

Inscrivez-vous à « Gisti-info »

Pour être tenu·e informé·e de l'actualité du droit des étrangers, inscrivez-vous à la liste de diffusion électronique du Gisti.

Vous recevrez ainsi la lettre d'information sur l'activité du site, les communiqués et les pétitions de l'association, les informations sur les campagnes lancées et/ou soutenues par le Gisti, les annonces des nouvelles publications et des sessions de formation. Bien évidemment, le Gisti s'engage à ne pas diffuser votre adresse électronique.

Rendez-vous à la page www.gisti.org/gisti-info

Photocopier ce document, c'est mettre en péril le Gisti

Si vous photocopiez ce document et si vous le diffusez sous forme de copies, sachez que vous contribuez à tarir une des sources d'autofinancement du Gisti et que vous le fragilisez.

Si vous voulez aider le Gisti, abonnez-vous à ses publications et incitez vos proches à s'y abonner.

Si vous voulez soutenir le Gisti, vous pouvez aussi lui faire un don.

Pour plus d'informations > www.gisti.org/aider

Contrôle des étrangers

Ce que change la loi du 31 décembre 2012

Table des matières

Introduction	3
Chapitre 1. Le contrôle d'identité et la vérification de la situation administrative	5
I. Les contrôles d'identité et du droit au séjour	5
A. Les contrôles d'identité autorisés par le CPP	5
B. Le contrôle du séjour : l'évolution de la législation	6
C. Ce que change la loi du 31 décembre 2012	7
II. Les contrôles douaniers	8
Chapitre 2. La retenue pour vérification du droit au séjour	10
I. La nature de la nouvelle retenue	11
A. La genèse	11
B. La nature de la retenue	13
II. Quels recours ?	14
A. Les diverses compétences	14
B. L'alternative	16
III. Les droits et garanties de la personne retenue	17
A. Le début, la durée et la fin de la retenue	18
B. Les droits reconnus à la personne retenue	19
C. La sanction de l'inobservation des prescriptions légales	22
Chapitre 3. Les délits qui subsistent	24
I. Le délit d'entrée irrégulière	24
A. L'entrée irrégulière en France	24
B. L'articulation entre l'entrée irrégulière et le séjour irrégulier	26
II. Le délit de soustraction à une mesure d'éloignement	26
Chapitre 4. Le « délit de solidarité »	29
I. Le contexte	29
II. Les changements mineurs introduits par la nouvelle loi	30
A. Le maintien paradoxal du délit d'aide au séjour irrégulier	30
B. L'extension du champ des immunités pénales	30
Sigles et abréviations	32

Introduction

Dans les mois suivant son arrivée au pouvoir, le gouvernement issu de la nouvelle majorité présidentielle a élaboré dans la précipitation un projet de loi visant les personnes étrangères en situation irrégulière. S'agissait-il de mettre à bas l'arsenal législatif échafaudé ces dernières années – quatre lois en sept ans – pour précariser et stigmatiser toujours davantage les populations étrangères en France ? S'agit-il d'un texte adopté après concertation avec les acteurs sociaux, véritablement débattu par les parlementaires et porteur d'une nouvelle politique migratoire, une politique enfin respectueuse des droits humains les plus fondamentaux des personnes migrantes ?

À l'évidence non. La loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 « relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées », entrée en vigueur le 2 janvier 2013, adoptée après un débat symbolique suivant une procédure législative accélérée, n'est qu'une nouvelle pièce du dispositif de lutte contre l'immigration irrégulière.

Le cœur de la nouvelle loi tient dans la création d'une nouvelle mesure visant les étrangers et les étrangères et expressément destinée à faciliter l'exécution des mesures d'éloignement. Contraint par le droit de l'Union européenne – de manière quasi accidentelle – d'abandonner le détournement de la procédure de garde à vue, le gouvernement a imaginé une nouvelle mesure privative de liberté permettant aux forces de police de garder à disposition pendant seize heures les personnes soupçonnées d'être en séjour irrégulier, le temps de vérifier leur droit au séjour et d'obtenir le cas échéant un ordre de quitter le territoire. Au-delà même du régime de cette nouvelle retenue échappant à tout véritable contrôle juridictionnel et de la question des droits des personnes privées de liberté, la loi reflète l'empressement de nos gouvernants à garantir la pérennité de la machine à expulser les étrangers sans hésiter pour cela à les soumettre à un régime d'exception.

Si la loi abroge au passage le délit de séjour irrégulier, il ne faut pas s'y tromper : le gouvernement œuvre sous la pression d'une Cour de justice

européenne exclusivement soucieuse de l'efficacité de la procédure harmonisée d'éloignement prévue par la « directive retour » : cette « directive de la honte », comme l'avaient dénommée les associations, préconise en somme de ne pas emprisonner un étranger car cela pourrait nuire à l'efficacité des expulsions.

D'ailleurs, pour pallier la suppression du délit de séjour irrégulier, certaines infractions demeurent – comme celle de l'entrée irrégulière sur le territoire – tandis que d'autres voient le jour, comme celle consistant à se soustraire de manière passive à une décision d'éloignement ou d'assignation à résidence.

Les autres dispositions du texte s'inscrivent toutes dans cette même logique sécuritaire et liberticide. Le gouvernement ayant enterré la promesse d'un récépissé lors des contrôles d'identité, la loi se contente sur ce point d'un toilettage *a minima* des dispositions en vigueur, laissant en particulier subsister la possibilité d'effectuer des contrôles du droit au séjour en dehors du cadre des contrôles d'identité fixé par le code de procédure pénale. Ici encore, les étrangers continuent de faire l'objet d'un régime d'exception.

Quant aux dispositions censées « supprimer » le « délit de solidarité », elles se limitent pour l'essentiel à élargir le cercle des personnes protégées contre des poursuites pénales.

« *La question de l'immigration, quand on gouverne, quand on a le sens des responsabilités, exige discernement, réalisme et équilibre [...]. C'est donc un projet de loi équilibré et efficace* » déclarait le ministre de l'intérieur devant l'Assemblée nationale, le 11 décembre 2012. Mais comme l'admet explicitement la circulaire d'application du 18 janvier 2013, la loi du 31 décembre 2012 « *visé principalement à conserver des capacités de lutte contre l'immigration irrégulière* » : le « réalisme » et l'« efficacité » s'accommodent mal d'autres principes.

*

L'analyse critique de la loi menée ici en commun par plusieurs associations montre que les grandes orientations de la politique migratoire n'ont en rien été modifiées avec le changement de majorité : le

droit de vivre sur le territoire de la République, et plus largement dans l'espace européen « de liberté, de sécurité et de justice », reste un privilège accordé à certaines personnes à raison de leur filiation,

de leur lieu de naissance ou de leur richesse. Les autres continuent à faire figure d'indésirables et de délinquants en puissance.

Certains éclairages sur la loi mentionnés dans le texte proviennent de :

- l'étude d'impact (21 septembre 2012) accompagnant le projet de loi ;
- la circulaire du 18 janvier 2013 relative à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi.

On trouvera ces documents et quelques autres dans le dossier sur la genèse de la loi mis en ligne sur le site du Gisti : www.gisti.org/spip.php?pjl2012

Chapitre 1. Le contrôle d'identité et la vérification de la situation administrative

En amont de la « retenue » (voir *infra*, Chapitre 2) interviennent différents types de contrôles, effectués par les autorités de police ou de douane, visant à vérifier la situation d'un étranger ou d'une étrangère au regard du séjour. Les dispositions qui encadrent ces contrôles ont été toilettées par la loi du 31 décembre 2012, notamment pour tenir compte de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne.

I. Les contrôles d'identité et du droit au séjour

Article L. 611-1 du *Ceseda* modifié par l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 2012

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^o) du code de procédure pénale.

À la suite d'un contrôle d'identité effectué en application des articles 78-1, 78-2, 78-2-1 et 78-2-2 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.

Les contrôles des obligations de détention, de port et de présentation des pièces et documents prévus aux deux premiers alinéas du présent I ne peuvent être effectués que si des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé sont de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger.

II – Les contrôles des obligations de détention, de port et de présentation des pièces et documents mentionnés au premier alinéa du I ne peuvent être pratiqués que pour une durée n'excédant pas six heures consécutives dans un même lieu et ne peuvent consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans ce lieu.

A. Les contrôles d'identité autorisés par le CPP

Les contrôles d'identité peuvent être effectués dans différentes hypothèses, énumérées par le

code de procédure pénale (CPP, art. 78-2 et s.), notamment :

- dans le cadre de recherches d'enquêtes judiciaires ou s'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'une personne a commis, s'appête à commettre ou a tenté de commettre une infraction ; ou encore sur réquisitions du parquet aux fins de recherche et de poursuite d'infractions précisées ;

- pour prévenir une atteinte à l'ordre public ;

- 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, [...] en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi » (art. 78-2, al. 4). Ces contrôles seront dénommés « frontaliers » ;

- en Guyane, en Guadeloupe, à Mayotte, à Saint-Martin et à Saint-Barthélemy, des contrôles dérogatoires dans des zones en principe frontalières mais qui couvrent en fait presque toutes les zones accessibles de ces terres d'outre-mer, également « en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi » ;

- au cours d'un contrôle de la conformité de l'activité d'une entreprise avec les dispositions du code du travail (art. 78-2-1) ;

- aux fins de recherche et de poursuite pour d'infractions diverses (vol, recel, trafic de stupéfiants, terrorisme, etc.) (art. 78-2-2).

Si l'intéressé refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, il peut « être retenu sur place ou dans le local de police où il est conduit aux fins de vérification de son identité ». Cette retenue pour vérification d'identité ne doit durer « que pendant le temps strictement exigé par l'établissement de son identité » et « ne peut excéder quatre heures » (huit heures à Mayotte)(art. 78-3).

> **Pour en savoir plus** : on peut se reporter à la *Note pratique* du Gisti, « Contrôles d'identité & interpellations d'étrangers », juin 2012, téléchargeable sur le site du Gisti.

B. Le contrôle du séjour : l'évolution de la législation

Pour comprendre la portée des dernières modifications législatives, il convient de revenir sur la genèse des dispositions relatives au contrôle du séjour et leur articulation avec le dispositif de droit commun relatif aux contrôles d'identité régi par le code de procédure pénale. La question n'est pas nouvelle. Très tôt l'administration s'est demandé comment articuler contrôle d'identité et contrôle du séjour pour se donner la plus grande marge de manœuvre possible aux fins d'interpellation de personnes étrangères sans papiers. L'article L. 611-1 du Cesda a ainsi pour origine deux décrets, datant de 1946, disposant que « *les étrangers doivent être en mesure de présenter à toute réquisition des agents de l'autorité les pièces et documents sous le couvert desquels ils sont autorisés à résider en France* ». La vérification de la situation administrative des personnes étrangères, telle qu'elle était alors prévue par voie réglementaire, a été consacrée par la loi n° 86-1004 du 3 septembre 1986 relative aux contrôles et vérifications d'identité. La loi était muette sur l'articulation juridique entre les deux opérations – contrôle d'identité et contrôle du séjour –, mais pour la première fois, elle mettait en place un traitement différencié entre un « Français » et un « étranger » au motif que ce dernier est soumis à des obligations qui lui sont propres.

La Cour de cassation va avoir à répondre à la question suivante : comment demander directement à une personne de justifier de sa situation administrative alors même que l'on ne connaît pas son identité et donc sa nationalité ? Autrement dit, comment autoriser une procédure de vérification administrative sans avoir satisfait préalablement aux conditions de légalité des contrôles d'identité ? Par deux arrêts du 25 avril 1985, la Cour de cassation donne la marche à suivre : la police peut vérifier la situation administrative sans avoir préalablement procédé à un contrôle d'identité « *lorsque des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé sont de nature à faire apparaître celui-ci comme étranger* » (C. cass, crim., 25 avril 1985, n° 85-91324 et n° 84-92916). Les fameux « signes extérieurs d'extranéité » font ainsi leur apparition dans le paysage juridique français.

La loi Pasqua du 24 août 1993 reprend partiellement ce dispositif pour l'inscrire dans la législation sur l'entrée et le séjour (il s'agit à l'époque de

l'ordonnance du 2 novembre 1945). Le Conseil constitutionnel juge cette disposition conforme à la Constitution sous réserve que la mise en œuvre des vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire s'opère « *en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant [...] toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes* » (C. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, considérant 16). Comme la Cour de cassation, le Conseil condamne tout critère discriminatoire qui fonderait le contrôle du titre sur l'apparence physique ou la tenue vestimentaire. Il n'empêche que la loi conserve son caractère discutable, ne posant elle-même aucune exigence, alors qu'elle porte atteinte à la liberté d'aller et de venir.

Par la suite, s'agissant cette fois des dispositions du code de procédure pénale, un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*) va juger le dispositif de contrôle le long des frontières terrestres de la France métropolitaine (CPP, art. 78-2, al. 4) contraire au droit communautaire. Dès lors que le texte ne contient ni précisions ni limitations de la compétence dévolue aux autorités de police en ce qui concerne notamment l'intensité et la fréquence des contrôles effectués, ces contrôles peuvent, juge-t-elle, revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières françaises internes à l'espace « Schengen ». La disposition du CPP contrevient dès lors à l'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et aux articles 20 et 21 du règlement n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire des frontières pour les personnes (désigné par « code frontières Schengen ») ayant aboli les contrôles aux frontières intérieures de l'espace « Schengen ».

La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (dite « Loppsi2 ») a donc introduit deux limites à ces contrôles frontaliers :

- ils ne peuvent être pratiqués que pour une durée n'excédant pas six heures consécutives dans un même lieu ;

- ils ne peuvent pas consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans ce lieu.

