

21^e Colloque

Avec la participation
de l'ordre des avocats de Lille

DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE



Figureslibres - Site : www.lesaf.org - Tél. : 04 93 67 54 37
Illustration : Dominique Lefilleul



SAF

Renseignements et inscriptions

SAF COMMUNICATION, 34, rue Saint-Lazare - 75009 Paris
Tél. 01 42 82 01 26 ■ contact@lesaf.org ■ www.lesaf.org

Contrôles d'identité : de quel droit ?

Tribune de Nathalie Ferré publiée sur Métropolitiques le 30 janvier 2013

Cette tribune de Nathalie Ferré a été publiée le 30 janvier 2013 sur le site web [Métropolitiques](http://www.metropolitiques.eu).

Voir en ligne : <http://www.metropolitiques.eu/Contr...>

Les débats actuels sur le contrôle d'identité et sa régulation sont au cœur de l'interrogation sur les voies de réconciliation de la police avec la population. À l'heure où se discutent l'opportunité d'instaurer un récépissé, le rétablissement des numéros de collet ou l'institution d'un nouveau code de déontologie, un retour sur le cadrage juridique actuel des contrôles s'impose.

L'existence d'une véritable réglementation des contrôles d'identité est relativement récente. Jusqu'aux années 1980, la police agissait sur la base de textes de portée limitée, et procédait, en conséquence, le plus souvent, en toute illégalité. En effet, seules quelques dispositions éparses du Code de procédure pénale permettaient aux agents d'intervenir en la matière. Encore fallait-il qu'ils fussent alors à même d'établir un lien entre les personnes contrôlées et la commission d'un crime ou d'un délit. Seuls les contrôles d'identité dits judiciaires, effectués sur la base d'un soupçon, étaient ainsi autorisés. Ils pouvaient procéder à un contrôle soit dans le cadre d'une enquête préliminaire [1], soit en cas d'infraction flagrante [2]. La gendarmerie était, en apparence, mieux lotie. Elle pouvait contrôler l'identité de tout individu circulant sur la voie publique, sur la base d'un vieux texte datant de 1903, à la condition d'agir « *avec politesse, et de ne se permettre aucun acte qui puisse être qualifié de vexation ou d'abus de pouvoir* » [3] »...

Le tournant des années 1980 : la loi « Sécurité et liberté »

Les années 1980 vont constituer un tournant. Elles sont marquées par l'adoption de la loi « Sécurité et liberté » du 2 février 1981 [4], quelques mois avant le changement de majorité vers la gauche, que ses opposants qualifient de liberticide. Initialement dans le projet de texte, on ne trouve rien sur la procédure de contrôle d'identité : simple oubli ? On peut en douter car le ministère de la Justice, comme celui de l'Intérieur, n'est pas indifférent aux revendications de la police, qui réclame avec force un support juridique permettant d'interpeller et de contrôler l'identité, à l'image de celui dont bénéficient les gendarmes. Plus précisément, les agents souhaitaient pouvoir agir en dehors de tout lien avec la commission d'une infraction, en dehors de toute enquête et donc opérer au nom du respect de l'ordre public considéré comme menacé (en raison d'un rassemblement, d'une manifestation, de troubles sur la voie publique...). Les contrôles d'identité dits administratifs, s'inscrivant dans ce cadre, ne sont alors pas consacrés par la loi. Certes, la Cour de cassation, dans une décision rendue en 1973 [5], a autorisé les policiers à contrôler l'identité d'un manifestant au seul motif que le rassemblement était interdit – ce qui caractérisait des « *circonstances particulières* » –, mais l'absence de loi, alors même

que la liberté d'aller et de venir est atteinte, confère à ce fondement trop de fragilité et d'aléa.

Finalement, la loi Peyrefitte de 1981 comprend trois articles sur les contrôles d'identité [6], dont un qui vient légaliser les pratiques policières de sécurité publique : les agents peuvent désormais procéder à des contrôles « *pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes et des biens* ». La notion évolutive d'ordre public se définit classiquement à partir de trois éléments : la tranquillité (mettre terme à un tapage nocturne, par exemple), la salubrité (sont ici visées notamment les questions d'hygiène et de pollution) et la sécurité (les accidents, etc.). Le texte autorise dans le même temps la procédure de vérification d'identité, qui consiste à conduire la personne au poste de police lorsqu'elle n'a pas été en mesure de justifier de son état civil. Elle peut y être retenue le temps nécessaire à l'établissement de son identité et au plus pendant six heures (durée qui passera à quatre heures en 1983). Notons que l'identité ne se confond pas avec la notion d'état civil, qui comprend d'autres éléments que ceux nécessaires à l'identification. La preuve de l'identité peut se faire « *par tous moyens* ». La possession d'une carte nationale d'identité est toujours restée facultative sur le plan du droit.

Une légalité irréprochable, une légitimité discutable dans les faits

Le Conseil constitutionnel, saisi à l'époque par l'opposition parlementaire, a considéré le dispositif juridique comme parfaitement conforme à la Constitution. Il a estimé, en effet, que la procédure était entourée de garanties suffisantes, et qu'il appartiendrait en tout état de cause « *aux autorités judiciaires et administratives de veiller à leur respect intégral, ainsi qu'aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables* » [7]. Cette ligne restera celle du Conseil constitutionnel chaque fois qu'il sera saisi à propos des procédures de contrôle et de vérification d'identité. Elle nous inspire trois remarques.

La première tient à l'utilisation qui est faite de la phase de vérification d'identité, exceptionnelle en pratique si on la ramène au nombre de contrôles opérés. Elle sert, pourtant, à juger le dispositif d'interpellation conforme à la Constitution.

La deuxième est liée au rôle que le Conseil entend confier aux juges. Il se trouve qu'en pratique, la plupart du temps, les opérations échappent à tout examen judiciaire, d'autant que les agents n'ont pas à faire connaître les raisons pour lesquelles ils procèdent à un contrôle d'identité. C'est seulement dans les cas où le contrôle a débouché sur une procédure judiciaire (ou sur un processus d'éloignement du territoire français, s'il s'agit d'un étranger) qu'un magistrat peut être amené à se pencher sur les conditions de l'interpellation.

Enfin, l'autorité constitutionnelle ne s'est jamais interrogée sur la véritable utilité des contrôles d'identité administratifs : à quoi servent-ils dans la mesure où ils ne permettent sûrement pas de prévenir, comme le texte l'énonce, une atteinte à l'ordre public ? La présence policière suffit en principe à remplir – ou à tenter de remplir – cet objectif.

La gauche maintient les contrôles préventifs

Lorsque le changement de majorité politique intervient en mai 1981, la loi « Sécurité et liberté » est d'emblée mise sur la sellette. Le président Mitterrand avait, d'ailleurs, inscrit

son abrogation parmi ses 110 propositions. Mais l'heure est à la recherche d'un compromis, entre un ministre de la Justice qui veut réformer le dispositif au nom du respect des droits et libertés et ainsi mettre un terme aux contrôles d'identité administratifs, et un ministre de l'Intérieur attaché à donner à la police des pouvoirs plus vastes leur permettant d'agir. La disparition programmée des contrôles d'identité administratifs n'a pas lieu. En place de cela, le législateur fait le choix de soumettre leur légalité à deux conditions, l'une liée au périmètre d'action, l'autre à l'urgence [8]. Par ailleurs, les contrôles d'identité judiciaires opérés sur la base d'un soupçon ou dans le cadre d'une enquête, adoptés pour cette raison, d'ailleurs, dans l'indifférence, font l'objet de reformulations offrant de nouveaux espaces d'action aux agents. La police peut ainsi contrôler une personne sur la base « *d'indices* [9] » laissant penser qu'elle a commis une infraction, tenté de la commettre ou qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit. Les agents sont davantage à l'aise avec ce cadre juridique, plus proche du langage policier, lorsqu'il s'agit de motiver a posteriori l'opération d'interpellation.

Quand les étrangers sont visés : les « *signes extérieurs d'extranéité* »

En 1986, le gouvernement laisse tomber le voile sur le rôle et l'importance des contrôles d'identité dans le processus d'éloignement des étrangers indésirables. Jusqu'alors, même si les pratiques en témoignaient, ce rapport n'avait pas été établi de façon publique [10]. C'est désormais chose faite avec la nouvelle réforme du code de procédure pénale [11] : elle réserve un traitement propre aux étrangers, sans que l'on sache, d'ailleurs, très bien comment s'articulent alors contrôle d'identité et vérification de la situation administrative des étrangers.

Comment demander directement à un individu de produire son titre de séjour, contrôle préalable permettant d'établir sa nationalité étrangère ? La Cour de cassation va inventer les fameux « *signes extérieurs d'extranéité* » [12], permettant de présumer une personne comme étrangère, ce qui permet de se dispenser de respecter la loi sur les contrôles d'identité. À l'époque, par voie de circulaires, les ministres de l'Intérieur et de la Justice s'ingénient à imaginer ces fameux signes : jouer d'un instrument emprunté au folklore étranger sur la voie publique, lire un journal ou un ouvrage écrit dans une langue étrangère ou encore circuler à bord d'une voiture immatriculée hors de France. En pratique, les agents et officiers de police utilisent peu ces contrôles spécifiques pour motiver, dans les procès-verbaux, leurs interventions.

Des pouvoirs de police croissants

La réglementation subit une dernière réforme importante avec la loi du 10 août 1993 [13]. Celle-ci crée deux nouveaux cadres juridiques pour opérer des interpellations.

En premier lieu, elle autorise les contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République : il suffit, pour ce dernier, de limiter un périmètre d'intervention, de fixer une durée pour mener l'action et de préciser les infractions recherchées. La police n'a alors plus besoin de motiver davantage son opération dès lors qu'elle agit conformément aux instructions. Ce cadre va être largement utilisé pendant les années Sarkozy pour interpellier des sans-papiers. Par circulaire, les ministres compétents (Intérieur et/ou Chancellerie, selon les cas) incitent les procureurs à prendre des réquisitions [14] autour des foyers, près des associations assurant des permanences pour les ressortissants étrangers ou dans certains quartiers de la capitale. Se développent ainsi les contrôles

ciblés, les arrestations au guichet des préfectures et les opérations sur les lieux de travail. Ces opérations répondent à la culture du chiffre, défendue par le gouvernement, pour atteindre un certain niveau d'éloignement du territoire français.

En second lieu, le législateur instaure les contrôles frontaliers, censés compenser la disparition des frontières et donc des contrôles intérieurs dans l'espace Schengen. La police, comme les agents des douanes, peut ainsi procéder à des vérifications de situation administrative sur toute personne se trouvant dans une bande terrestre (entre la frontière et une ligne de 20 km à l'intérieur du territoire) et circulant dans une gare, port ou aéroport ouvert au trafic international [15].

Ce dispositif, à la fois complexe et laissant aux agents de contrôle une marge confortable d'intervention, a subi deux assauts. Le premier est venu du juge communautaire [16], suivi du juge national [17], qui ont l'un après l'autre condamné les contrôles frontaliers et les opérations de vérification de situation administrative propres aux étrangers. Ils ont considéré que, à défaut de mieux définir les raisons qui permettaient à la police d'agir, ces deux cadres produisaient un effet équivalent aux contrôles aux frontières que la convention de Schengen, désormais intégrée au droit de l'Union européenne, avait entendu abolir.

Par ailleurs, sous l'impulsion de l'ONG Open Society [18], a pu émerger un mouvement de dénonciation des contrôles au faciès dont sont victimes plusieurs catégories de personnes, au rang desquelles figurent les jeunes perçus comme d'origine étrangère habitant ou circulant dans certains quartiers et les ressortissants étrangers. Un collectif d'associations a ainsi porté plusieurs actions contentieuses (questions prioritaires de constitutionnalité, action en responsabilité de l'État à la suite de contrôles discriminatoires, toujours en cours d'instruction) et appelé à une réforme globale de la réglementation [19] dans un nouveau contexte politique, le candidat Hollande ayant pris l'engagement de lutter « *contre le délit de faciès dans les contrôles d'identité pour une procédure respectueuse des droits de l'homme* » [20].

Une réforme promise... et enterrée

Pour l'heure, aucun projet de loi [21] modifiant la loi sur les contrôles d'identité, dans le sens demandé par les organisations, n'a été déposé. Point de remise envisagée d'un récépissé aux personnes interpellées indiquant le cadre juridique de l'interpellation, d'adoption de règles claires sur les palpations de sécurité, ni de réforme des hypothèses légales jugées trop permissives.

On peut regretter ce manque de volonté politique de changer un dispositif juridique prompt à produire des pratiques illégales et à envenimer toujours plus des relations entre la police et une partie de la population. Le rétablissement du matricule visible sur l'uniforme de l'agent, permettant de l'identifier, seule mesure reprise par le ministre de l'Intérieur, non seulement ne sera pas de nature à diminuer le nombre des contrôles discriminatoires [22], mais semble surtout servir à enterrer les préconisations du défenseur des droits [23] et les promesses prises lors de la dernière campagne présidentielle.

Notes

[1] L'article 8 de la loi du 27 novembre 1943 dispose : « *toute personne dont il apparaît nécessaire au cours des recherches judiciaires d'établir ou de confirmer l'identité doit, à la demande d'un officier de police judiciaire, se prêter aux opérations qu'exige le but à atteindre* ».

[2] Article 61 du Code de procédure pénale.

[3] Article 165 du décret du 20 mai 1903.

[4] [Loi n° 81-82 du 2 février 1981](#) renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

[5] Cass. crim. 5 janvier 1973, Bull. crim. n° 7.

[6] Alors les articles 76, 77 et 78 du Code de procédure pénale.

[7] [DC 19-20 janvier 1981](#).

[8] [Loi n° 83-466 du 10 juin 1983](#) portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale. Voir article 78-2 du Code de procédure pénale.

[9] La formule « *indices laissant présumer* » sera remplacée en 2003 par « *une ou plusieurs raisons plausibles de croire* » sans que cela change le sens du texte ni les exigences pour les juges.

[10] Le gouvernement précédent avait tenté de le faire, mais y avait renoncé devant les réactions vives des parlementaires.

[11] [Loi n° 86-1004 du 3 septembre 1986](#) relative aux contrôles et vérifications d'identité.

[12] Cass. Crim. 25 avril 1985, Bull. crim. n° 159. La Cour de cassation, pour consacrer la légalité des contrôles spécifiques aux étrangers alors même qu'à l'époque la loi ne le prévoyait pas, avait fondé sa décision sur des décrets de 1946 relatifs à la réquisition des titres de séjour.

[13] [Loi n° 93-992 du 10 août 1993](#) relative aux contrôles et vérifications d'identité. Il y aura d'autres lois mais elles ne modifient pas l'architecture des hypothèses légales de contrôle d'identité.

[14] La pire des circulaires en ce domaine reste, pour l'heure, celle du 21 février 2006 relative aux conditions d'interpellation des étrangers en situation irrégulière. Il s'agit d'un véritable « guide » au juridisme glaçant et facilitant la chasse aux sans-papiers.

[15] L'arrêté ministériel du 22 mars 2012 fournit la liste des gares, ports et aéroports concernés.

[16] Notamment [CJUE du 22 juin 2010, affaire C-188/10, Melki](#).

[17] [Cass. QPC, 29 juin 2010, pourvoi n° 10-40001](#) ; [Cass. civ. 1re 6 juin 2012, pourvoi n° 10-25233](#).

[18] Open Society a ainsi financé une enquête mettant en évidence la surreprésentation des Noirs et des Arabes dans la population visée par les contrôles d'identité (« [Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris](#) », Open Society Institute, 2009).

[19] Voir en ce sens [le communiqué signé par plusieurs associations](#).

[20] Extraits des [engagements pris par le candidat Hollande](#).

[21] Au contraire, le [projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour déposé le 28 septembre 2012](#) tend à rétablir le dispositif de contrôle propre aux étrangers (art. L. 611-1 du Code des étrangers).

[22] Voir à cet égard la [décision du défenseur des droits \(n° MDS 2011-113\)](#) qui dénonce notamment les opérations de contrôle d'identité dont sont victimes les migrants dans le Calais.

[23] [Rapport du défenseur des droits relatif aux relations police—citoyens et aux contrôles d'identité](#), octobre 2012

Cadre juridique des contrôles d'identité en France : historique ; contrôle de police administrative ; contrôle de police judiciaire ; contrôle d'extranéité

L'objet de l'intervention est dans un premier temps de retracer les grandes étapes législatives de la réglementation consacrée aux contrôles et aux vérifications d'identité, évolution historique agrémentée des jurisprudences les plus remarquées. Dans un second mouvement, nous analyserons les différents cadres dans lesquels la police – au sens large – peut opérer. C'est alors que nous évoquerons le cadre spécifique aux étrangers, du moins à ceux qui sont présumés l'être. Il convient alors de se pencher sur l'articulation entre contrôle d'identité et vérification de la situation administrative des étrangers.

Nous n'aurons pas le temps de nous intéresser, fût-ce succinctement, à la procédure de vérification d'identité, qui peut faire suite à un contrôle lorsque cette première opération qui n'a pas permis, selon la police, d'identifier la personne contrôlée. Plus précisément, selon l'article 78-3 du Code de procédure pénale, *« si l'intéressé refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, il peut, en cas de nécessité, être retenu sur place ou dans le local de police où il est conduit aux fins de vérification de son identité »*. La procédure de vérification ne peut dépasser 4 heures, et la durée de la rétention s'impute, s'il y a lieu, sur celle de la garde à vue.

I – De la naissance d'une réglementation pour tous à la mise en place d'un dispositif spécifique pour les étrangers

Il faut attendre la loi dite « sécurité et liberté » du 2 février 1981 pour que naisse une véritable réglementation sur les contrôles d'identité.

Auparavant pour procéder à des opérations de cette nature, la police agissait sur le fondement de dispositions éparses du code de procédure pénale. Les contrôles étaient alors exclusivement de nature judiciaire, ou... illégaux. Autrement dit le droit applicable ne permettait pas d'opérer en la matière dans le cadre de la police administrative, sous couvert du maintien de l'ordre public. La gendarmerie était mieux

lotie puisqu'elle pouvait arguer d'une vieille disposition datant de 1903¹ pour demander à toute personne de présenter un document d'identité.

1er épisode : **l'affaire FRIEDEL** (Cass. crim. 5 janvier 1973).

Lors d'une manifestation dans le quartier latin (interdite par le préfet de police), des policiers procèdent à des contrôles d'identité sur les passants. Un dénommé FRIEDEL se fait donc contrôlé : il produit une carte d'identité avec une photographie jugée peu ressemblante, ce qui lui vaut d'être amené au poste de police. Il y reste huit heures. S'estimant victime d'une détention illégale, M. FRIEDEL décide de poursuivre les agents qui l'ont ainsi retenu, sachant qu'aucune infraction ne lui est reprochée. Le juge d'instruction puis la chambre de l'instruction à son tour retiennent le non-lieu. Selon les juges de l'instruction, les mesures prises par la police – à savoir la privation de liberté pendant huit heures – sont justifiées au nom des risques de trouble à l'ordre public et ne constituent donc pas une violation de la loi. La Cour de cassation va rejeter le pourvoi, mais en « corrigeant » la motivation des juges du fond par le mécanisme juridique de la substitution de motifs. En premier lieu, la Cour de cassation légitime l'opération administrative de contrôle d'identité parce que **les circonstances** la justifiaient. Il faut donc faire état de « circonstances particulières » pour procéder à ce type d'interpellation. S'agissant de la rétention au poste de police, la Cour indique qu'elle a été régulière car opérée dans le cadre de la police judiciaire. En effet, en montrant aux forces de l'ordre une carte d'identité « suspecte », la police a pu croire à la commission d'infractions comme l'usage de faux ou la falsification de documents administratifs. Et voilà le tour de passe-passe : l'opération à l'origine administrative – car sans lien avec une infraction – devient de nature judiciaire, ce qui a permis de ne pas condamner le dispositif ici utilisé. Il résulte de cette jurisprudence que les contrôles préventifs sont possibles, mais les vérifications d'identité dans le cadre de la police administrative impossibles.

2ième épisode : **la loi PEYREFITTE** du 2 février 1981

Initialement dans le projet de loi, il n'y a rien sur les contrôles d'identité. Mais plusieurs événements et notamment la grève de fonctionnaires de police conduisent à l'ajout d'un amendement audit projet. Cela étant dit, ce sujet cadre complètement avec la « problématique » de la loi et son objectif de lutte contre l'insécurité. Nul n'ignore les arrangements entre gouvernement et parlement pour voir surgir certains amendements.

¹ Art. 165 du décret du 20 mai 1903.

Trois articles sont ainsi au service d'une réglementation sur les contrôles d'identité. Les agents de police judiciaire peuvent désormais procéder à des contrôles « *pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes et des biens* ». Si la personne refuse ou ne peut justifier de son identité, elle peut être conduite dans un local de police et y être retenue le temps nécessaire (6 heures au plus). La loi « sécurité et liberté » prévoit des garanties en cas de procédure de vérification d'identité, comme l'obligation d'élaborer un procès-verbal. Celui qui refuse de se prêter à l'opération commet un délit passible de 6 mois d'emprisonnement et d'une amende. Notons que ce sont ces « garanties », qui ne concernent en aucun cas la première phase de l'opération - la plus fréquente, en l'occurrence, le contrôle -, qui ont permis de franchir le cap du Conseil constitutionnel. Selon le Conseil constitutionnel, pour empêcher les abus, le législateur a entouré les procédures d'un certain nombre de précautions, et il appartiendra « *aux autorités judiciaires et administratives de veiller à leur respect intégral ainsi qu'aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables* » (DC 19-20 janvier 1981). Une question demeure – et demeurera ? – toujours sans réponse : quelle est l'utilité réelle des contrôles d'identité administratifs ? Dans quelle mesure permettent-ils de prévenir une atteinte à l'ordre public ?

3ième épisode : **la loi BADINTER du 10 juin 1983**

La loi « sécurité et liberté, qualifiée de scélérate, n'a pas été abrogée. Il a été question un temps de supprimer les contrôles d'identité administratifs. Mais des divergences entre le garde des sceaux et le ministre de l'intérieur de l'époque conduisent à un arbitrage du président de la République : les contrôles préventifs restent dans le Code de procédure pénale ! La loi prévoit toutefois de mieux les encadrer : l'identité de toute personne peut être contrôlée « *dans des lieux déterminés, là où la sûreté des personnes et des biens se trouve immédiatement menacée* » (art. 78-2 alinéa 2 du CPP). La loi de 1983 restructure l'ensemble de la réglementation et la rassemble sous les articles 78-1 à 78-5 du CPP. Les contrôles d'identité judiciaires sont ainsi rapatriés sous l'article 78-2. La police, pour opérer dans ce cadre, doit pouvoir justifier d'un « indice » (qui deviendra plus tard « raison plausible ») laissant présumer un lien avec une infraction (commise, en train de se commettre, ou qui se prépare). La procédure de vérification d'identité est réformée (durée plus courte de privation de liberté, suppression des pénalités...).

Pour revenir aux contrôles d'identité administratifs, la loi subordonne leur légalité à

deux conditions, l'une spatiale – il faut un lieu déterminé –, l'autre temporelle – une urgence à opérer pour prévenir la menace. La Cour de cassation aura à se pencher sur la portée de la loi BADINTER en 1984 dans un arrêt KANDE² devenu célèbre : elle condamne les contrôles qui ne sont pas suffisamment circonstanciés au regard du lieu et de l'urgence à intervenir. Dans l'esprit, la Cour énonce que le métro ne constitue pas un lieu déterminé où la sécurité des biens et des personnes est menacée en permanence.

Dans le projet de loi BADINTER, figure initialement une disposition concernant les personnes soumises à un dispositif spécifique de contrôle, comme les étrangers (mais pas exclusivement). Il s'agit alors d'articuler cette vérification avec l'opération de contrôle. Rappelons qu'en vertu de décrets datant de 1946, les étrangers sont tenus de justifier, sur réquisitions des forces de l'ordre, de leur présence régulière en France. Cet article crée des remous au sein du parlement, et il est retiré.

4ième épisode : **la loi du 3 septembre 1986**

A six jours d'intervalle, sont adoptées deux lois, une première qui réforme la réglementation sur les contrôles d'identité et une seconde – en date du 9 septembre 1986 – relative à l'immigration. Cette proximité n'est pas que le fruit du hasard. La place que tiennent les procédures d'interpellation dans la police des étrangers est politiquement assumée³.

La loi du 3 septembre supprime les conditions subordonnant la légalité des contrôles d'identité préventifs et reprend l'ancienne formulation de la loi PEYREFITTE « *pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes et des biens* ». Elle institue une « obligation de se prêter aux opérations de contrôle d'identité ». Il s'agit cependant d'une pétition de principe qui ne dispense pas la police de respecter les hypothèses légales de contrôle. Le délit de refus de se prêter aux mesures d'identification (empreintes et photographies) est remis à l'ordre du jour. Enfin, la loi de 1986 réserve un traitement propre aux étrangers : « *la personne de nationalité étrangère dont l'identité est contrôlée en application des dispositions du présent article doit être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elle est autorisée à séjourner en France* ». Comme nous l'avons indiqué précédemment, il s'agit d'assurer la coordination juridique entre contrôle d'identité et contrôle du séjour.

Entre-temps par deux arrêts de 1985 également notoires – la jurisprudence BOGDAN

² Cass. crim. 4 octobre 1984, D. 1985 p. 54.

³ v. « Contrôles d'identité : la discrimination légale », Plein droit, la revue du Gisti, n° 82, octobre 2009.

et VUCKOVIC⁴ - , la Cour de cassation reconnaît que les étrangers sont soumis à un contrôle spécifique, fondé sur les décrets précités de 1946. Autrement dit la police est autorisée à leur demander de justifier de la régularité de leur présence en France, sans avoir besoin de respecter préalablement les dispositions du Code de procédure pénale sur les contrôles d'identité. Se pose alors d'emblée une question : comment établir leur extranéité lorsque l'on ignore l'identité ? La Cour de cassation invente les fameux signes extérieurs d'extranéité permettant de présumer comme étrangère une personne.

La nouvelle loi donne-t-elle un fondement légal à cette jurisprudence ou la condamne-t-elle ? La disposition énonce en effet « *en application des dispositions du présent article* ». Cette interprétation littérale, amenant à condamner la jurisprudence BOGDAN, est vite contrariée par plusieurs circulaires postérieures à l'entrée en vigueur de la loi de 1986 : il existe donc deux voies pour contrôler la situation administrative des étrangers, celle de droit commun (par le respect des hypothèses légales de contrôle d'identité), et celle qui est propre aux étrangers et qui suppose pour les agents de faire état de « signes extérieurs d'extranéité ».

5ième épisode : **la loi du 10 août 1993**

C'est la loi qui donne à la réglementation son visage actuelle. Certes il y a eu depuis plusieurs modifications mais elles n'ont pas touché à son ossature.

Il convient d'indiquer que les quatre hypothèses de contrôle judiciaire n'ont pas été modifiées. Simplement en 2003 (L. n° 2003-239 pour la sécurité intérieure), on a remplacé « *indice faisant présumer* » par « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner* ». En revanche, la loi a créé une nouvelle possibilité de contrôle relevant de la police judiciaire : les contrôles opérés sur réquisitions du procureur de la République (alinéa 2 de l'article 78-2).

Le cadre légal des contrôles d'identité administratifs a été revu afin de réduire à néant une jurisprudence de la Cour de cassation considérée comme trop restrictive (pour l'action des forces de police). Il a été ajouté sous l'alinéa 3 de l'article 78-2 : « *quel que soit son comportement* » ; le reste est inchangé ; il s'agit toujours de prévenir une atteinte à l'ordre public. La Cour de cassation, interprétant cette formule « *prévenir une atteinte à l'ordre public* », avait été amenée à dire par un arrêt du 10 novembre 1992 (« BASSILIKA »)⁵ que la prévention d'une atteinte à l'ordre public devait être directement rattachable au comportement de la personne dont l'identité est contrôlée

⁴ Cass. crim. 25 avril 1985 D. 1985 p. 329.

⁵ Cass. crim. 10 novembre 1992, pourvoi n° 92-83352 ; Bull. N° 370.

La loi du 13 août 1993 a également imaginé des contrôles frontaliers, présentés comme des mesures censées compenser la disparition des contrôles intérieurs dans l'espace dit SCHENGEN. Ces contrôles sont prévus sur une bande de terre large de 20 km à l'intérieur du territoire français (à partir de la frontière) et dans les lieux publics et ouverts au public des gares, ports et aéroports ouverts au trafic international. Ce sont ces contrôles qui ont été récemment condamnés par la CJUE.

Le Conseil constitutionnel qui a eu à examiner la constitutionnalité de cette loi a posé une réserve d'interprétation s'agissant des contrôles préventifs : *« s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne ne peut être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ; ce n'est que sous cette réserve d'interprétation que le législateur peut être regardé comme n'ayant pas privé de garanties légales l'exercice de libertés constitutionnellement garanties »* (DC 5 août 1993 n° 93-323). Sur les contrôles frontaliers, le Conseil a censuré la faculté prévue par la loi d'étendre la bande de 20 km (à 40 km) par simple arrêté ministériel. Le principe de ces contrôles ne donne lieu à aucune remarque, le Conseil estimant que ces zones présentent des risques particuliers d'infractions et d'atteintes à l'ordre public. Rien à redire enfin sur les contrôles opérés sur réquisitions du procureur de la République dans la mesure où les contrôles sont confiés à un magistrat, garant des libertés individuelles...

Il convient en dernier lieu de signaler la loi du 24 août 1993 qui inscrit le traitement spécifique réservé aux étrangers en matière de contrôle dans le CESEDA (alors l'ordonnance du 2 novembre 1945), et le retire du Code de procédure pénale. A cette occasion, la disposition est réécrite : *« 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 la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire... »* (art. L. 611-1 du CESEDA). Le Conseil constitutionnel a posé une réserve d'interprétation (DC n° 93-325 du 13 août 1993) : *« considérant que la mise en œuvre des vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes ; qu'il appartient aux autorités judiciaires et*

administratives de veiller au respect intégral de cette prescription (....) ».

II – Présentation des cadres légaux de contrôle

Le Code de procédure pénale (art. 78-2) définit les hypothèses dans lesquelles la police peut légitimement demander à quelqu'un de justifier de son identité. Il distingue les contrôles d'identité judiciaire et les contrôles d'identité administratifs. Le procès-verbal, élaboré uniquement si le contrôle a débouché sur le constat d'une infraction, doit contenir les motifs du contrôle ; ceux-ci sont souvent loin de la réalité.

Les contrôles d'identité judiciaires

En premier lieu, il existe deux catégories de contrôles d'identité judiciaires :

- les contrôles justifiés par une infraction (commise, tentée ou encore seulement préparée) ;
- les contrôles opérés dans le cadre de réquisitions du procureur de la République.

Dans le premier cas, la police doit faire état de raison(s) plausible(s) qui lui a permis de soupçonner que :

- la personne **avait commis ou tenté de commettre une infraction**. il suffit de mentionner que la personne a fumé dans un endroit interdit ou a traversé en dehors du passage pour piétons pour justifier a priori le contrôle (v. interventions sur les moyens de défense). Notons ici que la Cour de cassation a retenu la légalité de contrôles opérés dans des lieux occupés par des sans papiers (v. notamment Cass. civ. 1^{ière} 14 juin 2005⁶ : il s'agit ici d'un contrôle opéré à la porte du square Séverine où 200 sans papiers s'étaient installés ; il y a là, pour le juge, une ou plusieurs raisons plausibles de croire que la personne interpellée était en situation irrégulière puisque le groupe de personnes le revendique). ;
- **la personne se prépare à commettre un crime ou un délit**. La police fait état d'un comportement suspect ou anormal, permettant le lien avec une infraction. Il n'est pas possible de revendiquer n'importe quelle attitude pour justifier l'interpellation, en particulier un comportement banal (comportement à analyser eu égard aux circonstances de temps et de lieu). Il ne faut pas que l'interprétation de l'agent soit fantaisiste. Il faut globalement défendre l'idée

⁶ Pourvoi n° 04-50068 ; Bull. I n° 248.

que le comportement en cause est sujet à plusieurs interprétations et que des policiers face au même comportement n'auraient pas eu la même interprétation. C'est une hypothèse livrée à la subjectivité des agents, mais avec une dose d'objectivité ;

- **la personne est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit flagrant** (exemple : la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 novembre 1992⁷, considère comme parfaitement justifié un contrôle opéré dans un foyer alors que la police enquête sur des faits de violences volontaires, de dégradations et de vols... Les personnes sur place sont alors susceptibles de fournir des renseignements utiles à l'enquête). La loi ne précise pas le stade de l'enquête, donc cela peut concerner tous les cadres juridiques de l'enquête (enquête préliminaire, flagrant délit, intervention sur commission rogatoire). La police doit tout de même invoquer l'enquête, ce qui suppose de faire état de quelques éléments (nature des infractions, lien entre le lieu de l'interpellation et les infractions...) ;
- la personne **a fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire**. La police peut alors agir sur la base d'une photographie ou d'un portrait robot. Les agents peuvent aussi opérer sur la base de simples informations. La personne peut évidemment être recherchée pour infraction à la législation sur les étrangers.

