou l'héberger un soir de Noël<sup>3</sup>, est-ce « aider » ou « faciliter » – directement ou

---

<sup>1</sup> Il existe une catégorie étroite de personnes à l'égard desquelles la disposition n'est pas applicable mais elle n'est d'aucun intérêt en l'espèce.

<sup>2</sup> [http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/Avis\\_sur\\_l\\_aide\\_a\\_l\\_entree\\_a\\_la\\_circulation\\_et\\_au\\_sejour\\_irreguliers\\_191109.pdf](http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/Avis_sur_l_aide_a_l_entree_a_la_circulation_et_au_sejour_irreguliers_191109.pdf)

<sup>3</sup> Cette question avait été posée par le juge Spielmann au sujet d'une législation analogue dans un article intitulé « Deux remarques au sujet de l'article 33-2 de la loi du 18 août 1995

indirectement – son séjour en France ? Rien dans la législation n'indique le contraire ni ne permet au juge de tenir compte de motifs humanitaires lorsqu'il statue sur la culpabilité d'une personne poursuivie sur la base de ces dispositions. La condamnation du requérant en l'espèce en est une illustration et montre que la qualité de la loi en cause est pour le moins problématique. A mes yeux, ses dispositions trop générales et sans nuances sont incompatibles avec le respect des droits de l'homme dans un Etat régi par la prééminence du droit.

---

portant modification de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant : 1) l'entrée et le séjour des étrangers 2) le contrôle médical des étrangers 3) l'emploi de la main d'œuvre étrangère », publié dans le *Bulletin du Cercle François Laurent*, (Luxembourg), 1995, p. 249-253.



Le : 18/07/2012

**Cour de cassation**

**chambre civile 1**

**Audience publique du 25 novembre 2009**

**N° de pourvoi: 08-20294**

Non publié au bulletin

**Cassation sans renvoi**

**M. Bargue (président), président**

Me Odent, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Vu les articles 63 du code de procédure pénale, ensemble l'article L. 551-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue par un premier président d'une cour d'appel, et les pièces de la procédure, que Mme Mbaki X..., de nationalité congolaise, a été interpellée le 14 août 2008, à 10h20, par les services de police et présentée à un officier de police judiciaire qui l'a entendue à 10h50 ; que ce dernier lui a notifié, à 13h10, un arrêté portant refus de séjour et obligation de quitter le territoire français pris par le préfet du Finistère le 24 juin 2008 et, à 13h25, une décision de placement en rétention administrative ;

Attendu que pour dire n'y avoir lieu à prolongation de la rétention administrative, l'ordonnance retient que l'article L. 551-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ne peut faire échec aux dispositions protectrices du code de procédure pénale ; que selon les articles 63 et suivants de ce même code, une personne tenue sous la contrainte à la disposition des services de police doit être placée en garde à vue et recevoir notification de ses droits ; qu'en l'espèce, la garde à vue paraissait s'imposer dès lors que l'intéressée avait immédiatement reconnu être en situation irrégulière en France ;

Qu'en statuant ainsi, alors que c'est seulement pour les nécessités d'une enquête que l'article 63 du code de procédure pénale prévoit qu'un officier de police judiciaire peut placer une personne en garde à vue, et que constatant que l'intéressée avait, dès son interpellation, reconnu être en situation irrégulière en France, de sorte qu'aucune enquête n'étant nécessaire, les services de police n'étaient pas tenus de la placer en garde à vue, le premier président, a violé les textes susvisés ;

Vu l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

Et attendu que les délais légaux de rétention étant expirés, il ne reste plus rien à juger ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'ordonnance rendue le 19 août 2008, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel de Rennes ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'ordonnance cassée ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-cinq novembre deux mille neuf.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par Me Odent, avocat du préfet de la Vienne.