La Cour de cassation va être amenée à statuer à nouveau sur le dispositif de vérification de la situation administrative des personnes étrangères en se référant au droit communautaire, dans la continuité de ses propres arrêts et surtout de celui de la CJUE sur les contrôles frontaliers. Dans une décision du 6 juin 2012, la Cour a jugé les opérations de vérification des conditions de séjour et de circulation

en France, telles qu'elles sont régies par l'article L. 611-1 du Ceseda, contraires au droit de l'Union dès lors que l'article en cause « *confère aux policiers la faculté, sur l'ensemble du territoire national, en dehors de tout contrôle d'identité, de requérir des personnes de nationalité étrangère, indépendamment de leur comportement ou de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, la présentation des documents au titre desquels celles-ci sont autorisées à circuler ou à séjourner en France* ». Le texte français ne prévoyant aucun encadrement des hypothèses de contrôles, il est susceptible de produire « *un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières* » (C. cass, 6 juin 2012, n° 10-25233). En l'espèce, un Somalien avait été contrôlé sur le fondement de l'article L. 611-1 du Ceseda alors qu'il effectuait le trajet Milan-Paris en autocar, l'immatriculation de l'autocar constituant selon la police un élément objectif présumant l'extranéité. Par sa généralité, l'arrêt semble porter un coup de grâce au dispositif propre aux étrangers : plus de vérification du séjour sans avoir procédé préalablement à un contrôle d'identité. La Cour paraît en effet exiger soit des circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, soit un comportement suspect de la personne interpellée. On se rapproche alors clairement des conditions de droit commun posées par le code de procédure pénale.

C. Ce que change la loi du 31 décembre 2012

L'article L. 611-1 du Ceseda devait nécessairement être modifié ou supprimé à la suite cette décision de la cour de cassation du 6 juin 2012. La loi du 31 décembre 2012 étend les conditions encadrant les contrôles frontaliers posées par la loi dite « Loppsi 2 » aux contrôles du séjour directs ou issus d'autres formes de contrôles d'identité et introduit donc deux conditions aux vérifications de la situation administrative d'une personne étrangère :

- en premier lieu, elle reprend les conditions posées par la Cour de cassation dans les arrêts évoqués de 1985 : pour être autorisée à demander des justificatifs de la situation administrative, la police doit disposer d'« *éléments objectifs déduits de circonstances extérieures* » à la personne concernée qui feraient apparaître sa qualité d'étranger ;

- en second lieu, les opérations de vérification de la circulation et du séjour en France ne peuvent durer plus de six heures consécutives dans un même lieu et ne peuvent consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans ce lieu.

Pour autant, la loi n'a pas enterré cet article – certes peu invoqué par la police, si l'on se réfère au

contenu des procès-verbaux rédigés par elle, mais dont la mise en œuvre continuera à poser problème.

- S'agissant de la première condition, il est constant qu'elle n'offre pas de critères clairs à la police. Plusieurs circulaires ont cherché à illustrer ce qu'il fallait comprendre par « *signes extérieurs d'extranéité* » : lire un ouvrage ou un journal écrit en langue étrangère, jouer d'un instrument emprunté au folklore étranger ou encore circuler dans une voiture immatriculée à l'étranger (hors Union européenne). S'il est allégué par la police, le fait de parler une langue étrangère ne saurait être considéré comme un « *signe extérieur d'extranéité* » : il doit être analysé, au même titre que l'apparence physique ou la tenue vestimentaire, comme un critère discriminatoire, donc prohibé. De la même manière, « *le fait d'être né à l'étranger et de ne pas répondre aux questions relatives à sa date de naissance ne constitue pas un élément objectif déduit des circonstances extérieures à la personne, susceptible de présumer la qualité d'étranger* » (Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2012, n° 11-11099). La qualité d'étranger peut également être établie à l'occasion de démarches administratives, à la condition que l'opération ne soit pas déloyale (hypothèse des « *convocations-piège* »).

- S'agissant de la deuxième série de conditions, elle souffre de deux défauts principaux : d'une part, elle se révèle bien légère et peut facilement être contournée (notamment comment prouver dans le cadre d'une procédure individuelle le caractère systématique des contrôles ?) ; d'autre part, elle cadre mal avec les opérations de vérification de la situation administrative, qui sont par nature individuelles (si on veut bien respecter la première condition). Par ailleurs, dès lors que la première condition est remplie, l'opération ne peut pas *a priori* être systématique. Faut-il entendre alors par « *non systématique* », par exemple, l'interdiction de contrôler tous les passagers ou passagères d'un bus immatriculé à l'étranger et l'obligation d'opérer un choix aléatoire ?

Remarque : dans un arrêt non publié, la Cour de cassation a implicitement jugé que l'encadrement légal des contrôles d'identité « *frontaliers* » introduit par la loi dite « Loppsi 2 » pour satisfaire aux exigences du droit européen n'était pas suffisant (Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 11-18294). En l'espèce, pour procéder au contrôle d'une personne se trouvant à la gare de Lyon, il aurait fallu préciser « *les éléments du comportement de [l'intéressé] justifiant le contrôle* ». Autrement dit, la double condition précédente n'exclut pas qu'elle ait un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières, interdites par le droit de l'Union. Pour la Cour, il faut en outre qu'un comportement déterminé de la personne justifie ledit contrôle.

Cette jurisprudence peut aussi être utilement invoquée pour contester les opérations de contrôle de titres fondées sur l'article L. 611-1 du Ceseda : à défaut de préciser des éléments propres à l'intéressé (ou « des circonstances particulières menaçant l'ordre public » si on se réfère aux arrêts de la CJUE), la vérification de la situation administrative de l'étranger sur le fondement de l'article L. 611-1 du Ceseda dans sa version résultant de la loi du 31 décembre 2012 produit un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières intérieures de l'espace « Schengen ».

L'article L. 611-1 aurait pu être supprimé sans priver la police de moyens d'action. La police dispose en effet de moyens suffisamment importants pour contrôler l'identité de toute personne circulant sur la voie publique ou se trouvant dans un endroit public ou ouvert au public.

À tout le moins, il aurait pu être amputé de son premier alinéa qui autorise un contrôle direct spécifique aux personnes de nationalité étrangère et commencer par : « À la suite d'un contrôle d'identité effectué en application des articles 78-1, 78-2, 78-2-1 et 78-2-2 du code de procédure pénale, les personnes de nationalité étrangère peuvent être également tenues de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France ». Une telle réforme aurait infléchi le nombre de contrôles discriminatoires que le nouveau texte continue à encourager.

Toutefois l'extension, imposée par la jurisprudence, des conditions qui avaient été introduites en 2011 pour les seuls contrôles frontaliers à l'ensemble des vérifications du droit au séjour est de nature à freiner certaines pratiques policières abusives.

Ainsi, en outre-mer, les contrôles d'identité visant à vérifier la situation administrative des personnes (CPP, art. 78-2, al. 5 et suivants) sont bien souvent systématiques et parfois permanents. C'est par exemple le cas en Guyane où la seule route menant vers Cayenne est bloquée par deux contrôles policiers permanents, l'un à l'est et l'autre à l'ouest, qui ne laissent passer personne sans contrôle d'identité et donc interdisent la circulation à toutes les personnes sans papiers. Ces pratiques sont donc devenues illégales compte tenu de la nouvelle rédaction de l'article L. 611-1 (exception faite de Mayotte où le Ceseda ne s'applique pas).

Les moyens de recours et de défense contre les contrôles de titres illégaux

Lorsque la vérification du droit au séjour est suivie d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) et d'un placement en centre de rétention administrative (CRA), l'illégalité de l'interpellation

peut être soulevée devant le JLD (juge des libertés et de la détention).

Encore faut-il que celui-ci soit saisi, la loi du 16 juin 2011 ayant retardé le moment de son intervention à cinq jours après la rétention. Car, contrairement à ce que l'on pouvait espérer, la Cour de cassation a jugé qu'il n'était pas possible de saisir le JLD de façon anticipée afin de lui soumettre les illégalités commises. Selon la Cour de cassation : « le juge judiciaire ne peut, sans excéder ses pouvoirs, se prononcer sur le maintien de la rétention administrative, qu'à l'issue du délai de cinq jours prévu par l'article L. 552-1 » du Ceseda (Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 2012, n° 11-30548). Pour sa part, le juge administratif refuse d'examiner les conditions dans lesquelles la situation administrative a été établie (sauf exception, lorsque l'interpellation a des conséquences directes sur la légalité de la décision administrative d'éloignement).

On peut aussi invoquer in limine litis (c'est-à-dire dès le début de l'instance et avant de soulever tout moyen au fond), l'irrégularité du contrôle d'identité et/ou du séjour devant le juge pénal quand ledit contrôle a permis de constater l'infraction. S'il n'est plus possible de poursuivre un étranger ou une étrangère devant le tribunal correctionnel pour le délit simple de séjour irrégulier, d'autres infractions pénales à la législation sur les étrangers subsistent : le délit d'entrée irrégulière, le délit « aggravé » de maintien sur le territoire français ou le refus d'exécuter une mesure d'éloignement (voir chapitre 3). Dans cette perspective, il est important de lire attentivement le procès-verbal décrivant le cadre juridique du contrôle ayant permis d'établir l'irrégularité du séjour.

On peut par exemple faire annuler toute procédure initiée par un contrôle intervenu lors d'une opération dont la durée apparaît imprécise ou durant plus de six heures consécutives ; une interruption de trente minutes entre les plages de six heures ne suffit pas pour que la loi soit respectée et équivaut à un contrôle permanent, (CA, Aix-en-Provence, 1^{er} mai 2011).

II. Les contrôles douaniers

• Article 67-1 du code des douanes créé par l'article 7 de la loi du 31 décembre 2012

• Les agents des douanes sont habilités à relever l'identité des personnes afin de rédiger les procès-verbaux prévus par le présent code.

• 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 en rendre compte à tout officier de police judiciaire de la police nationale ou de la gendarmerie nationale territorialement compétent, qui peut alors leur ordonner sans

délai de lui présenter sur-le-champ le contrevenant 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 au premier alinéa du présent article. Les résultats de cette vérification d'identité sont communiqués sans délai aux agents des douanes.

Article 67 *quater* modifié par l'article 7 de la loi du 31 décembre 2012

À 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 États 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, **par les personnes dont la nationalité étrangère peut être déduite d'éléments objectifs extérieurs à la personne même de l'intéressé**, 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 démarant 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 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.

- [La suite de cet article qui permettait une retenue provisoire par l'agent des douanes d'une personne étrangère en situation irrégulière est supprimée].

La loi du 31 décembre 2012 a modifié également le code des douanes.

Dans sa rédaction précédente, le code des douanes (art. 67 *quater*) autorisait les agents des douanes à procéder à une vérification directe de la situation administrative d'une étrangère ou d'un étranger dans une zone dite « frontalière » – la même que celle où des contrôles d'identité sont prévus par le CPP (art. 78-2, al. 4). S'il était constaté qu'une personne était en situation irrégulière, elle pouvait être retenue pendant une durée d'au plus trois heures et être remise à un officier de police judiciaire; en revanche, les agents des douanes n'étaient pas compétents pour effectuer un contrôle d'identité.

Ce dispositif était incompatible avec la dépénalisation du séjour irrégulier. Le nouvel article 67-1 donne compétence aux agents des douanes pour effectuer des contrôles d'identité « frontaliers » dans les mêmes conditions que celles qui sont prévues par le code de procédure pénale (art. 78-2, al. 4 et art. 78-3). Et l'article 67 *quater* soumet la vérification de la régularité du séjour dans le cadre des contrôles douaniers aux mêmes conditions que celles de l'article L. 611-1 du Ceseda.

Chapitre 2. La retenue pour vérification du droit au séjour

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 2012, si, à l'issue d'un contrôle d'identité, d'un contrôle direct ou d'un contrôle douanier (voir chapitre 1), une personne étrangère n'est pas en mesure de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France, elle peut, en application du nouvel article L. 611-1-1 du Ceseda être conduite dans un local de police ou de gendarmerie et y être retenue par un OPJ (officier de police judiciaire) aux fins de vérification de ce droit pour une durée maximale de seize heures.

Après une analyse de la nature de cette retenue (I) et des recours ouverts (II), on présentera les droits de la personne retenue (III).

Article L. 611-1-1 du Ceseda créé par l'article 2 de la loi du 31 décembre 2012 :

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 ou de gendarmerie et y être retenu par un officier de police judiciaire de la police nationale ou de la gendarmerie nationale aux fins de vérification de son droit de circulation ou de séjour sur le territoire français. Dans ce cas, l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, un agent 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 est informé dès le début de la retenue.

L'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, un agent de police judiciaire informe aussitôt l'étranger, dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend, des motifs de son placement en retenue et de la durée maximale de la mesure ainsi que du fait qu'il bénéficie :

1° Du droit d'être assisté par un interprète ;

2° Du droit d'être assisté par 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. Dès son arrivée, l'avocat peut communiquer pendant trente minutes avec la personne retenue dans des conditions qui garantissent la confidentialité

de l'entretien. L'étranger peut demander que l'avocat assiste à ses auditions. Dans ce cas, la première audition, sauf si elle porte uniquement sur les éléments d'identité, ne peut débuter sans la présence de l'avocat avant l'expiration d'un délai d'une heure suivant l'information adressée à celui-ci. Toutefois, les opérations de vérification ne nécessitant pas la présence de l'étranger peuvent être effectuées dès le début de la retenue. Au cours des auditions, l'avocat peut prendre des notes. À la fin de la retenue, l'avocat peut, à sa demande, consulter le procès-verbal établi en application du treizième alinéa du présent I ainsi que le certificat médical y étant, le cas échéant, annexé et formuler des observations écrites également annexées ;

3° Du droit d'être examiné par un médecin désigné par l'officier de police judiciaire. Le médecin se prononce sur l'aptitude au maintien de la personne en retenue et procède à toutes constatations utiles ;

4° Du droit de prévenir à tout moment sa famille et toute personne de son choix et de prendre tout contact utile afin d'assurer l'information et, le cas échéant, la prise en charge des enfants dont il assure normalement la garde, qu'ils l'aient ou non accompagné lors de son placement en retenue. Si des circonstances particulières l'exigent, l'officier de police judiciaire prévient lui-même la famille et la personne choisie. En tant que de besoin, il informe le procureur de la République aux fins d'instruction dans l'intérêt des enfants ;

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

Lorsque l'étranger ne parle pas le français, il est fait application de l'article L. 111-7.