Dans le deuxième cas, la police intervient **dans le cadre de réquisitions prises par le procureur de la République**. Ce dernier doit indiquer la ou les infractions recherchées, la date et le lieu où les contrôles seront possibles. Selon la circulaire précitée du 21 février 2006, les parquets sont invités à participer largement à la lutte contre l'immigration irrégulière en usant de ce pouvoir : « *les parquets devront y participer... pour organiser des opérations de contrôles ciblées, par exemple à proximité des logements foyers et des centres d'hébergement ou dans des quartiers connus pour abriter des personnes en situation irrégulière* ». A priori les opérations sont alors couvertes. Il faut s'assurer qu'elles ont bien eu lieu dans le périmètre prévu et pendant la période autorisée et qu'elles sont signées de façon lisible par l'auteur. D'autres moyens peuvent être imaginés pour les combattre sur le terrain juridique, mais ils sont très fragiles et parfois difficiles à faire valoir (preuve d'un détournement de procédure, démonstration que les pratiques opérées dans le périmètre sont discriminatoires. C'est le cas quand le P-V fait référence à l'aspect physique de la

⁷ Pourvoi n° 80410.

personne contrôlée). Les opérations sont menées « aux fins de recherche et de poursuite d'infractions ». Elles sont utilisées pour interpellier des étrangers sans papiers. Dans cette hypothèse, elles ne sont pas là pour poursuivre des infractions, car la voie pénale n'est pas envisagée mais pour procéder à des reconduites à la frontière. Selon la Cour de cassation, le procureur de la République n'a pas à justifier les raisons de l'intervention dans les zones indiquées ; il n'a pas non plus à se justifier sur la pertinence du moyen utilisé⁸. La Cour de cassation, par un arrêt du 3 février 2010⁹, a toutefois eu l'occasion de considérer comme illégaux plusieurs contrôles opérés sur le fondement de réquisitions du procureur de la République car les réquisitions revêtaient un caractère déloyal, privant ainsi le juge d'exercer un contrôle effectif sur la légalité de la procédure utilisée.

En second lieu, la loi – toujours l'article 78-2 - consacre la validité des **contrôles d'identité dits administratifs** :

« *pour prévenir une atteinte à l'ordre public* ». Ce sont alors des considérations générales liées au contexte – de temps, de lieu – qui peuvent justifier les interpellations. La police doit faire état de circonstances particulières montrant que l'ordre public est menacé (parce que des infractions viennent d'être commises, en raison d'un événement et de mouvements de foule...). Si la police fait référence à un lieu où des délits se commettent habituellement, il faudra faire état du nombre d'infractions relevées et de leur actualité. La police ne peut pas dans le P-V se borner à mentionner une opération ou un ordre sans autre explication et éléments factuels.

On peut ici également invoquer le comportement de la personne contrôlée laissant croire que l'ordre public est susceptible d'être menacé. C'est alors une hypothèse proche du contrôle opéré quand il y a des raisons plausibles de croire que la personne se prépare à commettre un crime ou un délit.

Les contrôles frontaliers sont censés compenser la disparition des frontières internes de l'espace Schengen. Ils sont assignés à un objectif défini : vérifier le respect des obligations de détention, de port et présentation des titres et documents prévus par la loi. A priori dans ce cadre, la police peut donc demander aux personnes de justifier de leur situation administrative, sans autre motivation, dans les gares, aéroports et ports ouverts au trafic international (dans les zones accessibles au public)

⁸ Cass. civ. 2ème 19 février 2004, n° 03-50034 ; arrêt rendu à propos de contrôles opérés dans le cadre de l'article 78-2-2, à savoir contrôles opérés aussi sur réquisitions mais pour rechercher certaines infractions

⁹ Cass. civ. 1 ère 3 février 2010, pourvoi n° 08-21419 : deux séries de réquisitions, les deuxièmes servant a priori à « couvrir » les interpellations.

ainsi que sur une bande de 20 km entre la frontière terrestre et une ligne tracée à l'intérieur de la France. La liste des ports, gares, aéroports est fixée par arrêté ministériel. Le premier arrêté date du 23 mars 1995 ; la liste déjà fournie de gares et ports a été ensuite étendue, notamment par un nouvel arrêté du 23 avril 2003. Toutes les gares parisiennes sont concernées. Les contrôles visent aussi des portions de trajet (entre la frontière et le premier arrêt, même au-delà des 20 km). Les contrôles frontaliers ont même été exportés en outre-mer (ce qui n'a rien à voir ici avec l'espace SCHENGEN). Ces contrôles sont sur la sellette...

La Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'une question préjudicielle par la Cour de cassation, elle-même saisie dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), semble avoir mis fin aux contrôles dits frontaliers mis en place par l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale¹⁰. Selon la Cour, la possibilité de contrôler l'identité de toute personne dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention Schengen et une ligne tracée à 20 km en deçà, est contraire au droit communautaire, en particulier à l'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et aux articles 20 et 21 du règlement n° 562/2006. Ces textes ont supprimé les contrôles intérieurs ; or le texte français établit une procédure aux effets équivalents sans encadrement juridique suffisant.

Tirant les justes conséquences de la décision du juge communautaire, la Cour de cassation, par arrêt du 29 juin 2010 rendu en assemblée plénière¹¹, a dit que l'article 78-2 alinéa du Code de procédure pénale n'est assorti d'aucune disposition offrant une garantie suffisante (pour qu'elle ne puisse pas produire les mêmes effets que des contrôles aux frontières intérieures) ; partant « *il appartient au juge des libertés et de la détention d'un tirer les conséquences au regard de la régularité de la procédure dont il a été saisi, sans qu'il y ait lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question posée* ». Partant de là, la police ne peut plus a priori se fonder sur la seule disposition litigieuse (l'alinéa 4) pour motiver une opération de contrôle.

Les juges des libertés et de la détention n'ont pas hésité à annuler nombre de procédures dans lesquelles l'interpellation avait pour fondement l'alinéa 4 de l'article 78-2, en raison de son contrariété avec le droit communautaire. Dans l'affaire qui a donné lieu à l'intervention de la CJUE, il s'agissait d'un contrôle frontalier exercé dans

¹⁰ CJUE 22 juin 2010, affaire c-188/10 et c-189/10.

¹¹ Pourvoi n° 10-40001.

la bande terrestre de 20 km. On a pu s'interroger sur la portée de la jurisprudence communautaire : condamnait-elle tous les contrôles frontaliers ou seulement ceux opérés dans cette zone ? Tous les contrôles sont a priori concernés dès lors que le juge communautaire, comme la Cour de cassation, n'a pas fait de distinction et qu'ils ont répondu au même impératif, soit compenser la disparition graduelle des frontières intérieures.

Que deviendra l'article 78-2 alinéa 4 ? Pour l'instant la police semble avoir reçu de nouvelles instructions. A Paris, elle agit dans le cadre d'instructions du procureur de la République afin de couvrir les zones de contrôle.

Les contrôles concernant spécifiquement les étrangers

Il existe une possibilité de contrôler les étrangers – ou ceux dont on présume l'extranéité – qui leur est propre. Elle n'est pas prévue par le Code de procédure pénale, mais par le CESEDA (art. L. 611-1). Il n'est nullement besoin d'avoir au préalable respecté les hypothèses de contrôles d'identité du CPP pour demander à quelqu'un de produire le ou les documents l'autorisant à résider en France. Encore faut-il, puisque la police s'est dispensée de contrôler l'identité, qu'elle puisse faire valoir des éléments objectifs d'extranéité, c'est-à-dire un élément extérieur à la personne (sans lien avec son apparence physique, sa tenue étrangère ou son expression en langue étrangère) qui lui a permis de présumer qu'elle était étrangère.

Comme il s'agit d'un terrain à risque (de tomber sous le coup de la discrimination), la police préfère se référer dans les procès-verbaux aux hypothèses carrées du CPP. Par voie de circulaires, on a tenté de donner des exemples de signes extérieurs d'extranéité : lire un journal étranger, jouer un instrument folklorique sur la voie publique ou encore circuler dans une voiture immatriculée à l'étranger... On trouve, toujours dans les circulaires, un exemple plus conforme à la réalité des pratiques, quoique contestable : sortir ou entrer dans un foyer pour migrants. La Cour de cassation n'a jamais eu l'occasion de statuer sur des opérations fondées sur ce fondement juridique. On peut espérer qu'elle les condamnerait.

Les interpellations au guichet des préfectures : elles ont été condamnées par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 6 février 2007¹² : « *mais attendu que l'administration ne peut utiliser la convocation à la préfecture d'un étranger, faisant*

12 Pourvoi n° 05-10880 ; Bull. I n° 53.

l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, qui sollicite l'examen de sa situation administrative nécessitant sa présence personnelle, pour faire procéder à son interpellation en vue de son placement en rétention ». La jurisprudence est constante et les juridictions du fond semblent suivre la voie tracée par la Cour de cassation en censurant les interpellations déloyales opérées grâce à des convocations piège (et pas seulement émanant de la préfecture... cela peut valoir pour les convocations données par la police ou la gendarmerie). Notons que le conseil d'État, saisi par plusieurs organisations d'un recours en annulation de la circulaire de février 2006 relative à l'interpellation des étrangers sans papiers, n'a rien trouvé à dire sur le texte qui encourageait l'administration à recourir aux convocations pièges¹³.

Toutes les interpellations opérées dans les préfectures (ou dans des commissariats de police) ne sont pas toutefois illégales : c'est le cas des interpellations d'étrangers venus spontanément sans convocation pour se renseigner ou voir où en est leur dossier ; c'est le cas des interpellations opérées sur le fondement de convocations explicites (soit mentionnant clairement que l'objet de la convocation est l'exécution d'une mesure d'éloignement).

Les contrôles sur les lieux de travail - Ce sont les agents de police judiciaire qui vont procéder aux interpellations de sans papiers occupés sur les lieux de travail. Les autres autorités (inspection du travail, URSSAF) n'en ont pas la compétence.

La police peut agir dans plusieurs cadres juridiques. Les entreprises constituant des lieux privés, les agents ne peuvent pas entrer dans n'importe quelles circonstances.

Les interpellations peuvent avoir pour fondement l'article 78-2-1 du code de procédure pénale qui dispose : « *Sur réquisitions du procureur de la République, les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre ou la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) sont habilités à entrer dans les lieux à usage professionnel, ainsi que dans leurs annexes et dépendances, sauf s'ils constituent un domicile, où sont en cours des activités de construction, de production, de transformation, de réparation, de prestation de services ou de commercialisation, en vue :*

- de s'assurer que ces activités ont donné lieu à l'immatriculation au répertoire des métiers ou au registre du commerce et des sociétés lorsqu'elle est obligatoire, ainsi qu'aux déclarations exigées par les organismes de protection sociale et

13 CE 7 février 2007, n° 292607.

l'administration fiscale ;

- de se faire présenter le registre unique du personnel et les documents attestant que les déclarations préalables à l'embauche ont été effectuées ;

- de contrôler l'identité des personnes occupées, dans le seul but de vérifier qu'elles figurent sur le registre ou qu'elles ont fait l'objet des déclarations mentionnées à l'alinéa précédent.

Les réquisitions du procureur de la République sont écrites et précisent les infractions, parmi celles visées aux articles L. 324-9 et L. 341-6 du code du travail, qu'il entend faire rechercher et poursuivre, ainsi que les lieux dans lesquels l'opération de contrôle se déroulera. Ces réquisitions sont prises pour une durée maximum d'un mois et sont présentées à la personne disposant des lieux ou à celle qui la représente.

Les mesures prises en application des dispositions prévues au présent article font l'objet d'un procès-verbal remis à l'intéressé ».

Les opérations ont seulement pour but de vérifier que les activités exercées sont bien immatriculées, qu'elles ont donné lieu aux déclarations obligatoires aux organismes de sécurité sociale et que les salariés ont bien fait l'objet d'une déclaration préalable à leur embauche. La Cour de cassation a jugé que la non présentation des réquisitions n'entraîne pas la nullité de la procédure d'interpellation¹⁴.

La police ne peut que contrôler les personnes occupées. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt 6 janvier 2010¹⁵ ; cette condition doit apparaître dans le procès-verbal d'interpellation. Le lieu de travail avait ici pour particularité d'être un lieu public dans lequel sont susceptibles de se côtoyer des salariés et des clients (un restaurant).

La police peut également agir dans le cadre d'un flagrant délit. Cela suppose l'existence d'indices apparents de comportement délictueux. Une information préalable donnée par l'administration peut caractériser un indice laissant présumer la commission d'une infraction. La Cour de cassation a eu à juger d'opérations combinant un contrôle de l'employeur exercé par un agent de l'URSSAF et une interpellation de sans papiers sur les lieux de travail. Elle considère a priori ces opérations combinées comme légales. L'agent de l'URSSAF indique alors à la police que l'infraction de travail dissimulée est en train de se commettre ; cela suffit a priori

¹⁴ Cass. crim. 15 février 2005, Bull. crim. n° 57.

¹⁵ Pourvoi n° 08-15513.

à rendre légitime l'entrée dans l'entreprise et la procédure de contrôle d'identité des personnes occupées¹⁶.

La police pourrait également intervenir dans le cadre d'une **commission rogatoire**. C'est très rare en pratique, même si on pourrait le concevoir, notamment à l'encontre de grosses sociétés notoirement connues pour se livrer à des opérations relevant du travail illégal. Cela implique évidemment qu'en amont une information judiciaire ait été ouverte sur le dossier avec saisine d'un juge d'instruction.

*

**

Les possibilités d'agir pour la police sont multiples. On perçoit bien à travers les pratiques judiciaires que les contrôles sont d'abord au service de la lutte contre l'immigration irrégulière. Le ministère de l'immigration s'est même donné des objectifs chiffrés en terme d'interpellations (et pas seulement de reconduites à la frontière). En dehors des infractions à la législation sur les étrangers, les procédures de contrôle en elles-mêmes sont peu utiles. Elles ont leur rôle pour maintenir une force de pression dans certains quartiers, mais les contrôles n'ont alors pas pour but de prévenir, et encore moins de constater des infractions.

16 Cass. civ. 1 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-11251 ; civ. 1 9 février 2009, pourvoi n° 08-12631.



[Vous êtes ici](#) > [Accueil](#) > [Les décisions](#) > [Depuis 1958](#) > [Décisions par date](#) > 1993 > 93-323 DC

Décision n° 93-323 DC du 05 août 1993

Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 12 juillet 1993 par MM Martin Malvy, Jean-Marc Ayrault, Jean-Pierre Balligand, Claude Bartolone, Christian Bataille, Jean-Claude Bateux, Jean-Claude Beauchaud, Michel Berson, Jean-Claude Bois, Augustin Bonrepaux, Jean-Michel Boucheron, Jean-Pierre Braine, Laurent Cathala, Jean-Pierre Chevènement, Henri d'Attilio, Mme Martine David, MM Bernard Davoine, Bernard Derosier, Michel Destot, Julien Dray, Pierre Ducout, Dominique Dupilet, Jean-Paul Durieux, Laurent Fabius, Jacques Floch, Pierre Garmendia, Jean Glavany, Jacques Guyard, Jean-Louis Idiart, Frédéric Jalton, Serge Janquin, Charles Josselin, Jean-Pierre Kucheida, André Labarrère, Jack Lang, Jean-Yves Le Déaut, Louis Le Pensec, Alain Le Vern, Marius Masse, Didier Mathus, Jacques Mellick, Louis Mexandeau, Jean-Pierre Michel, Didier Migaud, Mme Véronique Neiertz, MM Paul Quilès, Alain Rodet, Mme Ségolène Royal, MM Georges Sarre, Henri Sicre, Camille Darsières, Jean-Pierre Defontaine, Gilbert Annette, Kamilo Gata, Roger-Gérard Schwartzberg, Didier Boucaud, Bernard Charles, Aloyse Warhouver, Bernard Tapie, Régis Fauchoit, Gilbert Baومت, François Asensi, Rémy Auchédé, Gilbert Biessy, Alain Bocquet, Patrick Braouezec, Jean-Pierre Brard, Jacques Brunhes, René Carpentier, Daniel Colliard, Jean-Claude Gayssot, André Gérin, Michel Grandpierre, Maxime Gremetz, Georges Hage, Guy Hermier, Mmes Muguette Jacquaint, Janine Jambu, MM Jean-Claude Lefort, Georges Marchais, Paul Mercieca, Louis Pierna, Jean Tardito et Ernest Moutoussamy, députés, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité ;

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution ;

Vu la convention d'application de l'accord de Schengen, signée le 19 juin 1990 ;

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

Vu le code de procédure pénale, notamment son article 78-2 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les députés, auteurs de la saisine, défèrent au Conseil constitutionnel la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité dans son ensemble en faisant valoir que l'article 1er de cette loi méconnaîtrait différents principes et règles de valeur constitutionnelle et que les autres dispositions de ladite loi, énoncées à ses articles 2 et 3, sont inséparables de l'article 1er ;

2. Considérant que l'article 1er de la loi insère dans l'article 78-2 du Code de procédure pénale un sixième, un septième et un huitième alinéas lesquels remplacent le sixième alinéa actuellement en vigueur ;

- SUR LE SIXIEME ALINEA DE L'ARTICLE 78-2 DU CODE DE PROCEDURE PENALE :

3. Considérant que cet alinéa prévoit un cas supplémentaire dans lequel peuvent être engagées des procédures de contrôle et de vérification d'identité, sur réquisitions écrites du procureur de la République pour la recherche et la poursuite d'infractions, dans des lieux et pour une période de temps qui doivent être précisés par ce magistrat ; qu'il indique que le fait que de tels contrôles d'identité révèlent des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes ;

4. Considérant que les auteurs de la saisine soutiennent que cette dernière précision méconnaît la liberté individuelle et sa protection par l'autorité judiciaire que garantit l'article 66 de la Constitution dès lors que la prise en compte d'infractions qui ne seraient pas énoncées a priori par le procureur de la République prive selon eux "l'autorité judiciaire de toute maîtrise effective de l'opération" ;

5. Considérant qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et, d'autre part, les besoins de la recherche des auteurs d'infractions, qui sont nécessaires l'un et l'autre à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle ; qu'il incombe à l'autorité judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution, d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond par lesquelles le législateur a entendu assurer cette conciliation ;

6. Considérant que le législateur a confié au procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire, la

responsabilité de définir précisément les conditions dans lesquelles les procédures de contrôle et de vérification d'identité qu'il prescrit doivent être effectuées ; que la circonstance que le déroulement de ces opérations conduise les autorités de police judiciaire à relever des infractions qui n'auraient pas été visées préalablement par ce magistrat ne saurait, eu égard aux exigences de la recherche des auteurs de telles infractions, priver ces autorités des pouvoirs qu'elles tiennent de façon générale des dispositions du code de procédure pénale ; que par ailleurs celles-ci demeurent soumises aux obligations qui leur incombent en application des prescriptions de ce code, notamment à l'égard du procureur de la République ; que, dès lors, les garanties attachées au respect de la liberté individuelle sous le contrôle de l'autorité judiciaire ne sont pas méconnues ; qu'ainsi le grief invoqué doit être écarté ;

- SUR LE SEPTIEME ALINEA DE L'ARTICLE 78-2 DU CODE DE PROCEDURE PENALE :

7. Considérant que cet alinéa reprend des dispositions déjà en vigueur en vertu desquelles un contrôle d'identité peut être opéré, selon les mêmes modalités que dans les autres cas, pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens, en ajoutant la précision nouvelle selon laquelle peut être contrôlée l'identité de toute personne "quel que soit son comportement" ;

8. Considérant que les députés auteurs de la saisine soutiennent que cet ajout en conduisant à autoriser des contrôles d'identité sans que soient justifiés les motifs de l'opération effectuée, porte une atteinte excessive à la liberté individuelle en la privant de garanties légales ;

9. Considérant que la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes ou des biens, est nécessaire à la sauvegarde de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle ; que toutefois la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle ; que s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ; que ce n'est que sous cette réserve d'interprétation que le législateur peut être regardé comme n'ayant pas privé de garanties légales l'existence de libertés constitutionnellement garanties ;

10. Considérant qu'il appartient aux autorités administratives et judiciaires de veiller au respect intégral de l'ensemble des conditions de forme et de fond posées par le législateur ; qu'en particulier il incombe aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables ; qu'ainsi il revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité ; qu'à cette fin il lui appartient d'apprécier, s'il y a lieu, le comportement des personnes concernées ;

- SUR LE HUITIEME ALINEA DE L'ARTICLE 78-2 DU CODE DE PROCEDURE PENALE :

11. Considérant que cette disposition autorise le contrôle de l'identité de toute personne en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi non seulement dans des zones de desserte de transports internationaux, mais encore dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà ; que cette distance peut être portée jusqu'à quarante kilomètres par arrêté interministériel dans des conditions à prévoir par décret en Conseil d'Etat ;

12. Considérant que l'article 3 de la loi déferée prévoit que les dispositions de cet alinéa ne prendront effet qu'à la date d'entrée en vigueur de ladite Convention ;

13. Considérant que les auteurs de la saisine font valoir que les dispositions de cet alinéa imposent à la liberté individuelle des restrictions excessives en la privant de garanties légales ; qu'elles méconnaissent les principes d'égalité devant la loi et d'indivisibilité de la République dans la mesure où elles imposent à certaines personnes sans justification appropriée des contraintes particulières liées à leurs attaches avec certaines parties du territoire français ; qu'ils ajoutent qu'en reconnaissant au pouvoir réglementaire la latitude d'accroître très sensiblement les zones concernées, le législateur a méconnu sa propre compétence ;

14. Considérant que les stipulations de la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990 suppriment les contrôles "aux frontières intérieures" concernant les personnes sauf pour une période limitée lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent ; que le législateur a estimé que par les dispositions contestées il prenait dans le cadre de l'application de ces stipulations des mesures nécessaires à la recherche des auteurs d'infractions et à la prévention d'atteintes à l'ordre public ;

15. Considérant que s'agissant, d'une part, des zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouvertes au trafic international, d'autre part de celles qui sont comprises entre les frontières terrestres de la France avec les Etats parties à la Convention et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, le législateur a, dès lors que certains contrôles aux frontières seraient supprimés, autorisé des contrôles d'identité ; que ceux-ci doivent être conformes aux conditions de forme et de fond auxquelles de telles opérations sont de manière générale soumises ; que ces contrôles sont effectués en vue d'assurer le respect des obligations, prévues par la loi, de détention, de port et de présentation de titres et documents ; que les zones concernées, précisément définies dans leur nature et leur étendue, présentent des risques particuliers d'infractions et d'atteintes à l'ordre public liés à la circulation internationale des personnes ; que, dès lors, la suppression de certains

contrôles aux frontières qui découlerait de la mise en vigueur des accords de Schengen pouvait conduire le législateur à prendre les dispositions susmentionnées sans rompre l'équilibre que le respect de la Constitution impose d'assurer entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde de la liberté individuelle ; que les contraintes supplémentaires ainsi occasionnées pour les personnes qui résident ou se déplacent dans les zones concernées du territoire français ne portent pas atteinte au principe d'égalité dès lors que les autres personnes sont placées dans des situations différentes au regard des objectifs que le législateur s'est assigné ; qu'en outre de telles dispositions ne sauraient être regardées en elles-mêmes comme portant atteinte à l'indivisibilité de la République ;

16. Considérant en revanche qu'en ménageant la possibilité de porter la limite de la zone frontalière concernée au-delà de vingt kilomètres, le législateur a apporté en l'absence de justifications appropriées tirées d'impératifs constants et particuliers de la sécurité publique et compte tenu des moyens de contrôle dont par ailleurs l'autorité publique dispose de façon générale, des atteintes excessives à la liberté individuelle ; que, de surcroît, le législateur a méconnu sa compétence en déléguant au pouvoir réglementaire le soin de fixer cette extension ; que dès lors doivent être déclarés contraires à la Constitution les mots suivants "cette ligne pouvant être portée, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, jusqu'à 40 kilomètres par arrêté conjoint du ministre de l'intérieur et du ministre de la justice" et les mots "conjoint des deux ministres susvisés" qui en sont inséparables ;

Décide :

Article premier :

Sont déclarés contraires à la Constitution, au quatrième alinéa de l'article 1er de la loi les mots " cette ligne pouvant être portée, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, jusqu'à 40 kilomètres par arrêté conjoint du ministre de l'intérieur et du ministre de la justice " et les mots : " conjoint des deux ministres susvisés ".

Article 2 :

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

Journal officiel du 7 août 1993, p. 11193

Recueil, p. 213

Copyright © 2008 - Conseil Constitutionnel - Tous droits réservés



[Vous êtes ici](#) > [Accueil](#) > [Français](#) > [Les décisions](#) > [Accès par date](#) > [Décisions depuis 1959](#) > [1993](#) > [93-325 DC](#)

Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993

Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 15 juillet 1993, par MM Claude Estier, Robert Laucournet, William Chervy, Paul Raoult, Jean-Pierre Masseret, Jean-Louis Carrère, Marcel Bony, Mmes Françoise Seligmann, Marie-Madeleine Dieulangard, Josette Durrieu, MM Jacques Bellanger, Jacques Bialski, Aubert Garcia, Roland Bernard, Guy Penne, Michel Dreyfus-Schmidt, Gérard Miquel, Fernand Tardy, Robert Castaing, Gérard Delfau, Pierre Biarnes, Mme Maryse Bergé-Lavigne, MM André Vezinhet, Louis Philibert, Michel Sergent, Germain Authié, Jean Besson, Jean-Pierre Demerliat, Paul Loridant, Mme Monique Ben Guiga, MM Guy Allouche, Léon Fatous, Claude Fuzier, Claude Cornac, Gérard Roujas, François Louisy, Marc B u f, Francis Cavalier-Benazet, Jacques Carat, Jean Peyrafitte, René-Pierre Signé, Marcel Charmant, Claude Pradille, André Rouvière, Louis Perrein, Marcel Vidal, Franck Sérusclat, Jean-Luc Mélenchon, Charles Metzinger, René Régnauld, François Autain, Michel Moreigne, Michel Charasse, Gérard Gaud, Pierre Mauroy, Roland Courteau, Claude Saunier, Bernard Dussaut, Albert Pen et Rodolphe Désiré, sénateurs, et le même jour par MM Martin Malvy, Jean-Marc Ayrault, Jean-Pierre Balligand, Claude Bartolone, Christian Bataille, Jean-Claude Bateux, Jean-Claude Beauchaud, Michel Berson, Jean-Claude Bois, Augustin Bonrepaux, Jean-Michel Boucheron, Jean-Pierre Braine, Laurent Cathala, Jean-Pierre Chevènement, Henri d'Attilio, Mme Martine David, MM Bernard Davoine, Bernard Derosier, Michel Destot, Julien Dray, Pierre Ducout, Dominique Dupilet, Jean-Paul Durieux, Laurent Fabius, Jacques Floch, Pierre Garmendia, Jean Glavany, Jacques Guyard, Jean-Louis Idiart, Frédéric Jalton, Serge Janquin, Charles Josselin, Jean-Pierre Kucheida, André Labarrère, Jack Lang, Jean-Yves Le Déault, Louis Le Pensec, Alain Le Vern, Marius Masse, Didier Mathus, Jacques Mellick, Louis Mexandeau, Jean-Pierre Michel, Didier Migaud, Mme Véronique Neiertz, MM Paul Quilès, Alain Rodet, Mme Ségolène Royal, MM Georges Sarre, Henri Sicre, Camille Darsières, Jean-Pierre Defontaine, Gilbert Annette, Kamilo Gata, Roger-Gérard Schwarzenberg, Didier Boulaud, Bernard Charles, Aloyse Warhouver, Gérard Saumade, Régis Fauchoit, Emile Zuccarelli, Bernard Tapie, Gilbert Baume, François Asensi, Rémy Auchédé, Gilbert Biessy, Alain Bocquet, Patrick Braouezec, Jean-Pierre Brard, Jacques Brunhes, René Carpentier, Daniel Colliard, Jean-Claude Gayssot, André Gérin, Michel Grandpierre, Maxime Gremetz, Mme Janine Jambu, MM Georges Hage, Guy Hermier, Mme Muguet Jacquaint, MM Jean-Claude Lefort, Georges Marchais, Paul Mercieca, Louis Pierna, Jean Tardito et Ernest Moutoussamy, députés, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France ;

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ;

Vu le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés, ensemble la loi n° 54-290 du 17 mars 1954 autorisant sa ratification ;

Vu le protocole relatif au statut des réfugiés, signé à New York le 31 janvier 1967, ensemble la loi n° 70-1076 du 25 novembre 1970 autorisant l'adhésion de la France à ce protocole ;

Vu la Convention signée à Dublin le 15 juin 1990 relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un Etat membre des Communautés européennes ;

Vu la Convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990 ;

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

Vu le code civil, ensemble la loi n° 93-333 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité ;

Vu le code pénal ;

Vu le code de la construction et de l'habitation ;

Vu le code de la famille et de l'aide sociale ;
Vu le code de procédure pénale, et notamment son article 78-2 ;
Vu le code de la sécurité sociale ;
Vu le code du travail ;
Vu le code de la santé publique ;
Vu la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 modifiée portant création d'un office français de protection des réfugiés et apatrides ;
Vu la loi n° 73-548 du 27 juin 1973 modifiée relative à l'hébergement collectif ;
Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;
Vu les décisions n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 et n° 92-307 DC du 25 février 1992 ;
Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, défèrent au Conseil constitutionnel la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France ; qu'à l'appui de leur saisine ils font valoir que sont contraires à la Constitution les dispositions des articles 1er, 3, 8-IV, 14-II, 15, 16, 17, 23, 25 et 27 de la loi qu'ils soumettent à l'examen du Conseil constitutionnel ; que les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir pour leur part que sont contraires à la Constitution les articles 3, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 23, 24, 25, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 41, 43, 44, 45 et 46 de cette même loi ;

- SUR LES NORMES DE CONSTITUTIONNALITE APPLICABLES AU CONTROLE DE LA LOI DEFEREE :

2. Considérant qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques ; que le législateur peut ainsi mettre en oeuvre les objectifs d'intérêt général qu'il s'assigne ; que dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux ; que l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne saurait être tirée de la comparaison entre les dispositions de lois successives ou de la conformité de la loi avec les stipulations de conventions internationales mais résulte de la confrontation de celle-ci avec les seules exigences de caractère constitutionnel ;

3. Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés ;

4. Considérant en outre que les étrangers peuvent se prévaloir d'un droit qui est propre à certains d'entre eux, reconnu par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 auquel le peuple français a proclamé solennellement son attachement, selon lequel tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ;

- SUR LES CONDITIONS GENERALES D'ENTREE ET DE SEJOUR DES ETRANGERS EN FRANCE :

. EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 1ER :

5. Considérant que cet article dispose que la décision de refus d'entrée opposée à un étranger peut être exécutée d'office par l'administration ;

6. Considérant que les sénateurs auteurs de la première saisine font valoir que cette disposition prive les étrangers concernés des garanties offertes par la procédure pénale notamment en matière de droits de la défense ;

7. Considérant que le législateur peut, s'agissant des mesures applicables à l'entrée des étrangers, décider que les modalités de mise en oeuvre des objectifs qu'il s'assigne notamment en matière d'ordre public reposeront soit sur des règles de police spécifiques aux étrangers, soit sur un régime de sanctions pénales, soit même sur une combinaison de ces deux régimes ; que les décisions prises dans le cadre d'un régime de police administrative sont susceptibles d'être exécutées d'office ; que dès lors le grief invoqué doit être écarté ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 3 :

8. Considérant que cet article insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, des règles concernant le certificat d'hébergement exigible d'un étranger pour une visite privée ; que selon cette disposition le maire à qui il incombe d'apposer son visa sur ce certificat le refuse s'il ressort manifestement, soit de la teneur de ce dernier, soit de la vérification effectuée au domicile de son signataire, que l'étranger ne peut être hébergé dans des conditions normales ou que les mentions portées sur le certificat sont inexactes ; que les agents de l'office des migrations internationales à qui il revient de procéder sur la demande du maire à des vérifications sur place ne peuvent pénétrer chez l'hébergeant qu'après s'être assurés du consentement de celui-ci donné par écrit mais qu'en cas de refus de ce dernier, les conditions normales d'un

hébergement sont réputées ne pas être remplies ;

9. Considérant que les sénateurs soutiennent que ces dispositions méconnaissent les principes sur lesquels repose la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile faute de préciser les conditions, les modalités et la portée des vérifications effectuées et de soumettre leur déroulement au contrôle de l'autorité judiciaire ; que les députés font valoir qu'elles portent atteinte au respect de la vie privée qui constitue selon eux un principe à valeur constitutionnelle ;

10. Considérant que dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par cet article, le maire agit en qualité d'autorité de l'Etat ; que les décisions qu'il peut être conduit à prendre sont soumises au recours hiérarchique du préfet représentant de l'Etat dans le département ; qu'il incombe au maire comme le cas échéant au préfet de se prononcer dans le délai le plus bref possible ; que les éventuels refus opposés à des visites des agents de l'office des migrations internationales doivent, pour être pris en compte, résulter d'une manifestation non équivoque de volonté ;

11. Considérant que dès lors les dispositions contestées ne sont pas de nature à porter atteinte à la liberté individuelle et que le moyen tiré d'une atteinte à la vie privée manque en fait ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 5 :

12. Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de cet article : "En dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France, à toute réquisition des officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) du code de procédure pénale".

13. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cette disposition prive de garanties légales l'exigence constitutionnelle du respect de la liberté individuelle et porte atteinte au principe d'égalité devant la loi en ce qu'elle soumet les étrangers à une obligation qui ne s'applique pas aux nationaux ;

14. Considérant que dans le cadre d'un régime administratif d'autorisation préalable, le législateur est en mesure d'exiger des étrangers la détention, le port et la production des documents attestant la régularité de leur entrée et de leur séjour en France ; qu'il peut à cette fin prévoir la possibilité de vérifier la mise en oeuvre de ces prescriptions en dehors de la recherche d'auteurs d'infractions et en l'absence de circonstances particulières relatives à la prévention d'atteintes à l'ordre public ;

15. Considérant, d'une part, qu'au regard des objectifs que le législateur s'est ainsi assignés, les étrangers et les nationaux sont placés dans une situation différente ; que dès lors les dispositions contestées ne sont pas constitutives d'une rupture du principe d'égalité ;

16. Considérant, d'autre part, que la mise en oeuvre des vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes ; qu'il appartient aux autorités judiciaires et administratives de veiller au respect intégral de cette prescription ainsi qu'aux juridictions compétentes de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables ; que sous ces strictes réserves d'interprétation la disposition contestée n'est pas contraire à la Constitution ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 7 :

17. Considérant que l'article 7 modifie les conditions dans lesquelles est délivrée de plein droit une carte de séjour temporaire à l'étranger mineur ou dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire ; qu'elle subordonne dans tous les cas cette délivrance à la condition que la présence des intéressés ne constitue pas une menace pour l'ordre public et qu'elle ramène de dix ans au plus à six ans au plus l'âge à partir duquel les postulants doivent avoir eu en France leur résidence habituelle ;

18. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine soutiennent que cet article prive de garanties légales les exigences constitutionnelles de la liberté individuelle ; qu'il permet de procéder par un détournement de procédure à des expulsions du territoire français ; qu'en outre il comporte en méconnaissant les droits de l'enfant des violations du droit à mener une vie familiale normale ;

19. Considérant qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif à valeur constitutionnelle et les exigences de la liberté individuelle et du droit à une vie familiale normale ;

20. Considérant, d'une part, que la loi prévoit par ailleurs par son article 17 que ne peuvent être reconduits à la frontière les étrangers qui justifient par tous moyens résider en France habituellement depuis qu'ils ont atteint l'âge de six ans ; que la prise en compte d'une menace à l'ordre public ne peut sans circonstance aggravante être de nature à motiver une mesure d'expulsion ;

21. Considérant, d'autre part, qu'il appartient au législateur d'apprécier les conditions dans lesquelles les droits de la famille peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public s'agissant d'étrangers entrés irrégulièrement sur le territoire français ;

22. Considérant que dès lors les exigences prescrites par la loi ne sont pas de nature à porter des atteintes excessives à la liberté individuelle non plus qu'à méconnaître le droit à la vie familiale ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 8 :

23. Considérant que cet article modifie les conditions dans lesquelles est délivrée de plein droit la carte de résident ; que le I de cet article exclut de manière générale cette délivrance si la présence de l'étranger est irrégulière ou constitue une menace pour l'ordre public ; qu'il impose au conjoint étranger d'un ressortissant français une durée de mariage assortie d'une communauté de vie d'au moins un an pour bénéficier de cette carte ; que le III du même article subordonne l'obtention de plein droit de ladite carte au profit du conjoint et des enfants mineurs d'une personne ayant obtenu le statut de réfugié au fait que le mariage soit antérieur à l'obtention de ce statut ou qu'il ait été célébré depuis au moins un an et qu'une communauté de vie effective ait été assurée pendant ce délai ; que le IV de cet article prévoit que l'étranger qui est en situation régulière depuis plus de dix ans bénéficie de plein droit sous les réserves énoncées au I de la carte de résident, "sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire portant la mention étudiant" ; que le dernier alinéa de cet article dispose que la carte de résident est délivrée de plein droit à l'étranger qui remplit les conditions d'acquisition de la nationalité française prévues à l'article 21-7 du code civil ;

24. Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, soutiennent que l'article 8-IV porte atteinte au principe d'égalité devant la loi en excluant du droit à l'attribution d'une carte de résident des étrangers en situation régulière depuis plus de dix ans au seul motif qu'ils auraient été, pendant toute cette période, titulaires d'une carte de séjour temporaire portant la mention "étudiant" alors que ce droit est ouvert aux autres étrangers en situation régulière pendant la même durée ; que les députés, auteurs de la seconde saisine, allèguent que les dispositions de cet article privent de garanties légales les exigences constitutionnelles du respect de la liberté individuelle et qu'elles méconnaissent le principe d'égalité devant la loi, le droit à mener une vie familiale normale ainsi que le droit d'asile en ce que le conjoint et les enfants d'un réfugié n'auraient plus droit à la carte de résident pendant l'année qui suit le mariage lorsque celui-ci est postérieur à la reconnaissance de la qualité de réfugié ou en cas de cessation de la communauté de vie ;

25. Considérant, en premier lieu, que la carte de résident, valable pour une durée de dix ans, est renouvelable de plein droit ; qu'en égard aux exigences de la sauvegarde de l'ordre public et compte tenu des objectifs d'intérêt général qu'il s'est assignés, le législateur a pu exiger que l'obtention de cette carte soit soumise à la double condition de l'absence de menace à l'ordre public et de la régularité du séjour préalable des intéressés sans porter des atteintes excessives aux principes de valeur constitutionnelle invoqués par les députés auteurs de la saisine ; qu'il a également pu imposer, pour cette obtention, aux conjoints de ressortissants français, une durée d'une année de mariage sans cessation de la communauté de vie ;

26. Considérant en deuxième lieu que pour l'obtention des droits que comporte la carte de résident, les étrangers qui ont séjourné préalablement sur le territoire français dans le seul but d'y effectuer des études, lesquelles se seraient prolongées pendant dix années au moins, sont placés dans une situation différente de celle des autres étrangers au regard des raisons justifiant le séjour qu'a entendu prendre en compte le législateur ; que dès lors le grief tiré d'une atteinte au principe d'égalité doit être écarté ;

27. Considérant en troisième lieu qu'en prévoyant pour les conjoints d'étrangers ayant obtenu le statut de réfugié les mêmes conditions à l'octroi de la carte de résident que pour les conjoints de ressortissants français, le législateur ne saurait avoir méconnu ni le principe d'égalité ni le droit d'asile ;

28. Considérant en quatrième lieu, d'une part, que les étrangers mineurs ne peuvent faire l'objet de décisions de reconduite à la frontière ou d'expulsion, d'autre part, que dès lors qu'il est né en France, l'enfant d'un réfugié a droit, en vertu du dernier alinéa de l'article contesté, à la carte de résident de plein droit dès lors qu'il remplit les conditions d'acquisition de la nationalité française prévues à l'article 21-7 du code civil ; que l'application des dispositions de cet alinéa doit être regardée comme n'étant pas subordonnée à une absence de menace à l'ordre public ; que sous réserve de cette interprétation, le législateur n'a pas, par une méconnaissance du droit à une vie familiale normale des réfugiés, porté atteinte au droit d'asile ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 9 :

29. Considérant que cet article interdit la délivrance de la carte de résident à tout ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ainsi qu'à ses conjoints ;

30. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cet article méconnaît le rôle de l'autorité judiciaire pour assurer le respect de la liberté individuelle et qu'il porte atteinte au principe d'égalité, en ce que cette disposition ne frappe que les étrangers et qu'elle traite différemment les enfants d'un même père quant à leur droit à vivre dans le même pays que celui-ci ;

31. Considérant, en premier lieu, que l'obtention d'une carte de résident ne peut concerner qu'une personne étrangère ; qu'ainsi il ne saurait y avoir, au regard de la réglementation régissant cette obtention, de discrimination entre les nationaux et les étrangers ;

32. Considérant, en second lieu, que la disposition contestée doit être entendue comme n'étant applicable qu'aux étrangers qui vivent en France en état de polygamie ; que sous réserve de cette interprétation, le législateur en prenant cette disposition en vue de l'objectif d'intérêt public qu'il s'est assigné, n'a pas méconnu de principe ni de règle à valeur constitutionnelle ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 11 :

33. Considérant que cet article qui modifie l'article 18 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 supprime la saisine par le préfet de la commission du séjour des étrangers lorsque celui-ci envisage de refuser le renouvellement

d'une carte de séjour temporaire ainsi que l'obligation de délivrer un titre de séjour en cas d'avis favorable de la commission ;

34. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cet article prive de garanties légales les exigences constitutionnelles du respect de la liberté individuelle ;

35. Considérant qu'il revient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels, compte tenu de l'intérêt public qu'il s'assigne, les conditions d'exercice de la liberté du séjour des étrangers en France ; qu'en modifiant les règles de procédure prévues par l'article 18 bis de l'ordonnance précitée par la limitation des cas et par la restriction de la portée de l'intervention préalable de la commission susvisée sans porter atteinte aux garanties juridictionnelles de droit commun applicables aux étrangers concernés, il n'a méconnu aucune disposition de la Constitution ni aucun principe de valeur constitutionnelle ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 12 :

36. Considérant que l'article 12 porte de 5 000 à 10.000 francs le montant maximum de l'amende encourue par l'entreprise de transport routier qui dans certaines conditions achemine sur le territoire français un étranger non ressortissant d'un Etat membre de la Communauté économique européenne démunie d'un document de voyage et le cas échéant du visa requis ;

37. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, allèguent à l'encontre de cet article la méconnaissance des principes de légalité et de proportionnalité des peines ;

38. Considérant, d'une part, qu'il ressort de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-307 DC du 25 février 1992 que la disposition contestée n'est pas contraire au principe de la légalité des peines ;

39. Considérant, d'autre part, qu'en portant de 5.000 à 10.000 francs l'amende maximale encourue par les entreprises de transport routier concernées, le législateur n'a pas fixé un montant manifestement disproportionné par rapport au manquement qu'il a entendu réprimer ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 13 :

40. Considérant que cet article, en modifiant l'article 21 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 précitée, supprime, sauf en ce qui concerne les mineurs, le principe selon lequel l'interdiction du territoire français ne doit pas être prononcée en cas d'infractions au séjour prévues par les articles 19, 21 et 27 de la même ordonnance à l'encontre de certaines catégories d'étrangers et prévoit les cas dans lesquels cette sanction ne peut être prononcée par le tribunal "que par une décision spécialement motivée au regard de la gravité de l'infraction" ; qu'il étend ces règles nouvelles aux infractions prévues par l'article 33 de l'ordonnance inséré par ailleurs par l'article 25 de la loi déferée ;

41. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font grief à cette disposition de comporter des atteintes excessives à la liberté individuelle et de ne pas préciser suffisamment la gravité de l'infraction qui permettrait à un tribunal de prononcer à l'encontre d'un étranger une interdiction du territoire français ;

42. Considérant que la mise en oeuvre de la disposition contestée est placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire à qui il revient d'assortir sa décision d'une motivation spéciale au regard de la gravité de l'infraction ; qu'ainsi, la faculté ménagée par le législateur ne méconnaît pas le principe de la légalité des peines et ne porte pas à la liberté individuelle une atteinte excessive ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 14 :

43. Considérant que l'article 14 étend, au I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, les cas dans lesquels un étranger peut être reconduit à la frontière ; qu'il ajoute au même article la règle aux termes de laquelle "la reconduite à la frontière emporte de plein droit interdiction du territoire pour une durée d'un an à compter de son exécution" ;

44. Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, font valoir que cette dernière disposition établit le prononcé automatique et indifférencié d'une sanction à caractère pénal ; qu'elle méconnaît la compétence de l'autorité judiciaire pour assurer le respect de la liberté individuelle ainsi que le principe d'égalité et qu'elle porte atteinte aux droits de la défense ; que les députés, auteurs de la seconde saisine, soutiennent que ladite disposition prive de garanties légales le respect de la liberté individuelle des étrangers résidant en France ; qu'ils articulent un grief similaire à l'encontre des extensions des cas de reconduite à la frontière ; qu'ils allèguent en outre que l'interdiction du territoire résultant de la reconduite à la frontière méconnaît "l'exigence d'individualisation des peines et des sanctions", le principe de proportionnalité des peines et qu'elle constitue une violation du principe d'égalité, en ce qu'elle comporte l'application d'un traitement uniforme à des situations différentes ;

45. Considérant que les modifications apportées aux cas susceptibles de justifier des arrêtés de reconduite à la frontière concernent des étrangers qui ne seraient pas titulaires d'un titre de séjour en cours de validité, qui auraient fait l'objet d'une mesure de retrait de titre de séjour ou qui, dans différents cas, seraient dépourvus de titre de séjour en raison d'une menace à l'ordre public ; qu'en étendant ainsi les cas où des mesures de police peuvent être prises en l'absence de possession d'un titre de séjour régulier, sans porter atteinte aux garanties juridictionnelles applicables en l'espèce, le législateur n'a méconnu aucune disposition de la Constitution ni aucun principe de valeur constitutionnelle ;

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

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

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

49. Considérant qu'en vertu des dispositions contestées, tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction du territoire pour une durée d'un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée ; que, dans ces conditions, le prononcé de ladite interdiction du territoire par l'autorité administrative ne répond pas aux exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ; qu'ainsi le dernier alinéa de l'article 14 de la loi est contraire à la Constitution ;

- EN CE QUI CONCERNE LES ARTICLES 15 ET 16 :

50. Considérant que ces articles ont pour objet de supprimer les cas dans lesquels un avis conforme de la commission visée à l'article 24 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 est requis ;

51. Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, font valoir qu'en ne liant plus la décision de l'autorité administrative à l'avis de cette commission, le législateur a privé de garanties légales les droits de la défense des étrangers concernés ; que les députés, auteurs de la seconde saisine, soutiennent que les dispositions de ces articles méconnaissent l'article 66 de la Constitution ;

52. Considérant que les cas visés par les dispositions contestées concernent des décisions d'expulsion et les demandes d'abrogation des arrêtés prononçant de telles décisions ; qu'en ne liant plus dans ce domaine les décisions de l'autorité administrative par l'avis d'une commission consultative, le législateur a modifié une procédure administrative sans porter atteinte aux garanties juridictionnelles de droit commun applicables en l'espèce ; qu'il n'a ainsi méconnu aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 17 :

53. Considérant que par l'article 17 sont modifiés les cas prévus par l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans lesquels un étranger ne peut faire l'objet d'un arrêté d'expulsion ; que cet article abaisse de dix à six ans l'âge limite à partir duquel l'étranger doit avoir résidé habituellement en France pour qu'un arrêté d'expulsion ne lui soit pas applicable ; qu'il exclut du champ d'application de cette protection les personnes qui ont résidé régulièrement en France du seul fait que pendant toute la période concernée elles ont été titulaires d'une carte de séjour temporaire portant la mention "étudiant" ; qu'il prévoit que les étrangers mariés à un conjoint français ne bénéficient de la même protection que si le mariage a duré depuis un an au moins, si la communauté de vie n'a pas cessé et si le conjoint a conservé la nationalité française ; qu'il permet, en tout état de cause, pour certaines catégories d'étrangers, le prononcé d'un arrêté d'expulsion lorsque l'intéressé a été condamné à une peine d'emprisonnement ferme au moins égale à cinq ans ;

54. Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, et les députés, auteurs de la seconde saisine, font grief à cet article de porter atteinte au principe d'égalité devant la loi en excluant de la catégorie des étrangers protégés contre l'expulsion les résidents titulaires d'une carte de séjour d'étudiant ; qu'en outre, les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cet article prive de garanties légales les exigences constitutionnelles du respect de la liberté individuelle ; qu'il méconnaît, sans que soit alléguée une menace particulièrement grave pour l'ordre public, les principes de légalité des délits et des peines et de proportionnalité des peines et des sanctions ; qu'enfin, en supprimant toute protection contre l'expulsion et la reconduite à la frontière pour les étrangers entrés en France entre l'âge de six et de dix ans et pour les conjoints de Français pendant la première année du mariage ou en cas de cessation de la communauté de vie, il constitue une violation du droit à mener une vie familiale normale ;

55. Considérant en premier lieu qu'au regard de leurs attaches avec la France les étrangers qui n'ont résidé sur le territoire français que pour y effectuer des études ne sont pas dans la même situation que ceux qui y ont résidé pendant la même durée pour d'autres motifs ; que, dès lors, compte tenu du but que s'est assigné le législateur, la réserve qu'il a prévue concernant certains étudiants ne méconnaît pas le principe d'égalité ;

56. Considérant en deuxième lieu qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation du droit à mener une vie familiale normale avec les exigences de l'ordre public ; que s'il peut permettre à l'autorité chargée de se prononcer sur l'expulsion d'un étranger de tenir compte de tous éléments d'appréciation, notamment de sa situation personnelle et familiale, il ne transgresse aucune disposition constitutionnelle en faisant prévaloir en cas de menace grave à l'ordre public les nécessités de ce dernier ;

57. Considérant en troisième lieu que les décisions d'expulsion qui constituent des mesures de police n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ; que dès lors qu'il n'a pas porté atteinte aux garanties juridictionnelles de droit commun qui leur sont applicables, le législateur ne peut être regardé comme ayant méconnu le principe de la liberté individuelle ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 18 :

58. Considérant que cet article fixe les conditions dans lesquelles l'expulsion peut être prononcée en cas d'urgence

absolue ou lorsqu'elle constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique ;

59. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, allèguent que cet article prive de garanties légales les exigences constitutionnelles du respect de la liberté individuelle ;

60. Considérant qu'en égard aux conditions posées par cet article qui relèvent d'exigences impérieuses de l'ordre public, les modalités spécifiques qu'il prévoit pour l'intervention de décisions d'expulsion, mesures de police administrative, ne portent pas à la liberté individuelle des atteintes excessives ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 21 :

61. Considérant que cet article fait obstacle à la présentation d'une demande de relèvement d'une interdiction du territoire ou d'abrogation d'un arrêté d'expulsion présentée après l'expiration du délai de recours administratif lorsque le ressortissant étranger réside en France, sauf lorsqu'il subit, en France, une peine privative de liberté sans sursis ;

62. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font grief à cet article de faire obstacle à l'exercice du droit au recours et des droits de la défense ;

63. Considérant que les dispositions contestées ne portent pas atteinte aux droits de recours des intéressés à l'encontre des mesures d'éloignement du territoire dont ils ont pu faire l'objet ; qu'elles ne portent pas non plus atteinte aux effets suspensifs que peuvent le cas échéant comporter de tels recours ; qu'elles ne concernent que la remise en cause de ces décisions, après l'expiration des délais de recours ; qu'en prévoyant que cette remise en cause ne puisse intervenir à la demande des intéressés lorsque ceux-ci résident en France, sauf s'ils subissent une peine privative de liberté, le législateur a entendu prendre en compte les cas où ils se seraient soustraits à l'exécution d'une telle mesure et non ceux où ils seraient régulièrement revenus sur le territoire français après l'exécution de cette mesure ; qu'ainsi en égard à la situation particulière des étrangers concernés, le législateur à qui il incombe de concilier les garanties de recours avec la sauvegarde de l'ordre public, n'a porté atteinte ni au principe d'égalité ni à tout autre principe de valeur constitutionnelle ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 30 :

64. Considérant que l'article 30 introduit notamment dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 précitée un article 40 qui prévoit, pendant cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi déferée, des modalités particulières relatives à certaines des dispositions de cette ordonnance dans les départements d'outre-mer et à Saint-Pierre-et-Miquelon ; que, s'agissant de la reconduite à la frontière, il dispose, qu'à la demande de l'autorité consulaire, la mise à exécution d'une telle mesure ne peut intervenir qu'après un délai d'un jour franc suivant la notification de l'arrêté la concernant mais exclut la possibilité d'un recours préalable suspensif ; qu'il exclut également l'institution de la commission de séjour des étrangers prévue par l'article 18 bis de l'ordonnance ;

65. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine estiment que cet article méconnaît les droits de la défense et le droit de recours ; qu'en portant aux droits des habitants des collectivités concernées une atteinte discriminatoire, il constitue une violation du principe d'égalité devant la loi ; qu'en outre il méconnaît le principe constitutionnel de l'indivisibilité de la République et dépasse la portée des adaptations autorisées par l'article 73 de la Constitution ;

66. Considérant que les dispositions contestées maintiennent l'existence des garanties juridictionnelles de droit commun applicables aux mesures de police administrative lesquelles comportent la faculté d'assortir les pourvois de conclusions à fin de sursis à exécution ; qu'en ne prévoyant pas la consultation d'une commission non juridictionnelle, elles se bornent à aménager des procédures administratives ; que les modalités particulières qu'elles prévoient pour une durée limitée peuvent être justifiées par l'état des flux migratoires dans certaines zones concernées et l'existence de contraintes administratives liées à l'éloignement ou à l'insularité des collectivités en cause ; que dès lors l'article 30 ne méconnaît aucune disposition de la Constitution non plus qu'aucun principe à valeur constitutionnelle ;

- SUR LE DROIT AU REGROUPEMENT FAMILIAL :

67. Considérant que l'article 23 de la loi insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 des articles 29, 30 et 30 bis constituant un chapitre VI, intitulé : "Du regroupement familial" ; que l'article 29 prévoit les conditions dans lesquelles s'exerce le droit au regroupement familial pour le ressortissant étranger qui séjourne régulièrement en France depuis au moins deux ans ; qu'en particulier il énumère les cas dans lesquels le regroupement peut être refusé ; que son II fixe notamment les conditions dans lesquelles les agents de l'office des migrations internationales procèdent à des vérifications sur place ; que son III prévoit que les membres de la famille entrés régulièrement sur le territoire français au titre du regroupement familial reçoivent de plein droit un titre de séjour ; que si, lors de la demande de ce titre, les conditions du regroupement familial ne sont plus réunies, celui-ci peut être refusé ; que le IV prévoit des cas de refus de renouvellement ou de retrait du titre de séjour notamment lorsque son titulaire a fait venir un conjoint ou ses enfants en dehors du regroupement familial ; que l'article 30 fixe des limitations au bénéfice du regroupement familial s'agissant des étrangers polygames et prévoit le retrait du titre de séjour de ceux-ci lorsqu'ils ont fait venir auprès d'eux plus d'un conjoint ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux ;

68. Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, comme les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cet article méconnaît la compétence de l'autorité judiciaire pour garantir la liberté individuelle ainsi que le droit à mener une vie familiale normale prévu par le dixième alinéa du préambule de la

Constitution de 1946 ; que les sénateurs, auteurs de la première saisine, invoquent en outre une atteinte à l'inviolabilité du domicile du fait de l'intervention des agents de l'office des migrations internationales ; que les députés, auteurs de la seconde saisine, soutiennent pour leur part, que ces articles comportent une méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines et de proportionnalité des peines et des sanctions en ce qu'il autorise le retrait du titre de séjour de l'étranger qui ferait venir son conjoint ou ses enfants en dehors de la procédure de regroupement familial ; qu'en abandonnant au pouvoir réglementaire la fixation du délai de réalisation du regroupement familial au terme duquel l'autorisation préfectorale de regroupement devient caduque, le législateur a méconnu sa compétence ; qu'en outre les dispositions contestées méconnaissent le principe d'égalité en excluant les étudiants étrangers du bénéfice du regroupement familial et en refusant la prise en compte des allocations familiales dans le montant des ressources autorisant le regroupement familial alors qu'elles sont incluses dans celles des nationaux lorsqu'un calcul de ressources est exigé par la loi ;

69. Considérant que le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 dispose que : "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" ;

70. Considérant qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle ; qu'il incombe au législateur tout en assurant la conciliation de telles exigences, de respecter ce droit ;

71. Considérant en premier lieu que pour l'ouverture du droit au regroupement familial le législateur a exigé une durée de séjour préalable et régulier en France de deux années ; qu'il importe que la demande de regroupement puisse être formulée avant l'expiration de ce délai pour que ce droit soit effectivement susceptible d'être ouvert à son terme ; que sous cette réserve d'interprétation, cette condition est conforme à la Constitution ;

72. Considérant en deuxième lieu que le regroupement familial prévu par les dispositions contestées ne concerne que les étrangers ; que dès lors le grief tiré d'une rupture du principe d'égalité entre étrangers et nationaux au regard des ressources prises en compte ne saurait qu'être écarté ;

73. Considérant en troisième lieu que dès lors que le législateur a prévu qu'un regroupement partiel pouvait être autorisé pour des motifs tenant à l'intérêt des enfants, il doit être nécessairement admis qu'à cette fin une demande de regroupement partiel pourrait être présentée ; que ce n'est que sous cette réserve d'interprétation que la règle selon laquelle de façon générale l'exercice du droit au regroupement familial concerne la famille dans son ensemble est conforme à la Constitution ;

74. Considérant en quatrième lieu que l'exclusion de tout regroupement familial au bénéfice des étrangers qui au moment où ils formulent leur demande résident en France en qualité d'étudiant n'est pas justifiée, au regard du caractère général que le Préambule de la Constitution de 1946 confère au droit au regroupement familial, par une différence par rapport à la situation des autres demandeurs potentiels ; que par suite l'alinéa aux termes duquel "Les étrangers séjournant en France sous le couvert d'un titre de séjour portant la mention "étudiant" ne peuvent bénéficier du regroupement familial" est contraire à la Constitution ;

75. Considérant en cinquième lieu que le délai de deux années imposé à tout étranger pour faire venir son nouveau conjoint après dissolution ou annulation d'un précédent mariage dans le cadre du regroupement familial méconnaît le droit de mener une vie familiale normale ; que par suite est contraire à la Constitution l'alinéa aux termes duquel "Lorsque le mariage entre un étranger résidant en France et son conjoint qui a été admis au séjour comme membre de la famille a été dissous ou annulé au terme d'une procédure juridique, cet étranger ne peut faire venir auprès de lui un nouveau conjoint au titre du regroupement familial qu'après un délai de deux ans à compter de la dissolution ou de l'annulation du mariage" ;

76. Considérant en sixième lieu que lorsque le représentant de l'Etat dans le département prescrit en vertu des dispositions contestées une visite du logement par des agents de l'office des migrations internationales, la prise en compte d'un éventuel refus de l'occupant pour présumer que les conditions relatives à ce logement ne sont pas remplies doit résulter d'une manifestation non équivoque de volonté ;

77. Considérant en septième lieu que les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie ; que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraires à la Constitution ;

78. Considérant en huitième lieu qu'en vue du respect des conditions du regroupement familial, il était loisible au législateur de prescrire le retrait de son titre de séjour à l'étranger dont le comportement fait apparaître qu'il a refusé de se conformer à ces conditions et de prévoir que si ces conditions ne sont plus remplies au moment de la demande du titre de séjour, ce dernier peut être refusé ;

79. Considérant en neuvième lieu que le législateur pouvait sans méconnaître sa compétence renvoyer à un décret en Conseil d'Etat la détermination d'un délai au terme duquel l'autorisation donnée au regroupement familial deviendrait caduque ;

80. Considérant qu'à l'exception des dispositions déclarées ci-dessus contraires à la Constitution et sous la réserve des interprétations sus-mentionnées, l'article 23 de la loi ne méconnaît aucun principe ni règle de valeur

constitutionnelle ;

- SUR LE DROIT D'ASILE :

81. Considérant que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 dispose par son quatrième alinéa : "Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République" ; que si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle ; que s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 24 :

82. Considérant que l'article 24 insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un Chapitre VII intitulé "Des demandeurs d'asile" qui comporte cinq articles, 31, 31 bis, 32, 32 bis et 32 ter ; qu'il fixe les conditions dans lesquelles l'admission en France d'un demandeur d'asile peut être refusée et les modalités selon lesquelles, lorsqu'un tel refus n'est pas opposé, un titre de séjour est délivré à l'intéressé et peut, le cas échéant, lui être retiré ou ne pas être renouvelé ; qu'il détermine les garanties relatives au maintien sur le territoire français de l'intéressé tant que la qualité de réfugié ne lui a pas été reconnue ;

83. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cet article porte atteinte aux garanties légales du droit d'asile, principe de caractère constitutionnel, en ce qu'il permet le refus de l'asile en vertu des stipulations des Conventions de Schengen et de Dublin ou d'autres conventions à venir de même contenu alors que le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 n'autorise nullement cette importante restriction ; que cet article conduit les préfets à empiéter sur les compétences de l'office français de protection des réfugiés et apatrides et de la Commission des recours ; qu'il refuse au demandeur d'asile non admis au séjour qui s'est heurté à un refus de l'office le droit de se maintenir sur le territoire national jusqu'à ce que la Commission des recours ait statué sur son cas ; que ces dispositions constituent en outre des violations des principes des droits de la défense et du droit au recours ;

84. Considérant que le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ; que sous réserve de la conciliation de cette exigence avec la sauvegarde de l'ordre public, l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel ;

85. Considérant en premier lieu que l'article 31 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 permet de refuser l'admission en France d'un demandeur d'asile dans différents cas "sous réserve du respect des dispositions de l'article 33 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951..., modifiée par le protocole de New-York du 31 janvier 1967" ; que cette réserve doit s'entendre comme concernant l'ensemble des stipulations de cette convention susceptibles d'être appliquées ; qu'à défaut, la loi méconnaîtrait les dispositions de l'article 55 de la Constitution ; que sous cette réserve d'interprétation ladite disposition n'est pas contraire à la Constitution ;

86. Considérant en deuxième lieu que l'article 31 bis de l'ordonnance précitée énumère quatre cas dans lesquels l'admission au séjour d'un demandeur d'asile peut être refusée ; que le premier cas, visé au 1° de cet article, concerne l'examen d'une demande d'asile qui "relève de la compétence d'un autre Etat, en application des stipulations de la Convention de Dublin du 15 juin 1990 relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un Etat membre des Communautés européennes, ou du chapitre VII du titre II de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, ou d'engagements identiques à ceux prévus par la Convention de Dublin souscrits avec d'autres Etats conformément à la déclaration annexée au procès-verbal de la conférence de signature de la convention du 15 juin 1990, à compter de leur entrée en vigueur" ; que cet article dispose par ailleurs que lorsque l'admission au séjour a été refusée dans ce cas, le demandeur d'asile ne peut saisir l'office français de protection des réfugiés et apatrides d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié ; qu'en privant ainsi les étrangers concernés de faire valoir leur droit, le législateur a méconnu les principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés ; qu'ainsi, dès lors qu'ils comportent cette restriction, les mots "pour l'un des motifs visés aux 2° à 4° du présent article" qui figurent au dernier alinéa de l'article 31 bis de l'ordonnance sont contraires à la Constitution ;

87. Considérant en troisième lieu que dans les trois cas prévus par les 2° à 4° de l'article 31 bis, si l'autorité administrative peut s'opposer à l'admission au séjour des intéressés, ces derniers ont le droit, en vertu des dispositions de l'article 32 bis, de se maintenir sur le territoire français jusqu'à ce que l'office français de protection des réfugiés et apatrides leur notifie sa décision lorsque cette décision est une décision de rejet ; qu'au regard des exigences de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, le législateur pouvait, dès lors qu'il garantissait la possibilité d'un recours, prévoir que l'intéressé n'aurait pas droit à être maintenu pendant l'examen de ce recours sur le territoire français ; qu'ainsi les dispositions concernées ne méconnaissent pas le droit d'asile, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle ;

88. Considérant en quatrième lieu que le huitième alinéa du même article dispose que : "Les dispositions du présent article ne font pas obstacle au droit souverain de l'Etat d'accorder l'asile à toute personne qui se trouverait néanmoins dans l'un des cas mentionnés aux 1° à 4° du présent article" c'est-à-dire aux quatre cas de refus d'admission au séjour prévus par cet article ; que comme le Conseil constitutionnel l'a relevé par sa décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, la détermination d'un autre Etat responsable du traitement d'une demande d'asile en vertu d'une convention internationale n'est admissible que si cette convention réserve le droit de la France d'assurer, même dans ce cas, le traitement d'une demande d'asile en application des dispositions propres à son droit national ; que le quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 fait obligation aux autorités administratives et judiciaires françaises, de procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile qui relèvent de cet alinéa c'est-à-dire de ceux qui seraient persécutés pour leur action en faveur de la liberté ; que le respect de cette exigence suppose que les intéressés fassent l'objet d'une admission provisoire de séjour jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur cas ; que le droit souverain de l'Etat à l'égard d'autres parties contractantes à des conventions doit être entendu comme ayant été réservé par le législateur pour assurer le respect intégral de cette obligation ; que ce n'est que sous cette stricte réserve d'interprétation que la disposition sus-analysée peut être regardée comme conforme à la Constitution.