Il est fait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir, prétexte pris de l'irrégularité de la procédure tirée de ce que l'intéressée n'aurait pas été placée en garde à vue après son interpellation, rejeté la requête d'un préfet (M. le préfet de la Vienne) en prolongation de la mesure de rétention administrative dont une étrangère (Mlle MBAKI X...) avait fait l'objet ;

AUX MOTIFS QU'il résultait des pièces de la procédure que Mlle MBAKI X... avait été interpellée, alors qu'elle s'était rendue spontanément le matin du 14 août 2008 dans les services de la préfecture de la Vienne pour obtenir des informations sur un dossier en cours la concernant ; qu'à cette occasion, lui avait été notifié à 13 h 10 un arrêté de reconduite à la frontière, pris par le préfet du Finistère le 24 juin 2008, notifié vainement à partir du 25 juin 2008 au dernier domicile connu de l'intéressée ; que, parallèlement, par décision du préfet du même jour, elle avait été, alors qu'elle était entendue depuis le milieu de la matinée par les services de police du CSP Poitiers, placée en rétention dans le centre de rétention administrative de Rennes pour une durée de 48 h à compter du 14

août 2008 à 13 h 25, heure de notification dudit arrêté ; que, par requête du 16 août 2008, le préfet avait saisi le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rennes d'une demande de prolongation pour une durée de 15 jours de la rétention administrative, requête rejetée aux termes de l'ordonnance déférée ; que si l'article L.551-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que « la décision de placement est prise par l'autorité administrative, après l'interpellation de l'étranger et, le cas échéant, à l'expiration de sa garde à vue ou à l'issue de sa période d'incarcération en cas de détention », il ne s'en inférait nullement qu'il avait vocation à faire échec aux dispositions protectrices édictées par les articles 63 et suivants du code de procédure pénale, mais il s'en déduisait clairement, au contraire, qu'il avait vocation à fixer le moment à partir duquel l'étranger interpellé pourrait être retenu au titre de la législation spécifique s'il ne l'était pas en vertu d'un titre de détention légalement mis en oeuvre selon le code de procédure pénale ; que, dans le cadre de la procédure pénale, il était de jurisprudence constante que, dès lors qu'une personne est tenue sous la contrainte à la disposition des services de police et qu'elle est privée de la liberté d'aller et venir, elle doit être aussitôt placée en garde à vue et recevoir la notification de ses droits ; qu'en l'espèce, la garde à vue paraissait évidemment s'imposer dès lors que Mlle MBAKI X... avait reconnu spontanément, dès le début de son interrogatoire, vers 10 h 55, « qu'elle se trouvait en situation irrégulière en France », après y être « irrégulièrement entrée », que les services de la police judiciaire avaient dès 10 h 30, dans les 10 minutes de son interpellation, avisé le parquet compétent qui leur avait « prescrit de ne pas recourir au vu des circonstances à une mesure de garde à vue et d'entendre la mise en cause hors garde à vue » ; que cette instruction, fondée sur un motif d'opportunité, n'en restant pas moins contraire aux principes fixés par la jurisprudence, c'était à bon droit que, par une décision dont les motifs étaient adoptés, le juge de première instance avait estimé que la procédure était entachée d'un vice grave, propre à interdire la prolongation de la mesure de rétention, mesure prise en marge du cadre juridique étroit et très réglementé, dans lequel elle s'inscrivait comme cela ressortait précisément des dispositions de l'article L.551-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

ALORS QUE le placement en garde à vue d'un étranger interpellé pour infraction à la législation sur le séjour des étrangers ne s'impose pas lorsqu'aucune procédure pénale n'est poursuivie à son encontre et que la police se contente de le remettre aux autorités administratives ; qu'en l'espèce, le conseiller délégué, qui a annulé la procédure de rétention administrative de Mlle MBAKI X..., motif pris de ce qu'elle n'avait pas été placée en garde à vue, quand le procureur avait renoncé à toute procédure pénale à l'encontre de l'étrangère qui n'avait brièvement séjourné dans des locaux de police que dans l'attente de son placement en rétention administrative, a violé les articles 63 du code de procédure pénale et L. 551-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Rennes du 19 août 2008



**Cour de cassation  
chambre civile 1**

**Audience publique du 5 juillet 2012**

**N° de pourvoi: 11-30371**

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Charruault (président), président**

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, après avis de la chambre criminelle :

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue par le premier président d'une cour d'appel (Rennes, 9 mai 2011) et les pièces de la procédure, que M. X..., de nationalité turque, en situation irrégulière en France, a été interpellé, en état de flagrance, le 4 mai 2011 et placé en garde à vue pour séjour irrégulier en France ; que, le même jour, le préfet d'Ille-et-Vilaine a pris à son encontre un arrêté de reconduite à la frontière et une décision de placement en rétention administrative ; qu'un juge des libertés et de la détention a refusé de prolonger cette mesure ;