L'étranger ne peut être retenu que pour le temps strictement exigé par l'examen de son droit de circulation ou de séjour 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 du présent I.

Le procureur de la République peut mettre fin à la retenue à tout moment.

Les mesures de contrainte exercées sur l'étranger sont strictement proportionnées à la nécessité des opérations de vérification et de son maintien à la disposition de l'officier de police judiciaire. L'étranger ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite.

Durant la retenue, lorsque sa participation aux opérations de vérification n'est pas nécessaire, l'étranger ne peut être placé dans une pièce occupée simultanément par une ou plusieurs personnes gardées à vue.

Si l'étranger ne fournit pas d'éléments permettant d'apprécier son droit de circulation ou de 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 l'unique moyen d'établir la situation de cette personne.

L'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, un agent de police judiciaire mentionne, dans un procès-verbal, les motifs qui ont justifié le contrôle, ainsi que la vérification du droit de circulation ou 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 du début et de la fin de la retenue et la durée de celle-ci et, le cas échéant, la prise d'empreintes digitales ou de photographies. Il y annexe le certificat médical établi à l'issue de l'examen éventuellement pratiqué.

Ce procès-verbal est présenté à la signature de l'étranger intéressé. Celui-ci est informé de la possibilité de ne pas signer ledit procès-verbal. S'il 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. Les mentions de chaque procès-verbal concernant l'identité de la personne, le jour et l'heure du début et de la fin de la retenue et la durée de celle-ci figurent également sur un registre spécial, tenu à cet effet dans le local de police ou de gendarmerie.

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 circulation ou 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 à compter de la fin de la retenue, sous le contrôle du procureur de la République.

Les prescriptions énumérées au présent article sont imposées à peine de nullité, sous réserve des dispositions de l'article L. 552-13.

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, le I du présent article s'applique et la durée de la retenue effectuée en application de ce même article 78-3 s'impute sur celle de la retenue pour vérification du droit de séjour.

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 articles 62 et suivants du code de procédure pénale, la durée de la retenue s'impute sur celle de la garde à vue.

I. La nature de la nouvelle retenue

A. La genèse

1. Le dispositif antérieur

Le gouvernement a cru nécessaire de faire adopter les dispositions instituant cette nouvelle « retenue » pour créer un substitut à la mesure de garde à vue, jusqu'alors utilisée de manière abusive mais très efficace pour maintenir l'étranger en situation irrégulière à disposition le temps d'obtenir la décision d'éloignement et éventuellement celle de placement en rétention administrative.

Depuis de nombreuses années, le système était bien rodé : les étrangers et les étrangères interpellées dans la rue dans le cadre d'un contrôle d'identité étaient placées par les OPJ en garde à vue sur le fondement du délit de séjour irrégulier, punissable d'une peine de prison, et ce délai était mis à profit par les services de police ou de gendarmerie pour préparer, en liaison avec les services préfectoraux, la mesure d'éloignement – l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) ou l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière (APRF) et, éventuellement, le placement en rétention administrative ou l'assignation à résidence (presque jamais utilisée). Le parquet abandonnait ensuite les poursuites pour le délit de séjour irrégulier dans la grande majorité des cas.

Ainsi, en 2009, sur 96 109 personnes mises en cause pour infraction aux conditions générales d'entrée et de séjour, 74 050 ont été placées en garde à vue⁽¹⁾. Ces mesures ont débouché sur 30 270 placements en rétention contre 5 306 condamnations (597 pour la seule infraction prévue à l'article L. 621-1 du Ceseda : 197 condamnations à une peine de prison ferme dont 50 prononcées contre des personnes en état de récidive légale).

2. Les arrêts *El Dridi* et *Achughbabian* de la CJUE

Dans des arrêts obtenus de haute lutte par des avocats militants italiens (CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, C-61/11) et français (CJUE, grande chambre, 6 décembre 2011, *Achughbabian c/préfet du Val-de-Marne*, C-329/11), la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 (mentionnée

(1) Source : état 4001 annuel, Direction centrale de la police judiciaire, in Alain Bauer (dir.), *La criminalité en France : rapport de l'Observatoire de la délinquance et des réponses pénales : la criminalité en France 2011*, CNRS éditions – fiche thématique n° 15, tableau 5, p. 538. On constate une augmentation considérable des gardes à vue depuis 2005, concomitante de la mise en œuvre des « objectifs chiffrés sarkoziens » : 53 875 en 2005 ; 65 956 en 2006 ; 77 176 en 2007.

ci-après comme « directive retour ») s'opposait à une législation nationale punissant le séjour irrégulier d'une peine de prison tant que toutes les mesures prévues par la directive en vue de l'exécution de l'éloignement de la personne concernée n'ont pas été prises. Autrement dit, tant que l'échec de la procédure harmonisée d'éloignement n'est pas avéré, aucune peine de prison ne peut être encourue par l'étranger qui doit prioritairement être éloigné.

Rappelons que, dans la logique de cette directive, les « mesures » à prendre pour parvenir à l'éloignement doivent être mises en œuvre de manière proportionnée et graduée, de la moins attentatoire à la liberté (l'octroi d'un délai de départ volontaire) à la plus privative de liberté (la rétention aux fins d'éloignement). La Cour de justice précise que si la rétention a lieu, la durée légale maximale de celle-ci doit être écoulee pour que soit consacré l'échec de l'ultime tentative d'éloignement.

3. Les arrêts de la première chambre civile du 5 juillet 2012

Au vu de ces décisions européennes, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé, dans un avis du 5 juin 2012, qu'une personne ressortissante d'un État tiers en situation irrégulière mise en cause « *pour le seul délit prévu par l'article L. 621-1* » (séjour irrégulier) ne peut plus être placée « *en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée de ce seul chef* » depuis l'entrée en application de la « directive retour ». En effet, d'après l'article 62-2 du code de procédure pénale, la garde à vue ne peut être mise en œuvre qu'à l'endroit d'une personne soupçonnée d'avoir « *commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'emprisonnement* » (Cass. crim., avis, 5 juin 2012, n° 9002). La peine de prison pour séjour irrégulier (comme mesure de première intention) étant déclarée contraire au droit de l'Union, une garde à vue était devenue impossible sur le fondement du séjour irrégulier.

Un mois plus tard, la première chambre civile confirmait, par trois arrêts rendus le même jour (Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 2012, n° 11-30.371, n° 11-19.250, n° 11-30.530), avec certaines ambiguïtés textuelles (caractère alternatif et non cumulatif des mesures coercitives à employer avant de pouvoir punir l'étranger d'une peine de prison) que la « directive retour » « *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 préalable-*

ment 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 ». Pour confirmer que la garde à vue est devenue *ipso facto* inutilisable, la première chambre civile rappelle qu'elle doit obéir « *à l'un des objectifs nécessaires à la conduite de la procédure pénale* ».

4. L'économie de la nouvelle loi

La loi du 30 décembre 2012 procède donc à la dépenalisation (très relative : voir chapitre 3) du séjour irrégulier et condamne ainsi, implicitement mais nécessairement, le recours à la garde à vue pour maintenir l'étranger ou l'étrangère à disposition le temps nécessaire à l'obtention de la décision administrative d'éloignement.

La procédure de vérification d'identité qui permet de retenir une personne contre son gré pendant quatre heures (CPP, art. 78-3, voir p. 5) aurait pu constituer le cadre juridique se substituant à la garde à vue. Pourtant, une nouvelle procédure de retenue « *aux fins de vérifications du droit à la circulation et au séjour* » spécifique aux personnes étrangères a été jugée nécessaire par le gouvernement, suivi par le législateur.

La mise en œuvre de cette retenue n'est pas sans poser des difficultés notamment parce que la loi ne la qualifie pas explicitement, sans doute pour esquiver des questions relatives à sa nature et à l'étendue du contrôle juridictionnel qui lui est associé. Pourtant, la nature – administrative ou judiciaire – de cette retenue n'est pas une simple bataille de clochers entre juridictions : cette caractéristique, qui permet de déduire l'ordre de juridiction compétent, est essentielle en cas de contestation. Il faut donc s'interroger sur la nature de la retenue, qui détermine l'autorité susceptible d'en assurer le contrôle.

Remarque : pendant la période transitoire, entre les arrêts du 5 juillet 2012 et l'entrée en vigueur du nouveau dispositif de retenue le 2 janvier 2013, les OPJ ont, sur instruction de la chancellerie et du ministère de l'intérieur, eu recours aux procédures de vérification d'identité et d'audition libre – voire au cumul des deux – souvent de manière abusive ou illégale. Pour légitimer l'instauration de la retenue, l'étude d'impact du projet de la loi du 31 décembre 2012 reconnaît d'ailleurs que ces procédures étaient inappropriées.

B. La nature de la retenue

1. Les caractéristiques de la retenue

La retenue est destinée à vérifier le droit de circuler ou de séjourner en France d'une personne étrangère qui n'a pas été en mesure d'en justifier à l'occasion d'un contrôle. Sa durée est limitée au temps « *strictement exigé par l'examen de son droit de circulation ou de séjour et, le cas échéant, le prononcé et la notification des décisions administratives applicables* ». Il s'agit bien entendu des décisions d'éloignement elles-mêmes et, le cas échéant, des décisions « accessoires » prises en vue de son exécution (délai de départ volontaire, assignation à résidence, placement en rétention...). La retenue est donc destinée non seulement à vérifier la situation administrative au regard du droit au séjour, mais également à engager une procédure administrative d'éloignement lorsque cette vérification aura révélé la situation irrégulière et ce, sans qu'il y ait la moindre interruption entre la retenue et le placement en rétention.

Quoi qu'ainsi destinée à vérifier une situation administrative et à assurer l'exécution des décisions que cette situation justifie, ce qui semble bien en faire une mesure administrative, la retenue se déroule selon des modalités qui l'apparentent fortement à une mesure de nature judiciaire. En effet :

– la retenue est notifiée par un officier de police judiciaire, exécutée dans des locaux de police judiciaire (mais « *l'étranger ne peut être placé dans une pièce occupée simultanément par une ou plusieurs personnes gardées à vue* »);

– le « *procureur de la République est informé dès le début de la retenue* » et peut y mettre fin à tout moment;

– l'exécution de la mesure est accompagnée de garanties assez semblables à celles qui assortissent la garde à vue, qui est bien, elle, de nature judiciaire (voir III).

2. Le silence du texte

La loi ne qualifie pas expressément la nature de la mesure qu'elle institue, pas plus que ne le fait l'étude d'impact qui accompagnait le projet de loi, même si cette dernière reconnaissait expressément qu'il était procédé à une dépenalisation de la procédure préalable à la rétention : « *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 ».

Plusieurs indices tendent pourtant à confirmer que le gouvernement avait bien conscience d'instaurer une mesure de nature administrative :

– répondant à une question écrite du sénateur Jean-Pierre Sueur, la ministre de la justice qualifie explicitement cette nouvelle mesure privative de liberté de « retenue administrative », (*JO Sénat*, 6 déc. 2012, p. 2839);

– dans des instructions diffusées le 12 février 2012 à l'ensemble des magistrats, le ministère de la justice indiquait que « *la mesure de retenue étant une mesure administrative* », les frais d'interprètes et de médecins auxquels elle donnera lieu ne devraient plus relever des frais de justice. Même si ce ministère a ensuite été désavoué par un arbitrage contraire du Premier ministre laissant ces frais à la charge de son budget, il n'en demeure pas moins que son analyse juridique reste en faveur de la nature administrative de la mesure.

3. La nature de la retenue au regard du critère de finalité

Au regard des objectifs qu'elle poursuit la retenue ne peut, à l'évidence, être qualifiée d'acte de police judiciaire. Les actes de police judiciaire sont en effet ceux qui concourent à la recherche et à la poursuite des auteurs d'infractions pénales devant les tribunaux répressifs. Compte tenu de la dépenalisation du séjour irrégulier, tel ne peut plus être l'objectif poursuivi par la retenue aux fins de vérification du droit au séjour. Au demeurant le texte indique bien que cette retenue dure le temps nécessaire « *au prononcé et à la notification des décisions administratives applicables* », ce qui en corrobore la finalité administrative.

Inversement, ni les garanties – proches de celles qui assortissent la garde à vue – prévues au bénéfice des personnes retenues, ni le fait de confier le contrôle de la mesure au parquet ne permettent de conclure au caractère pénal – et par conséquent judiciaire – de la procédure. Ce régime de garanties tient aux privations de liberté résultant de la mise en œuvre de la mesure. Les autres formes de détention administrative sont d'ailleurs entourées de garanties sensiblement identiques sans que cela affecte leur nature : maintien en zone d'attente (Ceseda, art. L. 221-3 et L. 221-4) et placement en rétention administrative (Ceseda, art. L. 551-2).

Ainsi peut-on conclure que la retenue est par nature administrative, au moins au regard de sa finalité et ce, sans que ses modalités paraissent permettre d'invalider cette qualification.