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 25 :

89. Considérant que l'article 25, qui insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un article 33, prévoit les cas dans lesquels un étranger non ressortissant d'un Etat de la Communauté économique européenne peut être, lorsque son séjour en France est irrégulier, remis aux autorités compétentes de l'Etat membre de la Communauté économique européenne qui l'a admis à entrer ou à séjourner sur son territoire ; qu'il dispose, au second alinéa de cet article 33, que la décision prise peut être exécutée d'office par l'administration après que l'étranger a été mis en mesure de présenter ses observations et de faire avertir son consulat, un conseil ou toute personne de son choix ;

90. Considérant que les sénateurs auteurs de la première saisine soutiennent que cet article est contraire à la Constitution en ce qu'il prive de garanties essentielles les droits de la défense des étrangers non ressortissants communautaires entrés en France à partir d'un autre Etat de la Communauté économique européenne ; que les députés auteurs de la seconde saisine estiment que cet article porte à la liberté individuelle des atteintes excessives eu égard aux nécessités de la protection de l'ordre public et font valoir qu'il méconnaît les droits de la défense et le droit au recours, en ce qu'il ne prévoit ni le respect de la procédure de reconduite à la frontière ni l'existence d'un recours suspensif ;

91. Considérant que les dispositions de cet article prévoient des mesures de police que le législateur peut déterminer eu égard à l'objectif de restriction des cas d'admission au séjour des étrangers en France qu'il s'est assigné ; que les intéressés ne sont pas dépourvus des garanties juridictionnelles de droit commun dont sont assorties les mesures de police prises par les autorités publiques en matière de police administrative ; que toutefois ces dispositions doivent s'entendre compte tenu de la réserve d'interprétation énoncée ci-dessus s'agissant des étrangers qui entendraient se prévaloir de l'application directe du quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 ; que sous cette réserve, l'article contesté ne méconnaît aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle ;

- EN CE QUI CONCERNE LES ARTICLES 45 ET 46 :

92. Considérant que les articles 45 et 46 prévoient notamment que l'office français de protection des réfugiés et apatrides et la Commission des recours ne sont pas compétents pour connaître de la demande présentée par un demandeur d'asile à l'égard duquel le représentant de l'Etat dans le département, ou à Paris, le préfet de police, fait application de la règle fixée au 1° de l'article 31 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, selon laquelle l'admission en France d'un demandeur d'asile peut être refusée si l'examen de la demande d'asile relève de la compétence d'un autre Etat en application de stipulations de conventions ou d'engagements internationaux ; que l'article 45 prévoit en outre que "l'office ne peut être saisi d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié qu'après que le représentant de l'Etat dans le département ou à Paris, le préfet de police, a enregistré la demande d'admission au séjour du demandeur d'asile" ;

93. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine invoquent à l'encontre des dispositions de ces articles une méconnaissance du droit d'asile ;

94. Considérant d'une part que la disposition précitée de l'article 45 doit s'entendre comme ne concernant que les étrangers qui ne seraient pas déjà titulaires, avant de se réclamer de la qualité de réfugié, d'un titre régulier de séjour ;

95. Considérant d'autre part que la circonstance, qu'en vertu de conventions internationales un refus d'admission au séjour serait opposé à des demandeurs d'asile ne saurait sans méconnaître les droits de la défense, les priver de la faculté de saisir de leur situation l'office de protection des réfugiés et apatrides et le cas échéant la Commission des recours ; que dès lors est contraire à la Constitution le dernier alinéa de l'article 45 aux termes duquel "L'office n'est pas compétent pour connaître de la demande présentée par un demandeur d'asile à l'égard duquel le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le Préfet de police, fait application du 1° de l'article 31 bis de cette ordonnance" ainsi que l'article 46 de la loi déferée ;

- SUR LE RESPECT DE PRINCIPES ESSENTIELS DE LA LIBERTE INDIVIDUELLE :

. En ce qui concerne l'article 27 :

96. Considérant que cet article modifie les conditions dans lesquelles un étranger peut être maintenu dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ ; qu'il prévoit que cette rétention peut avoir lieu s'il y a "nécessité" et non plus "nécessité absolue" ; qu'il confère à l'autorité judiciaire, lorsqu'un délai de vingt-quatre heures s'est écoulé, le soin de prononcer la prolongation du maintien en rétention, sans plus exiger que cette mesure ne puisse intervenir qu'"à titre exceptionnel", restriction qui concernerait désormais l'assignation à résidence laquelle était prévue auparavant à titre principal ; que le III de cet article prévoit que le délai de la rétention peut être prorogé de 72 heures par ordonnance du président du Tribunal de grande instance ou d'un magistrat du siège désigné par lui, lorsque l'étranger n'a pas présenté à l'autorité compétente de document de voyage permettant l'exécution d'un arrêté d'expulsion ou d'une reconduite à la frontière ;

97. Considérant que les sénateurs et les députés font valoir que les dispositions de cet article privent de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel sans les remplacer par des garanties équivalentes ;

98. Considérant qu'il est loisible au législateur de modifier les cas dans lesquels une mesure de rétention peut être imposée à un étranger qui doit quitter le territoire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ, à condition qu'il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que cette rétention ne peut intervenir que dans des cas et sous des formes et conditions strictement définis par lui, sous le contrôle du juge et dans le respect des droits de la défense ;

99. Considérant qu'en prévoyant que cette mesure intervient, s'il y a nécessité, dans des cas limitativement énoncés, sans priver l'autorité judiciaire de la possibilité d'interrompre la prolongation du maintien en rétention, le législateur n'a méconnu aucune exigence de caractère constitutionnel ;

100. Considérant, en revanche, qu'une telle mesure de rétention, même placée sous le contrôle du juge, ne saurait, sauf urgence absolue et menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, être prolongée sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution ; qu'en étendant à tous les étrangers qui ont fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière, dès lors qu'ils n'ont pas présenté de documents de voyage, la possibilité de les retenir pendant trois jours supplémentaires, dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, le III de l'article 27 de la loi a méconnu la Constitution ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 29 :

101. Considérant que l'article 29 insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un article 36 qui dispose, en son premier alinéa, que tout étranger résidant en France peut quitter librement le territoire national ; que le second alinéa de l'article 36 prévoit que toutefois les ressortissants d'Etats n'appartenant pas à la Communauté économique européenne peuvent être tenus de déclarer leur intention de quitter le territoire français et de produire à cet effet un visa de sortie, lorsque cette déclaration est nécessaire à la sécurité nationale ;

102. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine estiment que cet article crée un régime d'autorisation incompatible avec la liberté d'aller et de venir et avec le droit de quitter le territoire national ;

103. Considérant qu'il revient au législateur d'assurer la conciliation qui doit être opérée entre d'une part la liberté d'aller et venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter, et la protection de la sécurité nationale, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle ;

104. Considérant qu'en conférant à l'autorité administrative la faculté d'imposer une déclaration préalable à la sortie du territoire à certaines catégories d'étrangers, pour les besoins de la protection de la sécurité nationale, le législateur n'a pas subordonné le fait de quitter le territoire français à une exigence d'autorisation préalable ; qu'en effet, la délivrance du visa de sortie par l'autorité administrative ne permet pas à celle-ci d'exercer une appréciation quant à l'opportunité du déplacement envisagé par l'étranger ; que la déclaration préalable effectuée doit entraîner la délivrance de ce visa justifiant de l'accomplissement de la formalité exigible ; que, sous ces réserves d'interprétation, l'article 29 de la loi n'apporte pas à la liberté d'aller et venir une gêne excessive ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 31 :

105. Considérant que l'article 31 de la loi qui est applicable aux nationaux comme aux étrangers modifie les dispositions du code civil relatives au mariage en y insérant plusieurs articles nouveaux ; qu'il prévoit notamment que lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé que dans un but autre que l'union matrimoniale, l'officier de l'état civil saisit le procureur de la République et que ce dernier peut décider qu'il sera sursis pour une durée ne pouvant excéder trois mois à la célébration du mariage ;

106. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine allèguent que cet article crée une sanction manifestement disproportionnée par rapport aux faits qui l'entraînent, "dont il n'est au surplus même pas certain qu'ils soient établis", méconnaît le droit à exercer un recours et qu'il porte en outre atteinte à la liberté du mariage et au respect de la vie privée ;

107. Considérant que l'article 175-2 du code civil tel qu'il est inséré dans ce code par le III de l'article 31 fait obligation à l'officier d'état civil de saisir le procureur de la République lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé que dans un but autre que l'union matrimoniale ; que le procureur de la République dispose d'un délai de quinze jours durant lequel il peut décider qu'il sera sursis à la célébration du mariage pour une durée pouvant aller jusqu'à trois mois, sans que sa décision soit assortie d'une voie de recours ; qu'en subordonnant la célébration du mariage à de telles conditions préalables, ces dispositions méconnaissent le

principe de la liberté du mariage qui est une des composantes de la liberté individuelle ; que dès lors que celles-ci ne sont pas séparables des autres dispositions de l'article 175-2 du code civil, cet article doit être regardé dans son ensemble comme contraire à la Constitution ;

- EN CE QUI CONCERNE LES ARTICLES 33, 35, 43 et 44 :

108. Considérant que ces dispositions permettent à l'autorité judiciaire de prononcer des interdictions du territoire à l'encontre de catégories d'étrangers reconnus coupables de certaines infractions alors que les étrangers concernés ne pouvaient jusqu'à présent être frappés d'une telle peine ;

109. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font grief à ces dispositions de comporter des atteintes excessives à la liberté individuelle et de ne pas préciser suffisamment la gravité de l'infraction qui permettrait à un tribunal de prononcer à l'encontre d'un étranger une interdiction du territoire français ;

110. Considérant que la mise en oeuvre des dispositions contestées est placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire à qui il revient d'assortir sa décision d'une motivation spéciale au regard de la gravité de l'infraction ; qu'ainsi, la faculté ménagée par le législateur ne méconnaît pas le principe de la légalité des peines et ne porte pas à la liberté individuelle une atteinte excessive ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 34 :

111. Considérant que les I, II et IV de cet article prévoient que lorsqu'un étranger est reconnu coupable par un tribunal d'une infraction prévue au deuxième alinéa de l'article 27 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 du fait de n'avoir pas présenté à l'autorité administrative compétente les documents de voyage permettant l'exécution d'une mesure de refus d'entrée sur le territoire français, de reconduite à la frontière ou d'expulsion, le tribunal peut ajourner le prononcé de la peine en plaçant le prévenu, par ordonnance, sous le régime dit de la rétention judiciaire pour une durée de trois mois au plus en lui enjoignant de présenter à l'autorité administrative ses documents de voyage ; que cette mesure implique le maintien dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire ; que si l'étranger se soumet à l'injonction qui lui a été faite, le procureur de la République saisit, avant expiration du délai d'ajournement, le tribunal, soit d'office, soit sur demande du prévenu, afin qu'il soit statué sur la peine ; qu'il peut aussi saisir le tribunal sur demande de l'autorité administrative ;

112. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine soutiennent que ces dispositions, constituant un détournement de procédure, "la forme judiciaire étant utilisée dans un but de police administrative", privent de garanties légales les exigences constitutionnelles du respect de la liberté individuelle et les principes découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme ;

113. Considérant qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution : "Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi";

114. Considérant que la rétention judiciaire n'est pas une peine ; que, s'agissant d'une mesure aboutissant à priver totalement une personne de sa liberté pendant une période déterminée dans le cours d'un procès pénal, elle ne saurait être assortie de garanties moindres que celles assurées aux personnes placées en détention provisoire ; que, dès lors, la disposition contestée ne satisfait pas aux garanties légales de la liberté individuelle ; qu'ainsi les I, II et IV de l'article 34 de la loi sont contraires à la Constitution ;

- SUR LES DROITS SOCIAUX DES ETRANGERS :

. EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 36 :

115. Considérant que cet article modifie différentes dispositions du code de la sécurité sociale ; que par son I, il subordonne l'affiliation à un régime obligatoire de sécurité sociale à l'existence d'une situation régulière au regard de la législation sur le séjour et le travail des étrangers ou de la détention d'un récépissé de demande de renouvellement de titre de séjour ; qu'il prévoit qu'en cas de méconnaissance du respect de ces conditions, les cotisations restent dues, et que les organismes chargés de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale sont tenus de vérifier la régularité de la situation des assurés étrangers, lors de l'affiliation et de manière périodique ; que le II de cet article subordonne l'attribution d'avantages d'invalidité et de vieillesse à toute personne de nationalité étrangère, à la régularité de son séjour ; que le III comporte en ce qui concerne le droit aux prestations d'assurance maladie, maternité et décès, la même règle à laquelle n'est prévue qu'une exception au bénéfice des mineurs dès lors que la personne du chef de laquelle ils tiennent leurs droits est elle-même en situation régulière ; que par cette disposition, le législateur n'a pas entendu exclure les personnes concernées ni leurs ayants-droit du bénéfice de l'application du délai de prolongation automatique d'exercice des droits à prestations prévu par l'article L. 161-8 du code de sécurité sociale ;

116. Considérant que les dispositions de l'article 36 doivent en outre être combinées avec celles de l'article 48 qui, sauf en ce qui concerne les avantages d'invalidité, préservent les droits à prestations ouverts à toute personne de nationalité étrangère à raison de cotisations versées avant l'entrée en vigueur de la loi ; que la législature, en posant une condition de régularité du séjour pour la liquidation des avantages en matière d'invalidité et de vieillesse, que ceux-ci aient été régulièrement acquis après l'entrée en vigueur de la loi ou régularisés en vertu dudit article 48, a entendu que l'autorité administrative accorde, sous réserve des exigences de l'ordre public, aux étrangers qui solliciteraient leur entrée sur le territoire français pour obtenir cette liquidation, un titre de séjour dont la durée est de nature à permettre effectivement celle-ci ;

117. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine allèguent à l'encontre de ces dispositions une

méconnaissance du respect de la liberté individuelle, une rupture du principe d'égalité et une atteinte au droit à la vie privée, lequel aurait, selon eux, le caractère d'un principe à valeur constitutionnelle ; qu'ils font valoir en outre que cet article organise l'enrichissement sans cause des caisses de sécurité sociale ;

118. Considérant que les étrangers qui résident et travaillent régulièrement sur le territoire français et ceux qui ne satisfont pas aux mêmes conditions de régularité ne sont pas dans la même situation au regard de l'objet de la loi ; qu'au regard de cet objet, les nationaux et les étrangers sont également placés dans des situations différentes ; que dès lors le grief tiré d'une rupture du principe d'égalité doit être écarté ;

119. Considérant que les cotisations versées aux régimes obligatoires de sécurité sociale qui résultent de l'affiliation à ces régimes constituent des versements à caractère obligatoire de la part des employeurs comme des assurés ; que ces cotisations ouvrent vocation à des droits aux prestations et avantages servis par ces régimes ;

120. Considérant qu'en édictant des conditions de régularité du séjour et du travail, le législateur a pu, sans méconnaître aucun principe de valeur constitutionnelle, en tirer les conséquences qu'il a déterminées au regard des droits à prestations d'assurance-maladie, maternité et décès et au regard de la liquidation en France d'un avantage d'invalidité et de vieillesse ;

121. Considérant enfin qu'en prévoyant que les organismes chargés de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale pourront avoir accès aux fichiers de l'Etat pour vérifier que les assurés étrangers satisfont aux conditions de régularité de leur situation en France, le législateur a explicitement entendu assurer l'application des dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 38 :

122. Considérant que l'article 38 de la loi qui modifie l'article 186 du code de la famille et de l'aide sociale fixe les conditions dans lesquelles les étrangers ont droit à bénéficier de certaines formes d'aide sociale ;

123. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que les dispositions de cet article méconnaissent les prescriptions du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ;

124. Considérant qu'aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, la Nation "garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence" ;

125. Considérant qu'il incombe, tant au législateur qu'au Gouvernement, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes proclamés par le onzième alinéa du Préambule, les modalités de leur mise en oeuvre ;

126. Considérant d'une part que le législateur a prévu au bénéfice des personnes de nationalité étrangère, les prestations d'aide sociale à l'enfance, l'aide sociale en cas d'admission dans un centre d'hébergement et de réadaptation sociale, l'aide médicale en cas de soins dispensés par un établissement de santé ou de prescriptions ordonnées à cette occasion, y compris en cas de consultation externe, l'aide médicale à domicile à condition que les intéressés justifient soit de la régularité de leur séjour en France, soit d'une résidence ininterrompue en France métropolitaine depuis au moins trois ans, des allocations aux personnes âgées à condition que les intéressés justifient d'une résidence ininterrompue en France métropolitaine depuis au moins quinze ans avant l'âge de soixante-dix ans ;

127. Considérant d'autre part que le législateur a subordonné le bénéfice des autres formes d'aide sociale à la régularité du séjour des personnes concernées ; que toutefois il a confié au ministre chargé de l'action sociale la responsabilité de déroger à cette règle générale ainsi qu'à la condition de résidence prévue s'agissant de l'aide médicale à domicile pour tenir compte de circonstances exceptionnelles ; que cette disposition doit être entendue comme destinée à assurer la mise en oeuvre effective des principes énoncés par les dispositions précitées du Préambule de la Constitution de 1946 ; que sous cette réserve d'interprétation, les dispositions contestées ne sont pas contraires à la Constitution ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 40 :

128. Considérant que l'article 40 insère dans le code de la construction et de l'habitation une disposition aux termes de laquelle l'aide personnalisée au logement n'est pas due aux étrangers qui ne justifient pas de la régularité de leur séjour en France ;

129. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine soutiennent que cette restriction serait contraire aux dispositions du onzième alinéa précité du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

130. Considérant qu'eu égard à la nature de la prestation concernée et en l'état de la législation relative à l'aide sociale, la restriction introduite par le législateur n'est pas susceptible de méconnaître les exigences constitutionnelles posées par les dispositions sus-rappelées ; que dès lors le grief invoqué doit être écarté ;

- EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 41 :

131. Considérant que l'article 41 insère dans le code du travail une disposition qui assure que l'inscription à l'Agence nationale pour l'emploi est subordonnée à la régularité de la situation des étrangers au regard des législations du séjour et du travail ; qu'elle autorise cet établissement à avoir accès à cette fin aux fichiers des services de l'Etat ;

132. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine soutiennent que cette disposition méconnaît le principe d'égalité entre nationaux et étrangers, et porte atteinte au respect de la vie privée qui, selon eux, constituerait un principe de valeur constitutionnelle ;

133. Considérant qu'en égard à l'objet de la loi les nationaux et les étrangers sont placés dans des situations différentes et que le législateur a explicitement entendu assurer l'application des dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; que dès lors les griefs invoqués ne sauraient qu'être écartés ;

134. Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office des questions de conformité à la Constitution s'agissant des autres dispositions de la loi soumises à son examen ;

Décide :

Article premier :

Sont contraires à la Constitution :

le II de l'article 14 ;

à l'article 23, les mots : " Les étrangers séjournant en France sous le couvert d'un titre de séjour portant la mention " étudiant " ne peuvent bénéficier du regroupement familial ", et les mots : " Lorsque le mariage entre un étranger résidant en France et son conjoint qui a été admis au séjour comme membre de la famille a été dissous ou annulé au terme d'une procédure juridique, cet étranger ne peut faire venir auprès de lui un nouveau conjoint au titre du regroupement familial qu'après un délai de deux ans à compter de la dissolution ou de l'annulation du mariage " ;

à l'article 24, au dernier alinéa de l'article 31 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, les mots : " pour l'un des motifs visés au 2° à 4° du présent article " ;

le III de l'article 27 ;

au III de l'article 31, l'article 175-2 du code civil ;

les I, II et IV de l'article 34 ;

à l'article 45, le dernier alinéa ;

l'article 46.

Article 2 :

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

Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

Recueil, p. 224

Copyright © 2008 - Conseil Constitutionnel - Tous droits réservés



[Vous êtes ici](#) > [Accueil](#) > [Les décisions](#) > [Depuis 1958](#) > [Décisions par date](#) > 1981 > 80-127 DC

Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981

Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes

Le Conseil constitutionnel,

Saisi : Le 20 décembre 1980, par MM Raymond Forni, Alain Richard, René Gaillard, Pierre Forgues, Christian Nucci, Martin Malvy, Raoul Bayou, Jean-Yves Le Drian, Louis Mexandeau, Guy Bêche, Pierre Guidoni, Louis Darinot, Roland Haguet, Noël Ravassard, Michel Crépeau, René Souchon, Alain Bonnet, Pierre Garmendia, Pierre Lagorce, Georges Fillioud, François Autain, Jean Laborde, André Chandernagor, Jean-Pierre Chevènement, Charles Pistre, Maurice Brugnon, Claude Wilquin, Gérard Houteer, André Delelis, Lucien Pignion, Henri Emmanuelli, Joseph Franceschi, Mme Edwige Avice, MM Raymond Julien, Hubert Dubedout, Alain Chénard, Claude Evin, Michel Suchod, Jean-Pierre Cot, Edmond Vacant, Christian Laurissegues, André Billardon, Jean Laurain, André Laurent, Maurice Andrieu, Bernard Derosier, Christian Pierret, Pierre Mauroy, Roland Beix, Jean Auroux, Maurice Pourchon, Mme Marie Jacq, MM Louis Le Pensec, Charles Hernu, André Delehedde, Pierre Jagoret, Gaston Defferre, Jean-Pierre Pénicaut, Philippe Marchand, Robert Aumont, François Massot, André Cellard, Michel Rocard, députés.

Le 22 décembre 1980, par MM Maurice Andrieux, Gustave Ansart, Robert Ballanger, Paul Balmigère, Mme Myriam Barbera, MM Jean Bardol, Jean-Jacques Barthe, Alain Bocquet, Gérard Bordu, Daniel Boulay, Irénée Bourgois, Jacques Brunhes, Georges Bustin, Henry Canacos, Jacques Chaminade, Mmes Angèle Chavatte, Jacqueline Chonavel, M Roger Combrisson, Mme Hélène Constans, MM Michel Couillet, César Depietri, Bernard Deschamps, Guy Ducloné, André Duroméa, Lucien Dutard, Charles Fiterman, Mmes Paulette Fost, Jacqueline Fraysse-Cazalis, MM Dominique Frelaut, Edmond Garcin, Marceau Gauthier, Pierre Girardot, Mme Colette Goeuriot, MM Pierre Goldberg, Georges Gosnat, Roger Gouhier, Mme Marie-Thérèse Goutmann, MM Maxime Gremetz, Georges Hage, Guy Hermier, Mme Adrienne Horvath, MM Marcel Houël, Parfait Jans, Jean Jarosz, Emile Jourdan, Jacques Jouve, Pierre Juquin, Maxime Kalinsky, André Lajoinie, Paul Laurent, Georges Lazzarino, Mme Chantal Leblanc, MM Joseph Legrand, Alain Léger, François Leizour, Daniel Le Meur, Raymond Maillet, Louis Maisonnat, Georges Marchais, Fernand Marin, Albert Maton, Gilbert Millet, Robert Montdargent, Mme Gisèle Moreau, MM Maurice Nilès, Louis Odru, Antoine Porcu, Vincent Porelli, Mmes Jeanine Porte, Colette Privat, MM Roland Renard, René Rieubon, Marcel Rigout, Hubert Ruffe, André Soury, Marcel Tassy, André Tourné, Théo Vial-Massat, Lucien Villa, René Visse, Robert Vizet, Claude Wargnies, députés.

Le 24 décembre 1980, par M Antoine Andrieux, Mlle Irma Rapuzzi, MM Charles Bonifay, Fernand Tardy, Philippe Madrelle, Michel Manet, Jacques Bialsky, Marcel Vidal, Jean Peyrafitte, Raymond Courrière, Marc Boeuf, Albert Pen, Michel Dreyfus-Schmidt, Gérard Minvielle, Bernard Parmantier, Jean Geoffroy, Jacques Carat, Robert Laucournet, Mme Cécile Goldet, MM Raymond Tarcy, Robert Guillaume, Noël Berrier, Georges Dagonia, Lucien Delmas, Paul Mistral, Emile Durieux, Germain Authié, Léon Eeckhoutte, Jules Faigt, Pierre Noé, Roger Quilliot, André Barroux, Robert Pontillon, Tony Larue, Michel Moreigne, Robert Schwint, Franck Sérusclat, Jean Varlet, Claude Fuzier, Roland Grimaldi, Gérard Gaud, André Lejeune, Raymond Courteau, Pierre Matraja, Gérard Delfau, Guy Durbec, André Rouvière, Gérard Roujas, Henri Duffaut, René Regnault, Maurice Janetti, Maurice Pic, André Méric, Georges Spénale, Edgar Tailhades, Philippe Machefer, Louis Perrein, Marcel Mathy, Gilbert Belin, Félix Ciccolini, Roger Rinchet, Louis Longuequeue, sénateurs, dans les conditions prévues à l'article 61, deuxième alinéa, de la Constitution, du texte de la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, telle qu'elle a été adoptée par le Parlement.

Vu la Constitution ;

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

Oùï le rapporteur en son rapport ;

Sur la conformité à la Constitution de la procédure législative :

1. Considérant qu'aux termes de l'article 45 de la Constitution : Tout projet ou proposition de loi est examiné

successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique. Lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux assemblées, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté après deux lectures par chaque assemblée ou, si le Gouvernement a déclaré l'urgence, après une seule lecture par chacune d'entre elles, le Premier ministre a la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion .

2. Considérant qu'il résulte des termes de cet article que la commission mixte paritaire ne peut proposer un texte que si celui-ci porte sur des dispositions restant en discussion, c'est-à-dire qui n'ont pas été adoptées dans les mêmes termes par l'une et l'autre assemblée sans qu'il soit nécessaire, au surplus, que ces dispositions aient été introduites avant la dernière lecture devant l'assemblée saisie en second ; qu'ainsi il ne saurait être reproché à la commission mixte paritaire d'avoir proposé des textes sur des dispositions ne figurant pas parmi celles discutées par l'Assemblée nationale saisie en premier du projet de loi déclaré d'urgence et dont le vote par le Sénat résultait de l'exercice normal de la fonction législative et du droit d'amendement.

3. Considérant que les dispositions des règlements des assemblées parlementaires n'ont pas valeur constitutionnelle ; que, dès lors, les auteurs des saisines ne sauraient utilement contester devant le Conseil constitutionnel l'interprétation donnée à certaines dispositions du règlement de l'Assemblée nationale au cours de la première séance du 18 décembre 1980, lors de la discussion des propositions de la commission mixte paritaire, alors qu'une telle interprétation n'est contraire à aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ;

4. Considérant qu'ainsi la loi a été délibérée et votée selon une procédure conforme à la Constitution ;

Sur le titre Ier (art. 2 à 37) de la loi :

5. Considérant que le titre Ier de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel énonce diverses dispositions de droit pénal relatives aux atteintes à la sécurité des personnes et des biens ; que, s'il comporte certains adoucissements des peines prévues par les lois antérieures, il édicte principalement des dispositions tendant à une répression plus sévère des actes de violence les plus graves envers les personnes et les biens ; qu'à cette fin, s'agissant de telles atteintes, il modifie les conditions de la récidive, limite les effets des circonstances atténuantes ainsi que les conditions d'octroi du sursis, retient certaines causes d'aggravation des peines, modifie les définitions de certaines infractions et les peines encourues par leurs auteurs ainsi que certaines dispositions antérieures relatives à l'exécution des peines.

6. Considérant que, selon les auteurs des diverses saisines, l'ensemble de ces dispositions aggravant la répression des atteintes à la sécurité des personnes et des biens et, en tout cas, certaines d'entre elles, seraient contraires à des principes ou à des règles de valeur constitutionnelle, à savoir le principe de la légalité des délits et des peines, le principe selon lequel la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, le principe de l'individualisation des peines, le droit de grève et le droit syndical ;

En ce qui concerne le principe de la légalité des délits et des peines :

7. Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; qu'il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ;

8. Considérant que, si les articles 16 et 17 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel donnent de nouvelles définitions des délits de menaces, leurs dispositions ne sont ni obscures ni imprécises ; que le terme de menace , déjà employé par le code pénal, a une acception juridique certaine ; que les divers autres éléments constitutifs des infractions visées par ces textes sont énoncés sans ambiguïté, notamment en ce qui concerne l'objet des menaces, leur caractère conditionnel ou inconditionnel, les personnes à qui elles sont adressées ; que l'emploi du terme par quelque moyen que ce soit qui tend à viser tous les modes d'expression des menaces n'introduit aucun élément d'incertitude dans la définition des infractions.

9. Considérant que l'article 24 de la loi tend à remplacer les articles 434 à 437 du code pénal et à définir diverses infractions consistant dans la destruction ou la détérioration volontaire par des moyens divers d'objets mobiliers ou de biens immobiliers ; que les termes détruit , détérioré , objets mobiliers , biens immobiliers ne sont ni obscurs ni imprécis ; que les distinctions faites en ce qui concerne tant les circonstances ou les moyens de destruction ou de détérioration que les personnes au préjudice desquelles sont commises ces destructions ou détériorations ne présentent pas d'ambiguïté ; que si, dans le nouvel article 434 du code pénal, le législateur exclut de la répression les détériorations légères , cette disposition, établie en faveur des auteurs d'actes sans gravité et qu'il appartiendra aux juridictions compétentes d'interpréter, ne tient pas en échec la règle selon laquelle nul ne peut être puni qu'en vertu de la loi.

10. Considérant qu'aucune des autres dispositions du titre Ier de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel n'est critiquée au nom du principe de la légalité des délits et des peines et ne peut davantage être regardée comme le méconnaissant ;

En ce qui concerne le principe selon lequel la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires :

11. Considérant que, selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ; que, selon les auteurs de deux des saisines, il appartiendrait au Conseil constitutionnel de censurer les dispositions du titre Ier de la loi soumise à son examen

qui autorisent ou imposent une répression, à leurs yeux excessive, soit par l'effet des peines attachées aux infractions, soit par l'aggravation des conditions de la récidive, soit par la limitation des effets des circonstances atténuantes, soit par la restriction des conditions d'octroi du sursis, soit par la modification des conditions d'exécution des peines.

12. Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen.

13. Considérant que, dans le cadre de cette mission, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition du titre Ier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 ;

En ce qui concerne le principe de l'individualisation des peines :

14. Considérant que, selon les auteurs des saisines, la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel méconnaîtrait le principe de l'individualisation des peines ; qu'en effet, certaines des dispositions votées obligeraient le juge, à l'égard de certains prévenus ou accusés, soit à prononcer des peines dont le minimum est déterminé, soit à refuser automatiquement l'octroi de tout sursis et interdiraient au surplus aux autorités compétentes de recourir, au moins pendant un certain temps, à des modalités adoucies d'exécution des peines ; qu'ainsi il serait interdit, dans certains cas, de tenir compte des facteurs de nature individuelle et concrète permettant d'appliquer la loi pénale dans des termes adaptés à la personnalité du délinquant et de préparer la réinsertion de celui-ci dans la société ; qu'en raison de cette méconnaissance du principe de l'individualisation des peines les dispositions critiquées devraient, selon les auteurs des saisines, être déclarées non conformes à la Constitution, le principe de l'individualisation des peines devant être regardé comme impliqué par l'article 8 de la Déclaration de 1789 et comme constituant d'ailleurs un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

15. Considérant, d'une part, que, si aux termes de l'article 8 précité de la Déclaration de 1789 la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, cette disposition n'implique pas que la nécessité des peines doive être appréciée du seul point de vue de la personnalité du condamné et encore moins qu'à cette fin le juge doive être revêtu d'un pouvoir arbitraire que, précisément, l'article 8 de la Déclaration de 1789 a entendu proscrire et qui lui permettrait, à son gré, de faire échapper à la loi pénale, hors des cas d'irresponsabilité établis par celle-ci, des personnes convaincues de crimes ou de délits.

16. Considérant, d'autre part, que, si la législation française a fait une place importante à l'individualisation des peines, elle ne lui a jamais conféré le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale ; qu'ainsi, à supposer même que le principe de l'individualisation des peines puisse, dans ces limites, être regardé comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne saurait mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge ou aux autorités chargées de déterminer les modalités d'exécution des peines un large pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions ;

En ce qui concerne le droit de grève et le droit syndical :

17. Considérant que, selon les auteurs des saisines, les dispositions des articles 16, 17 et 30 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel porteraient atteinte à l'exercice du droit de grève et du droit syndical reconnus par la Constitution ;

18. Considérant, d'une part, que les articles 16 et 17 de la loi, remplaçant diverses dispositions du code pénal, sont relatifs aux diverses infractions de menaces ; que, comme il a été dit plus haut, les délits prévus et réprimés sont définis en termes ne comportant ni obscurité ni imprécision ; qu'aucune des infractions établies par les articles 16 et 17 de la loi n'est constituée s'il n'y a menace de commettre un crime ou un délit. que, dans ces conditions, il est exclu que l'application de ces dispositions puisse, en quoi que ce soit, empêcher ou gêner l'exercice légal du droit de grève ou du droit syndical ;

19. Considérant, d'autre part, que l'article 30 de la loi a pour objet d'insérer dans la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer un article 18-1 ainsi conçu : Quiconque, en vue d'entraver ou de gêner la circulation des véhicules, aura placé sur la voie un objet faisant obstacle à leur passage ou aura employé un moyen quelconque pour gêner ou entraver leur circulation sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 1.000 F à 30.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement .

20. Considérant que la répression des entraves ou des gênes à la circulation des chemins de fer résultant du dépôt d'un objet sur la voie n'est pas de nature à empêcher ou à gêner en quoi que ce soit l'exercice légal du droit de grève ou du droit syndical ;

21. Considérant que, si les peines prévues par le texte précité sont, en outre, applicables à quiconque, en vue d'entraver ou de gêner la circulation des véhicules ... aura employé un moyen quelconque pour gêner ou entraver leur circulation ... , ces dispositions, qui exigent une action positive de la part des auteurs des actes incriminés, ne sauraient viser les personnes exerçant légalement le droit de grève reconnu par la Constitution, même si la cessation de leur travail a pour effet de perturber ou de supprimer la circulation des véhicules ;

22. Considérant qu'ainsi, les dispositions des articles 2 à 37 formant le titre Ier de la loi soumise à l'examen du conseil constitutionnel ne sont pas contraires à la constitution ;

Sur le titre II (art. 38 à 80) de la loi :

En ce qui concerne l'article 39 de la loi relatif à la prolongation de la garde à vue en cas de certaines atteintes à la liberté des personnes ou de certains vols aggravés ;

23. Considérant que les auteurs des saisines font valoir à l'encontre de la conformité à la Constitution de l'article 39 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel le fait que la décision de prolongation de vingt-quatre heures de la garde à vue en cas de certaines atteintes à la liberté des personnes ou de certains vols aggravés peut être prise par un magistrat du siège n'ayant pas la qualité de juge d'instruction ; que, dans une pareille hypothèse, ce magistrat, ou bien statuera sans examen réel du dossier et donc sans apporter de garanties sérieuses à l'intéressé, ou bien, ayant procédé à un tel examen, se trouvera avoir préjugé la culpabilité de l'intéressé dans l'affaire dont il peut avoir à connaître comme président ou comme membre de la juridiction de jugement ; qu'enfin, la possibilité de prolonger de vingt-quatre heures le délai normal de garde à vue est inutile, les dispositions antérieures étant suffisantes pour les besoins de la recherche de la vérité même dans les cas visés par l'article 39.