Attendu que le procureur général près la cour d'appel de Rennes fait grief à l'ordonnance de confirmer cette décision, alors, selon le moyen, qu'aucune disposition de la directive 2008/115/CE du Parlement et du Conseil du 16 décembre 2008 ne s'oppose à ce que la réglementation d'un État membre 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 État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié, 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 ;

Mais attendu qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêts du 28 avril 2011, El Dridi, C-61/PPU, et du 6 décembre 2011, Achughabian, C-329/11) que 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 ; qu'en outre, en cas de flagrant délit, le placement en garde à vue n'est possible, en vertu des articles 63 et 67 du code de procédure pénale, applicables à la date des faits, qu'à l'occasion d'enquêtes sur les délits punis d'emprisonnement ; qu'il s'ensuit que le ressortissant d'un pays tiers, en séjour irrégulier en France, qui 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 l'autre situation exposée par la jurisprudence européenne précitée, ne peut être placé

en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée de ce seul chef ;

Et attendu que l'ordonnance constate que M. X... a été placé en garde à vue au seul motif d'une infraction de séjour irrégulier, sur le fondement de l'article L. 621-1 du code susvisé, et qu'il ne résulte pas des pièces de la procédure que M. X... ait été préalablement soumis à une mesure coercitive au sens de l'article 8 de la directive ; que, dès lors, c'est à bon droit que le premier président a retenu que sa garde à vue était irrégulière ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du cinq juillet deux mille douze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par le procureur général près la cour d'appel de Rennes.

Moyen unique de cassation pris de la violation de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du conseil du 16 décembre 2008 tant dans ses considérant que dans ses articles, 604 du code de procédure civile, violation de la loi et défaut de base légale :

EN CE QUE le conseiller à la Cour d'appel de Rennes, au seul visa de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du conseil du 16 décembre 2008 a dit n'y avoir lieu à la prolongation du maintien en rétention administrative et a confirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ;

AUX MOTIFS QUE la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du conseil du 16 décembre 2008 s'oppose à ce que la réglementation d'un État membre prévoie 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 État dans un délai déterminé, sur le dit territoire sans motif justifié et qu'en conséquence était irrégulière la mesure de garde à vue, qui n'était justifiée par aucun acte d'enquête dans le cadre de la recherche d'un délit punissable d'une peine d'emprisonnement

ALORS OU' aucune disposition de la directive visée ne pose expressément un tel principe, 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 ;

Qu'en décidant ainsi qu'exposé ci-dessus, le conseiller à la Cour d'appel de Rennes qui a ajouté à la règle applicable une condition qu'elle ne comporte pas, a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus énoncés.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Rennes du 9 mai 2011

**Cour de cassation  
chambre civile 1**

**Audience publique du 5 juillet 2012**

**N° de pourvoi: 11-19250**

Publié au bulletin

**Cassation partielle sans renvoi**

**M. Charruault (président), président**

Me Spinosi, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, après avis de la chambre criminelle :

Vu les articles 8 et 15 de la directive n° 2008/115/CE du Parlement et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, ensemble les articles 63 et 67 du code de procédure pénale, applicables à la date des faits ;

Attendu qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêts du 28 avril 2011, El Dridi, C-61/PPU, et du 6 décembre 2011, Achughbabian, C-329/11) que 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 ; qu'en outre, en cas de flagrant délit, le placement en garde à vue n'est 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 ; qu'il s'ensuit que le ressortissant d'un pays tiers, en séjour irrégulier en France, qui 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 l'autre situation exposée par la jurisprudence européenne précitée, ne peut être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée de ce seul chef ;

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue par le premier président d'une cour d'appel, et les pièces de la procédure, que M. Chérif X..., de nationalité tunisienne, en situation irrégulière en France, à l'encontre duquel avait été pris et notifié, le 14 avril 2011, un arrêté de reconduite à la frontière, lui laissant un délai de sept jours pour quitter le territoire national, a, le 1er mai de la même année, été interpellé en état de flagrance, sous une autre identité, d'alias Achraf Y..., et placé en garde à vue, pour séjour irrégulier en France ; que, le lendemain, le préfet de Haute-Garonne a pris à son encontre une décision de placement en rétention administrative ; qu'un juge des libertés et de la détention a prolongé la mesure de rétention ;

Attendu que, pour confirmer cette décision, l'ordonnance attaquée retient 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 ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, au vu des pièces de la procédure suivie devant lui, si l'intéressé avait été préalablement soumis à une 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 ;

Vu l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

Et attendu que les délais légaux de rétention étant expirés, il ne reste plus rien à juger ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'elle a déclaré l'appel recevable, l'ordonnance rendue le 6 mai 2011, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel de Toulouse ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'ordonnance partiellement cassée ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du cinq juillet deux mille douze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par Me Spinosi, avocat aux Conseils, pour M. Chérif X... alias Achraf Y...