II. Quels recours ?

A. Les diverses compétences

1. Le principe du double recours

La double compétence de la juridiction judiciaire et de la juridiction administrative pour contrôler ce type de décisions – administratives par nature mais dont la mise en œuvre est privative ou restrictive de liberté – a été consacrée de longue date : compétence du juge administratif pour le contrôle de légalité de la mesure et compétence du juge judiciaire, imposée par l'article 66 de la Constitution, pour les atteintes à la liberté individuelle que la mise en œuvre de cette mesure entraîne.

La compétence exclusive du juge administratif pour exercer le contrôle de légalité a été imposée au législateur par le Conseil constitutionnel lorsque la loi du 2 août 1989 dite « Joxe » avait voulu confier au juge judiciaire le contrôle des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (APRF). En vertu d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé en 1987 par le Conseil constitutionnel, relève de la seule compétence de la juridiction administrative le contrôle de légalité des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif. C'est le cas des « *recours tendant à l'annulation des décisions administratives relatives à l'entrée et au séjour en France des étrangers* » (Cons. const., déc., 28 juillet 1989, n° 89-261 DC, considérant 22), le Conseil ajoutant « *que la compétence ainsi reconnue à l'autorité judiciaire pour contrôler une mesure de surveillance qui met en cause la liberté individuelle, s'exerce indépendamment du contrôle de la légalité des décisions administratives de refus d'accès au territoire national, de reconduite à la frontière ou d'expulsion* » (considérant 25).

Les seules exceptions au principe de compétence des juridictions administratives pour contrôler la légalité des actes administratifs sont les « *matières réservées par nature à l'autorité judiciaire* » (incluant, donc, le contrôle exercé par le juge judiciaire sur le fondement de l'article 66 de la Constitution) et les dérogations liées à l'intérêt d'une bonne administration de la justice justifiant la création d'un bloc de compétence judiciaire.

S'agissant du contentieux de la reconduite, le Conseil constitutionnel n'a pas admis en 1989 une telle dérogation fondée sur la nécessité d'établir un bloc de compétence pour une bonne administration de la justice. Et, dans les travaux préparatoires de la loi du 31 décembre 2012, rien n'indique que le législateur ait eu l'intention de créer un tel bloc de

compétence. Au contraire, l'étude d'impact a insisté sur le caractère administratif de la procédure : « *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. [...] Une telle mesure comporte une possibilité de recours à une contrainte proportionnée consistant 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* » (étude d'impact, 1.2.2).

Il paraît donc acquis que le contrôle de la retenue relève de la double compétence du juge administratif (au titre du monopole du contrôle de légalité des actes administratifs pris par l'exécutif) et du juge judiciaire (au titre du monopole du contrôle des atteintes à la liberté individuelle).

2. Le contrôle du juge administratif

Compte tenu de la répartition constitutionnelle des compétences préalablement décrite, le juge administratif ne peut contrôler que la légalité interne et externe de la décision de placement en retenue pour vérification du droit au séjour. Sa compétence s'arrête là où débute celle du juge judiciaire. Elle ne s'étend en effet :

– ni, en amont, sur les événements procéduraux qui ont conduit la personne en retenue : conditions d'interpellation, légalité du contrôle d'identité, etc. (voir l'arrêt de principe, CE, 23 février 1990, *Sioui*, n° 92973, RFDA 1990. 525, concl. R. Abraham) ;

– ni, en aval, sur les modalités du déroulement de la retenue, notamment le respect des garanties offertes par la loi : assistance d'un-e avocat-e, examen médical, interprète, etc.

Dans ces conditions, le champ du contrôle que pourrait exercer le juge administratif apparaît comme particulièrement restreint.

Lorsque la personne étrangère a fait l'objet d'une OQTF, un même recours en annulation peut être dirigé contre les décisions liées à cette OQTF et, notamment, contre une éventuelle décision de placement en rétention ou d'assignation à résidence (Ceseda, art. L. 512-1) ; mais la loi n'offre pas la même faculté dans le cas d'une décision de retenue. Sauf extension prétorienne – bien improbable – de compétence du juge de la reconduite, c'est donc dans le cadre des procédures administratives de droit commun que le tribunal administratif pourra être saisi de la légalité du placement en retenue par le biais d'un recours en excès de pouvoir, complété le cas échéant par un référé-suspension

à l'encontre de la décision de placement. Toutefois l'intérêt pratique en terme de défense des étrangers est quasi-nul puisque, au moment où le juge administratif se prononcera sur la légalité de la décision de placement, la retenue aura depuis longtemps cessé de produire des effets. En cas de préjudice subi par la personne placée en retenue, il sera toutefois possible de demander à l'administration la réparation des éventuelles illégalités commises et d'obtenir une indemnisation dans le cadre d'une requête indemnitaire.

En cas d'urgence particulière et d'atteinte à une liberté fondamentale (liberté individuelle, prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants, droit d'asile, etc.), il est aussi possible de déposer une requête en référé-liberté sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Mais là encore l'intérêt est faible puisque la retenue aura certainement pris fin lorsque le juge administratif des référés, qui doit se prononcer dans les quarante-huit heures, aura statué.

En conclusion, si l'on admet que le juge administratif pourrait être en théorie saisi d'un recours contre une décision de placement en retenue et dans l'hypothèse où il accepterait de se reconnaître compétent, son contrôle serait en pratique très restreint et inefficace.

Mais, dans la mesure où l'on est en présence d'une privation de liberté, il est également possible de se tourner vers l'autorité constitutionnellement habilitée à garantir la liberté individuelle : le juge judiciaire.

3. Le contrôle de l'autorité judiciaire

La lecture de la loi et, surtout, de l'étude d'impact qui accompagnait le projet de loi (p. 26 à 28) montre qu'en confiant le contrôle de la retenue au procureur de la République, le gouvernement a considéré celui-ci comme faisant partie intégrante de l'autorité judiciaire, conformément à la conception admise par le Conseil constitutionnel. Tel est le sens des dispositions imposant qu'il soit informé dès le début de la mesure et prévoyant qu'il peut y mettre fin à tout moment (par exemple au vu des informations que porterait à sa connaissance l'avocat ou l'avocate qui constaterait une irrégularité manifeste au cours de la retenue).

Pour autant, ce contrôle censé s'exercer en temps réel n'est manifestement pas exclusif, dans l'esprit des promoteurs de la réforme, de celui, en quelque sorte subsidiaire, qu'exercera le JLD *a posteriori* dans l'hypothèse où la retenue sera suivie d'une mesure de rétention dont il sera chargé d'autoriser la prolongation. L'étude d'impact précise en

effet (p. 28) : « À 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 ». On en déduit que celui ou celle qui aurait fait l'objet d'une retenue irrégulière sans que le procureur de la République intervienne bénéficierait finalement d'une sorte de « session de rattrapage » devant le JLD, à condition que celui-ci soit saisi dans le cadre d'une rétention faisant suite à la retenue. Il s'avère pourtant qu'en dépit de ce recours « à double détente » ni le contrôle exercé par le JLD ni le contrôle exercé par le procureur de la République ne peuvent être considérés comme satisfaisants.

4. Les insuffisances du contrôle de l'autorité judiciaire

Le contrôle confié au JLD est doublement insuffisant :

- parce qu'il n'intervient que dans l'hypothèse où la retenue est suivie d'une rétention, ce qui n'est pas nécessairement le cas – surtout si l'on veut bien se rappeler que l'administration doit faire un usage mesuré et gradué des mesures de coercition nécessaires à la mise en œuvre de l'éloignement, ce qui devrait normalement la dissuader de recourir à la rétention, mesure la plus coercitive, dans la majorité des cas ;

- parce qu'il n'intervient qu'après cinq jours de rétention, ce qui prive de son contrôle la proportion non négligeable des étrangers qui sont éloignés avant le cinquième jour (selon la Cimade, plus d'un quart en métropole et près de 100 % dans les départements d'outre-mer qui concentrent la moitié des éloignements forcés).

Le contrôle confié au procureur de la République est en réalité ineffectif pour deux raisons :

- en fait, parce que la simple information qui lui est donnée au début de la mesure de retenue ne lui permet pas de vérifier *in concreto* les conditions de son déclenchement et encore moins les modalités de sa mise en œuvre dans la durée : la réception d'une télécopie l'informant que X a été placé en retenue à telle heure après avoir été interpellé à tel endroit n'est évidemment pas de nature à permettre

un contrôle sérieux de l'usage qui sera fait de cette mesure privative de liberté ;

– en droit, parce que le procureur de la République n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH).

C'est ce que la Cour de Strasbourg a jugé à deux reprises ; elle a d'abord rappelé que le contrôle des mesures attentatoires aux libertés ne peut être effectif que s'il est confié à une instance indépendante du gouvernement (Cour EDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/France*, n° 3394/03) ; puis, elle a considéré que le ministère public français n'est pas composé de « magistrats » au sens des dispositions conventionnelles qui encadrent les privations de liberté et que « *du fait de leur statut ainsi rappelé, les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de "magistrat" au sens de l'article 5 § 3* » (Cour EDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/France*, n° 37104/06 – point 57).

La Cour de cassation en a d'ailleurs tiré les conséquences en reconnaissant elle-même que « *c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte* » (Cass. crim., 15 décembre 2010, n° 10-8374).

Remarque : *il n'est pas exclu que la position de la Cour de Strasbourg et de la Cour de cassation soit amenée à évoluer en ce qui concerne le statut du parquet dans l'hypothèse où la réforme constitutionnelle dont le projet a été adopté par le conseil des ministres du 13 mars 2013 aboutirait. Les magistrats du parquet seraient en effet nommés, comme leurs collègues du siège, sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature, ce qui est de nature à améliorer leur indépendance à l'égard du pouvoir exécutif.*

B. L'alternative

1. Un juge judiciaire spécifique

Si on admet que le double contrôle « procureur de la République + JLD en rétention » institué par la loi est en réalité inefficace en raison, tout à la fois, du statut du parquet et des modalités selon lesquelles ces contrôles s'exercent, alors il faut considérer que les exigences de l'article 66 de la Constitution ne pourront être satisfaites que s'il

est mis en œuvre un contrôle du juge judiciaire (et non du procureur de la République) qui doit être spécifique à la retenue (et non plus accessoire à la rétention comme l'est celui du JLD dans le dispositif décrit par l'étude d'impact du projet de loi).

On pense *a priori* à un contrôle par un JLD qui serait ouvert, à l'initiative de la personne concernée, dès la notification de la retenue. Mais l'article L.213-8 du code de l'organisation judiciaire dispose que les compétences du JLD en matière non répressive (c'est bien le cas du contrôle de la retenue) sont fixées par des lois particulières ; or la loi du 31 décembre 2012 n'a pas confié ce contrôle au JLD. Il faudrait donc se tourner vers le juge judiciaire de droit commun susceptible d'intervenir en urgence : c'est la compétence du président du TGI statuant en référé. Il est en effet toujours compétent, « *même en présence d'une contestation sérieuse, [pour] prescrire en référé les mesures de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite* » (code de procédure civile, art. 809) et « *les pouvoirs du président du tribunal de grande instance prévus aux deux articles précédents s'étendent à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé* » (code de procédure civile, art. 810).

2. Les difficultés

Cette option procédurale ne va pas vraiment de soi et se heurte à deux types de difficultés :

– difficultés d'ordre pratique, tenant au fait que la durée extrêmement réduite de la retenue (seize heures au maximum) ne laisse que très peu de possibilités d'organiser, matériellement, la saisine du juge des référés, puisque la procédure civile suppose qu'un huissier de justice délivre au préfet une assignation à comparaître devant le TGI. Certes le requérant ou la requérante pourrait être autorisée, par ordonnance sur requête, à procéder à cette assignation de la préfecture d'heure à heure ; mais l'ensemble des opérations à réaliser dans ce bref délai rend assez improbable la perspective d'une décision de remise en liberté qui serait rendue avant la fin de la retenue. La procédure pourrait néanmoins se révéler efficace dans l'hypothèse où, l'étranger ayant été placé en rétention à la suite de la retenue, la décision du juge judiciaire interviendrait avant l'écoulement du délai de cinq jours à l'issue duquel le JLD doit être saisi par l'administration ;

– difficultés de principe tenant au fait que, en dépit des arrêts de la Cour de Strasbourg et de la Cour de cassation, le procureur de la République reste une autorité judiciaire dans la culture constitutionnelle française, bien que cela ne soit pas le cas « *au sens de l'article 5.3 de la CEDH* » ; c'est au demeurant la raison pour laquelle, en dépit de

ces jurisprudences, le contrôle qu'il exerce sur les mesures de garde à vue – dans les mêmes conditions que celui qu'il exerce dorénavant sur la retenue – n'a pas été remis en cause jusqu'à présent.

3. Synthèse

Finalement, une étrangère ou un étranger placé en retenue dispose théoriquement de différentes options pour demander l'annulation de cette mesure, que ce soit devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire ; mais, en pratique, comme nous l'avons vu, le juge risque souvent d'intervenir tardivement, alors que la mesure a cessé de s'appliquer.

Deux situations peuvent se présenter à l'issue de la retenue :

- la personne étrangère a justifié de la régularité de sa situation et est libérée. Elle pourra éventuellement demander réparation du préjudice subi du fait du caractère illégal de la retenue devant le juge administratif ;

- elle n'a pas pu démontrer qu'elle était en situation régulière, elle fait l'objet d'une OQTF sans délai avec placement en rétention ou une assignation à résidence. Dans ce cas, elle dispose de quarante-huit heures pour introduire un recours contre l'ensemble des décisions administratives prises à son encontre : placement en rétention ou assignation à résidence, OQTF, non-octroi d'un délai, fixation du pays de destination, IRTF éventuellement. Ce recours doit être jugé dans les soixante-douze heures par une ou un juge (administratif) statuant seul suivant la procédure prévue à l'article L. 512-1, III du Ceseda.