24. Considérant que le champ d'application des dispositions critiquées, concerne des enquêtes portant sur des infractions déterminées appelant des recherches particulières, telles que l'arrestation, la détention ou la séquestration de personnes, la prise d'otages, l'enlèvement de mineurs, le vol aggravé par un port d'armes et commis par deux ou plusieurs personnes ;

25. Considérant que, si l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser, dans ces cas, la prolongation de la garde à vue, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'exige que ce magistrat ait la qualité de juge d'instruction ;

26. Considérant que le magistrat qui aura nécessairement dû examiner le dossier pour autoriser la prolongation de vingt-quatre heures de la garde à vue n'aura pas pour autant fait un acte d'instruction ni préjugé la culpabilité de l'intéressé.

27. Considérant, au surplus, que les dispositions des paragraphes II, III et V de l'article 39 de la loi relatives à la surveillance médicale de la personne gardée à vue, constituent des garanties supplémentaires au profit de celle-ci ;

28. Considérant, dès lors, que l'article 39 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel n'est pas contraire à la Constitution ;

En ce qui concerne les articles 47 à 52 relatifs à la procédure correctionnelle :

29. Considérant que, selon les auteurs des saisines, les articles 47 à 52 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel devraient être déclarés non conformes à la Constitution ; qu'en effet, en matière correctionnelle, ils permettent au procureur de la République, par une décision discrétionnaire, de saisir directement le tribunal sans information préalable confiée à un juge d'instruction et, ce, même en l'absence de flagrant délit et alors même que le prévenu pourrait faire l'objet d'un mandat de dépôt ; que le choix ainsi discrétionnairement ouvert au procureur de la République entre une procédure comportant une information préalable par le juge d'instruction et une procédure ne comportant pas une telle information préalable serait contraire tout à la fois au principe selon lequel seule la loi peut fixer la procédure pénale, aux droits de la défense et à l'égalité des personnes devant la justice ; qu'au surplus, constituerait également une méconnaissance des droits de la défense l'absence, dans les textes critiqués, de toute disposition prévoyant que la personne concernée pourra être assistée d'un avocat lors de sa comparution devant le procureur de la République et avant que celui-ci n'opte entre les diverses procédures possibles.

30. Considérant qu'en vertu de l'article 393 nouveau du code de procédure pénale, tel qu'il résulte de l'article 51 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, le procureur de la République peut, s'il estime qu'une information n'est pas nécessaire, procéder soit par voie de convocation du prévenu devant le tribunal par procès-verbal, soit par voie de saisine immédiate du tribunal, soit par voie de saisine préalable du président du tribunal ou d'un juge délégué par lui ;

31. Considérant que, si en vertu de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de l'article 34 de la Constitution, les règles de la procédure pénale sont fixées par la loi, il est loisible au législateur de prévoir des règles de procédure pénale différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que les différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées des garanties égales aux justiciables ;

32. Considérant que l'institution de la convocation par procès-verbal, celle de la saisine immédiate du tribunal et celle de la saisine préalable du président du tribunal ou du juge délégué par lui ont pour objet de permettre de saisir sans retard inutile la juridiction de jugement dans des affaires pour lesquelles une information n'est pas nécessaire ; que cet objet est conforme à la bonne marche de la justice et à la liberté des personnes susceptibles d'être provisoirement détenues.

33. Considérant que, si le pouvoir d'apprécier dans quelle mesure le recours à la procédure d'information confiée au juge d'instruction n'est pas nécessaire et d'user alors de l'une des procédures de saisine directe est attribué au procureur de la République, c'est en raison du fait que la charge de la poursuite et de la preuve lui incombe ; qu'un recours non pertinent du procureur de la République à l'une des procédures de saisine directe aurait nécessairement pour conséquence, en raison de la présomption d'innocence dont bénéficie le prévenu, soit la

- relaxe de celui-ci, soit la décision de la juridiction de jugement de procéder à un supplément d'information prévu par l'article 396, alinéa 2, du code de procédure pénale tel qu'il résulte de l'article 51 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ;
34. Considérant que, si l'article 393 nouveau précité du code de procédure pénale, tel qu'il résulte de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, ne prévoit pas que la personne déférée au procureur de la République puisse être assistée d'un avocat, c'est parce que ce magistrat qui ne dispose que du droit de décider par quelle voie il exerce sa poursuite est privé par la loi nouvelle du pouvoir de décerner un mandat de dépôt, même en cas de flagrant délit, un tel mandat ne pouvant être décerné que par un juge du siège.
35. Considérant que les dispositions des articles 397, 397-1, 397-2, 397-3, 397-4, 397-5 du code de procédure pénale tels qu'ils résultent de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel procurent au justiciable, en ce qui concerne sa liberté individuelle, les mêmes garanties que celles dont il bénéficierait devant le juge d'instruction ; qu'en effet, aucun mandat de dépôt ou mesure restreignant sa liberté ne peut émaner que d'un magistrat du siège ; que les voies de recours contre de telles décisions sont les mêmes que si celles-ci émanaient du juge d'instruction ; que les conditions auxquelles est subordonnée la possibilité de mandats de dépôt ou de mesures de contrôle judiciaire ne sont pas liées au choix par le procureur de la République de l'une des procédures de saisine directe.
36. Considérant qu'aux termes de l'article 397-6 du code de procédure pénale, tel qu'il résulte des dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, Dans tous les cas l'affaire doit être jugée au fond par le tribunal dans les deux mois. A défaut de jugement dans ce délai, les mesures de détention provisoire ou de contrôle judiciaire cessent de plein droit de produire effet, et le prévenu détenu, s'il ne l'est pour une autre cause, est mis d'office en liberté ;
37. Considérant que, quelle que soit l'option faite par le procureur de la République entre les diverses procédures de poursuites et sans égard au fait qu'il y a eu ou non une information préalable confiée à un juge d'instruction, le jugement de l'affaire au fond appartient à la même juridiction ; que celle-ci, éclairée au besoin par le supplément d'information qu'elle aura pu ordonner en toute hypothèse, doit statuer sur la culpabilité du prévenu, toujours présumé innocent, selon des règles de forme et de fond identiques ; qu'ainsi les dispositions dont il s'agit ne sont contraires ni aux droits de la défense ni à l'égalité devant la justice.
38. Considérant, enfin, qu'aux termes des dispositions de l'article 397-7 du code de procédure pénale, tel qu'il résulte de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, les dispositions des articles 393 à 397-6 ne sont applicables ni aux mineurs, ni en matière de délits de presse, de délits politiques ou d'infractions dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale ;
39. Considérant, dès lors, que les articles 47 à 52 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne sont pas contraires à la Constitution ;
- En ce qui concerne les articles 55 et 56 de la loi relatifs à la procédure criminelle :
40. Considérant que l'article 55 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est critiqué en tant que, soumettant le juge d'instruction à un contrôle général de la part du président de la chambre d'accusation, il serait contraire au principe de l'indépendance des juges du siège consacré par l'article 64 de la Constitution ;
41. Considérant que l'article 220 du code de procédure pénale charge le président de la chambre d'accusation de s'assurer du bon fonctionnement des cabinets d'instruction du ressort de la Cour d'appel, de vérifier, notamment, les conditions d'application des dispositions qui permettent au juge d'instruction, lorsqu'il est dans l'impossibilité de procéder lui-même aux actes de l'instruction autres que les interrogatoires et les confrontations de l'inculpé, de les faire exécuter par les officiers de police judiciaire ainsi que de celles qui lui imposent de vérifier les éléments d'information ainsi recueillis et, enfin, d'une façon générale, de veiller à ce que les procédures ne subissent aucun retard injustifié ; que l'article 55 de la loi ajoute à cet article 220 un second alinéa ainsi rédigé : Il peut à cet effet contrôler le cours des informations, demander des rapports sur l'état des affaires, convoquer les juges d'instruction, visiter leur cabinet et prendre connaissance des dossiers .
42. Considérant que les pouvoirs ainsi attribués au président de la chambre d'accusation pour l'application du premier alinéa de l'article 220 du code de procédure pénale sont simplement destinés à lui permettre de vérifier la mise en état des dossiers de façon à éviter tout retard injustifié dans l'information ;
43. Considérant que ce texte ne permet pas au président de la chambre d'accusation de guider le choix des décisions du juge d'instruction ni de les réformer et que, dès lors, les pouvoirs donnés à ce magistrat de la cour d'appel dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice par l'article 220 du code de procédure pénale tel qu'il est complété ne portent pas atteinte à l'indépendance du juge d'instruction ;
44. Considérant que, selon les auteurs des saisines, l'article 56 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, en instituant un contrôle de la nature hiérarchique du président de la chambre d'accusation ou de la chambre d'accusation elle-même sur le juge d'instruction, porterait également atteinte à l'indépendance de ce magistrat, garantie par l'article 64 de la Constitution ; qu'il priverait l'inculpé du bénéfice du double degré d'instruction qui est, en matière pénale, une application essentielle du principe du double degré de juridiction ; qu'il porterait gravement atteinte aux droits de la défense ; qu'ainsi, il devrait être déclaré non conforme à la Constitution.
45. Considérant que l'article 56 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ajoute au code de

procédure pénale des articles nouveaux 196-1 à 196-6 ; que l'article 196-1 est ainsi conçu : En matière criminelle, six mois au plus tôt après la première inculpation, le président de la chambre d'accusation peut, sur les réquisitions du ministère public, à la demande de l'inculpé ou de la partie civile ou d'office, déférer la procédure à ladite chambre. Si l'information n'est pas terminée à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la première inculpation, le dossier lui est obligatoirement transmis et il peut soit prescrire la continuation de l'instruction préparatoire, soit déférer la procédure à la chambre d'accusation. Dans tous les cas, il prend sa décision par une ordonnance non motivée et non susceptible de recours .

46. Considérant que les pouvoirs donnés au président de la chambre d'accusation par le nouvel article 196-1 du code de procédure pénale lui permettent de saisir cette chambre de la cour d'appel s'il estime qu'il y a lieu de prendre une mesure nécessaire pour éviter des retards non justifiés dans l'instruction d'un dossier, mais ne lui donnent en rien le moyen de guider le choix des décisions qu'il appartient au seul juge chargé de l'instruction de prendre ni celui de réformer ces décisions ; que la chambre d'accusation, lorsque la procédure lui a été déférée dans les cas prévus par l'article 196-1, peut, par décision motivée et après débat contradictoire, soit, sous le contrôle de la Cour de cassation, se déclarer incompétente ou dire qu'il n'y a pas lieu à poursuite, soit, sans que cet arrêt soit soumis à des voies de recours, ou bien décider que l'instruction sera poursuivie par le juge d'instruction précédemment saisi ou par un autre juge d'instruction, ou bien se saisir elle-même de la procédure ; que, dans le cas où l'arrêt désigne l'autorité compétente pour mener l'information, il n'est relatif qu'à une mesure d'administration judiciaire qui ne met en cause aucune des décisions prises par le juge d'instruction ; qu'ainsi l'indépendance de ce magistrat ne subit aucune atteinte du fait de la procédure qui permet seulement de garantir la diligence nécessaire dans l'instruction du dossier.

47. Considérant que le juge chargé de l'instruction à la suite de la mise en oeuvre de la procédure prévue par les articles 196-1 et 196-2 du code de procédure pénale, qu'il s'agisse du juge d'instruction qui continue son information, de celui qui aura été désigné par la chambre d'accusation ou du membre de cette chambre qui aura été chargé par elle de mettre l'affaire en état, statue dans les mêmes conditions et sous le contrôle des mêmes voies de recours que lors de l'instruction préparatoire ; que cette règle résulte spécialement de l'article 196-3 en ce qui concerne le cas où la chambre d'accusation se saisit de la procédure, le dernier alinéa de cet article précisant notamment que l'inculpé, la partie civile et leurs conseils jouissent de tous les droits et garanties prévus par les dispositions relatives à l'instruction préparatoire ; qu'ainsi la procédure critiquée ne permet aucune atteinte aux droits de la défense et notamment ne modifie en rien les conditions dans lesquelles s'exerce le contrôle de l'instruction en matière criminelle par la règle du double degré applicable aux décisions juridictionnelles ; que, dès lors, sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur l'éventuelle valeur constitutionnelle de ce dernier principe, il convient de déclarer que ladite procédure n'est pas contraire à la Constitution.

En ce qui concerne l'article 66 de la loi relatif à la discipline des avocats et à la police de l'audience :

48. Considérant que, selon les auteurs de l'une des saisines, l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel serait contraire aux droits de la défense ; qu'en effet, il permettrait au président de toute juridiction de l'ordre judiciaire d'écarter discrétionnairement de la barre, pendant deux jours, au nom de la sérénité des débats , un avocat ; que, s'il est permis au bâtonnier de désigner d'office un avocat pour remplacer l'avocat écarté de l'audience, cette garantie ne saurait être regardée comme suffisante, un tel système pouvant avoir pour effet de confier la défense à un avocat ignorant tout du procès ; qu'en outre et surtout, en ne précisant pas si les débats sont suspendus, en n'indiquant pas les conditions de leur poursuite, le premier alinéa de l'article 25-1 nouveau de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques tel qu'il résulte de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel permettrait que le procès se déroule au moins pendant deux jours sans que le prévenu soit assisté de son conseil, la désignation d'un remplaçant commis d'office par le bâtonnier n'intervenant qu'en cas de prorogation.

49. Considérant que l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel a pour premier objet d'abroger les anciennes dispositions de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ainsi que celles de la loi du 15 janvier 1963 relative à la Cour de sûreté de l'État et celles du code de justice militaire qui confiaient à la juridiction devant laquelle un avocat manquait à ses obligations la répression de ces manquements par des peines disciplinaires pouvant aller jusqu'à l'interdiction d'exercer sa profession et de les remplacer par un nouvel article 25 de la loi du 31 décembre 1971 prévoyant, à l'initiative de la juridiction, une poursuite disciplinaire devant le conseil de l'Ordre ; que ces dispositions nouvelles ne sont pas, en elles-mêmes, contraires à la Constitution.

50. Considérant que l'article 66, paragraphe II, compte tenu de la suppression du pouvoir disciplinaire de la juridiction sur l'avocat, insère, d'autre part, dans la loi du 31 décembre 1971 sus-mentionnée un article 25-1 ainsi conçu : Lorsque l'attitude d'un avocat compromet la sérénité des débats, le président peut, en vertu de ses pouvoirs de police de l'audience, le bâtonnier du conseil de l'Ordre du barreau du tribunal ou son représentant entendu, décider d'écarter cet avocat de la salle d'audience pour une durée qui ne peut excéder deux jours. Il appartient au bâtonnier du conseil de l'Ordre du barreau du tribunal ou à son représentant de décider, s'il y a lieu, de la prorogation de cette mesure jusqu'à ce que le conseil de l'Ordre compétent ait statué sur l'instance disciplinaire et de désigner d'office un autre avocat pour l'audience pendant la durée qu'il détermine ;

51. Considérant qu'il résulte tant des termes que des travaux préparatoires de cette disposition qu'elle permet au

président d'une juridiction d'écarter un avocat de la salle d'audience en vertu de ses pouvoirs de police de l'audience et pour préserver la sérénité des débats sans même que, pour autant, l'avocat ait nécessairement manqué aux obligations que lui impose son serment et tombe sous le coup des poursuites disciplinaires visées par l'article 25 de la loi du 31 décembre 1971 tel qu'il résulte du paragraphe 1 de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel.

52. Considérant que, même si la mesure que le président, aux termes de l'article 25-1 précité, pourrait prendre à l'égard d'un avocat dont l'attitude compromettrait la sérénité des débats, avait le caractère d'une simple mesure de police de l'audience et ne revêtait pas celui d'une sanction disciplinaire, il ne demeure pas moins que cette mesure, qui pourrait intervenir alors que l'avocat n'a manqué à aucune des obligations que lui impose son serment et alors qu'il a donc rempli son rôle de défenseur, serait contraire, tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable, aux droits de la défense qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; que, dès lors, le paragraphe II de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la Constitution ;

53. Considérant que les autres dispositions de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel sont inséparables des dispositions du paragraphe II contraires à la Constitution ; que, dans ces conditions, l'article 66 de la loi ne peut qu'être déclaré, dans sa totalité, contraire à la Constitution ;

En ce qui concerne les articles 76 à 78 de la loi relatifs aux vérifications d'identité :

54. Considérant que, selon les auteurs des saisines, les dispositions des articles 76, 77 et 78 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel porteraient gravement atteinte, par leur principe même et par les modalités de sa mise en oeuvre, à la liberté d'aller et de venir et à la liberté individuelle ; qu'elles seraient, d'autre part, contraires à la séparation des pouvoirs en ce qu'elles confient à la police judiciaire, avec les prérogatives dont dispose celle-ci, des opérations de prévention d'atteintes à l'ordre public relevant normalement de la police administrative qui ne saurait disposer de tels pouvoirs, notamment en ce qui concerne la détention des personnes ; qu'enfin, la nature même des opérations autorisées par les dispositions critiquées, ainsi que l'insuffisance des garanties données aux personnes qui en seraient l'objet, permettraient d'inévitables abus à l'encontre des droits et des libertés des individus.

55. Considérant que l'alinéa 1er de l'article 76 de la loi est ainsi conçu : Les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints visés aux articles 20 et 21 (1°) du code de procédure pénale, peuvent en cas de recherches judiciaires ou pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes et des biens, inviter toute personne à justifier de son identité. Nul ne peut refuser de déférer à cette invitation. L'identité peut être justifiée par tout moyen.

56. Considérant que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en oeuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle ; que la gêne que l'application des dispositions de l'alinéa 1er précité peut apporter à la liberté d'aller et de venir n'est pas excessive, dès lors que les personnes interpellées peuvent justifier de leur identité par tout moyen et que, comme le texte l'exige, les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons motivant l'opération sont, en fait, réunies ;

57. Considérant que les alinéas 2 à 5 de l'article 76 sont ainsi conçus : Lorsqu'une personne ne justifie pas sur place de son identité, les officiers et agents visés à l'alinéa précédent peuvent, en cas de nécessité, la conduire dans un local de police afin de lui permettre d'apporter tout élément justifiant de cette identité. Dès son arrivée au local de police, cette personne est présentée sans délai à un officier de police judiciaire et mise de plein droit en mesure de prévenir aussitôt sa famille ou toute personne susceptible de confirmer son identité ou de lui permettre de le faire. Ces opérations doivent être effectuées avec courtoisie. Lorsqu'une personne ne veut ou ne peut apporter aucun élément permettant de justifier de son identité, l'officier de police judiciaire devant qui elle aura été présentée pourra procéder aux opérations nécessaires à l'établissement de son identité. Toute personne ainsi conduite dans un local de police ne pourra être retenue que pour la durée strictement nécessaire à la vérification de son identité, sans que cette durée puisse excéder six heures. Ce délai court à compter de l'invitation mentionnée au premier alinéa ci-dessus. L'intéressé peut demander à tout moment que le procureur de la République soit averti aussitôt de la mesure dont il fait l'objet. Ce magistrat peut décider qu'il y sera mis fin. La personne concernée est avisée de ses droits dès son arrivée au local de police .

58. Considérant que l'application des dispositions précitées reste limitée par la règle selon laquelle les personnes invitées à justifier de leur identité peuvent satisfaire sur place à cette invitation par un moyen approprié de leur choix et qu'elles ne doivent être conduites dans un local de police qu'en cas de nécessité : que l'exact respect de ces prescriptions en ce qui concerne la présentation immédiate à un officier de police judiciaire de la personne conduite au local de police, la possibilité pour elle de faire prévenir sa famille ou toute personne susceptible de confirmer son identité ou de lui permettre de le faire, le droit pour elle de saisir le procureur de la République, l'obligation de ne la retenir que pour la durée nécessaire à la vérification de son identité, la limitation à six heures, à partir de l'invitation initiale à justifier de son identité, du laps de temps pendant lequel elle pourra être retenue, limitent les contraintes imposées à la personne qui n'a pas pu ou n'a pas voulu justifier sur place de son identité à ce qui est nécessaire pour la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle et dont la

poursuite motive la vérification d'identité ;

59. Considérant que les quatre premiers alinéas de l'article 77 édictent une série de dispositions prévoyant l'établissement d'un procès-verbal soumis à la signature de l'intéressé et assorti de mentions détaillées, telles que celle des raisons pour lesquelles il a été procédé à un contrôle d'identité, du jour et de l'heure à partir de laquelle la personne concernée a été conduite au local de police, des conditions dans lesquelles elle aura pu prévenir sa famille ou toute personne susceptible de confirmer son identité ou de lui permettre de le faire, la durée de la vérification d'identité, les motifs de cette mesure, ainsi que le jour et l'heure à partir desquelles il y a été mis fin et dans quelles conditions. Que les indications de ce procès-verbal doivent également être mentionnées sur un registre spécial soumis périodiquement au contrôle du procureur de la République qui peut, d'autre part, contrôler à tout moment la régularité des opérations de vérification ; que l'ensemble de ces dispositions est de nature à assurer la possibilité pour les autorités et les juridictions compétentes de vérifier la régularité des opérations conduites en application de l'article 76.

60. Considérant que le dernier alinéa de l'article 77 dispose : En aucun cas, les opérations mentionnées à l'article 76 ne peuvent donner lieu à des prises d'empreintes digitales ou de photographies. Les indications résultant de ces opérations ainsi que celles mentionnées sur le procès-verbal et le registre prévus au présent article ne peuvent non plus en aucun cas faire l'objet d'une mise en mémoire sur fichier manuel ou automatisé ; que ces interdictions ont pour objet d'éviter que les contrôles d'identité ne soient employés à des fins autres que celles que leur assigne le premier alinéa de l'article 76 ;

61. Considérant que, si l'article 78 punit de peines correctionnelles d'emprisonnement et d'amende toute personne qui aura refusé de se prêter aux opérations de vérification d'identité ou qui aura empêché les agents compétents d'accomplir leur mission de contrôle ou de vérification d'identité, ces dispositions ne visent pas les personnes qui n'auront pas été à même, sur place ou dans le local de police, de justifier de leur identité ;

62. Considérant, dès lors, que les dispositions des articles 76, 77 et 78 de la loi déferée à l'examen du Conseil constitutionnel ne sont pas, sous les conditions de forme et de fond énoncées par ces articles, contraires à la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle.

63. Considérant que, si les articles 76 et 77 précités réservent en certains cas à la police judiciaire des missions de prévention des atteintes à l'ordre public qui ressortissent normalement à la police administrative, ces dispositions n'ont pour conséquence que de donner des garanties assurant le respect de la liberté individuelle ; qu'en effet, dès lors que, comme il a été dit, de telles procédures sont établies par la loi dans le respect des règles constitutionnelles, aucune atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ne résulte de leur soumission à un régime comportant, pour les personnes qui en font l'objet, des garanties que ne leur assurerait pas le régime de droit commun de la police administrative ;

64. Considérant, enfin, que le législateur, en vue d'empêcher les abus, a entouré de nombreuses précautions la procédure de contrôle et de vérification de l'identité qu'il institue ; qu'il appartiendra aux autorités judiciaires et administratives de veiller à leur respect intégral ainsi qu'aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables ;

65. Considérant, dès lors, que les articles 76, 77 et 78 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne sont pas contraires à la Constitution ;

Sur le titre III (art. 81 à 100) de la loi :

En ce qui concerne les articles 87 à 89 relatifs aux constitutions de partie civile par lettre recommandée :

66. Considérant que, selon les auteurs d'une des saisines, la possibilité pour la partie civile de se constituer dans certains cas par lettre recommandée, prévue et réglementée en matière correctionnelle par les articles 87 et 89 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, sans que ces textes aient prescrit la communication à la défense des pièces sur lesquelles est fondée la demande de la partie civile, créerait une situation contraire aux droits de la défense ;

67. Considérant que, selon les dispositions de l'article 421 du code de procédure pénale, non modifié par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, la déclaration de partie civile peut être faite pendant l'audience et est recevable dès lors qu'elle intervient avant les réquisitions du ministère public ; que les dispositions nouvelles ont pour objet de permettre à la victime qui entend se constituer partie civile de le faire par lettre recommandée sans se présenter à l'audience ; que ces dispositions, destinées à faciliter l'exercice des droits de la victime, ne placent pas l'inculpé dans une situation différente de celle où il se trouverait par l'application de l'article 421 et ne méconnaissent pas les droits de la défense ;

68. Considérant, d'ailleurs, qu'en vertu de l'article 460-1, tel qu'il résulte de l'article 89 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, le tribunal peut, s'il l'estime nécessaire, ordonner la comparution de la partie civile et, en ce cas, renvoyer à une prochaine audience les débats sur l'ensemble de l'affaire ou uniquement sur les intérêts civils ; qu'ainsi toutes précautions sont prises par les textes critiqués pour préserver les droits de la défense ;

69. Considérant, dès lors, que les articles 87 et 89 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne sont pas contraires à la Constitution ;

En ce qui concerne les articles 92 et 94 de la loi, relatifs aux demandes nouvelles de la partie civile en cause d'appel et à la constitution de partie civile en cause d'appel :

70. Considérant que, selon les auteurs de l'une des saisines, l'article 92 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, en permettant à la partie civile de présenter des demandes nouvelles en cause d'appel et l'article 94, en permettant à la partie civile de se constituer pour la première fois en cause d'appel, méconnaîtraient tant à l'égard du prévenu que de la partie civile, le principe du double degré de juridiction, lequel aurait valeur constitutionnelle.

71. Considérant que, si la faculté pour la victime s'étant constituée partie civile en première instance de présenter des demandes nouvelles en cause d'appel et celle pour la personne lésée de se constituer partie civile pour la première fois en appel ne sont ouvertes qu'autant que des motifs sérieux peuvent être invoqués par les intéressés, leur exercice pourtant serait nécessairement générateur d'inégalités devant la justice, puisque, selon l'attitude de la personne qui demande réparation, les prévenus bénéficieraient ou ne bénéficieraient pas d'un double degré de juridiction en ce qui concerne les intérêts civils.

72. Considérant, il est vrai, que le grief d'inconstitutionnalité ne saurait s'étendre à la deuxième phrase du quatrième alinéa de l'article 515 du code de procédure pénale tel qu'il résulterait de l'article 92 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, phrase ainsi conçue : Elle (la partie civile) peut toujours demander une augmentation des dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis la décision de première instance ; que cette disposition qui figure déjà dans l'article 515 du code de procédure pénale s'y trouvera maintenue du fait que, en vertu de la présente décision, l'article 92 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel qui avait pour objet de donner une rédaction nouvelle au quatrième alinéa de l'article 515 du code de procédure pénale n'entrera pas en vigueur ;

73. Considérant, dès lors, que les articles 92 et 94 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel sont contraires à la Constitution :

En ce qui concerne le deuxième alinéa de l'article 100 :

74. Considérant que le deuxième alinéa de l'article 100 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est ainsi conçu :

Les dispositions des articles 265 à 268, 305, 306, 309 à 312, 381 à 385, 400 (alinéas 1er et 2°), 434 à 437 nouveaux du code pénal, et l'article 16 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer ne sont pas applicables aux infractions ayant donné lieu à un jugement sur le fond en dernier ressort avant l'entrée en vigueur de la présente loi .

75. Considérant que ces dispositions tendent à limiter les effets de la règle selon laquelle la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée ; que, dès lors, elles doivent être regardées comme contraires au principe formulé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel : La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires . Qu'en effet, le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ; que, dès lors, le deuxième alinéa de l'article 100 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la Constitution ;

76. Considérant que les autres dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne sont pas contraires à la Constitution,

Décide :

Article premier :

Sont déclarées contraires à la Constitution les dispositions des articles 66, 92, 94 et 100 (2° alinéa) de la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

Article 2 :

Les autres dispositions de cette loi ne sont pas contraires à la Constitution.

Article 3 :

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

Journal officiel du 22 janvier 1981, p. 308

Recueil, p. 15

Copyright © 2008 - Conseil Constitutionnel - Tous droits réservés

Contrôles d'identité & interpellations d'étrangers

3e édition

Présentation / Sommaire

La loi française évidemment n'autorise pas les contrôles au faciès, et même les condamne expressément. Pourtant beaucoup de contrôles d'identité effectués sur la voie publique sont illégaux. La [circulaire du 21 février 2006](#) relative aux conditions de l'interpellation des étrangers en situation irrégulière encourage en réalité, sous couvert d'un juridisme de façade, la police à agir en marge du droit. Il n'est pas toujours facile de savoir comment réagir efficacement pour dénoncer ces comportements de policiers ou d'autres agents de sécurité. Il existe toutefois des outils et des possibilités de mobilisation individuelles et collectives.



Dans cette note pratique, on s'intéressera essentiellement aux hypothèses où, lorsqu'il vise des étrangers, le contrôle d'identité ou le contrôle de la régularité du séjour permet de découvrir l'absence de papiers et débouche sur une mesure d'éloignement du territoire français ou, plus rarement, sur une procédure correctionnelle. La note explique comment obtenir le respect du droit et annuler les procédures d'interpellation illégales, en particulier quand une personne est mise en rétention en attendant l'exécution de la mesure d'éloignement prise à son encontre. La [loi du 16 juin 2011](#) a encore réduit les possibilités de faire valoir l'irrégularité de la procédure qui a précédé le prononcé de l'obligation de quitter le territoire français et le placement en rétention. Le juge administratif refuse d'examiner cette question.

La note évoque enfin les possibilités d'action ouvertes à tous ceux qui sont témoins de contrôles illégaux afin de lutter contre ces pratiques discriminatoires. Il s'agit donc également de dénoncer les pratiques policières dans un contexte où les libertés individuelles de tous et toutes sont menacées.

gisti, les notes
pratiques

**Contrôles
d'identité
&
interpellations
d'étrangers**

3^e édition

groupe
d'information
et de soutien
des immigrés

Avant-propos	1
I. Les conditions de la régularité des contrôles et des vérifications d'identité	2
Avant-propos	2
A. L'obligation d'avoir toujours sur soi le titre ou le document autorisant le séjour en France	2
B. Les conditions dans lesquelles le document autorisant le séjour en France peut être demandé	3
1. Le contrôle direct de la régularité du séjour	4
2. Le contrôle de la régularité du séjour après un contrôle d'identité	5
3. Les contrôles spécifiques	10
C. Les personnes habilitées à effectuer le contrôle	14
D. La conduite au poste de police	15
Cadre légal de la garde à vue	16
II. Comment faire valoir l'irrégularité du contrôle ?	18
A. L'action de la victime	18
1. L'exception d'illégalité du contrôle d'identité soulevée devant le tribunal correctionnel	18
2. L'illégalité du contrôle d'identité soumise au juge de la « rétention »	20
B. Les actions des témoins	21
C. La saisine du défenseur des droits	22
D. La mobilisation collective contre les contrôles au faciès	24
Annexes	25
1. Articles 78-1 à 78-6 du code de procédure pénale	25
2. Article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile	29
3. Décision du Conseil constitutionnel n° 93-323 du 5 août 1993 [Extraits]	30
4. Décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 du 13 août 1993 [Extraits]	31
5. Circulaire du 21 février 2006 relative aux conditions de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, garde à vue de l'étranger en situation irrégulière, réponses pénales [Extraits]	32
6. Petit lexique	39

Contrôles d'identité & interpellations d'étrangers

3^e édition

Avant-propos

La loi française évidemment n'autorise pas les contrôles au faciès, et même les condamne expressément. Pourtant beaucoup de contrôles d'identité effectués sur la voie publique sont illégaux⁽¹⁾. La circulaire du 21 février 2006 (extraits en annexe, p. 32) relative aux conditions de l'interpellation des étrangers et des étrangères en situation irrégulière encourage en réalité, sous couvert d'un juridisme de façade, la police à agir en marge du droit. Il n'est pas toujours facile de savoir comment réagir efficacement pour dénoncer ces comportements de policiers et policières ou d'autres agents de sécurité.

Dans cette note pratique, on s'intéressera essentiellement aux hypothèses où, lorsqu'il vise des personnes étrangères, le contrôle d'identité ou le contrôle de la régularité du séjour permet de découvrir l'absence de papiers en règle et débouche sur une mesure d'éloignement du territoire français et le placement dans un centre de rétention administrative. La note explique comment obtenir le respect du droit et annuler les procédures d'interpellation illégales quand une personne est privée de liberté en attendant l'exécution de la mesure d'éloignement prise à son encontre. L'illégalité du contrôle peut aussi être invoquée devant le ou la juge pénale quand la personne concernée est poursuivie pour avoir commis une ou plusieurs infractions. Nous verrons alors comment le juge communautaire a remis en cause le dispositif français de pénalisation du séjour irrégulier.