Il est reproché à l'ordonnance confirmative attaquée d'avoir débouté Monsieur X... de sa demande tendant à l'annulation de la prolongation de la mesure de rétention administrative dont il a fait l'objet à la demande du Préfet de la Haute-Garonne ;

Aux motifs que « Sur le placement en garde à vue irrégulier au regard des objectifs de la directive 2008/115/CE dite directive retour

Cette disposition n'exclut pas la compétence pénale des Etats membres dans le domaine de l'immigration clandestine ou de séjour irrégulier.

Il appartient donc à ces Etats d'aménager leur législation de manière à assurer le respect du droit de l'Union alors que la prolongation de la privation de liberté de M. X... est suspendu à l'interprétation de la directive 2008/115 qui concerne le domaine du titre V de la IIIème partie du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne.

Compte tenu de cet élément, le moyen est rejeté.

M. X... n'a pas remis aux services de police un passeport en cours de validité. Il ne peut

en conséquence être assigné à résidence.

Il convient donc de confirmer l'ordonnance du Juge des libertés » ;

Alors que la directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, notamment ses articles 8, 15 et 16, telle qu'interprétée par la Cour de Justice de l'Union Européenne par un arrêt préjudiciel du 28 avril 2011, s'oppose à ce que qu'un Etat membre de l'Union édicte ou maintienne en vigueur une réglementation prévoyant 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 ; qu'en refusant de considérer que la mesure de rétention administrative dont Monsieur X... a fait l'objet était entachée d'irrégularité dès lors que la mesure de garde à vue qui l'a immédiatement précédée, décidée pour le seul motif que ce dernier était en situation de séjour irrégulier, était elle-même entachée d'irrégularité pour être fondée sur les dispositions de l'article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, lesquelles doivent être laissées inappliquées en ce qu'elles prévoient une peine d'emprisonnement pour séjour irrégulier, compte tenu de l'interprétation adoptée par la Cour de Justice de l'Union Européenne, la Cour d'appel a violé les dispositions combinées des articles 8, 15 et 16 de la directive n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Toulouse du 6 mai 2011

**Cour de cassation  
chambre civile 1**

**Audience publique du 5 juillet 2012**

**N° de pourvoi: 11-30530**

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Charruault (président), président**

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, après avis de la chambre criminelle :

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue par le premier président d'une cour d'appel (Versailles, 3 août 2011), et les pièces de la procédure, que M. Ahmida X..., de nationalité marocaine, en situation irrégulière en France, a, le 27 juillet 2011, été interpellé et placé en garde à vue pour séjour irrégulier en France ; que, 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 ; qu'un juge des libertés et de la détention a ordonné sa remise en liberté immédiate ;

Attendu que le procureur général près la cour d'appel de Versailles fait grief à l'ordonnance attaquée de confirmer cette décision, alors, selon le moyen, que l'incrimination prévue à l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sanctionne le fait, pour un étranger, de pénétrer ou de séjourner sur le territoire national sans être muni d'un titre de séjour ou d'un visa en cours de validité, 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 ; que l'incrimination est donc 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 ; 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 ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des articles 15 et 16 de la directive 2008/115, ensemble l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Mais attendu qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêts du 28 avril 2011, El Dridi, C-61/PPU, et du 6 décembre 2011, Achughbabian, C-329/11) que 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 ; qu'en outre, il résulte de l'article 62-2 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, applicable à la date des faits 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 ; qu'il s'ensuit que le ressortissant d'un pays tiers, en séjour irrégulier en France, qui 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 l'autre situation exposée par la jurisprudence européenne précitée, ne peut être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée de ce seul chef ;

Et attendu qu'il ne résulte pas des pièces de la procédure que M. Ahmida X..., qui a été placé en garde à vue pour la seule infraction de séjour irrégulier, ait été préalablement soumis à une mesure coercitive au sens de l'article 8 de cette directive ; que, dès lors, c'est à bon droit que le premier président a retenu que le placement en garde à vue de l'intéressé était irrégulier ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du cinq juillet deux mille douze.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Versailles du 3 août 2011