Le JLD, lui, ne sera saisi par l'administration qu'au bout de cinq jours en rétention (Ceseda, art. L. 552-1). Par conséquent, le juge administratif sera le premier juge que l'étranger ou l'étrangère verra à l'issue des opérations de contrôle d'identité, contrôle de sa situation administrative au regard du séjour, placement en retenue, OQTF, placement en rétention ou assignation à résidence. Ce sera même souvent (et dans l'esprit du législateur de 2011 ce devrait être la règle) le seul juge qu'il ou elle verra avant d'être effectivement reconduit vers son pays d'origine.

Dans ces conditions, le seul moment où la personne retenue pourra faire valoir l'irrégularité qui a pu entacher les opérations de contrôle – qui ont conduit à révéler sa situation d'étranger en situation irrégulière et permettent son éloignement – est celui de sa comparution devant le juge administratif, sauf si elle a pris l'initiative de saisir elle-même le président du tribunal de grande instance comme juge judiciaire de droit commun et ce, au cours de la retenue ou des cinq premiers jours de la rétention. Cette comparution devant le juge administratif

a cependant une portée pratique limitée. D'une part, la majorité des mesures d'éloignement n'est pas assortie d'un recours suspensif de leur exécution (mesures prononcées dans les départements ultramarins, arrêtés de réadmission « Schengen » ou « Dublin », mesures anciennes dont le délai de recours a expiré, etc.). D'autre part, le recours contre un arrêté de placement en rétention n'est pas davantage suspensif. De sorte que l'éloignement intervient bien souvent avant qu'un juge administratif ait pu se prononcer.

En outre, pour que la juridiction administrative se reconnaisse compétente pour apprécier la légalité de ces opérations successives, encore faut-il qu'elle abandonne la jurisprudence *Sioui* déjà ancienne (voir *supra*, A.2), selon laquelle les moyens tirés de l'illégalité du contrôle d'identité et de la rétention administrative seraient inopérants à l'encontre de la décision d'éloignement.

Sous cette condition, on pourrait concevoir que le juge administratif accepte de censurer les décisions relatives à l'éloignement fondées sur l'irrégularité du séjour dont la puissance publique n'a acquis connaissance qu'au prix d'une illégalité dans l'exercice de ses prérogatives⁽²⁾. Ce revirement jurisprudentiel serait, en l'état du droit, une autre solution pour éviter l'éloignement à l'issue d'un enchaînement d'actes entachés d'illégalité dès le début (par exemple contrôle d'identité irrégulier).

III. Les droits et garanties de la personne retenue

Comme le texte le rappelle à plusieurs reprises, la mesure de retenue a pour seul objet de vérifier le « *droit de circulation ou de séjour sur le territoire français* ». Sa durée ne peut donc dépasser « *le temps strictement exigé* » par cette vérification « *et, le cas échéant, le prononcé et la notification des décisions administratives applicables* ».

Le nouvel article L. 611-1-1 du Ceseda énumère par ailleurs les droits et garanties accordés à la personne retenue et précise les mesures de contrainte dont elle peut – ou non – faire l'objet. Les prescriptions énumérées dans cet article sont imposées à peine de nullité, « *sous réserve des dispositions de l'article L. 552-13* » du Ceseda.

(2) Voir l'article très argumenté de Benjamin Rottier, « Irrégularité du contrôle d'identité et APRF : point de vue sur la connaissance illégalement acquise », *AJDA* 2010, p. 241 à 247.

A. Le début, la durée et la fin de la retenue

1. Début de la retenue

La retenue d'une personne étrangère ne peut intervenir qu'à la suite d'un contrôle de sa situation administrative (voir Chapitre 1) :

- par un officier de police judiciaire (OPJ) ou un agent placé sous sa responsabilité, en application de l'article L. 611-1 du Ceseda et des articles 78-1, 78-2, 78-2-1 et 78-2-2 du code de procédure pénale ;

- par un agent des douanes lors d'un contrôle douanier (code des douanes, art. 67 *quater*).

Si cette personne ne peut pas justifier de son droit au séjour, elle peut être conduite « *dans un local de police ou de gendarmerie* ». Elle ne peut être placée dans une pièce occupée simultanément par une ou plusieurs personnes gardées à vue.

Seul un OPJ peut décider de placer une personne en retenue (comme c'est le cas en matière de vérification d'identité ou de garde à vue) alors qu'un agent de police judiciaire (APJ) placé sous le contrôle de l'OPJ peut procéder aux opérations de vérification du droit de circulation et de séjour et mettre en mesure l'étranger de fournir les pièces et documents requis (voir chapitre 1, I-A).

2. Durée de la retenue

La durée de la retenue ne peut en aucun cas excéder seize heures. La mesure prend fin au plus tard avec « *la notification des décisions administratives* ». Les heures de début et de fin de retenue sont consignées dans le procès-verbal de fin de retenue.

Dans l'hypothèse où l'étrangère ou l'étranger, retenu pour une vérification d'identité sur le fondement de l'article 78-3 du code de procédure pénale (voir p. 5), n'est pas en mesure de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France, elle ou il peut faire l'objet de la nouvelle mesure de retenue mais la durée de la retenue effectuée dans le cadre de la vérification d'identité s'imputera sur celle de la retenue pour vérification du droit au séjour (art. L. 611-1-1, II).

Remarque : *les questions de la durée de la vérification d'identité et de la garde à vue au regard de leurs objectifs respectifs sont régulièrement débattues devant les JLD. Les juridictions apprécient de façon parfois très stricte le caractère nécessaire et la durée des diligences réalisées pendant ce type de période limitative de liberté.*

Conformément à cette tendance, il faudra à l'endroit de la nouvelle retenue identifier les « temps morts » de la mesure, les manœuvres dilatoires, les notifications tardives des décisions administratives.

L'exigence de célérité sera renforcée lorsque la question du droit de circuler ou de séjourner en France ne pose aucune difficulté.

3. Fin de la retenue

À la différence de la garde à vue, la retenue n'a pas à être levée par le parquet car l'OPJ est compétent pour y mettre un terme. Le procureur, qui est avisé de la retenue « *dès le début de celle-ci* », peut néanmoins mettre fin à la retenue à tout moment, donc pour des raisons d'opportunité.

Dès que l'étranger ou l'étrangère a pu justifier de son droit de circuler et de séjourner en France ou que l'administration a confirmé la régularité de sa situation, elle doit être immédiatement remise en liberté.

En pratique, la durée et la fin de la retenue dépendent de l'autorité préfectorale : concrètement, l'OPJ transmet à la préfecture les procès-verbaux d'audition et de vérification, ainsi que les pièces et documents remis par la personne étrangère. L'autorité administrative décide alors de la conduite à tenir.

a) S'il est établi que l'étranger ou l'étrangère est en situation irrégulière sur le territoire français, la préfecture peut décider :

- la remise en liberté en renonçant à prononcer une OQTF ;

- le prononcé d'une mesure administrative, laquelle prendra la plupart du temps la forme d'une OQTF, accompagnée ou non d'une décision de placement en centre de rétention administrative ou d'une mesure d'assignation à résidence.

La notification de ces mesures s'effectuera concomitamment à la levée de la retenue.

b) À partir du moment où l'administration a examiné le droit de circulation et de séjour, pris sa décision et est en mesure de la notifier, la retenue cesse d'être justifiée. Le texte rappelle en effet que la retenue ne peut durer plus longtemps que le « *temps strictement exigé* » par l'examen de la situation de la personne et la notification des décisions administratives applicables.

En l'absence de décision préfectorale, l'OPJ devra en tout état de cause lever la mesure une fois le délai de seize heures expiré.

c) Si, au cours de la retenue, il apparaît des raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis ou tenté de commettre un délit passible d'une peine d'emprisonnement, l'OPJ peut décider de la placer en garde à vue (art. L. 611-1-1, III). La durée de la retenue s'imputera sur celle de la garde à vue.

d) Enfin, dès l'instant où les vérifications font apparaître que la personne retenue est mineure et qu'elle n'est donc pas soumise à l'obligation de justifier de la régularité de son séjour, il appartient à l'OPJ de mettre immédiatement fin à la mesure de retenue.

B. Les droits reconnus à la personne retenue

1. Information sur la mesure de retenue et notification des droits

Dès le début de sa retenue, l'étrangère ou l'étranger doit être « aussitôt » informé, par un OPJ ou par un APJ agissant sous son contrôle :

- des motifs de son placement en retenue ;
- de la durée maximale de celle-ci ;
- de tous les droits, énoncés ci-dessous, dont il bénéficie durant la retenue.

Cette information doit lui être donnée « *dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend* ». Cette dernière expression, bien qu'elle fasse partie désormais de la terminologie officielle, issue notamment de la « directive retour », peut évidemment être source de malentendus. Une notification immédiate de ses droits dans une langue qu'il ne comprend qu'approximativement (par exemple le français pour un Algérien ou l'anglais pour un Indien) serait irrégulière.

2. Droit d'être assisté par un·e interprète

Ce droit n'est assorti d'aucune restriction.

Le texte précise que, « *lorsque l'étranger ne parle pas le français, il est fait application de l'article L. 111-7* ». Cet article du Ceseda prévoit que, dans ce cas, « *il indique au début de la procédure une langue qu'il comprend. Il indique également s'il sait lire. Ces informations sont mentionnées sur la décision de non-admission, de maintien ou de placement. Ces mentions font foi sauf preuve contraire. La langue que l'étranger a déclaré comprendre est utilisée jusqu'à la fin de la procédure. Si l'étranger refuse d'indiquer une langue qu'il comprend, la langue utilisée est le français* ».

Ce renvoi à l'article L.111-7 du Ceseda ne devrait pas être interprété comme restreignant le droit à l'assistance d'un interprète, posé comme inconditionnel, par exemple pour la personne qui, bien que parlant le français, souhaiterait être assistée d'un interprète dans sa langue natale pendant toute la durée de la retenue.

Ce droit à être assisté d'un interprète peut être exercé à chaque étape de la procédure de retenue : pendant les auditions, mais aussi lors de ses contacts avec « toutes personnes » et lors de la signature des différents actes de procédure.

Remarque : *le recours à l'interprétariat téléphonique ne peut intervenir que dans le cadre strict de l'article L. 111-8, 2° du Ceseda qui dispose : « En cas de nécessité, l'assistance de l'interprète peut se faire par l'intermédiaire de moyens de télécommunication. Dans une telle hypothèse, il ne peut être fait appel qu'à un interprète inscrit sur l'une des listes prévues à l'alinéa suivant ou à un organisme d'interprétariat et de traduction agréé par l'administration. »*

3. Droit d'être assisté par un avocat ou une avocate

Le texte prévoit pour l'étrangère ou l'étranger retenu le droit d'être assisté « *par un avocat désigné par lui ou commis d'office par le bâtonnier, qui est informé de cette demande par tous moyens et sans délai* ». Il n'est pas précisé, comme en matière de garde à vue (CPP, art. 63-3, 2°), que le conseil peut être désigné par une autre personne prévenue par l'intéressé·e de son interpellation.

Dès son arrivée, le conseil peut s'entretenir avec son client ou sa cliente pendant trente minutes, dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien.

La personne retenue peut également demander que l'avocat·e assiste à ses auditions. Dans ce cas, la première audition ne peut pas, en principe, débiter sans la présence de l'avocat·e. Mais deux restrictions sont apportées à ce principe :

- d'une part, le texte réserve l'hypothèse où cette première audition ne porte que sur des éléments d'identité ;

- d'autre part, l'audition peut commencer en l'absence de l'avocat ou de l'avocate, une fois expiré le délai d'une heure suivant l'information qui lui a été adressée (contre deux heures dans le cas d'une garde à vue : CPP, art. 63-4-2, 1°). Et si l'audition a commencé sans l'avocat·e, il n'est pas prévu que la personne retenue puisse en obtenir l'interruption pour s'entretenir trente minutes avec son conseil, comme cela est prévu dans le cas de la garde à vue (CPP, art. 63-4-2, 2°).

Par ailleurs, les opérations de vérification ne nécessitant pas la présence de la personne concernée peuvent être effectuées dès le début de la retenue.

Au cours des auditions, l'avocat·e peut prendre des notes. Son droit de poser des questions pendant l'audition n'est pas expressément prévu alors qu'en

matière de garde à vue « à l'issue de chaque audition ou confrontation à laquelle il assiste, l'avocat peut poser des questions. L'officier ou l'agent de police judiciaire ne peut s'opposer aux questions que si celles-ci sont de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête » (CPP, art. 63-4-3, al. 2). Cependant, il n'est pas non plus prévu que « l'audition ou la confrontation est menée sous la direction de l'officier ou de l'agent de police judiciaire qui peut à tout moment, en cas de difficulté, y mettre un terme » (CPP, art. 63-4-3, al. 1).

Le texte prévoit que l'avocate ou l'avocat peut, à sa demande, consulter le procès-verbal établi par l'OPJ ainsi que le certificat médical qui y est le cas échéant annexé, et qu'il peut formuler des observations écrites qui y seront également annexées – mais seulement à la fin de la retenue.

Ceci le prive donc de la possibilité de prendre connaissance, avant l'entretien ou l'audition, des conditions dans lesquelles son client ou sa cliente a été contrôlée (alors que cette consultation est préalable dans le cadre de la garde à vue: CPP, art. 63-4-1). Ceci implique en outre une présence dans le service tout au long de la retenue pour avoir connaissance des mentions du procès-verbal ou formuler des observations – ce qui risque de dissuader le conseil de prendre connaissance du procès-verbal, à moins qu'il soit admis que l'OPJ puisse le lui communiquer par télécopie.