La note évoque enfin les possibilités d'action ouvertes à toutes les victimes ou témoins de contrôles illégaux afin de lutter contre ces pratiques discriminatoires. Il s'agit donc également de dénoncer les pratiques policières dans un contexte où les libertés individuelles de toutes et tous sont menacées.

(1) Voir le rapport « Police et minorités visibles: les contrôles d'identité à Paris », Open Society Justice Initiative, 2009, rapport rédigé par Indira Goris, Fabien Jobard et René Lévy. L'étude montre en premier lieu que la plupart des contrôles sont fondés sur l'apparence des personnes et non sur leur comportement.

I. Les conditions de la régularité des contrôles et des vérifications d'identité

Avant-propos

La loi définit a priori strictement les cas dans lesquels la police peut procéder à des contrôles d'identité.

Certes la loi – le code de procédure pénale – indique à titre préliminaire que « *toute personne se trouvant sur le territoire français doit accepter de se prêter à un contrôle d'identité effectué dans les conditions et par les autorités de police...* ». Toutefois cette disposition ne signifie pas que les contrôles d'identité peuvent être opérés en toute circonstance. Et c'est à tort que l'on croit trop souvent que la police peut librement demander à un étranger ou à une étrangère de justifier de la régularité de son séjour en France. Tel n'est pas le cas. La loi fixe les conditions dans lesquelles une personne étrangère peut être contrôlée. Ce sont pour partie les mêmes que celles concernant toute personne circulant sur la voie publique. Connaître ces conditions peut permettre, le cas échéant, de faire valoir utilement l'illégalité de ces pratiques devant le ou la juge – juge des libertés et de la détention, ou juge pénal -, lorsque le contrôle aura permis de constater l'irrégularité du séjour ou de l'entrée sur le territoire ou une infraction quelconque, notamment de celles qui sont liées à la législation sur les étrangers (v. p. 18 à 20).

Il ne faut pas hésiter à faire état des circonstances de l'interpellation pour contester la légalité du contrôle. C'est pourquoi il sera essentiel de lire avec attention le procès-verbal que la police est tenue de rédiger lorsque l'interpellation débouche sur une procédure. En effet, la motivation de l'interpellation doit obligatoirement y figurer : c'est d'abord cette motivation que l'on doit examiner au regard de la loi. Les raisons qui ont poussé la police à contrôler la personne, et qui figurent dans ce document, peuvent être purement fantaisistes et ne correspondre en aucune façon à la réalité ; le ou la juge s'appuiera sur le procès-verbal pour dire si l'interpellation contestée est conforme ou non à la loi. On peut également tenter de démontrer que les circonstances invoquées par la police ne sont pas les vraies raisons du contrôle, bien que cela demeure en pratique très difficile à établir.

A. L'obligation d'avoir toujours sur soi le titre ou le document autorisant le séjour en France

En principe, une personne étrangère doit toujours avoir avec elle le titre ou les documents l'autorisant à circuler ou à séjourner en France. Il ne s'agit pas nécessairement d'une carte de séjour, puisque celle-ci n'est obligatoire qu'au bout de trois mois de présence en France si l'on y est entré avec un visa de court séjour et d'un an pour les détenteurs et detentrices d'un visa de long séjour. Il faut donc être à même de produire au moins un passeport revêtu, le cas échéant, d'un visa en cours de validité. Un récépissé de demande de titre de séjour permet aussi de justifier la

régularité de la présence en France, ou même une convocation à la préfecture, bien qu'aucun texte ne le dise clairement. En pratique, la police prend alors souvent contact avec la préfecture pour s'assurer que l'étrangère ou l'étranger y a été effectivement convoqué et qu'il ne s'agit pas d'un faux.

Remarque: *Les ressortissant·e·s de l'Union européenne désirant séjourner plus de trois mois en France n'ont aucune obligation d'être muni·e·s d'un titre de séjour. Il leur suffit de montrer à la police un passeport délivré par un État membre ou un document national d'identité pour justifier de la régularité de leur présence sur le territoire français. Cela ne vaut pas pour les ressortissant·e·s bulgares et roumain·e·s qui ne peuvent pas encore se prévaloir de toutes les prérogatives attachées à la qualité de citoyen·ne communautaire. Ils et elles ne sont pas dispensé·e·s de l'obligation de disposer d'un titre de séjour pour pouvoir exercer une activité professionnelle.*

Les mineures et mineurs ne sont pas tenus d'être en possession d'une pièce d'identité. Quand ils sont étrangers, ils n'ont donc pas l'obligation de posséder un titre de séjour ni de justifier de leur présence régulière en France. Comme à toute personne, française ou étrangère, on peut néanmoins leur demander de justifier de leur identité. Dans ce cas, la preuve se fait par tout moyen (carte de transport, licence de sport... ou tout document comportant une photo) ; il n'y a pas d'exigence légale quant à la nature du document présenté mais, en l'absence de photo sur ce document, la police considère généralement que la preuve de l'identité n'est pas apportée. Par ailleurs, la minorité est souvent contestée pour les jeunes étranger·e·s.

B. Les conditions dans lesquelles le document autorisant le séjour en France peut être demandé

La loi définit les hypothèses dans lesquelles la police (ou une autre autorité habilitée à le faire) peut demander à une personne étrangère de prouver qu'elle est en situation régulière. Même si souvent elle n'a rien à voir avec la réalité, l'une de ces hypothèses doit nécessairement être mentionnée dans le procès-verbal rédigé par l'agent qui a procédé à l'interpellation. Dès lors que ce document ne contient aucune motivation – si la police se contente par exemple d'indiquer qu'elle a interpellé un individu à tel endroit ou qu'elle a agi dans le cadre d'une ronde anti-criminalité ou d'un dispositif de lutte contre l'insécurité –, le contrôle est illégal. Il est entendu qu'aucun document ni attestation ne sont remis à l'intéressé·e lorsque l'opération de contrôle n'a eu aucune suite (ni procédure de vérification, ni garde à vue).

Attention : le code de procédure pénale dispose que « toute personne se trouvant sur le territoire national doit se prêter à un contrôle d'identité effectué dans les conditions et par les autorités de police visées aux articles suivants » (art.78-1). La formule est trompeuse ; cela ne signifie pas que les contrôles peuvent être librement effectués. Il s'agit simplement d'une déclaration de principe sans portée réelle. L'agent qui procède à un contrôle doit nécessairement respecter les dispositions légales présentées dans les sous-sections 1 et 2 suivantes.

Une personne étrangère peut être contrôlée dans deux types de situations : soit la police procède directement à la vérification de sa situation administrative en France, soit elle effectue un contrôle d'identité et, à cette occasion, elle contrôle la régularité du séjour. Ce n'est évidemment pas le déroulement de l'opération lui-même qui permet de savoir dans quel cadre l'interpellation est effectuée – la police n'étant pas tenue de dire spontanément pourquoi elle décide de contrôler – mais, le cas échéant, la motivation qui figure dans le procès-verbal rédigé a posteriori. La référence aux textes permettant de fonder l'interpellation n'est pas nécessaire, pourvu que, sur le fond, celle-ci apparaisse justifiée au vu des circonstances alléguées.

Le dispositif légal relatif aux contrôles et vérifications d'identité est à la fois complexe et discriminatoire puisqu'il traite de façon différente les personnes, selon qu'elles sont françaises ou étrangères (ou présumées comme telles). Une campagne a été menée par des avocat-e-s (en lien avec le Syndicat des avocats de France, Open Society et le Gisti) pour tenter de montrer, sur la base de dossiers individuels, que cette législation est contraire à la Constitution. La Cour de cassation n'a pas voulu transmettre les premières questions prioritaires⁽²⁾ de constitutionnalité (QPC) construites autour de ces dossiers au Conseil constitutionnel pour qu'il les examine, estimant que ce dernier avait déjà jugé de la constitutionnalité de la loi et que les circonstances n'avaient pas changé depuis cet examen (Cass. crim. 17 août 2011, pourvoi n° 11-90063). Les avocat-e-s entendaient mettre en avant l'imprécision de la loi qui laisse ainsi place à l'arbitraire et à l'absence de contrôle effectif par un ou une juge impartiale et indépendante. De nouvelles QPC devraient être soumises à la Cour de cassation.

Attention : Les contrôles ne peuvent en principe avoir lieu que sur la voie publique, dans des lieux publics ou ouverts au public. La police ne peut intervenir dans des lieux privés que dans certaines circonstances.

1. Le contrôle direct de la régularité du séjour

L'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) autorise la police à procéder à un contrôle direct du séjour. Cela signifie qu'elle n'a pas à contrôler d'abord l'identité de la personne interpellée, si elle pense qu'elle est étrangère (v. p. suiv.). Mais, dans ce cas, la police doit fournir les éléments qui lui ont permis de présumer que la personne était étrangère. En effet, dans la mesure où elle n'a pas préalablement procédé à un contrôle d'identité dans les conditions fixées par la loi, elle n'est pas censée le savoir.

Selon la loi, en dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter aux agents et officiers de police judiciaire les pièces et documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à séjourner ou à circuler en

(2) Depuis le 1^{er} mars 2010, tout justiciable peut, dans le cadre d'un procès, invoquer l'inconstitutionnalité d'une disposition légale, au moyen d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). La QPC est alors transmise par le ou la juge du fond – premier juge ou juge d'appel – à la Cour de cassation (ou au Conseil d'État, selon la nature du litige). La disposition ne doit pas avoir été déjà considérée comme conforme à la Constitution, sauf à faire valoir des circonstances nouvelles.

France. L'agent ne peut demander à une personne directement son titre de séjour que si des éléments extérieurs à celle-ci lui ont permis de présumer qu'elle était étrangère.

La jurisprudence a admis comme éléments extérieurs permettant de valider le contrôle du séjour – en ce sens qu'ils peuvent légitimement laisser présumer de la nationalité étrangère de la personne contrôlée – le fait de lire un journal ou un livre en langue étrangère, le fait de circuler dans une voiture immatriculée à l'étranger (à condition qu'il ne s'agisse pas d'une immatriculation d'un État membre de l'Union européenne), de jouer d'un instrument folklorique (*sic*) sur la voie publique,... En pratique, ces éléments sont rarement invoqués par la police pour justifier le contrôle de la régularité du séjour.

En tout état de cause, le contrôle du séjour ne peut être motivé par des signes discriminatoires, tenant par exemple à la couleur de la peau, à la morphologie ou encore à la tenue vestimentaire. De la même façon, le fait de parler une langue étrangère n'est pas considéré comme un élément objectif, « extérieur à la personne », susceptible de valider l'interpellation.

Selon certaines circulaires⁽³⁾, le fait de sortir d'un foyer de résidents étrangers constitue un élément présumant l'extranéité. C'est contestable, et on pourrait faire valoir devant un juge d'abord que l'invocation de cet élément peut s'analyser comme discriminatoire, ensuite que considérer la sortie d'un foyer comme un élément permettant de présumer l'extranéité revient à considérer ces lieux d'habitation comme des ghettos. La Cour de cassation n'a jamais eu l'occasion de se pencher directement sur cette question, et en conséquence la jurisprudence n'est pas vraiment fixée. De telles pratiques sont à tout le moins sur le plan éthique condamnables et l'on pourrait alors envisager la saisine du défenseur des droits (v. C, p. 22).

En conséquence, toute référence à la couleur de la peau dans le procès-verbal (comme « un individu de race noire ») est susceptible d'entraîner la nullité de l'interpellation, même si, le cas échéant, les policiers ou les policières évoquent d'autres circonstances comme une menace à l'ordre public ou un comportement considéré comme suspect de l'individu contrôlé (v. p. 8, *Le contrôle de la régularité du séjour après un contrôle d'identité*). Les tribunaux ont tendance à considérer que c'est bien cet élément discriminatoire qui a été déterminant pour justifier l'intervention policière, et l'interpellation est alors considérée comme irrégulière.

2. Le contrôle de la régularité du séjour après un contrôle d'identité

Le plus souvent, la police, plutôt que se référer à un élément objectif ayant permis de présumer la nationalité étrangère, évoque une des hypothèses de contrôle d'identité prévues par la loi (art. 78-2 du code de procédure pénale). Le contrôle du séjour faisant suite à un contrôle d'identité (dans les faits, les deux se confondent) régulier, est lui aussi régulier. Il faut donc s'intéresser aux conditions de fait qui ont conduit la police à interpellé. La motivation figurant dans le procès-verbal doit ainsi se rattacher à l'une des hypothèses légales suivantes, octroyant à la police une marge de manœuvre certaine :

(3) La première à notre connaissance date du 25 septembre 1987, relative aux « procédures de contrôles d'identité et de vérifications de situation des étrangers » (v. p. 45 de *Plein droit* n° 3, avril 1988).

1. Il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne contrôlée a commis ou tenté de commettre une infraction. Il peut s'agir de n'importe quelle infraction, comme par exemple le fait de fumer dans un lieu public ou de commettre une infraction au code de la route. Est également justifié le contrôle effectué sur une personne qui tente d'ouvrir le coffre de véhicules en stationnement ou qui vend des produits à la sauvette sur la voie publique.

En revanche, il n'est pas possible ici d'invoquer le délit d'entrée ou de séjour irrégulier dans la mesure où rien ne peut a priori indiquer l'absence de papiers ou le franchissement illégal de la frontière. En l'absence d'indice extérieur permettant de présumer l'existence d'un tel délit, un tel contrôle d'identité serait irrégulier. La Cour de cassation a toutefois jugé que la police pouvait contrôler des personnes occupant un lieu dans le cadre d'une action en faveur des sans-papiers (square, église ou tout autre lieu) ; l'existence de banderoles revendicatives réclamant la régularisation des sans-papiers constitue, selon la jurisprudence, une raison plausible de croire à la présence de personnes en situation administrative irrégulière.

2. Il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne se prépare à commettre un crime ou un délit. C'est une hypothèse qui laisse là encore une grande marge d'action à la police puisqu'elle tend à porter une appréciation sur un comportement considéré comme « suspect », comme le fait de rôder la nuit dans un parking près de voitures en stationnement. Tout comportement cependant ne peut pas être interprété comme étant « suspect ». Sont donc exclues les appréciations purement subjectives ou fantaisistes. La police ne peut pas, par exemple, se borner à alléguer l'allure louche d'un individu sans aucunement expliciter son appréciation. La Cour de cassation n'exige pas que soit formellement citée l'infraction que l'individu contrôlé se serait préparé à commettre. Les auteurs de l'interpellation peuvent se borner à évoquer l'attitude « suspecte » d'une personne, laissant croire qu'elle se préparait à commettre un crime ou un délit. Encore faut-il décrire cette attitude ; cela suppose, concrètement, que, placés dans la même situation, d'autres policiers auraient eu une impression similaire.

Ainsi ont été considérés par la jurisprudence comme justifiés les contrôles effectués sur un individu déambulant dans une gare, supposé terrain de prédilection des vols à la tire, et regardant avec insistance les sacs à main des personnes qu'il croisait, ou encore sur un jeune qui, tard le soir, errait « le regard voilé » dans le hall d'une station de RER.

Les juges n'ont pas tous les mêmes exigences en la matière, et il existe une grande diversité dans les pratiques judiciaires, notamment de la part des juges des libertés et de la détention (v. p. 20). Il faut toujours tenter de démontrer que les faits allégués sont imprécis et qu'ils ne permettent pas de faire le lien, de façon évidente, avec la commission d'une infraction identifiée.

3. Il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit. On peut concevoir qu'à l'occasion d'une enquête des personnes présentes dans les lieux où celle-ci se déroule puissent être contrôlées. Encore faut-il que l'enquête ait lieu de façon légale (vérifier par exemple que la police intervient dans le cadre d'un flagrant délit ou en exécution d'une commission rogatoire délivrée par un ou

une juge d'instruction). On pourra après coup faire annuler un contrôle si on peut prouver par exemple qu'il n'est pas intervenu dans le cadre d'une infraction flagrante ou que la commission rogatoire ne respectait pas les exigences de la loi. Ainsi a été jugé légal le contrôle d'identité effectué sur trois ressortissants étrangers par des policiers qui étaient intervenus à la suite d'une plainte pour agression sexuelle imputée à un Roumain et avaient enquêté « *dans un hôtel susceptible d'être fréquenté par des Roumains* », les trois personnes interpellées se trouvant sur le parking de l'établissement près d'une voiture immatriculée à l'étranger. Selon le juge, il y avait là suffisamment d'éléments pour croire que ces trois individus étaient à même de fournir des renseignements utiles à l'enquête. On voit aussi des contrôles opérés sous couvert de commissions rogatoires ou dans le cadre de procédures de flagrant délit dans des lieux d'hébergement spécifiques pour les migrants. Si les procédures (commission rogatoire et infraction flagrante) ont été menées dans le respect du code de procédure pénale, les contrôles d'identité intervenus à cette occasion sont a priori réguliers, même s'ils ne débouchent sur aucune poursuite pénale. Cela ne suffit pas à relever un détournement de procédure.

4. Il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire. La police peut agir sur la base d'un portrait-robot, d'une photographie ou de simples informations et ainsi interpellé la ou les personnes que ce portrait-robot, cette photographie ou ces informations désignent.

Dans ces quatre hypothèses, les motifs du contrôle doivent faire apparaître un lien entre la personne interpellée et une infraction.

Le fait d'avoir, à l'occasion de la loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003, remplacé la formule antérieure « *un indice faisant présumer* » par « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner* » n'a pas changé les pratiques judiciaires ni la jurisprudence. Les hypothèses de contrôles d'identité judiciaires restent les mêmes. Certes l'expression semble comporter une part plus importante de subjectivité. Toutefois cela n'implique pas que tout comportement puisse être qualifié de « suspect ». Autrement dit, un autre policier que celui ayant interpellé, placé dans des circonstances identiques, aurait eu la même réaction, c'est-à-dire qu'il aurait également cru que la personne avait commis une infraction ou se préparait à commettre un délit ou un crime. À défaut, la raison ayant justifié l'intervention de la police ne serait pas plausible, et l'appréciation ainsi portée sur une attitude entièrement subjective. La Cour de cassation a, quant à elle, conservé les mêmes exigences, interprétant pareillement « *indice faisant présumer* » et « *raison plausible de croire* » (v. p. 4, décision précitée de la Cour de cassation du 17 août 2011, faisant suite à une QPC).

5. La police fait état dans le procès-verbal de réquisitions prises par le procureur de la République qui l'autorisaient expressément à procéder à des contrôles d'identité dans une zone géographique précise et pendant un temps déterminé. Le procureur de la République n'a pas à motiver ses réquisitions, sauf à mentionner les infractions recherchées. Il faudra alors s'assurer que l'interpellation a bien eu lieu dans le périmètre décrit par lui et pendant la durée qu'il a fixée. Si tel est le cas, il est difficile de contester la légalité de l'interpellation. Comment prouver en particulier que la police, dans le périmètre autorisé, a sélectionné les personnes en se fondant uniquement sur

leur apparence ? Le fait que l'opération de contrôles d'identité ait révélé des infractions autres que celles visées par les réquisitions et pour lesquelles l'opération avait été décidée, comme celles relatives à l'entrée et au séjour irréguliers, ne pourra pas être invoqué comme cause de nullité de la procédure.

Depuis 2005, les opérations de contrôle d'identité sur réquisitions du procureur de la République se sont multipliées. Elles sont encouragées par la circulaire du 21 février 2006 (v. p. 32). Celle-ci invite en particulier les parquets à « *organiser des opérations de contrôle ciblées, par exemple à proximité des logements foyers et des centres d'hébergement ou dans des quartiers connus pour abriter des personnes en situation irrégulière* ». Pour remettre en cause le contrôle opéré sous couvert de réquisitions, on peut faire valoir, le cas échéant, devant le juge que les réquisitions sont imprécises, qu'il n'est pas possible d'identifier la signature du magistrat qui en est l'auteur ou encore un détournement de procédure, lorsqu'il ressort du procès-verbal que l'interpellation a été motivée par des considérations discriminatoires. On peut aussi faire valoir l'existence d'un procédé déloyal si l'on parvient à établir que les réquisitions ont servi uniquement à « couvrir » des contrôles de séjour irréguliers.

6. La police a agi « pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes et des biens ». Deux sortes de situations sont alors susceptibles de justifier une interpellation :

– ou bien, sans établir de lien direct entre la personne contrôlée et la commission d'une infraction, la police invoque « *des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public* ». Généralement, il est fait référence dans le procès-verbal au lieu du contrôle considéré comme potentiellement dangereux. La police ne peut toutefois se borner à désigner celui-ci comme tel. Elle doit faire état de circonstances concrètes comme la multiplication d'infractions commises dans ce lieu (il faudra vérifier alors que la nature de ces infractions est précisée, ainsi que leur nombre et fréquence), ou comme la survenance d'un événement (manifestation sportive ou organisée sur la voie publique ayant entraîné des débordements, ou alerte à la bombe). Les contrôles d'identité doivent alors être effectués dans un temps proche de la survenance de ces événements. À défaut, ils sont irréguliers.

Les contrôles d'identité effectués dans le métro, sans qu'il soit fait mention dans le procès-verbal de la dangerosité propre à la station et de l'actualité de ce danger, sont illégaux. Il en est de même des interpellations effectuées dans un quartier pointé comme dangereux. La Cour de cassation a également jugé que les contrôles opérés dans le cadre du plan Vigipirate ne sont pas suffisamment motivés, lorsque la menace terroriste ayant justifié sa mise en œuvre n'est plus actuelle. En conséquence, le seul fait que soit maintenu le plan Vigipirate, même renforcé, ne justifie pas tous les contrôles effectués sous son couvert.

– ou bien l'intervention de la police est guidée par le comportement de l'intéressé, celui-ci étant jugé anormal ou suspect. Toute attitude ne saurait là encore être perçue comme suspecte (v. p. 5). Ainsi, le fait de changer de trottoir n'autorise pas la police à procéder à une interpellation, pas davantage le fait de quitter sans raison un groupe de personnes. Il faut pouvoir établir un lien entre ce comportement et un risque potentiel d'atteinte à l'ordre public. Cette hypothèse se révèle en pratique proche de celle où la police intervient car il existe une raison plausible de soupçonner que l'individu interpellé se prépare à commettre un crime ou un délit.

7. Les agents de police ou des douanes (v. p. 14) ont procédé à l'interpellation dans une zone qualifiée de frontalière. Constitue une telle zone la bande comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention dite de Schengen (tous les pays partageant une frontière terrestre avec la France) et une ligne tracée à 20 km en deçà de la frontière française. Cette bande est étendue (jusqu'à 50 km) pour certaines liaisons ferroviaires et à certaines conditions (pas d'arrêt du train dans les 20 km). Les contrôles peuvent aussi être effectués au premier péage, même situé au-delà de 20 km.

Le législateur a également prévu la possibilité de procéder à des contrôles frontaliers en Outre-mer, alors même que la convention Schengen ne s'y applique pas : en Guyane, dans une zone frontalière large de 20 km (zone frontalière étendue de 5 km de part et d'autre de la route nationale 2 conduisant à Régina) et en Guadeloupe, à Mayotte, à Saint-Martin et à Saint-Barthélemy dans la zone comprise entre le littoral et une ligne tracée en deçà de 1 km. Ce deuxième dispositif était censé disparaître cinq ans après sa mise en place, soit en 2011 ; il a été pérennisé par la loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011.

Les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international font également partie de la zone frontalière. Une liste de ces gares, ports et aéroports a été fixée par un arrêté ministériel du 23 mars 1995 (modifié par arrêté du 23 avril 2003). Par exemple, toutes les gares parisiennes sont désignées par l'arrêté, ainsi que les aéroports de Roissy et d'Orly. Dès que la personne a quitté ces zones (cela inclut notamment le hall d'attente, les boutiques *duty free* ou les restaurants de ces différentes infrastructures de transports), la police ne peut procéder à des contrôles que dans le cadre des hypothèses légales déjà mentionnées. Il faut donc être très vigilant sur l'endroit précis où a été opéré le contrôle. Dans ces zones en revanche, la police n'a pas à motiver l'interpellation, et seul le caractère manifestement discriminatoire des contrôles, quasiment impossible à prouver, pourrait les rendre illégaux. La jurisprudence considère aussi comme illégal le contrôle si un détournement de procédure peut être relevé. Elle estime de façon constante que les contrôles frontaliers ont un but spécifique, lié au franchissement des frontières. Ils n'ont pas pour objectif d'interpeller des personnes en raison de leur comportement délictueux pour des faits qui n'ont rien à voir avec cette question.

En 2010, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a considéré que la disposition légale sur les contrôles d'identité frontaliers (alinéa 4 de l'article 78-2 du code de procédure pénale) était contraire au droit communautaire car, à défaut de garantie, elle revêtait un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières. Or les contrôles systématiques aux frontières internes ont été justement supprimés par le dispositif Schengen. Le législateur français a été amené à revoir sa législation car entre-temps, la plupart des juges de la détention et des libertés (JLD) mettaient fin à la rétention de tous les étrangers interpellés sur le fondement de l'alinéa 4 de l'article 78-2 (que l'interpellation ait eu lieu dans la bande terrestre de 20 km ou dans des gares, ports ou aéroports ouverts au trafic international). Désormais, depuis la loi du 14 mars 2011, les contrôles d'identité dits frontaliers sont limités dans le temps : les opérations ne peuvent durer plus de six heures consécutives ; ils ne doivent pas, selon la loi, être systématiques. On ignore comment le ou la juge peut s'en assurer. Pour cette raison, on peut continuer à défendre l'idée devant des JLD que les contrôles d'identité effectués sur le fondement

de l'alinéa 4 de l'article 78-2 sont toujours contraires au droit communautaire et que la modification opérée par la loi précitée n'a en réalité pas réglé la contrariété relevée par la CJUE. La Cour de cassation n'a pas encore pris position depuis l'intervention législative.

Attention : Le fait de sortir d'une gare ou d'un aéroport ne suffit pas à présumer qu'une personne est étrangère, autorisant alors la police à vérifier qu'elle est en possession des documents exigés par la loi (v. p. 4-5, 1. *Le contrôle direct de la régularité du séjour*).

3. Les contrôles spécifiques

Il existe aussi des contrôles spécifiques justifiés par la recherche de certaines infractions. C'est le cas des contrôles en milieu de travail, sur la route ou afin de lutter contre les actes terroristes et certaines infractions. Enfin, des interpellations sont effectuées aux guichets des préfectures.

1. Les contrôles dans les entreprises – La police peut entrer dans les entreprises, sur réquisitions du procureur de la République, afin de rechercher les auteurs de travail dissimulé ou soupçonnés d'employer des personnes étrangères démunies de titre les autorisant à travailler. Une fois sur les lieux de travail, les agents ou agentes de police peuvent en particulier se faire présenter le registre du personnel et contrôler l'identité des personnes occupées. Ils ne peuvent procéder à ce contrôle que dans le but de vérifier que celles-ci figurent dans le registre du personnel ou ont fait l'objet des déclarations obligatoires au regard de la législation sociale. Il n'empêche que, dans leur mission générale de constatation des infractions, les agents ou agentes de police sont à même de constater l'irrégularité du séjour. Il convient alors de vérifier qu'ils ont agi strictement dans le cadre des réquisitions écrites du procureur de la République et dans le temps qui leur a été imparti pour intervenir (un mois maximum). L'individu, français ou étranger, auquel il est reproché d'employer illégalement des salariés (sans délivrer de bulletins de salaire, sans s'acquitter des cotisations sociales,...) ou de faire travailler des étrangers et des étrangères sans titre les autorisant à exercer une activité salariée en France, ne peut arguer de l'irrégularité du contrôle dont ont fait l'objet ces derniers. Autrement dit, seule la personne ayant fait l'objet d'un contrôle d'identité illégal peut invoquer à son profit cette irrégularité. Lorsque les réquisitions désignent nominativement un officier de police judiciaire, a priori seul ce dernier peut diligenter l'opération, sous peine d'annulation de la procédure. Depuis la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, les pouvoirs accordés aux différents agents et agentes compétents pour lutter contre le travail illégal⁽⁴⁾ se sont étendus : ils peuvent notamment interroger toutes les personnes présentes dans les locaux de travail (entendus au sens large, c'est-à-dire partout où il y a un travail salarié) et relever leur identité. Toutefois seuls les inspecteurs, les inspectrices, les

(4) Le travail illégal renvoie à plusieurs infractions, parmi lesquelles l'activité et l'emploi dissimulés, le prêt illicite de main-d'œuvre ou encore l'emploi d'étranger-e-s sans titre. Les agents compétents sont notamment, outre l'inspection du travail et la police judiciaire, les agents des impôts et des douanes et les agents des organismes de sécurité sociale (Urssaf).

contrôleurs et les contrôleuses du travail disposent d'un droit inconditionnel d'entrer dans ces lieux, qui sont le plus souvent des locaux privés.

Remarques : 1. La police peut également effectuer des contrôles dans les entreprises pour constater les mêmes infractions quand le président du tribunal de grande instance lui en a donné la possibilité par décision de justice (« ordonnance »). Ce type d'opération est rare en pratique.

2. Les inspecteurs et les inspectrices du travail sont habilités à entrer dans les entreprises et à y procéder à des contrôles sur le respect par le responsable de l'entreprise de ses obligations d'employeur, ce qui suppose qu'ils s'assurent de l'identité des salariés. Mais il n'est pas de leur mission ni de leur compétence d'interpeller les salariés dont ils découvrent à cette occasion l'irrégularité du séjour. Aussi, beaucoup d'entre eux se refusent à jouer un rôle dans la poursuite de salariés sans papiers car ce n'est pas leur mission, comme l'a rappelé à plusieurs reprises l'Organisation internationale du travail. Ils ont la faculté de communiquer leurs informations en la matière à la police, qui peut alors agir en flagrant délit. Il en va de même pour les agents de l'Urssaf.

2. Les contrôles routiers – Les automobilistes sont soumis à des règles spéciales puisqu'ils sont tenus de présenter aux autorités de police et de gendarmerie leur permis de conduire et la carte grise du véhicule. En montrant leur permis de conduire, ils justifient de leur identité. En principe, ce contrôle ne concerne que le conducteur ou la conductrice, et non les passagers. Toutefois, si la voiture a une plaque d'immatriculation étrangère (sauf si la voiture est immatriculée dans un des pays membres de l'Union européenne), ces derniers peuvent être amenés à justifier de la régularité de leur séjour en France puisque le fait de circuler dans un tel véhicule permet de présumer l'extranéité (v. *supra*). En principe, la police ne peut procéder à la perquisition d'un véhicule que si elle agit dans le cadre d'une infraction flagrante (crime ou délit se commettant sous les yeux de la police ou venant de se commettre) ou sur commission rogatoire d'un ou d'une juge d'instruction. En dehors de ces deux hypothèses, seuls les officiers de police judiciaire (et les procureurs de la République) peuvent effectuer des perquisitions, à condition d'avoir obtenu l'accord écrit de la personne qui conduit le véhicule. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001, les agents et agents adjoints de police judiciaire peuvent toutefois procéder à des fouilles de véhicules, sans avoir besoin d'obtenir l'accord des intéressé-e-s, s'ils y ont été autorisés par le procureur de la République, dans le but de rechercher et de poursuivre les actes de terrorisme et certaines infractions à la législation sur les stupéfiants (v. sous-section suivante).

3. Les contrôles aux fins de recherche et de poursuite des actes terroristes et de certaines infractions – Les officiers et les agents de police judiciaire (y compris ceux et celles qui n'ont que la qualité d'agents de police judiciaire adjoints, comme les agents de police municipale et les adjoints de sécurité) peuvent, sur réquisitions du procureur de la République, non seulement procéder à des contrôles d'identité, mais également visiter les véhicules en circulation ou à l'arrêt. Le procureur de la République doit dans ses réquisitions décliner les infractions recherchées (actes de terrorisme, trafic de stupéfiants, recel et vol), le lieu où ces contrôles et perquisitions peuvent être effectués et le temps pendant lequel ils sont autorisés (24 heures au maximum, renouvelables sur décision expresse et motivée). Si ces contrôles permettent de révéler d'autres infractions que celles visées par le procureur, les interpellations demeurent

valables. Il est donc inutile d'invoquer la nullité de la procédure au motif que le contrôle a permis de révéler la situation administrative irrégulière d'un passager.

Le législateur, en 2003, a étendu les possibilités de procéder à des fouilles de véhicules dans le cadre d'opérations de la police administrative et de la police judiciaire. En application de l'article 78-2-3 du code de procédure pénale, les agents de police judiciaire et notamment les adjoints de sécurité peuvent effectuer des visites de véhicules circulant ou arrêtés sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public lorsqu'il existe à l'égard du conducteur ou de la conductrice une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il ou elle a commis un crime ou un délit flagrant (v. lexique p. 39), ou tenté de commettre une telle infraction. Si la fouille a permis de révéler l'existence d'une infraction, éventuellement autre que celle que l'on entendait ainsi établir, le procès-verbal devra mentionner l'élément qui a déterminé l'intervention des agents. Notons que la notion de contravention flagrante n'est pas consacrée par le droit. En conséquence, le fait de commettre une contravention au code de la route ne justifie pas que le véhicule soit « visité ».

Par ailleurs, sans qu'il soit invoqué un lien entre le conducteur ou la conductrice et une infraction commise ou simplement tentée, les mêmes agents peuvent procéder à son contrôle d'identité et à la visite de son véhicule pour prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens (art. 78-2-4). À la différence des contrôles effectués sur les personnes circulant sur la voie publique, la possibilité de stopper un véhicule et de demander au conducteur ou à la conductrice de justifier de son identité suppose que la menace à l'ordre public soit d'une certaine gravité. Le cas échéant, cette exigence devra transparaître dans le procès-verbal. Par ailleurs, dans cette hypothèse, la visite du véhicule nécessite l'accord du conducteur ou de la conductrice. S'il refuse de le donner, la police pourra tout de même procéder à la visite, à condition d'agir sur instructions du procureur de la République communiquées par tous moyens. On suppose que les instructions données oralement suffisent à l'autoriser. En attendant de telles instructions, le véhicule peut être immobilisé pour une durée maximale de trente minutes.

Notons que le Conseil constitutionnel, par sa décision du 13 mars 2003, a considéré que ces nouvelles dispositions ne portaient pas d'atteinte excessive aux libertés individuelles et n'a posé aucune réserve d'interprétation (v. p. 31).

4. Les interpellations aux guichets des préfectures – Pour la première fois, la circulaire du 21 février 2006 organise les interpellations aux guichets des préfectures. Cette circulaire a fait l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État, porté par plusieurs organisations (Cimade, Saf, Syndicat de la magistrature, LDH, Gisti,...). La haute juridiction administrative l'a rejeté et a considéré que l'utilisation de modèles de convocation pour interpellier des personnes étrangères dans les services ne constituait pas en soi un procédé déloyal (CE 7 février 2007, LDH, Fasti, Gisti, Saf, SM, Mrap, Cimade). La circulaire n'a donc pas été annulée. Toutefois, de son côté, la Cour de cassation a jugé, de façon claire, que l'administration ne pouvait pas utiliser la convocation à la préfecture d'une personne étrangère pour procéder à son interpellation en vue de son éloignement forcé : *« Mais attendu que l'administration ne peut utiliser la convocation à la préfecture d'un étranger, faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, qui sollicite l'examen de sa situation administrative nécessitant sa présence personnelle, pour faire procéder à son interpellation en vue de son placement en rétention ; qu'ayant relevé que*

M. X. avait été convoqué, sur sa demande, pour l'examen de sa situation administrative, la cour d'appel a, par ce seul motif, jugé à bon droit, que les conditions de cette interpellation étaient contraires à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. » (Cass. Civ. 1^{re} 6 février 2007, pourvoi n° 05-10880; civ. 1^{re} 11 mars 2009, pourvoi n° 08-11252).

En d'autres termes, la Cour de cassation prohibe les « convocations piège ». De la même façon, la police ou la gendarmerie ne peuvent pas interpellier une personne étrangère se présentant dans les services dans le cadre d'un projet de mariage : il est donc pareillement impossible d'utiliser la convocation d'une personne étrangère pour un examen de son dossier de mariage, lequel nécessite sa présence personnelle, pour procéder à son interpellation pour délit de séjour irrégulier en France.

La jurisprudence n'interdit pas en elles-mêmes les interpellations en préfecture. Elle condamne seulement les méthodes déloyales. En conséquence, en principe, l'interpellation d'une personne étrangère dans les services préfectoraux n'est pas irrégulière si elle s'est présentée spontanément ou si la convocation indique son objet, à savoir son éloignement potentiel. Peu importe dans cette seconde hypothèse que la personne ait déposé une nouvelle demande de titre de séjour pour laquelle la préfecture n'a pas encore donné de réponse. Son interpellation est régulière si l'objet de la convocation était sans ambiguïté.

Palpations de sécurité et fouilles corporelles

Il n'existe pas de dispositions légales spécifiques sur les fouilles corporelles et sur les palpations de sécurité auxquelles procèdent la police et la gendarmerie, notamment à l'occasion d'un contrôle d'identité. La loi ne définit pas davantage ce qu'est une palpation de sécurité pour pouvoir la distinguer de la fouille corporelle.

Concernant la palpation de sécurité, il s'agit de passer les mains le long du corps de la personne. C'est donc un contrôle superficiel permettant de repérer une arme ou plus largement un objet dangereux. Dès lors que la police fouille dans le sac d'une personne ou met par exemple les mains dans ses poches, l'opération devient une fouille corporelle que la jurisprudence assimile à une perquisition.

Bien que la loi n'en dise rien, la jurisprudence autorise la police comme la gendarmerie à procéder à la palpation des personnes interpellées. Si, à l'occasion de cette opération, l'agent repère un objet suspect, la fouille corporelle de l'individu est alors possible.

La loi sur la sécurité quotidienne permet aux agents de surveillance, de gardiennage et de transport de fonds d'effectuer des palpations de sécurité, à condition que les personnes concernées donnent leur « *consentement exprès* ». Ces opérations ne peuvent par ailleurs se dérouler que dans les lieux définis par le préfet.

Les fouilles corporelles, considérées comme des perquisitions, ne peuvent être imposées aux personnes que si la police agit dans le cadre d'une infraction flagrante ou sur commission rogatoire délivrée par un juge d'instruction. En dehors de ces deux hypothèses, la police doit recueillir l'accord par écrit de l'intéressé-e.

C. Les personnes habilitées à effectuer le contrôle

Les autorités habilitées à opérer des contrôles d'identité sont désignées par la loi. Il convient donc de vérifier qui a effectivement procédé à l'interpellation. Sont compétents :

1. les agents et officiers de police judiciaire. Si les simples agents de police judiciaire (gendarmes, gardiens de la paix,...) peuvent contrôler l'identité des personnes sur la voie publique, en revanche, dès lors que l'opération de contrôle entraîne une conduite au poste de police, l'intervention d'un officier de police judiciaire (officiers et gradés de la gendarmerie, commissaires,...) devient obligatoire.

2. les agents des douanes. Ils sont autorisés à vérifier la situation administrative des personnes étrangères uniquement dans la zone dite frontalière (v. p. 9). Ils ne peuvent le faire qu'à la condition d'invoquer un élément extérieur et objectif qui leur a permis de présumer la nationalité étrangère de la personne contrôlée. Le Conseil constitutionnel (v. p. 31) condamne toute interpellation fondée sur l'apparence physique ou la morphologie (v. p. 5). Les agents des douanes ne sont en revanche pas compétents pour effectuer un contrôle d'identité. S'ils constatent qu'une personne est entrée irrégulièrement en France, les agents des douanes peuvent la retenir (pas plus de trois heures à compter de la constatation de l'infraction). Les opérations de contrôle ne peuvent pas durer plus de six heures consécutives.

3. la police municipale. Les agents de police municipale ne sont compétents que pour relever l'identité des personnes ayant commis une contravention aux arrêtés de police des maires et certaines contraventions au code de la route. Ils ne peuvent donc pas arrêter une personne étrangère – ou un individu dont ils présument l'extranéité – afin de vérifier qu'elle est en situation administrative régulière. Le contrôle doit nécessairement être justifié par un lien entre l'individu et la commission d'une infraction (et encore pas n'importe laquelle). Si la personne contrevenante refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, alors l'agent de police municipale doit immédiatement en rendre compte à un officier de police judiciaire qui pourra lui ordonner de lui présenter sans délai le ou la contrevenante.

La personne sera alors conduite au poste de police ou dans un commissariat. La loi ne fixe aucun délai pour ce faire ; elle ne précise pas davantage les modalités de l'opération. Les adjoints de sécurité et les agents de surveillance de Paris sont investis des mêmes pouvoirs.

4. les agents contrôleurs des services de transports en commun. Les agents contrôleurs de la SNCF et de la RATP disposent d'un pouvoir analogue à celui qui est reconnu aux agents de police municipale. Ce n'est que lorsqu'ils et elles procèdent au contrôle de l'existence et de la validité des titres de transport que ces agents sont habilités à relever l'identité et l'adresse du contrevenant ou de la contrevenante. Si une personne dépourvue de titre de transport produit un document d'identité, quel qu'il soit (document doté d'une photographie et indiquant l'état civil et le domicile), l'agent contrôleur doit s'en contenter pour dresser le procès-verbal constatant l'infraction au transport. Il n'a pas à exiger la production d'un titre de séjour. Si la personne a produit un « Pass navigo » dans le cadre d'un contrôle des titres de transport, rien

n'autorise la police présente au moment du contrôle à requérir les documents sous couvert desquels la personne réside en France. Un nom prétendument à consonance étrangère ne permet pas de la présumer étrangère (v. p. 5).

D. La conduite au poste de police

De façon générale, une personne, française ou étrangère, ne peut être privée de sa liberté d'aller et venir dès lors qu'elle a justifié de son identité. Ce n'est que dans l'hypothèse où elle n'est pas en mesure de le faire (la preuve de l'identité s'effectue par tout moyen, la carte nationale d'identité n'étant pas un document obligatoire) que la police peut décider de la conduire au poste de police afin d'opérer cette fois une vérification d'identité. La procédure de vérification ne peut dépasser quatre heures, étant entendu que ce délai maximal commence à courir dès le relevé de l'identité sur la voie publique. La vérification d'identité peut s'effectuer sur place.

S'il s'avère que la personne est étrangère, la police peut demander la production du titre l'autorisant à être en France. En pratique, les personnes contrôlées produisent directement leur titre de séjour qui fait preuve de leur identité et en même temps de la régularité de leur situation administrative. À défaut de pouvoir justifier de la régularité de leur présence en France, elles peuvent être conduites au poste de police où un contact sera pris avec la préfecture. Cette dernière vérifie son identité et, une fois celle-ci établie, sa situation administrative. Dès lors qu'effectivement l'absence de titre de séjour en cours de validité est constatée et donc la situation irrégulière établie, l'officier de police judiciaire doit en informer le procureur de la République et établir un procès-verbal constatant l'infraction.

L'entrée irrégulière, comme le séjour irrégulier, constitue un délit punissable d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 € (art. L. 621-1 du Ceseda), le tribunal correctionnel pouvant en outre décider de prononcer à titre de peine complémentaire une interdiction du territoire français pouvant atteindre trois ans. Toutefois, le juge communautaire a eu à examiner la conformité du dispositif répressif français à la directive dite « retour » du 16 décembre 2008 qui préconise une progressivité dans la mise en place des mesures privatives de liberté pour les personnes étrangères en situation administrative irrégulière. Et la pénalisation du séjour « à la française », c'est-à-dire la possibilité d'emprisonner un étranger ou une étrangère au seul motif qu'il ou elle est sans papiers, a été considérée par la CJUE comme de nature à porter atteinte aux objectifs de la directive. La jurisprudence de la Cour européenne donne lieu à des interprétations divergentes. Le gouvernement français lui a donné une portée minimaliste, contestable. Pour simplifier, nous n'évoquerons que deux questions :

- la garde à vue peut-elle toujours être mise en place à la suite d'une procédure de vérification d'identité pour une personne sans titre de séjour ?
- la possibilité de poursuivre une personne étrangère devant le tribunal correctionnel pour infraction à la législation sur les étrangers (entrée et séjour irréguliers ou non respect d'une mesure d'éloignement) est-elle conforme ?

Rappelons en premier lieu qu'un procès-verbal dûment motivé, faisant état des conditions dans lesquelles l'interpellation a été effectuée, doit être rédigé par l'officier

de police judiciaire. Il doit en outre indiquer que la personne a été informée de ses droits, ainsi que le jour et l'heure où le contrôle a été opéré, le jour et l'heure de la fin de la rétention et la durée de celle-ci. En pratique, et de façon quasi automatique, dès lors que la procédure d'interpellation avait effectivement permis de constater l'entrée ou le séjour irréguliers, la personne étrangère était immédiatement placée en garde à vue. Les quatre heures de rétention (maximum) correspondant à la procédure de vérification d'identité étaient ensuite imputées sur la durée du placement en garde à vue (24 heures avec possible renouvellement de 24 heures). L'articulation entre la garde à vue et l'infraction à la législation sur les étrangers doit être revue à la lumière du droit européen. Selon le code de procédure pénale, on ne peut placer en garde à vue une personne que si on lui reproche la commission d'une infraction pour laquelle un emprisonnement est encouru (un emprisonnement au moins égal à un an pour pouvoir prolonger la garde à vue de 24 heures). Autrement dit, si la personne en séjour irrégulier ne peut plus être condamnée à une peine d'emprisonnement, alors on ne pourra plus recourir à une mesure de garde à vue avant de la placer en rétention administrative. Cela oblige l'administration à accélérer son processus dans la mise en œuvre d'une mesure forcée d'éloignement.

Toutefois la portée de la jurisprudence communautaire est ambiguë et tant que la Cour de cassation n'aura pas pris position, il y aura des pratiques différentes selon les juges : certains et certaines considèrent que l'article L. 621-1 du *Ceseda* a été enterré par la CJUE, la « disparition » de ce délit privant de fondement légal la garde à vue ; d'autres (a priori plus nombreux) jugent que l'article L. 621-1 permet au contraire toujours de fonder une mesure de privation de liberté préalablement au placement en rétention administrative pour s'assurer de la situation de la personne au regard des règles sur le séjour.

Il résulte des deux arrêts rendus par la CJUE (CJUE 28 avril 2011 *El Dridi* et CJUE 6 décembre 2011 *Achughbadian*) une remise en cause de la pénalisation prévue pour séjour irrégulier ou non exécution d'une mesure d'éloignement, malgré une interprétation minimaliste du gouvernement français en la matière (circulaire du 12 mai 2011 et instruction de la Chancellerie du 13 décembre 2011). Par contre le doute est permis s'agissant de la possibilité de recourir ou non à la garde à vue. La seconde décision de la Cour – qui analysait directement l'article L. 621-1 – semble se contredire elle-même : car si elle énonce que la directive « retour » s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier, elle dit dans le même temps que les conditions de l'arrestation initiale demeurent régies par le droit national et qu'il est donc possible de garder à vue une personne soupçonnée de séjour irrégulier dans un délai raisonnable, le temps de l'identifier et de déterminer sa situation.

La police continue le plus souvent de placer en garde à vue les étrangers et les étrangères. Et le sort de la procédure dépend du juge amené à statuer. Si, bien sûr, il est saisi.

Cadre légal de la garde à vue

La durée maximale de la garde à vue, qui comprend la durée de la détention effectuée aux fins de vérifier l'identité et la régularité du séjour, ne peut en principe durer plus de 48 heures (durée initiale de 24 heures, pouvant être prolongée de 24 heures au plus sur autorisation écrite du procureur de la République à la condition, on l'a vu,

d'encourir une peine d'emprisonnement d'un an au moins). La procédure de garde à vue a fait l'objet d'une réforme importante avec la loi du 14 avril 2011. La personne gardée à vue a la possibilité d'être assistée pendant les auditions par un avocat qui aura accès à toutes les pièces de la procédure (en particulier le procès-verbal d'interpellation). La loi a étendu le droit à l'information de toutes celles et ceux qui sont ainsi privés de liberté : information sur la nature et la date présumée de l'infraction, sur le droit de faire prévenir un proche et son employeur, sur le droit d'être examiné-e par un médecin et d'être assisté-e par un avocat, ou encore sur le droit de faire des réclamations ou de se taire. Les personnes étrangères ont droit à un interprète et ont la possibilité de contacter les autorités consulaires.

L'étranger ou l'étrangère peut être déjà sous le coup d'une mesure de départ forcé (obligation de quitter le territoire français datant de moins d'un an, arrêté d'expulsion, interdiction du territoire français ou encore interdiction de retour sur le territoire français). Ces situations justifient le placement en rétention administrative.

Rappel : le procès-verbal d'interpellation est un document essentiel du dossier de procédure qui est transmis au procureur de la République. Ce dossier est communiqué à la préfecture lorsque le ministère public décide de ne pas poursuivre pénalement l'étranger (a priori il ne peut plus le faire depuis les arrêts rendus par la CJUE, sauf si l'étranger a commis d'autres infractions) et qu'une mesure d'éloignement est envisagée. Le plus souvent, l'autorité préfectorale prend contre l'étranger une mesure de placement en rétention administrative car elle est rarement en mesure de pouvoir mettre en œuvre l'éloignement dans le délai de la garde à vue (encore moins dans le délai de la procédure de vérification d'identité).

Notons que le procès-verbal racontant les circonstances dans lesquelles s'est opéré le contrôle est présenté à la signature de l'intéressé. Celui-ci a tout intérêt à refuser de signer. Dans ce cas, il est fait mention du refus de signer et des motifs de ce refus. Cela ne prive pas le document de sa force probante, mais cette opposition peut être évoquée à l'appui d'une demande d'annulation de la procédure.

Attention : Le port des menottes ne doit pas être la règle. La loi ne le prévoit que si la personne est considérée comme dangereuse pour les autres ou pour elle-même ou si elle est susceptible de tenter de prendre la fuite (art. 803 du code de procédure pénale).

II. Comment faire valoir l'irrégularité du contrôle ?

Plusieurs types d'action sont à distinguer. Tout dépend de celui qui entend la mener : la victime ou un témoin. La lutte contre les contrôles au faciès peut également donner lieu à des mobilisations collectives.

L'illégalité du contrôle d'identité peut en premier lieu être invoquée par la personne qui en a été victime (A). Qui va alors opérer un contrôle sur les conditions de l'interpellation ? De jurisprudence constante, la ou le juge administratif n'examine pas la procédure de contrôle d'identité, quand bien même elle a permis de constater le séjour irrégulier et conséquemment le prononcé d'une mesure administrative de départ forcé. C'est la ou le juge judiciaire qui est compétent pour le faire, en sa qualité de gardien des libertés individuelles. Plus précisément c'est la ou le juge qui est saisi pour autoriser la prolongation de la mesure de rétention ou celle d'assignation à résidence, à savoir le ou le juge des libertés et de la détention. De façon générale, la ou le juge pénal est aussi toujours compétent pour examiner la régularité des procédures qui ont conduit à la constatation des infractions et qui sont utiles à l'enquête préalable au jugement. Mais comme vu précédemment, il ne devrait plus a priori y avoir beaucoup de poursuites pour séjour irrégulier ou non exécution d'une mesure de départ forcé. Il y en avait peu depuis quelques années (avant même les décisions de 2011 de la CJUE), le ministère de la justice incitant les parquets à abandonner la voie judiciaire et à choisir celle orchestrée par l'administration (notification d'une mesure d'éloignement avec placement en rétention). En pratique, les personnes étrangères se retrouvent devant le tribunal correctionnel quand une autre infraction leur est en plus reprochée (usage de faux par exemple).

Par ailleurs, victimes et témoins peuvent saisir le défenseur des droits (DDD), autorité nouvelle qui a succédé à la Commission nationale de déontologie de la sécurité (C). Comme nous le verrons, la saisine du DDD se fait sans formalité. Il est toutefois encore trop tôt pour faire un bilan de l'action de cette nouvelle autorité apparue en 2011.

Enfin, il convient de mentionner certaines initiatives dont l'objectif est de dénoncer les contrôles au faciès, par le recours au droit et le recueil de témoignages (D).

A. L'action de la victime

1. L'exception d'illégalité du contrôle d'identité soulevée devant le tribunal correctionnel

À titre de défense pénale, l'irrégularité de la procédure d'interpellation peut être soulevée avant toute discussion sur le fond de l'affaire. L'avocat-e doit absolument vérifier que les conditions de validité des contrôles et vérifications d'identité ont été respectées. C'est l'examen du procès-verbal qui lui permettra d'effectuer cette vérification. Le ministère public peut toujours décider d'abandonner les poursuites au motif

que le contrôle d'identité qui a permis de constater le délit a été opéré illégalement. C'est relativement rare en pratique.

En vertu de la loi, les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire ; autrement dit, ils sont supposés établir la vérité, sauf à prouver le contraire de ce qui est mentionné, par écrit ou par témoin. On voit parfois dans des procès-verbaux des allégations farfelues révélant une méconnaissance des lieux décrits, ce qui laisse croire à une motivation artificielle sans lien aucun avec la réalité (ex : mention d'arbres ayant servi à se cacher pour échapper à la police alors que la rue où s'est effectuée l'interpellation en est dépourvue!).

Attention : il ne suffit pas d'invoquer par oral l'irrégularité du contrôle lors de l'audience de jugement. Il faut nécessairement soit un écrit – ce qui en pratique est exceptionnel – soit des témoignages pour contester les allégations du procès-verbal d'interpellation.

En conséquence, si l'étranger ou l'étrangère n'était pas seule lorsqu'il ou elle a été contrôlée, la personne l'accompagnant peut produire un témoignage en justice sur les circonstances réelles de l'interpellation. Le témoignage est susceptible de remettre en cause ce qui est écrit dans le procès-verbal. Quand un simple passant est témoin du caractère discriminatoire ou illégal des contrôles, rien ne l'empêche, au cas où une personne se fait interpellé et ne paraît pas pouvoir justifier d'une situation administrative régulière, de lui remettre ses coordonnées en se déclarant disposé à attester de ce qu'il a vu.

Si le juge pénal reconnaît l'illégalité du contrôle (contrôle d'identité ou contrôle de la régularité du séjour), il déclarera nulle toute la procédure. En conséquence, l'étrangère ou l'étranger devra être relaxé et ne pourra encourir aucune sanction pénale. Il faut en tout état de cause que ce soit l'interpellation qui ait permis de constater la ou les infractions, quelles qu'elles soient.

L'illégalité de la procédure d'interpellation peut de la même façon être soulevée lorsque la personne est poursuivie pour n'avoir pas respecté une mesure d'éloignement déjà prononcée (obligation de quitter le territoire français non exécutée, arrêté préfectoral de reconduite à la frontière ou arrêté d'expulsion, interdiction du territoire français). Si le contrôle policier a permis de constater cette infraction (le fait de se soustraire ou d'avoir tenté de se soustraire à l'exécution d'une mesure d'éloignement, quelle qu'elle soit, constitue un délit punissable de trois ans d'emprisonnement), il est possible d'invoquer son irrégularité. Là encore, dès lors que le tribunal correctionnel retient l'illégalité de l'interpellation, c'est la relaxe qui est automatiquement prononcée. Au regard de la jurisprudence communautaire déjà évoquée, le ministère public ne devrait plus poursuivre les étranger·e·s uniquement pour soustraction à mesure d'éloignement, sauf circonstances particulières (en particulier en cas de défaut manifeste de coopération). Le recours aux sanctions pénales est permis par la CJUE lorsque, à l'issue des procédures d'éloignement, la personne qui n'est pas partie ne peut pas se prévaloir « d'un motif justifié de non retour ».

Attention : cela ne signifie pas pour autant que la mesure d'éloignement est privée d'effet. Elle ne disparaît pas, pas plus que l'irrégularité de la situation administrative. A l'occasion d'un nouveau contrôle, il pourra être procédé à l'éloignement forcé de la personne.

2. L'illégalité du contrôle d'identité soumise au juge de la « rétention »

La personne étrangère dont le séjour irrégulier a été constaté et contre laquelle la préfecture a décidé de prendre une mesure d'éloignement⁽⁵⁾ (soit une obligation de quitter le territoire français sans délai, soit plus rarement un arrêté de reconduite à la frontière) est généralement placée en rétention administrative. Il en est de même pour celui ou celle qui est déjà sous le coup d'une obligation de quitter le territoire français (prise il y a moins d'un an), d'un arrêté de reconduite à la frontière prononcé il y a moins de trois ans, d'une mesure d'expulsion ou encore d'une interdiction de revenir sur le territoire français.

Le placement en rétention est une mesure de privation de liberté dans un lieu ne relevant pas de l'administration pénitentiaire (soit il s'agit d'un centre de rétention administrative, soit il s'agit d'un local de rétention administrative, ponctuel ou permanent). Ce placement est justifié par le fait que l'administration ne peut immédiatement procéder à l'éloignement de l'intéressé. La décision est prise pour une durée de cinq jours (et non plus 48 heures comme c'était le cas avant l'entrée en vigueur de la loi du 16 juin 2011). À l'expiration d'un délai de cinq jours suivant la décision de placement initial en rétention, la mesure ne peut être prolongée à la demande du préfet que sur autorisation d'un ou d'une juge judiciaire. Seul le ou la juge des libertés et de la détention est compétent-e pour ordonner le maintien en rétention. Ce dernier ou cette dernière est donc chargé-e de statuer par ordonnance sur une éventuelle prolongation du placement en rétention (pour une durée de 20 jours)⁽⁶⁾. Si la personne dispose de garanties de représentation effectives (par exemple un domicile stable partagé avec un membre de sa famille en situation régulière et surtout un passeport, qu'il devra remettre), le ou la juge a la possibilité de refuser la prolongation de la rétention et de l'assigner à résidence.

Lors de l'audience au cours de laquelle est examiné le cas de l'étranger ou de l'étrangère sous le coup d'une mesure d'éloignement forcé du territoire français, il est possible de faire valoir l'irrégularité de la procédure d'interpellation (comme le non-respect des garanties entourant la garde à vue). C'est la jurisprudence qui a effectivement reconnu ce droit au juge de la rétention au motif que le juge judiciaire est le garant des

(5) Le droit de l'éloignement des étrangers, déjà d'une grande complexité, a fait l'objet d'une nouvelle réforme avec la loi du 16 juin 2011, elle-même influencée par la directive dite « retour » de 2008. Pour s'y retrouver, v. « Entrée, séjour et éloignement : ce que change la loi du 16 juin 2011 », Gisti, Cahier juridique, septembre 2011 et « Que faire après une obligation de quitter le territoire français ou une interdiction d'y revenir ? », Gisti, note pratique, juillet 2011.

(6) Au bout de 20 jours, il est possible de demander la prolongation de la rétention, à nouveau pour une durée maximale de 20 jours.

libertés individuelles⁽⁷⁾. Ce moyen doit être soulevé avant toute discussion sur le fond et donc sur les éventuelles garanties de représentation de l'étranger. Le législateur, en 2011, a retardé l'intervention du JLD (a priori il n'est censé statuer sur la demande de prolongation qu'à l'expiration du délai de cinq jours à compter du placement en rétention). En conséquence, dans bien des cas, la personne aura été éloignée du territoire français sans qu'un juge se soit penché sur le respect des règles de procédure pénale relatives aux contrôles d'identité et à la garde à vue. Le juge administratif, lui, saisi d'un recours contre l'obligation de quitter le territoire français (OQTF), dans un délai de 48 heures⁽⁸⁾, n'est pas compétent pour statuer sur la légalité des conditions de l'interpellation et du placement en garde à vue.

Rien dans la loi n'empêche a priori de saisir le JLD dans les premiers jours du placement en rétention en lui demandant de jouer son rôle de gardien des libertés. Des avocat-e-s l'ont fait avec succès. La jurisprudence n'est toutefois pas fixée et beaucoup de juridictions considèrent au contraire qu'elles ne peuvent intervenir qu'au bout de cinq jours.

Si le ou la juge conclut à l'illégalité de l'opération qui a permis de constater l'absence de titre de séjour, il ou elle mettra fin à la privation de liberté. La rétention s'arrête alors nécessairement et la personne recouvre la liberté. L'avocat-e qui va assister l'étranger ou l'étrangère devant le JLD doit être là encore particulièrement attentif aux conditions de l'interpellation telles qu'elles sont mentionnées dans le procès-verbal. Étant entendu que le JLD ne peut pas statuer sur la légalité de la mesure de départ forcé.

Attention : depuis la loi du 16 juin 2011, il est possible, comme mesure alternative au placement en rétention, d'assigner la personne à résidence. Il faut que l'OQTF constitue une perspective raisonnable et que l'étranger ou l'étrangère présente des garanties de représentation de nature à prévenir le risque de non-respect de cette assignation. L'assignation dure au plus 45 jours avec une possible prolongation pour une durée similaire. L'assignation à résidence donne lieu à une décision administrative, celle du placement en rétention administrative. Elle est pareillement placée sous le contrôle du JLD qui dispose des mêmes prérogatives que face à une mesure de rétention.

B. Les actions des témoins

Deux situations peuvent être envisagées :

- soit une personne est témoin d'un contrôle d'identité fondé sur l'apparence physique ayant permis d'établir que la personne était en situation irrégulière en France. Son intervention peut aider cette personne à faire valoir l'illégalité de l'interpellation ;

(7) Cass. civ. 2^e 28 juin 1995, *Bechta*, pourvoi n° 94-50002.

(8) Le délai de 48 heures pour saisir le juge vaut pour les OQTF dites sans délai. Ce sont généralement celles qui sont prononcées lorsque les personnes ont été interpellées à la suite d'un contrôle d'identité.

– soit plus largement des personnes assistent régulièrement à des interpellations au faciès et souhaitent dénoncer cette situation (v. D, p. 24).

Dans les deux cas, bien qu'il soit difficile d'agir efficacement, il est important de ne pas rester passif et de montrer son attachement à la liberté d'aller et venir.

Il faut cependant savoir garder son calme, car si une personne intervient pour demander à la police le cadre légal de ses contrôles – ce que rien dans la loi ne lui interdit de faire –, il est certain qu'elle sera à son tour contrôlée. En cas de résistance, la police peut décider d'une conduite au poste de police en vue d'une vérification d'identité. Une telle intervention, au bout du compte, n'aura pas servi à grand-chose. Non seulement l'étranger ou l'étrangère ne pourra pas bénéficier d'un éventuel témoignage, mais de plus toute contestation serait vaine (impossibilité d'invoquer une séquestration arbitraire, par exemple, dans la mesure où les policiers sont intervenus dans le cadre de la loi autorisant la procédure de vérification d'identité lorsque la personne contrôlée « *refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité* », et perte d'une occasion de dénoncer les pratiques policières sélectives).

Une intervention efficace suppose de pouvoir transmettre à la personne interpellée ses coordonnées. Celle-ci pourra le cas échéant les communiquer à son avocat·e – soit commis·e d'office si la personne étrangère est déférée devant le tribunal correctionnel par la voie de la comparution immédiate, soit de permanence en cas de placement en rétention administrative et de passage devant le JLD. Il faut de toute évidence faire vite, compte tenu de la rapidité des procédures. Le mieux est donc de préparer une attestation en vue de sa production en justice où le témoin raconte les conditions de l'interpellation. Il faut joindre une copie de sa pièce d'identité. Il est également possible de se présenter physiquement à l'audience et de témoigner à la barre. Un témoignage est susceptible de remettre en cause la motivation figurant au procès-verbal. Le ou la juge est libre dans l'appréciation des éléments de preuve. Autrement dit, il ou elle n'est pas tenue de considérer que l'attestation produite suffit à remettre en cause ce qui est dit dans le procès-verbal.

C. La saisine du défenseur des droits

Le défenseur des droits (DDD) est une « autorité constitutionnelle » mise en place par la loi organique et la loi du 29 mars 2011. Les missions du DDD (qui est actuellement Dominique Baudis) sont vastes puisqu'il a absorbé quatre autorités existantes, à savoir la Halde, le défenseur des enfants, le médiateur de la République et la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS).

La CNDS, autorité administrative indépendante, était chargée « *de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République* ». Toute personne victime ou témoin de faits dont elle estimait qu'ils constituaient un manquement aux règles d'éthique, commis par la police ou encore par un agent de sécurité, pouvait porter ces faits à la connaissance de la Commission. Mais on ne pouvait pas la saisir directement; la réclamation devait être adressée à un sénateur ou à un député qui la transmettait à la commission. D'autres autorités

pouvaient saisir la CNDS, comme le médiateur de la République, le président de la Halde, le défenseur des enfants et le contrôleur général des lieux de privation de liberté.

La CNDS a eu l'occasion, à plusieurs reprises, dans ses avis et rapports, de dénoncer certaines pratiques policières discriminatoires. Dans son bilan 2010 en particulier, la commission reproche le défaut de traçabilité des contrôles d'identité. Elle y indique qu'elle est régulièrement saisie de réclamations concernant les circonstances dans lesquelles les personnes ont fait l'objet d'un contrôle d'identité. Or, comme elle le fait observer, à défaut de procédure de vérification d'identité ou de placement en garde à vue, il est impossible d'identifier les agents auteurs du contrôle et donc des modalités de l'opération. Selon la CNDS, il y a problème dès lors que l'on ne peut vérifier la manière dont sont sélectionnées les personnes, en particulier dans les cas d'opérations menées sur réquisitions du procureur de la République (v. *supra* p. 7-8). Les observations de la CNDS peuvent être utilisées au soutien de la revendication collective portée par le collectif « stoplecontroleaufacies » (v. D, p. 24).

La disparition de la CNDS a été combattue vainement. On a pu en effet y voir la volonté de faire taire une autorité qui, parce qu'elle n'hésitait pas à dénoncer les pratiques illégales et à le faire savoir, a dérangé le gouvernement. Il semblerait cependant que le DDD ait envie de poursuivre le chemin tracé par la CNDS : le DDD dispose à tout le moins des mêmes compétences et de pouvoirs équivalents.

Le DDD est donc en particulier chargé de veiller au respect des règles de bonne conduite par les personnes exerçant des activités de sécurité. Il compte, dans ses services, un collègue « *déontologie de la sécurité* ».

Toute personne, témoin ou victime de comportements dont elle pense qu'ils représentent un manquement à la déontologie des agentes et agents publics ou privés de sécurité, doit saisir le DDD sans hésiter. On peut envisager de former une réclamation en cas d'attitudes ou de propos vexatoires ou racistes, de tutoiements injustifiés, de rétention indue de documents alors que la personne contrôlée a normalement présenté un document d'identité ou l'autorisant à séjourner en France, de fouilles à corps en dehors de toute hypothèse d'infraction flagrante,... Rien n'empêche de signaler également des pratiques de contrôles au faciès et donc discriminatoires.