En revanche, rien n'interdit à l'avocat ou à l'avocate – contrairement à ce qui est le cas pour la garde à vue (CPP, art. 11 et 63-4-4) – de faire état des entretiens avec la personne qu'elle assiste ainsi que des informations qu'elle a obtenues pendant la durée de la retenue.

Remarque: la mention relative à l'assistance d'« un avocat choisi désigné par lui ou commis d'office par le bâtonnier » doit figurer expressément dans le procès-verbal remis à la personne retenue.

Les JLD relèvent en principe une illégalité si l'information de ce droit n'a pas lieu dans les trente premières minutes de la mesure.

Sous couvert d'une audition portant sur des « éléments d'identité », laquelle n'implique pas la présence de l'avocat-e, la personne ne doit pas être conduite à dévoiler d'autres éléments que ceux relatifs à son identité, ce qui constituerait une violation du droit d'être assisté par un avocat.

Dès son arrivée, l'avocat-e ne devra pas hésiter à demander communication des procès-verbaux de notification des droits et, en tout état de cause, à ce que lui soit communiqué celui de fin de la retenue, dès la fin de celle-ci.

4. Droit d'être examiné par un-e médecin

La personne retenue peut demander à être examinée par un médecin. Celui-ci, désigné d'office par l'OPJ, se prononce « sur l'aptitude au maintien de la personne en retenue » et procède « à toutes constatations utiles ». Le certificat médical doit être annexé au procès-verbal de retenue.

Le droit à un examen médical est ici beaucoup plus restreint que celui accordé aux personnes gardées à vue (CPP, art. 63-3). Alors que, dans le cadre de la garde à vue, l'OPJ doit procéder à la réquisition du médecin dans un délai maximum de trois heures, le nouveau texte n'impose aucun délai. Or, pour que le droit à bénéficier d'un examen médical soit effectif et que cette disposition conserve un effet utile, compte tenu de la durée de la retenue, il est impératif que l'OPJ désigne un médecin dans un court délai après la demande, tout retard faisant nécessairement grief en compromettant le bon exercice de ce droit reconnu par le législateur.

Remarque: la question de l'interprétariat durant l'examen médical doit être posée. La personne a-t-elle pu expliquer ses doléances? S'est-elle fait comprendre? L'avis du médecin sur la compatibilité avec la retenue est-il pleinement éclairé?

5. Droit de prévenir à tout moment sa famille et toute personne de son choix

L'étranger ou l'étrangère bénéficie du droit de prévenir « à tout moment sa famille et toute personne de son choix ». Si des circonstances particulières l'exigent, l'OPJ prévient lui-même la famille et la personne choisie. Ce droit est calqué sur le droit dont dispose toute personne soumise à une procédure de vérification d'identité (CPP, art. 78-3).

Mais, contrairement à ce qui vaut pour la procédure de vérification d'identité, il est possible de prévenir « sa famille et toute personne de son choix » – outre, le cas échéant, son consulat et un-e avocat-e. Dans la circulaire du 18 janvier 2013 (point II, 2), l'emploi du singulier (« toute personne ») implique que le retenu ne peut contacter qu'une seule personne en dehors des personnes mentionnées par la loi: avocat, famille et contacts utiles pour la prise en charge des enfants.

Une autre disposition est calquée sur le régime de la garde à vue: celle qui prévoit le droit « de prendre tout contact utile afin d'assurer l'information et, le cas échéant, la prise en charge des enfants dont il assure normalement la garde, qu'ils l'aient ou non accompagné lors de son placement en retenue ». Ce dernier membre de phrase signifie que le législateur a envisagé l'hypothèse où les enfants « accompagneraient » les personnes retenues, même si le rappor-

teur du projet de loi devant l'Assemblée nationale a précisé qu'il faudrait privilégier la remise à un proche et n'autoriser que de manière exceptionnelle la présence du mineur lors de la retenue.

6. Droit de prévenir ou de faire prévenir son consulat

Le droit « d'avertir ou de faire avertir » les autorités consulaires de son pays est très peu utilisé en pratique, mais il doit pourtant être signalé dès le début de la retenue.

7. Droit d'être mis en mesure d'établir « par tout moyen » son droit au séjour

Afin que la personne étrangère puisse justifier de ses conditions de séjour et de circulation, l'OPJ ou l'APJ doit la mettre en mesure de fournir par tout moyen les pièces et documents requis et procéder aux opérations de vérification nécessaires.

Elle pourra par exemple demander à l'OPJ de se rendre à son domicile ou tout autre lieu qu'elle désigne pour y rechercher les justificatifs qu'elle serait susceptible de produire mais qu'elle n'avait pas en sa possession lors du contrôle.

Elle doit pouvoir faire valoir les éléments de faits susceptibles d'établir son droit à circuler ou à séjourner sur le territoire français. Comme le rappelle la circulaire du 18 janvier 2013 (point II. 1), l'irrégularité qui résulte du défaut de titre n'épuise pas en effet à elle seule l'examen du droit au séjour. L'intéressé·e doit par exemple pouvoir faire valoir les éléments actuels de sa situation impliquant la reconnaissance de plein droit d'un titre de séjour au regard de sa situation personnelle ou familiale.

Remarque: *l'avocate ou l'avocat assurant la défense devra s'assurer que la personne retenue a bien été mise « en mesure de fournir par tout moyen les pièces et documents requis » pour établir son droit au séjour, sachant que ce texte peut être interprété très largement. En particulier, l'expression « par tout moyen » devrait impliquer le droit d'utiliser son téléphone portable ou tout autre téléphone pour communiquer avec l'extérieur, ou le droit de disposer, à sa demande, d'autres moyens de communication (fax, internet).*

Il ou elle doit aussi vérifier que, si la personne étrangère a été informée en français de sa faculté d'établir par tout moyen son droit au séjour, elle a bien compris cette information.

8. Moyens de contrainte

Le texte précise que les mesures de contrainte exercées sur l'étranger doivent être « strictement proportionnées à la nécessité des opérations de

vérification et de son maintien à la disposition de l'officier de police judiciaire ».

La circulaire du 18 janvier 2013 en précise les moyens (point II. 3) :

- conformément aux principes généraux posés par le code de procédure pénale (CPP, art. 803), l'usage de menottes ou d'entraves n'est admis que si la personne est dangereuse pour elle-même ou pour autrui ou si elle est susceptible de prendre la fuite ;

- une palpation de sécurité est prévue en excluant toute investigation corporelle ;

- tout objet susceptible d'être une arme par destination ou tout autre objet (ceintures, allumettes, briquet, etc.) dont l'usage pourrait porter atteinte à l'intégrité des personnes physiques ou constituer une menace pour la sécurité des lieux est retiré.

9. Locaux

Afin de bien marquer la différence entre la garde et vue et la retenue, le texte précise également, de façon symbolique, que « *l'étranger ne peut être placé dans une pièce occupée simultanément par une ou plusieurs personnes gardées à vue* ».

10. Prise d'empreintes digitales ou de photographies

La prise d'empreintes digitales ou de photographies n'est admise qu'à une double condition :

- que la personne étrangère n'ait pas fourni « *d'éléments permettant d'apprécier son droit de circulation ou de séjour* » ;

- et que ces opérations constituent « *l'unique moyen d'établir la situation de cette personne* » au regard de son droit à la circulation ou au séjour.

Le texte requiert uniquement l'information préalable du procureur de la République pour qu'il puisse être procédé à une prise d'empreintes ou de photographies, alors que dans le cadre d'une vérification d'identité son autorisation est requise (CPP, art. 78-3).

La possibilité de procéder à une prise d'empreintes n'autorise pas pour autant l'OPJ à comparer ces empreintes avec celles du Fichier automatisé des empreintes digitales (Faed), ce dernier ne pouvant être consulté que dans le cadre d'enquêtes judiciaires, alors qu'il s'agit ici uniquement d'établir une situation administrative, indépendamment d'une qualification délictuelle. Cette position, fermement exprimée par le rapporteur du projet de loi au Sénat, risque toutefois d'être remise en cause si le projet d'extension de

la finalité du Faed se concrétise : ce projet vise en effet à permettre l'utilisation du Faed pour traiter les données et empreintes digitales des étrangers en situation irrégulière, malgré la dépénalisation du séjour irrégulier.

Remarque : *la prise d'empreintes ou de photographies pourrait être à l'origine d'un contentieux, notamment dans le cas où elle aurait été effectuée sur la personne retenue alors qu'elle a collaboré par la fourniture de documents aux vérifications nécessaires. En matière de vérification d'identité, en effet, la jurisprudence a établi que si l'étranger a collaboré par la fourniture de documents permettant de déterminer son identité, il n'a pas « maintenu son refus de justifier de son identité », qui seul conditionne la prise d'empreintes.*

11. Procès-verbal de fin de retenue

Comme en fin de vérification d'identité et de garde à vue, un procès-verbal de levée doit être établi. Il est un outil essentiel du contrôle judiciaire de la mesure.

Dans tous les cas, le procès-verbal doit mentionner les éléments suivants :

- les motifs ayant justifié le contrôle initial de la personne retenue ;
- les motifs ayant justifié la vérification du droit de circulation ou de séjour ;
- les conditions dans lesquelles la personne a été présentée devant l'OPJ ;
- les conditions dans lesquelles la personne a été informée de ses droits et mise en mesure de les exercer ;
- le jour et l'heure du début et de la fin de la retenue ;
- la durée de la retenue.

Le cas échéant, le procès-verbal :

- mentionnera la prise d'empreintes digitales ou de photographies ;
- se verra annexer le certificat médical établi à l'issue de l'examen pratique.

Remarque : *contrairement au procès-verbal établi à l'issue d'une garde à vue (CPP, art. 64), il n'est pas prévu que le procès-verbal de retenue précise les heures auxquelles la personne a pu s'alimenter. S'il apparaissait que la personne n'a pas pu s'alimenter, la régularité de la retenue pourrait toutefois être contestée, notamment sur le fondement de la violation de l'article 3 de la CEDH.*

Le procès-verbal doit être présenté à la signature de la personne retenue, qui doit être informée de la possibilité de ne pas le signer. En cas de refus

de signature, ce refus, mais également les motifs de ce refus, doivent être mentionnés.

Le procès-verbal est ensuite transmis au parquet tandis que la personne étrangère s'en voit remettre une copie. L'avocat ou l'avocate de la personne retenue a également accès au procès-verbal ainsi que le cas échéant au certificat médical qui lui est annexé ; il ou elle peut alors formuler des observations écrites qui seront également annexées au procès-verbal (voir *supra*, 3)

Remarque : *le texte énonce que le procès-verbal est uniquement « présenté à la signature » de l'intéressé ce qui pourra poser difficulté si celui-ci parle moyennement le français mais ne le lit pas, et si la procédure a été diligentée en français.*

Si plusieurs procès-verbaux distincts sont dressés, ils devront tous être présentés à la signature de la personne retenue.

12. La tenue d'un registre spécial

Les mentions de l'identité, du jour et de l'heure du début et de la fin de la retenue doivent être portées sur un registre spécial.

Cette obligation répond à une préoccupation exprimée par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, le registre spécial des retenues permettant de garder une trace des mesures de retenue et de garantir un contrôle effectif de ces mesures par les autorités compétentes.

Toutefois, par analogie avec le registre de la garde à vue qui, contrairement au registre que doivent tenir les CRA, ne fait pas partie des pièces utiles à produire devant le JLD, on peut penser que les irrégularités dans la tenue du registre de la retenue n'affecteront pas la régularité de la procédure.

C. La sanction de l'inobservation des prescriptions légales

Toutes les prescriptions de l'article L. 611-1-1 du Ceseda « sont imposées à peine de nullité ».

Cette mention, calquée sur l'article 73-8 du CPP concernant la vérification d'identité, pourrait être la source massive de rejets de requêtes en prolongation devant le JLD, puisque tout écart par rapport aux prescriptions légales devrait amener le juge à constater la nullité d'un élément de la procédure et remettre la personne en liberté.

Certes, cette disposition réserve l'application de l'article L. 552-13 du Ceseda, lequel prévoit : « En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité [...] toute juridiction [...] ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de placement

en rétention que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger ». Mais outre que cette réserve ne concerne que le cas où l'on souhaite obtenir la mainlevée du placement

en rétention, il sera aisé de démontrer que le non-respect d'une des prescriptions légales a eu pour effet de porter atteinte à l'un au moins des droits de l'étranger.

Chapitre 3. Les délits qui subsistent

L'article L. 621-1 du Ceseda établissant un délit d'entrée et de séjour irrégulier est abrogé, mais :

– le délit d'entrée irrégulière dont l'existence n'a pas été affectée par la jurisprudence de la CJUE subsiste ;

– le délit de séjour irrégulier subsiste partiellement sous la forme d'une incrimination de maintien irrégulier sur le territoire.

I. Le délit d'entrée irrégulière

Article L. 621-2 du Ceseda modifié par l'article 8 de la loi du 31 décembre 2012

Est puni d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros l'étranger qui n'est pas ressortissant d'un État membre de l'Union européenne :

1° S'il a pénétré sur le territoire métropolitain sans remplir les conditions 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 État partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 ;

2° Ou si, en provenance directe du territoire d'un État 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 État partie à la convention ;

3° Ou s'il a pénétré en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à La Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin ou à Saint-Pierre-et-Miquelon sans se conformer à l'article L. 211-1 du présent code.

La juridiction peut, 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.
- Pour l'application du présent article, l'action publique ne peut être mise en mouvement que lorsque les faits ont été constatés dans les circonstances prévues à l'article 53 du code de procédure pénale.

A. L'entrée irrégulière en France

La loi du 31 décembre 2012 a été l'occasion de redéfinir le délit d'entrée irrégulière, non affecté par la jurisprudence de la CJUE. L'article L. 621-2 énumère les divers cas d'entrée irrégulière en France, délit puni d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros. Reprenant une disposition qui figurait dans l'ancien article L. 621-1, désormais abrogé, l'avant-dernier alinéa de l'article L. 621-2 prévoit que la personne condamnée pour délit d'entrée irrégulière peut également voir prononcer contre elle une peine d'interdiction du territoire français d'une durée maximale de trois ans.

Les cas 1° et 2° concernent l'entrée irrégulière en France métropolitaine qui obéit aux règles de l'entrée et de la circulation dans l'espace « Schengen » dans lequel les frontières intérieures ne sont pas contrôlées. Ils ne sont pas modifiés par la nouvelle loi.

Remarque : *un droit d'entrée à validité limitée à la France métropolitaine n'est prévu, pour un court séjour, que « pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales » telles que le droit d'asile ; quant au long séjour, il s'agit d'un droit à résider en France. L'entrée illégale doit donc s'entendre ici comme l'entrée illégale au regard des règles qui régissent l'entrée dans l'espace « Schengen ».*

Le cas 3° concerne l'entrée irrégulière dans les départements et collectivités d'Amérique et à La Réunion où le Ceseda s'applique mais pas le code frontières Schengen.

> **Pour en savoir plus** sur les conditions de l'entrée en France, on peut se reporter au *Cahier juridique* du Gisti, « Entrée, circulation en France et dans l'espace "Schengen" », janvier 2013.

1. L'entrée irrégulière par une frontière extérieure de l'espace « Schengen »

Le premier cas est celui de l'entrée par une frontière extérieure de l'espace « Schengen ». Sur le territoire français, cela s'applique à l'arrivée dans une zone aéroportuaire par un vol venant directement d'un pays extérieur à l'espace « Schengen » (ou, plus exceptionnellement à l'arrivée par bateau dans une zone portuaire), la France n'ayant pas de frontière terrestre extérieure.

Selon le code frontières Schengen (art. 5), une personne étrangère qui entend pénétrer sur le territoire de l'espace « Schengen » doit être munie :

- d'un document de voyage (un passeport, en général) en cours de validité ;

- d'un visa uniforme (ou visa « Schengen ») en cours de validité, à moins d'en être dispensée soit par sa nationalité, soit parce qu'elle dispose d'un titre de séjour ou d'un visa de long séjour délivré par l'un des États « Schengen » ;

- de justificatifs de l'objet et des conditions du séjour envisagé, de moyens de subsistance suffisants pour la durée du séjour ainsi que de garanties de retour dans le pays d'origine ou dans le pays de transit.

L'infraction d'entrée irrégulière en France ne peut être constatée que sur le territoire français. Lorsqu'une personne qui se présente à la frontière sans remplir toutes les conditions requises fait l'objet d'une décision de refus d'entrée, elle n'est pas entrée irrégulièrement puisque juridiquement elle n'a pas pénétré sur le territoire.

2. L'entrée irrégulière par une frontière intérieure de l'espace « Schengen »

À titre liminaire, il est utile de rappeler qu'un-e ressortissant-e d'un État tiers à l'Union européenne entré-e régulièrement dans l'un des pays de l'espace « Schengen » bénéficie d'une liberté de circulation sur le territoire des États de l'espace « Schengen » pendant la durée de validité de son visa ou, si elle est dispensée de visa, pendant une durée maximale de trois mois – pour autant qu'elle ait un passeport en cours de validité et remplisse les autres conditions de ressources et de garanties de rapatriement requises pour le franchissement des frontières extérieures. Il en va de même si elle est munie d'un titre de séjour délivré par l'un des États de l'Union européenne.

Du fait de la suppression des contrôle aux frontières intérieures de l'espace « Schengen » et donc aux frontières terrestres de la France métropolitaine, ces règles relatives à la circulation au sein de l'espace « Schengen » relèvent de la convention

d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990 (art. 19, 20 et 21).

L'entrée irrégulière en France par une frontière intérieure de l'espace « Schengen » peut donc être caractérisée par le fait de pénétrer sur le territoire sans justifier d'un visa uniforme en cours de validité délivré par un État de l'espace « Schengen » (ou sans en être dispensé) ou sans passeport en cours de validité ou encore sans justifier des conditions de ressources et de garanties de rapatriement précédemment évoquées.

3. L'entrée sur le territoire malgré un signalement aux fins de non-admission

Que ce soit par les frontières extérieures ou intérieures de l'espace Schengen, l'entrée est irrégulière au sens de l'article L. 621-2 du Cesda si la personne a fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission en application d'une décision exécutoire prise par un État de l'espace « Schengen » signalée dans l'un des fichiers de police européens dont le Système d'information Schengen (SIS).

4. L'hypothèse modifiée par la loi : l'entrée en outre-mer

L'article L. 621-1 du Cesda abrogé par la loi du 31 décembre 2012 se référait, pour définir l'entrée irrégulière en France, à l'article L. 221-1 du même code relatif aux conditions d'une entrée régulière en France (identiques à celles du code frontières Schengen mentionnées ci-dessus).

Comme on l'a vu précédemment, l'entrée irrégulière en France métropolitaine est établie par la réglementation européenne ; mais ce n'est pas le cas de l'entrée irrégulière dans les terres ultramarines de la France puisqu'elles ne sont pas dans l'espace « Schengen ». Il fallait ainsi se référer à l'article L. 221-1 du Cesda pour l'entrée irrégulière dans les quatre anciens départements d'outre-mer (Gadeloupe, Guyane, Martinique, La Réunion) et dans les trois collectivités d'outre-mer d'Amérique où le Cesda s'applique.

Remarque : à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et à Wallis-et-Futuna, le droit des étrangers est régi par des ordonnances que la loi du 31 décembre 2012 n'a pas modifiées : le séjour irrégulier reste un délit. La « directive retour » s'imposera pourtant le 1^{er} janvier 2014 à Mayotte qui deviendra alors une région ultra-périphérique de l'Europe ; la législation applicable devra donc, à partir de cette date, s'y conformer.

B. L'articulation entre l'entrée irrégulière et le séjour irrégulier

Comme cela a été souligné lors des travaux préparatoires, si une personne se trouve irrégulièrement sur le territoire d'un État membre, après avoir franchi irrégulièrement une frontière, elle doit être considérée comme étant en séjour irrégulier et, à ce titre, être prioritairement soumise à la procédure d'éloignement prévue par la directive « retour » du 16 décembre 2008. On peut alors se demander si la pénalisation de l'entrée irrégulière est véritablement compatible avec l'objectif poursuivi par la directive, dès lors que cette pénalisation conduit à prononcer une peine d'emprisonnement à l'encontre d'une personne qui, si elle est *entrée* irrégulièrement sur le territoire, s'y trouve de fait en *séjour* irrégulier.

S'agissant de l'entrée par une frontière extérieure de l'espace « Schengen », l'article 2.2.a de la « directive retour » prévoit que les États peuvent décider de ne pas appliquer ladite directive aux personnes faisant l'objet d'un refus d'entrée ou appréhendées à l'occasion d'un franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un État membre.

Comme on l'a dit plus haut, le refus d'entrée semble exclusif de l'infraction d'entrée irrégulière car, juridiquement, ce refus est opposé avant l'entrée sur le territoire.

En revanche, en cas d'interception ou d'appréhension à une frontière extérieure, l'article 4 § 3 du code frontières Schengen autorise les États membres à instaurer un système de sanctions, lesquelles doivent être « *effectives, proportionnées et dissuasives* ». En d'autres termes, elles peuvent être de nature pénale.

S'agissant de l'entrée par une frontière intérieure de l'espace Schengen, on doit distinguer deux cas :

– la personne est ressortissante d'un État tiers et, séjournant irrégulièrement sur le territoire d'un État membre, est en situation régulière sur le territoire d'un autre État membre, notamment parce que celui-ci lui a délivré un titre de séjour.

Dans cette hypothèse, l'article 6.2 de la « directive retour » lui impose de regagner l'État qui lui a délivré le titre de séjour. Le cas échéant, l'État sur le territoire duquel elle se trouve peut procéder à sa remise si un accord bilatéral a été conclu avec l'autre État ; en droit interne, l'administration met en œuvre une procédure de remise fondée sur l'article L. 531-1 du Cesda.

Toutefois, l'État peut quand même prendre une décision de retour si cette obligation de regagner

immédiatement l'État qui a délivré un visa ou titre de séjour n'est pas respectée ou si le départ immédiat est justifié par des considérations d'ordre public ou de sécurité publique ;

– la personne est ressortissante d'un État tiers à l'UE et provient directement d'un État membre sur le territoire duquel elle n'avait pas été admise à entrer ou à séjourner. Elle peut, là encore, faire l'objet d'une décision de remise à cet État. Toutefois, c'est seulement dans ce cas que le législateur a estimé nécessaire de maintenir l'infraction d'entrée irrégulière dans le cadre d'un franchissement des frontières intérieures.

En fait, pour qu'un étranger ou une étrangère présente sur le territoire soit susceptible d'être en situation d'entrée irrégulière et non de séjour irrégulier, il ou elle doit être appréhendée dans un temps proche du franchissement de la frontière, « *en état de flagrance* ». C'est pour éviter cette possible confusion que le Sénat a amendé le projet de loi en y ajoutant un dernier alinéa relatif aux conditions dans lesquelles l'action publique peut être mise en œuvre, en faisant référence à l'article 53 du CPP qui se rapporte à l'état de flagrance.

II. Le délit de soustraction à une mesure d'éloignement

• Article L. 624-1 du Cesda modifié par l'article 9 de la loi du 31 décembre 2012

• **Tout étranger qui, faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière, d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une interdiction judiciaire du territoire, se sera maintenu irrégulièrement sur le territoire français sans motif légitime, après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention ou d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement, sera puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende.**

• 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.

• 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 deuxième 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.
- Article L. 624-2 du Ceseda modifié par l'article 10 de la loi du 31 décembre 2012
- Le tribunal pourra, en outre, prononcer à l'encontre de l'étranger condamné l'interdiction de territoire pour une durée **de 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 dernier alinéas du même article.**
- 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.

Dès lors que la « directive retour », dans l'interprétation qu'en a donnée la CJUE, ne permet de punir pénalement que le maintien sur le territoire après la mise en œuvre de toutes les mesures coercitives d'éloignement, l'infraction de séjour irrégulier devait être précisée. Un nouvel alinéa a donc été ajouté, en premier plan, à l'article L. 624-1, afin de prendre acte de cette exigence.

Dorénavant, toute personne étrangère qui, ayant fait l'objet d'un ordre de quitter le territoire, quelle que soit sa forme, se maintient en France sans motif légitime après avoir fait l'objet d'un placement en rétention ou d'une mesure d'assignation à résidence est passible d'un an de prison et de 3 750 euros d'amende. En outre, le tribunal pourra prononcer à son encontre une interdiction de territoire français d'une durée n'excédant pas trois ans (Ceseda, art. L. 624-2).

1. Les éléments constitutifs de l'infraction

Les conditions qui font tomber une personne étrangère sous le coup de cette nouvelle infraction sont au nombre de trois et elles sont cumulatives.

a) L'existence d'un ordre préalable de quitter le territoire

La personne doit avoir fait l'objet d'un ordre de quitter le territoire, qu'il s'agisse d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière, d'une OQTF, ou d'une interdiction judiciaire du territoire.

On observera que les décisions de remise à un État membre de l'UE (remise « Schengen » ou remise « Dublin » dans le cadre d'une demande d'asile) ne sont pas concernées. Autrement dit, le fait de ne pas exécuter une telle décision de remise ne peut pas caractériser ladite infraction.

b) La nécessité d'une procédure administrative préalable d'exécution

L'existence d'une mesure d'éloignement demeurée inexécutée ne suffit pas à caractériser

l'infraction. C'est d'ailleurs le principal apport de la jurisprudence de la CJUE. En effet, pour qu'une personne soit susceptible d'être reconnue coupable de cette infraction, il faut que l'administration ait pris à son égard en vain, soit une décision de placement en rétention administrative, soit une mesure d'assignation à résidence en vue d'exécuter la décision de retour et que, au terme de la durée légale de l'une de ces deux mesures, elle n'ait pas été éloignée.

Ainsi, il ressort des travaux préparatoires que, lorsqu'il est mis fin à la rétention administrative ou à l'assignation à résidence par décision de justice (juge des libertés et de la détention dans le premier cas, juge administratif dans le second), en raison de l'illégalité de la décision administrative ou de l'irrégularité de la procédure qui l'a précédée, l'intéressé-e ne peut être considéré-e comme commettant l'infraction du seul fait qu'il ou elle se maintient sur le territoire après avoir bénéficié de l'annulation ou de la mainlevée de l'une de ces mesures. Ceci rejoint la position de la CJUE qui exige notamment « l'expiration de la durée maximale » de la rétention pour que la personne étrangère en séjour irrégulier puisse encourir une peine d'emprisonnement.

c) Le motif légitime, cause exonératoire

À supposer que les éléments constitutifs de l'infraction soient établis, l'étrangère ou l'étranger concerné peut être relaxé s'il justifie d'un motif légitime.

Lors des travaux préparatoires, le législateur n'a pas été très précis sur la nature de ces motifs. Il a été simplement évoqué l'idée selon laquelle, postérieurement aux mesures coercitives, il serait possible de démontrer que le maintien résulte de certaines circonstances, notamment humanitaires, telles qu'une maladie grave ou une situation de conflit armé dans son pays d'origine.

2. Le placement possible en garde à vue

Si, au cours d'une retenue, il apparaît que la personne entre dans le champ de l'infraction précitée, elle pourra alors être placée en garde à vue (Ceseda, art. L. 611-1-1, III). Dans ce cas, la durée de la retenue s'impute sur celle de la garde à vue. L'étranger ou l'étrangère aura alors le droit de garder le silence.

Si le placement en garde à vue est notifié avant l'audition sur la situation administrative, cette garantie sera parfaitement effective. Si le placement en garde à vue intervient après, le droit au silence ne présente plus d'intérêt. Toutefois, le délit de soustraction devrait normalement apparaître dès

la première phase de la vérification, bien avant l'audition sur la situation, puisqu'il ressort de la consultation des différents fichiers. Il faudra donc veiller à ce que les OPJ ne soient pas tentés d'utiliser

la procédure de retenue pour consolider la procédure judiciaire à venir en obtenant des déclarations que l'intéressé n'aurait pas nécessairement faites s'il avait été informé le droit de garder le silence.

Chapitre 4. Le « délit de solidarité »

En dépit des déclarations gouvernementales, la loi laisse subsister à peu près intégralement le « délit de solidarité » et se borne à élargir le champ des personnes protégées contre des poursuites pénales engagées sur ce fondement.

Article L. 622-4 du *Ceseda* modifié par l'article de la loi du 31 décembre 2012

Sans préjudice des articles L. 621-1, L. 621-2, L. 623-1, 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, ou des ascendants, descendants, frères et sœurs de son conjoint ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ;~~

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir **des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci.**

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.

I. Le contexte

Le délit figurant à l'article L. 622-1 du *Ceseda* vise « 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 ».

Au fil des lois, la liste des immunités a été allongée, sans empêcher pour autant des poursuites et des condamnations visant des militants associatifs, des proches ou des membres de famille.

Officiellement justifié par la volonté de lutter contre « les réseaux qui exploitent la détresse des migrants, en contrepartie de sommes parfois très importantes, et souvent sous la menace », ce dispositif est en pratique utilisé également, sinon essentiellement, pour réprimer des personnes qui, face aux conditions de vie inhumaines et indignes dans lesquelles se trouvent beaucoup d'exilé·e·s, choisissent de leur venir en aide sans égard à leur situation administrative.

L'étude d'impact du projet de loi en fait d'ailleurs le constat : « 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 ».

Face à la recrudescence des poursuites, une nouvelle mobilisation associative a été lancée en mars 2009, qui a coïncidé avec la sortie du film *Welcome*⁽³⁾. En dépit des dénégations du ministre de l'immigration de l'époque quant à la réalité du « délit de solidarité », une circulaire de la garde des Sceaux avait été adressée aux parquets et relayée aux préfets par une autre circulaire du ministre de l'immigration en novembre 2009. Censées clarifier les conditions d'application de l'immunité aux personnes œuvrant dans un contexte humanitaire, ces circulaires avaient été immédiatement attaquées devant le Conseil d'État par les associations au motif qu'elles donnaient une définition encore plus

(3) Gisti, *Les délits de la solidarité*, dossier en ligne : www.gisti.org/delits-de-solidarite ; CNCDDH, *Note sur les cas d'application du délit d'aide à l'entrée, au séjour, à la circulation et au séjour irréguliers*, 6 janvier 2011.

Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour des étrangers. Éléments statistiques

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Nombre de personnes mises en cause	3354	3540	3958	3786	4562	4879
Nombre de gardes à vue	2324	2349	2684	2584	2661	2585

Source : INHESJ-ONDRP (état 4001 annuel, DCPJ); citée par l'étude d'impact

restrictive des immunités que la loi elle-même. La loi du 16 juin 2011 a à son tour apporté une modification cosmétique à la rédaction du texte. Le problème restait donc entier.

II. Les changements mineurs introduits par la nouvelle loi

A. Le maintien paradoxal du délit d'aide au séjour irrégulier

La dépénalisation du séjour irrégulier par la loi du 31 décembre 2011 aurait pu être l'occasion d'abroger purement et simplement l'article L. 622-1 du *Ceseda* ou tout au moins sa composante relative à l'aide au séjour irrégulier.

En effet, si, dès sa création en 1938, le délit d'aide au séjour irrégulier a été consacré en tant qu'infraction autonome, l'infraction n'en reste pas moins inspirée de la notion de complicité : le séjour irrégulier est un délit ; aider une personne étrangère en infraction constitue également une infraction. En droit pénal français, celui ou celle qui aide à la commission d'une infraction devient complice de l'auteur de l'infraction principale, ici constituée par le séjour irrégulier.

Dès lors, en toute logique, l'abrogation du délit de séjour irrégulier, infraction principale, par la loi du 31 décembre 2012, aurait dû entraîner la dépénalisation de l'aide au séjour irrégulier. Cette infraction perd en effet sa raison d'être en l'absence de répression du comportement se trouvant à la base de ce délit, le séjour irrégulier.

Le législateur a néanmoins cru pouvoir s'appuyer sur l'autonomie textuelle de l'infraction figurant à l'article L. 622-1 du *Ceseda* pour la maintenir en vigueur. L'abrogation du délit de séjour irrégulier rend néanmoins encore plus difficile la détermination des comportements pénalement répréhensibles au titre de l'article L. 622-1.

B. L'extension du champ des immunités pénales

Deux catégories d'immunité sont modifiées par la loi dans l'article L. 622-4 relatif aux immunités pénales de l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier :

- l'immunité « familiale » (modifications des 1° et 2°) ;
- l'immunité « humanitaire » (réécriture du 3°).

Il s'agit de la poursuite d'une politique des petits pas, signe d'un manque de volonté politique de faire disparaître ce délit.

1. La belle-famille et les époux sans vie commune

La loi du 31 décembre 2012 allonge la liste des membres de la famille de l'étranger ou l'étrangère en situation irrégulière qui ne pourront pas faire l'objet de poursuites pénales pour lui être venus en aide.

Sont désormais pris en compte :

- a) la belle-famille – ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint ou de la conjointe ;
- b) le conjoint ou la conjointe, même si la communauté de vie a cessé entre les époux (séparés de corps ou de fait ou autorisés à avoir un domicile distinct).

La modification relative à la belle-famille fait suite à la décision *Mallah c/France* rendue en 2011 par la Cour de Strasbourg (Cour EDH, 10 novembre 2011, *Mallah c/France*, n° 28681/08). L'affaire concernait un homme déclaré coupable du délit d'aide au séjour irrégulier pour avoir hébergé son gendre en situation irrégulière ; il ne relevait d'aucune des catégories protégées. La Cour, saisie pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, s'est abstenue en l'espèce de condamner la France mais seulement parce que la déclaration de culpabilité avait été assortie d'une dispense de peine. L'arrêt a donc pu être interprété, comme en témoigne l'exposé des motifs de la loi, comme un encouragement de la Cour à étendre le cercle des membres de la famille protégés.

2. Une nouvelle immunité conjuguant « absence de but lucratif » et motif humanitaire

L'objectif annoncé par le gouvernement était de protéger efficacement les personnes exerçant un travail social ou plus généralement celles qui viennent en aide à un étranger ou à une étrangère en situation irrégulière par simple humanité. Comme auparavant, l'immunité peut jouer au profit des personnes physiques et des personnes morales.

Les modifications apportées à cette fin peuvent toutefois être critiquées pour leur complexité et le fait qu'elles ne garantissent pas une véritable protection contre les poursuites. En effet, pour pouvoir se prévaloir de cette immunité, il faut remplir cumulativement trois conditions.

– L'aide ne doit donner lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte.

Cette condition extrêmement large interdit que l'aidant ait reçu une quelconque contrepartie en échange de l'aide apportée. Ce critère semble aller au-delà de celui prévu par la directive

n° 2002/90/CE du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, et qui fait du « but lucratif » un élément constitutif de l'infraction d'aide au séjour irrégulier (art. 1, b).

– L'aide doit consister à fournir des prestations de restauration, d'hébergement, de soins médicaux ou de conseils juridiques.

En énumérant de manière limitative le type de prestations pouvant entrer dans le champ de l'immunité, la loi semble exclure tout autre type d'aide. Si on interprète le texte strictement, les conseils non juridiques, par exemple, n'entreraient pas a priori dans le champ de l'immunité, non plus que le don d'argent.

– L'objectif de l'aide doit être d'« assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger » ou de « préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci ».

Ce critère supplémentaire vient encore restreindre le champ de l'immunité et pourrait lui aussi donner lieu à des interprétations très différentes d'une juridiction à l'autre.

Sigles et abréviations

APJ	Agent de police judiciaire
APRF	Arrêté préfectoral de reconduite à la frontière
CA	Cour d'appel
C. cass	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Ceseda	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme
CPP	Code de procédure pénale
CRA	Centre de rétention administrative
Faed	Fichier automatisé des empreintes digitales
JLD	Juge des libertés et de la détention
OPJ	Officier de police judiciaire
OQTF	Obligation de quitter le territoire français

Qu'est-ce que le Gisti ?

Défendre les droits des étrangères et des étrangers

Le Gisti est né en 1972 de la rencontre entre des intervenant-e-s des secteurs sociaux, des militant-e-s en contact régulier avec des populations étrangères et des juristes. Cette approche, à la fois concrète et juridique, fait la principale originalité de l'association.

Le Gisti s'efforce de répondre, sur le terrain du droit, aux besoins des immigré-e-s et des associations qui les soutiennent. Ce mode d'intervention est d'autant plus nécessaire que la réglementation relative aux étranger-e-s est trop souvent méconnue, y compris des administrations chargées de l'appliquer.

Défendre l'État de droit

Défendre les libertés des étrangères et des étrangers, c'est défendre l'État de droit.

Le Gisti publie et analyse un grand nombre de textes, en particulier ceux qui ne sont pas rendus publics par l'administration.

Il met gratuitement en ligne sur son site (www.gisti.org) le maximum d'informations sur les droits des étrangers ainsi que certaines de ses publications.

Il organise des formations à l'intention d'un très large public (associations, avocat-e-s, collectifs, militant-e-s, professionnel-le-s du secteur social...).

Il appuie de nombreux recours individuels devant les tribunaux, y compris devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Il prend aussi l'initiative de déférer circulaires et décrets illégaux à la censure du Conseil d'État ou de saisir la Halde en cas de pratiques discriminatoires.

L'ensemble de ces interventions s'appuie sur l'existence d'un service de consultations juridiques où des personnes compétentes conseillent et assistent les étrangers et les étrangères qui rencontrent des difficultés pour faire valoir leurs droits.

Participer au débat d'idées et aux luttes de terrain

Mais le droit n'est qu'un moyen d'action parmi d'autres : l'analyse des textes, la formation, la diffusion de l'information, la défense de cas individuels, les actions en justice n'ont de sens que si elles s'inscrivent dans une réflexion et une action globales.

Le Gisti entend participer au débat d'idées, voire le susciter, à travers la presse, des colloques et des séminaires, des réunions publiques. Il s'investit également dans des actions collectives défensives, mais aussi offensives visant à l'abrogation de toutes les discriminations qui frappent les étrangers. Il agit dans ce domaine en relation avec des associations de migrant-e-s et d'autres associations de soutien aux immigré-e-s, avec des associations de défense des droits de l'Homme et avec des organisations syndicales et familiales, tant au niveau national qu'europpéen.

Le Gisti est agréé par la Fondation de France. Les dons qui lui sont adressés sont déductibles des impôts à hauteur de 66 % dans la limite de 20 % du revenu imposable (un don de 150 € coûte au final 51 €). Vous avez aussi la possibilité de lui faire des dons par prélèvements automatiques. Tous les détails à www.gisti.org/don.

Pour obtenir de plus amples informations, n'hésitez pas soit à écrire au Gisti, 3 villa Marcès, 75011 Paris, soit à envoyer un message, selon le sujet, à l'une des adresses suivantes : gisti@gisti.org, formation@gisti.org, stage-benevolat@gisti.org.

La loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 « relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées » a été mise en chantier dans la précipitation par le gouvernement pour tenter de contourner les « obstacles » résultant de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui rendait impossible le maintien du délit de séjour irrégulier et, par voie de conséquence, le placement en garde à vue des personnes sur le fondement de ce délit.

Le cœur de la loi tient donc dans la création d'une mesure privative de liberté remplaçant la garde à vue pour permettre aux forces de police de garder à disposition les personnes contrôlées pendant seize heures, le temps de vérifier leur droit au séjour et d'obtenir le cas échéant un ordre de quitter le territoire.

Par ailleurs, si la loi abroge le délit de séjour irrégulier, d'autres infractions subsistent comme celle de l'entrée irrégulière sur le territoire ou celle qui consiste à se soustraire de manière passive à une décision d'éloignement. La loi procède aussi à un toilettage *a minima* des dispositions relatives aux contrôles d'identité.

Quant aux dispositions censées « supprimer » le « délit de solidarité », elles se limitent pour l'essentiel à élargir le cercle des personnes protégées contre des poursuites pénales.

*

Ce Cahier juridique, élaboré en commun par le Gisti, l'ADDE, la Cimade, la Fasti et le Syndicat de la magistrature, analyse le contenu et la portée des modifications apportées par la loi et attire l'attention sur un certain nombre de problèmes que l'application des nouveaux textes ne manquera pas de soulever.

Cette publication a été réalisée avec le soutien de la région Île-de-France.



Toute reproduction de cette publication sans autorisation du Gisti est interdite

Gisti
3, villa Marcès 75011 Paris

www.gisti.org

Collection Les cahiers juridiques
www.gisti.org/cahiers-juridiques
Directeur de la publication : Stéphane Maugendre

ISBN 979-10-91800-05-1



9 791091 800051

15 €