Le DDD est doté par la loi de différents pouvoirs. Il peut ainsi demander aux autorités publiques et aux personnes privées exerçant des activités de sécurité de lui communiquer toutes les informations utiles à sa mission et procéder à des auditions. Si la réclamation constitue une faute ou un manquement, il a la faculté de mettre en œuvre des mesures contraignantes : présenter des observations en justice à l'appui d'une réclamation, saisir l'autorité disciplinaire contre un agent ou encore recommander à l'administration de prendre une sanction contre une personne qui serait à l'origine d'une discrimination. Le DDD peut être consulté sur les projets de loi relatifs à des sujets relevant de ses champs de compétence ; il a aussi la possibilité de proposer des réformes « *pour que le droit soit adapté aux évolutions de la société et que cessent les iniquités* ». À cet égard, le DDD pourrait proposer une modification de la réglementation sur les contrôles d'identité et promouvoir la remise par les agents d'un reçu ou d'une attestation sur les modalités de l'opération (v. D, p. 24). Enfin, le DDD doit établir chaque année un rapport dans lequel il décrit les conditions d'exercice de son activité

et ses résultats. Ce rapport doit être rendu public. Dans le cadre d'un contentieux individuel, il pourra être intéressant de produire des extraits de ces rapports, comme il pouvait être pertinent de produire des extraits des avis et des bilans de la CNDS.

À la différence de la CNDS, le défenseur des droits peut être saisi directement par les victimes et les témoins. La saisine est gratuite ; elle doit être motivée et contenir tous les éléments de nature à étayer la réclamation. Il existe plusieurs façons de saisir le DDD : soit par courrier électronique (v. formulaire de saisine à disposition sur le site www.defenseurdesdroits.fr), soit par l'intermédiaire des délégués du DDD (mise en place de permanences d'accueil, notamment dans les maisons de la justice et du droit ou les points d'accès au droit ; les lieux et jours de permanence sont indiqués sur le site), soit par courrier postal (adresse : Défenseur des droits, 7 rue Florentin, 75008 Paris).

D. La mobilisation collective contre les contrôles au faciès

Après avoir été oubliée et mise entre parenthèses, la lutte contre les contrôles au faciès semble repartie. Le travail mené par Open Society y est pour beaucoup. La fondation a d'abord financé une étude menée par I. Goris, F. Jobard et R. Lévy sur les contrôles d'identité à Paris (v. note 1, p. 1) et a permis qu'elle soit médiatisée. Ce rapport répond à deux objectifs : sensibiliser l'opinion publique et servir le combat judiciaire qu'Open Society veut porter en partenariat avec des organisations françaises. Ce combat a commencé par des questions prioritaires de constitutionnalité (v. p. 4). Mais d'autres procédures sont envisagées comme la saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme en se fondant sur l'absence de recours effectifs.

Pour nourrir ces recours, un nouveau collectif (www.stoplecontroleaufacies.fr) s'est organisé en se donnant pour but de rassembler des témoignages. Pour que votre témoignage soit enregistré, il faut envoyer un SMS au 0760193381 en donnant les informations suivantes : date, heure, contexte et motif annoncé du contrôle.

Les objectifs à terme sont d'obtenir un changement de la loi (article 78-2 du code de procédure pénale) et d'obliger la police à remettre à toute personne contrôlée un reçu du contrôle d'identité qui mentionnerait l'heure, la date et le ou les motifs du contrôle. On peut penser qu'une telle obligation serait de nature à faire évoluer les pratiques et les rapports entre la police et certaines catégories de la population.

Articles 78-1 à 78-6

Annexe 1

du code de procédure pénale

CODE DE PROCÉDURE PÉNALE

(Partie législative)

Chapitre III

Des contrôles, des vérifications
et des relevés d'identité

Article 78-1

L'application des règles prévues par le présent chapitre est soumise au contrôle des autorités judiciaires mentionnées aux articles 12 et 13.

Toute personne se trouvant sur le territoire national doit accepter de se prêter à un contrôle d'identité effectué dans les conditions et par les autorités de police visées aux articles suivants.

Article 78-2

Les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21-1° peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité toute personne à l'égard de laquelle existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner :

- qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ;
- ou qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit ;
- ou qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit ;
- ou qu'elle fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire.

Sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise, l'identité de toute personne peut être également contrôlée, selon les mêmes modalités, dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat. Le fait que le contrôle d'identité révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

L'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens.

Dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, (*Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 93-323 DC du 5 août 1993*) 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, (*Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 93-323 DC du 5 août 1993*) l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi. Lorsque ce contrôle a lieu à bord d'un train effectuant une liaison internationale, il peut être opéré sur la portion du trajet entre la frontière et le premier arrêt qui se situe au-delà des vingt kilomètres de la frontière. Toutefois, sur celles des lignes ferroviaires effectuant une liaison internationale et présentant des caractéristiques particulières de desserte, le contrôle peut également être opéré entre cet arrêt et un arrêt situé dans la limite des cinquante kilomètres suivants. Ces lignes et ces arrêts sont désignés par arrêté ministériel. Lorsqu'il existe une section autoroutière démarrant dans la zone mentionnée à la première phrase du présent alinéa et que le premier péage autoroutier se situe au-delà de la ligne des 20 kilomètres, le contrôle peut en outre avoir lieu jusqu'à ce premier péage sur les aires de stationnement ainsi que sur le lieu de ce péage et les aires de stationnement attenantes. Les péages concernés par cette disposition sont désignés par arrêté. Le fait que le contrôle d'identité révèle une infraction autre que celle de non-respect des obligations susvisées ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes. Pour l'application du présent alinéa, 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 même alinéa.

Dans une zone comprise entre les frontières terrestres ou le littoral du département de la Guyane et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà, et sur

une ligne tracée à cinq kilomètres de part et d'autre, ainsi que sur la route nationale 2 sur le territoire de la commune de Régina, l'identité de toute personne peut être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi.

L'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa du présent article, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi :

1° En Guadeloupe, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que dans une zone d'un kilomètre de part et d'autre, d'une part, de la route nationale 1 sur le territoire des communes de Basse-Terre, Gourbeyre et Trois-Rivières et, d'autre part, de la route nationale 4 sur le territoire des communes du Gosier et de Sainte-Anne et Saint-François ;

2° À Mayotte, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà ;

3° À Saint-Martin, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà ;

4° À Saint-Barthélemy, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà.

Article 78-2-1

Sur réquisitions du procureur de la République, les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre ou la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) sont habilités à entrer dans les lieux à usage professionnel, ainsi que dans leurs annexes et dépendances, sauf s'ils constituent un domicile, où sont en cours des activités de construction, de production, de transformation, de réparation, de prestation de services ou de commercialisation, en vue :

- de s'assurer que ces activités ont donné lieu à l'immatriculation au répertoire des métiers ou au registre du commerce et des sociétés lorsqu'elle est obligatoire, ainsi qu'aux déclarations exigées par les organismes de protection sociale et l'administration fiscale ;

- de se faire présenter le registre unique du personnel et les documents attestant que les déclarations préalables à l'embauche ont été effectuées ;

- de contrôler l'identité des personnes occupées, dans le seul but de vérifier qu'elles figurent sur le registre ou qu'elles ont fait l'objet des déclarations mentionnées à l'alinéa précédent.

Les réquisitions du procureur de la République sont écrites et précisent les infractions, parmi celles

visées aux articles L. 324-9 et L. 341-6 du code du travail, qu'il entend faire rechercher et poursuivre, ainsi que les lieux dans lesquels l'opération de contrôle se déroulera. Ces réquisitions sont prises pour une durée maximum d'un mois et sont présentées à la personne disposant des lieux ou à celle qui la représente.

Les mesures prises en application des dispositions prévues au présent article font l'objet d'un procès-verbal remis à l'intéressé.

Article 78-2-2

Sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite des actes de terrorisme visés par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal, des infractions en matière de prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs visées aux 1° et 2° du I de l'article L. 1333-9, à l'article L. 1333-11, au II des articles L. 1333-13-3 et L. 1333-13-4 et aux articles L. 1333-13-5, L. 2339-14, L. 2339-15, L. 2341-1, L. 2341-2, L. 2341-4, L. 2342-59 et L. 2342-60 du code de la défense, d'armes et d'explosifs visées par les articles L. 2339-8, L. 2339-9 et L. 2353-4 du code de la défense, des infractions de vol visées par les articles 311-3 à 311-11 du code pénal, de recel visées par les articles 321-1 et 321-2 du même code ou des faits de trafic de stupéfiants visés par les articles 222-34 à 222-38 dudit code, les officiers de police judiciaire, assistés, le cas échéant, des agents de police judiciaire et des agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux 1°, 1° bis et 1° ter de l'article 21 peuvent, dans les lieux et pour la période de temps que ce magistrat détermine et qui ne peut excéder vingt-quatre heures, renouvelables sur décision expresse et motivée selon la même procédure, procéder non seulement aux contrôles d'identité prévus au sixième alinéa de l'article 78-2 mais aussi à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public.

Pour l'application des dispositions du présent article, les véhicules en circulation ne peuvent être immobilisés que le temps strictement nécessaire au déroulement de la visite qui doit avoir lieu en présence du conducteur. Lorsqu'elle porte sur un véhicule à l'arrêt ou en stationnement, la visite se déroule en présence du conducteur ou du propriétaire du véhicule ou, à défaut, d'une personne requise à cet effet par l'officier ou l'agent de police judiciaire et qui ne relève pas de son autorité administrative. La présence d'une personne extérieure n'est toutefois pas requise si la visite comporte des risques graves pour la sécurité des personnes et des biens.

En cas de découverte d'une infraction ou si le conducteur ou le propriétaire du véhicule le demande ainsi que dans le cas où la visite se déroule en leur absence, il est établi un procès-verbal

mentionnant le lieu et les dates et heures du début et de la fin de ces opérations. Un exemplaire en est remis à l'intéressé et un autre est transmis sans délai au procureur de la République.

Toutefois, la visite des véhicules spécialement aménagés à usage d'habitation et effectivement utilisés comme résidence ne peut être faite que conformément aux dispositions relatives aux perquisitions et visites domiciliaires.

Le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

Article 78-2-3

Les officiers de police judiciaire, assistés, le cas échéant, des agents de police judiciaire et des agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux 1°, 1° bis et 1° ter de l'article 21, peuvent procéder à la visite des véhicules circulant ou arrêtés sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public lorsqu'il existe à l'égard du conducteur ou d'un passager une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis, comme auteur ou comme complice, un crime ou un délit flagrant; ces dispositions s'appliquent également à la tentative.

Les dispositions des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 78-2-2 sont applicables aux dispositions du présent article.

Article 78-2-4

Pour prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens, les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux 1°, 1° bis et 1° ter de l'article 21 peuvent procéder non seulement aux contrôles d'identité prévus au septième alinéa de l'article 78-2 mais aussi, avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instructions du procureur de la République communiquées par tous moyens, à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public.

Dans l'attente des instructions du procureur de la République, le véhicule peut être immobilisé pour une durée qui ne peut excéder trente minutes.

Les deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 78-2-2 sont applicables aux dispositions du présent article.

Article 78-3

Si l'intéressé refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, il peut, en cas de nécessité, être retenu sur place ou dans le local

de police où il est conduit aux fins de vérification de son identité. Dans tous les cas, il est présenté immédiatement à un officier de police judiciaire qui le met en mesure de fournir par tout moyen les éléments permettant d'établir son identité et qui procède, s'il y a lieu, aux opérations de vérification nécessaires. Il est aussitôt informé par celui-ci de son droit de faire aviser le procureur de la République de la vérification dont il fait l'objet et de prévenir à tout moment sa famille ou toute personne de son choix. Si des circonstances particulières l'exigent, l'officier de police judiciaire prévient lui-même la famille ou la personne choisie.

Lorsqu'il s'agit d'un mineur de dix-huit ans, le procureur de la République doit être informé dès le début de la rétention. Sauf impossibilité, le mineur doit être assisté de son représentant légal.

La personne qui fait l'objet d'une vérification ne peut être retenue que pendant le temps strictement exigé par l'établissement de son identité. La rétention ne peut excéder quatre heures, ou huit heures à Mayotte, à compter du contrôle effectué en application de l'article 78-2 et le procureur de la République peut y mettre fin à tout moment.

Si la personne interpellée maintient son refus de justifier de son identité ou fournit des éléments d'identité manifestement inexacts, les opérations de vérification peuvent donner lieu, après autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies lorsque celle-ci constitue l'unique moyen d'établir l'identité de l'intéressé.

La prise d'empreintes ou de photographies doit être mentionnée et spécialement motivée dans le procès-verbal prévu ci-après.

L'officier de police judiciaire mentionne, dans un procès-verbal, les motifs qui justifient le contrôle ainsi que la vérification d'identité, et les conditions dans lesquelles la personne a été présentée devant lui, informée de ses droits et mise en demeure de les exercer. Il précise le jour et l'heure à partir desquels le contrôle a été effectué, le jour et l'heure de la fin de la rétention et la durée de celle-ci.

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

Le procès-verbal est transmis au procureur de la République, copie en ayant été remise à l'intéressé dans le cas prévu par l'alinéa suivant.

Si elle n'est suivie à l'égard de la personne qui a été retenue d'aucune procédure d'enquête ou d'exécution adressée à l'autorité judiciaire, la vérification d'identité ne peut donner lieu à une mise en mémoire sur fichiers et le procès-verbal ainsi que toutes les pièces se rapportant à la vérification sont

détruits dans un délai de six mois sous le contrôle du procureur de la République.

Dans le cas où il y a lieu à procédure d'enquête ou d'exécution adressée à l'autorité judiciaire et assortie du maintien en garde à vue, la personne retenue doit être aussitôt informée de son droit de faire aviser le procureur de la République de la mesure dont elle fait l'objet.

Les prescriptions énumérées au présent article sont imposées à peine de nullité.

Article 78-4

La durée de la rétention prévue par l'article précédent s'impute, s'il y a lieu, sur celle de la garde à vue.

Article 78-5

Seront punis de trois mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ceux qui auront refusé de se prêter aux prises d'empreintes digitales ou de photographies autorisées par le procureur de la République ou le juge d'instruction, conformément aux dispositions de l'article 78-3.

Article 78-6

Les agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux 1° *bis*, 1° *ter*, 1° *quater* et 2° de l'article 21 sont habilités à relever l'identité des contrevenants pour dresser les procès-verbaux concernant des contraventions aux arrêtés de police du maire, des contraventions au code de la route que la loi et les règlements les autorisent à verbaliser ou des contraventions qu'ils peuvent constater en vertu d'une disposition législative expresse.

Si le contrevenant refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, l'agent de police judiciaire adjoint mentionné au premier alinéa en rend compte immédiatement à tout officier de police judiciaire de la police nationale ou de la gendarmerie nationale territorialement compétent, qui peut alors lui ordonner sans délai de lui présenter sur-le-champ le contrevenant. À défaut de cet ordre, l'agent de police judiciaire adjoint mentionné au premier alinéa ne peut retenir le contrevenant. Lorsque l'officier de police judiciaire décide de procéder à une vérification d'identité, dans les conditions prévues à l'article 78-3, le délai prévu au troisième alinéa de cet article court à compter du relevé d'identité.

Article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

En dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France à toute réquisition des officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints

mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) du code de procédure pénale.

À la suite d'un contrôle d'identité effectué en application des articles 78-1, 78-2 et 78-2-1 du code de procédure pénale, les personnes de nationalité étrangère peuvent être également tenues de présenter les pièces et documents visés à l'alinéa précédent.

Décision du Conseil constitutionnel

n° 93-323 du 5 août 1993

[Extraits]

Ces extraits, portant sur la conformité à la Constitution de l'article 78-2 du code de procédure pénale, peuvent être utilement invoqués devant le juge pénal et devant le juge de la détention et des libertés afin de faire valoir l'illégalité de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière.

On pourra utiliser ces extraits lorsque la police, pour motiver son contrôle d'identité, ne fait état d'aucun lien entre la commission d'une infraction et la personne interpellée et se réfère par exemple à son attitude prétendument suspecte ou à la dangerosité du lieu.

Sur le septième alinéa de l'article 78-2 du code de procédure pénale :

Considérant que cet alinéa reprend des dispositions déjà en vigueur en vertu desquelles un contrôle d'identité peut être opéré, selon les mêmes modalités que dans les autres cas, pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens, en ajoutant la précision nouvelle selon laquelle peut être contrôlée l'identité de toute personne « *quel que soit son comportement* » ;

Considérant que les députés auteurs de la saisine soutiennent que cet ajout en conduisant à autoriser des contrôles d'identité sans que soient justifiés les motifs de l'opération effectuée, porte une atteinte excessive à la liberté individuelle en la privant de garanties légales ;

Considérant que la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes ou des biens, est nécessaire à la sauvegarde de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle ; que toutefois la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle ; que s'il est loisible au

législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ; que ce n'est que sous cette réserve d'interprétation que le législateur peut être regardé comme n'ayant pas privé de garanties légales l'existence de libertés constitutionnellement garanties ;

Considérant qu'il appartient aux autorités administratives et judiciaires de veiller au respect intégral de l'ensemble des conditions de forme et de fond posées par le législateur ; qu'en particulier il incombe aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables ; qu'ainsi il revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité ; qu'à cette fin il lui appartient d'apprécier, s'il y a lieu, le comportement des personnes concernées ;

Décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 du 13 août 1993

[Extraits]

Ces extraits, portant sur la conformité à la Constitution de l'article 8 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (actuel article L. 611-1 du Ceseda), peuvent être utilement invoqués devant le juge pénal et devant le juge de la détention et des libertés afin de faire valoir l'illégalité de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière.

Il faudra mentionner cette décision lorsque, dans le procès-verbal, la police justifie son intervention par des éléments ayant trait à l'apparence physique de l'intéressé.

En ce qui concerne l'article 5⁽¹⁾ :

Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de cet article : « *En dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France, à toute réquisition des officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) du code de procédure pénale* » ;

Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cette disposition prive de garanties légales l'exigence constitutionnelle du respect de la liberté individuelle et porte atteinte au principe d'égalité devant la loi en ce qu'elle soumet les étrangers à une obligation qui ne s'applique pas aux nationaux ;

Considérant que dans le cadre d'un régime administratif d'autorisation préalable, le législateur est en mesure d'exiger des étrangers la détention, le port et la production des documents attestant la régularité de leur entrée et de leur séjour en France

qu'il peut à cette fin prévoir la possibilité de vérifier la mise en œuvre de ces prescriptions en dehors de la recherche d'auteurs d'infractions et en l'absence de circonstances particulières relatives à la prévention d'atteintes à l'ordre public ;

Considérant, d'une part, qu'au regard des objectifs que le législateur s'est ainsi assignés, les étrangers et les nationaux sont placés dans une situation différente ; que dès lors les dispositions contestées ne sont pas constitutives d'une rupture du principe d'égalité ;

Considérant, d'autre part, que la mise en œuvre des vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes ; qu'il appartient aux autorités judiciaires et administratives de veiller au respect intégral de cette prescription ainsi qu'aux juridictions compétentes de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables ; que sous ces strictes réserves d'interprétation la disposition contestée n'est pas contraire à la Constitution ;

(1) Article 5 de la loi n° 93.1027 du 24 août 1993 relative à l'immigration modifiant l'article 8 de l'ordonnance.

Circulaire du 21 février 2006 relative aux conditions de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, garde à vue de l'étranger en situation irrégulière, réponses pénales (NOR : JUS/D/06/30020/C ; CRIM.06.5/E1-21.02.2006) [Extraits]

Le Ministre d'État, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire,

Le garde des Sceaux, Ministre de la justice à

L'intégralité de ce texte est téléchargeable sur le site web du Gisti : www.gisti.org/spip.php?article387

1. Pour attribution : Madame et Messieurs les Préfets de région, Mesdames et Messieurs les Préfets de département, Monsieur le Préfet de Police, Mesdames et Messieurs les procureurs généraux près les cours d'appel, Mesdames et Messieurs les procureurs de la République près les tribunaux de grande instance ;

2. Pour information : Mesdames et Messieurs les premiers présidents des cours d'appel, Mesdames et Messieurs les présidents des tribunaux de grande instance

Cette circulaire abroge et remplace la circulaire n° NOR/MDS/D/87/00101/C du 13 avril 1987 relative au contrôle des conditions de séjour des étrangers hébergés dans des foyers de travailleurs.

REFERENCES :

- Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;
- Code pénal ;
- Code de procédure pénale (notamment les articles 78-1 à 78-2-4) ;
- Circulaire NOR/INT/D/03/00007/C du 21 janvier 2003 relative à l'amélioration de l'exécution des arrêtés de reconduite à la frontière ;
- Circulaire NOR/INT/040006/L du 20 janvier 2003 relative à l'application de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité ;
- Circulaire n° 92/37 du 14 décembre 1992 relative au suivi des décisions de refus de séjour prises à l'encontre des étrangers hébergés dans les centres d'accueil pour demandeurs d'asile ;
- Circulaire n° NOR/MDS/D/87/00101/C du 13 avril 1987 relative au contrôle des conditions de séjour des étrangers hébergés dans des foyers de travailleurs.

INTRODUCTION :

La maîtrise des flux migratoires et la lutte contre l'immigration irrégulière sont des priorités de la politique du gouvernement.

L'importante réforme législative et réglementaire entrée en vigueur depuis l'adoption de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de

l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, ne peut trouver une pleine application et une réelle efficacité que si l'ensemble des acteurs chargés de sa mise en œuvre se mobilisent pour œuvrer conjointement à la réalisation des objectifs communs ainsi définis.

Sous l'autorité du Premier ministre ou, par délégation, du ministre de l'intérieur, un Comité interministériel de contrôle de l'immigration, assisté d'un secrétaire général et d'un comité des directeurs des administrations centrales concernées, a été créé par le décret n° 2005-544 du 26 mai 2005.

Le ministre d'État, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, a de plus créé une police de l'immigration structurée aux niveaux national et local, ainsi que l'Unité de coordination opérationnelle de la lutte contre l'immigration irrégulière (UCOLII).

Mais au-delà du rôle dévolu à ces nouvelles structures de coordination, il convient de rappeler que, dans leurs champs de compétences respectifs, l'implication, d'une part, des parquets dans leur mission de direction de la police judiciaire et, d'autre part, des services placés sous l'autorité du ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire (services des étrangers des préfectures et forces de police et de gendarmerie) demeure déterminante pour la réalisation de la politique gouvernementale.

Le séjour irrégulier est un délit prévu et réprimé par l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dont la constatation et la poursuite relèvent de la compétence des parquets. Il incombe par ailleurs au préfet de faire cesser l'infraction de séjour irrégulier par le prononcé d'un arrêté de reconduite à la frontière.

La régularité de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, dont l'appréciation relève de l'autorité judiciaire, va conditionner la mise en œuvre jusqu'à son terme de la procédure d'éloignement. Une irrégularité dans l'interpellation est en effet de nature à justifier l'annulation du placement en rétention par le juge des libertés et

de la détention et par suite la remise en liberté et l'échec de la procédure d'éloignement⁽¹⁾.

Dans certaines circonstances, l'interpellation est source de difficultés procédurales et de risques contentieux particuliers pour les services des étrangers des préfectures. Cette complexité conduit à une certaine réticence de ces services à engager ces procédures, au profit de la notification par voie postale des arrêtés de reconduite à la frontière dont la pratique se traduit notoirement par une perte d'effectivité.

Les procureurs de la République feront procéder chaque fois que nécessaire, en concertation avec les préfets, aux interpellations aux guichets de la préfecture, au domicile ou dans les logements foyers et les centres d'hébergement dans le respect des exigences procédurales qui en garantiront la régularité. La mise en œuvre de ce type d'interpellation conditionne souvent, en effet, l'effectivité de la mesure de reconduite à la frontière et, partant, la crédibilité de la lutte contre l'immigration irrégulière.

La lutte contre l'immigration irrégulière constitue donc bien une dimension de la politique pénale. Les parquets doivent jouer pleinement leur rôle dans la définition et la réalisation des actions menées localement. Ils le feront dans le cadre des « pôles d'éloignement » (ou dans des structures partenariales similaires) mis en place dans la quasi-totalité des préfectures.

Les parquets devront y participer, afin de concourir à la détermination des personnes ciblées en priorité par les procédures d'éloignement, notamment lorsque la procédure administrative ne sera mise en œuvre qu'à l'issue d'une procédure judiciaire permettant le recours à la coercition et à la garde à vue, ou qu'il aura été fait application des dispositions de l'article 78-2, alinéa 2, du code de procédure pénale (CPP) pour organiser des opérations de contrôles ciblées, par exemple à proximité des logements foyers et des centres d'hébergement ou dans des quartiers connus pour abriter des personnes en situation irrégulière.

D'une manière générale, les procureurs de la République participeront le plus activement et le plus en amont possible à la définition et à l'organisation des actions opérationnelles destinées à interpellier les personnes se trouvant en situation irrégulière.

La présente circulaire a donc pour but :

- d'une part, d'inciter les parquets, en concertation avec les préfets, à faire procéder systé-

matiquement à l'interpellation des étrangers en situation irrégulière en rappelant certaines conditions de légalité de la procédure dans des circonstances spécifiques. La connaissance de ces principes est indispensable pour la défense des intérêts de l'État.

– d'autre part, d'inviter les parquets à investir pleinement ce champ de compétence partagé qu'est la lutte contre l'immigration irrégulière et de définir les principales orientations de la réponse pénale.

I. LE CHOIX D'UN CADRE PROCÉDURAL ADAPTÉ

A/Les interpellations

Quatre hypothèses peuvent être envisagées :

1.1- Les interpellations sur la voie publique

Ce sont celles qui présentent le moins de difficulté. En dehors des cas ordinaires de contrôle d'identité énoncés par l'article 78 du code de procédure pénale, elles pourront intervenir à l'issue d'un contrôle diligent en application des dispositions de l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile⁽²⁾.

Dans ce cas, les officiers de police judiciaire (OPJ) devront garder à l'esprit que l'appréciation de la qualité d'étranger d'une personne doit être fondée sur des éléments objectifs, déduits des circonstances et extérieurs à la personne même de l'intéressé.

La jurisprudence de la Cour de cassation exige que les contrôles visant les étrangers soient justifiés par des « signes objectifs d'extranéité » (Crim. 25 avril 1985 ; D 1985, jurisprudence p. 329). Elle a ainsi considéré que l'usage d'une langue étrangère ne constituait pas un critère objectif justifiant un contrôle de titre de séjour (Civ. 14 déc. 2000 req. n° 99-20089).

Au contraire, est licite le contrôle d'identité d'étrangers occupant sans titre un bâtiment, en l'espèce une église, et revendiquant publiquement l'irrégularité de leur situation administrative (Civ. 2^e, 12 nov. 1997 ; bull. civ. II, n° 269). Plus récemment et dans la même ligne ont été jugés licites, ne constituant pas un contrôle sélectif discriminatoire au seul regard de l'apparence physique des personnes interpellées, les contrôles effectués à l'intérieur d'un square où s'étaient enfermées 150 à 200 personnes sans papiers, lesquelles avaient cadenassé les grilles du square et apposé sur celles-ci de nombreuses banderoles. Est également licite le contrôle d'un étranger à l'extérieur du square alors qu'il s'apprêtait à y entrer pour y rejoindre les manifestants (Civ. 2^e, 14 juin 2005 ; req. n° 04-50068).

(2) voir p. 29.

(1) Cette règle a été affirmée par la Cour de cassation en ces termes : « en vertu des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 136 du code de procédure pénale, il appartient au juge saisi par le préfet en application de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [articles L. 552-1 à L. 552-8 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile], de se prononcer, comme gardien de la liberté individuelle et sans que sa décision préjuge la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière, sur l'irrégularité, invoquée par l'étranger, de l'interpellation » (Civ. 28 juin 1995, req. n° 94-50002, M. BECHTA).

1.2- Les interpellations au guichet d'une préfecture

Les services des préfectures sont régulièrement confrontés à la question de la conduite à tenir à l'égard d'un étranger qui se présente « au guichet » pour former une nouvelle demande de titre de séjour, alors qu'un refus de séjour voire un arrêté de reconduite à la frontière lui a d'ores et déjà été notifié.

L'hypothèse de la présentation spontanée de l'intéressé aux guichets de la préfecture ne soulève pas de difficultés particulières.

On rappellera que le dépôt d'une nouvelle demande d'admission au séjour ne fait pas obstacle à la prise d'un arrêté de reconduite à la frontière et à son exécution si les conditions légales prévues par l'article L. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sont réalisées.

Des difficultés contentieuses peuvent en revanche survenir lorsque la préfecture convoque l'intéressé.

La position de la Cour de cassation s'est fixée par un arrêt du 12 novembre 1997 (Civ. 2°, 12 nov. 1997 req. n° 96-50091) dans une affaire où le requérant arguait d'une violation de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), relatif au droit à la liberté et à la sûreté. La Cour de cassation a validé la procédure d'interpellation d'une personne qui s'était présentée à une convocation délivrée par la préfecture pour procéder à l'examen de sa situation et ce, aux motifs que l'intéressé « *qui s'était présenté volontairement à la préfecture pour l'examen de sa situation au regard d'un arrêté de reconduite à la frontière dont il savait qu'il était définitif n'avait pas été victime d'un « piège », le motif de la convocation lui ayant été indiqué avec la précision qu'il devait présenter son passeport [et alors] que la décision de rétention notifiée à 13 heures 30 avait été prise dans un délai raisonnable compte tenu du temps nécessaire pour examiner la situation de l'intéressé [qui s'était présenté à 10 heures]* ».

Cet arrêt de principe traduit une évidence et trois séries d'obligations.

En premier lieu, ce n'est pas le lieu d'interpellation qui pose une difficulté.

Par ailleurs, par cet arrêt, la Cour de cassation a rappelé trois obligations :

- l'obligation de principe pour l'étranger de se présenter personnellement aux guichets de la préfecture pour examen de sa situation administrative, soit qu'il ait formulé une nouvelle demande, soit qu'il y ait été convoqué par le préfet.
- l'obligation pour le préfet de se montrer loyal en convoquant l'étranger. Les préfets veilleront à proscrire des motifs de convocation ambigus évoquant une régularisation de situation administrative.
- l'obligation pesant encore sur l'administration de procéder à un examen effectif de situation

dont la réalité puisse être clairement démontrée, notamment par la durée de l'entretien avec l'étranger.

Ces principes ont été confirmés par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *CONKA c/Belgique* (arrêt du 5 février 2002, req. n° 51564/99).

L'annexe n° 1 comporte des modèles de convocation selon les différents cas de figure susceptibles de se présenter.

1.3- Les interpellations au domicile de la personne

1.3.1 La notion de domicile et la protection juridique qui s'y attache

La jurisprudence judiciaire retient une définition particulièrement large de la notion de domicile.

Constitue en effet un domicile au sens du code pénal, « *non seulement le lieu où une personne a son principal établissement, mais encore le lieu où, qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux* » (Crim. 22 janv. 1997, bull crim n° 31).

La notion de domicile et la protection qui s'y attache ne coïncident pas nécessairement avec la distinction entre lieux privés et lieux publics.

Ainsi, si les services de police et les unités de gendarmerie ont libre accès aux établissements ouverts au public tels qu'un hôpital ou un centre d'accueil pour toxicomanes par exemple, il faut distinguer dans ces établissements :

- les espaces publics, comme les halls d'accueil ou les salles d'attente où des contrôles voire des interpellations peuvent être effectués,
- les espaces privés que constituent les chambres de patients et les bureaux individuels du personnel qui doivent être considérés comme des domiciles.

La distinction reste cependant subtile. Ont été considérés comme des domiciles par la jurisprudence : un bureau (Crim. 24 juin 1987 Bull. crim. n° 267), un yacht de plaisance, un voilier de haute mer ou une péniche (comprendre : un navire habitable) (Crim. 20 nov. 1984 Bull. crim. n° 355).

A contrario, ont été considérés comme ne constituant pas un domicile : un véhicule automobile (Crim. 11 sept. 1933), le siège d'une association (Crim. 27 sept. 1984), la cour d'un immeuble « *lorsqu'elle n'est pas close* » (Crim. 26 sept. 1990), un atelier artisanal et industriel (Crim. 17 oct. 1995), un local réservé à la vente (Crim. 4 mai 1994), un logement détruit par un incendie (Crim. 31 mai 1994). S'agissant d'un bloc opératoire, la Cour de cassation a refusé de considérer l'existence d'une violation de domicile, le bloc n'étant pas assimilable à un domicile privé, bien que son accès en soit limité (Crim. 27 nov. 1996 Bull. crim. n° 431).

1.3.2 La pénétration des enquêteurs dans le domicile

1.3.2.1 Dans le cadre d'une enquête préliminaire ou afin de procéder à la notification d'une invitation à quitter le territoire français ou d'un arrêté de reconduite à la frontière :

Cette procédure est exclusive de toute coercition (à l'exception des cas particuliers des perquisitions autorisées en préliminaire par un juge des libertés et de la détention après réquisitions du parquet⁽³⁾).

1.3.2.1.1 Si la personne refuse d'ouvrir sa porte :

La procédure au domicile prend fin. Les enquêteurs ne doivent pas glisser la décision préfectorale d'invitation à quitter le territoire dans la boîte à lettres de l'intéressé, voire sous sa porte, puisque les règles de la notification postale ne s'appliqueront pas.

1.3.2.1.2 Si une personne accepte d'ouvrir la porte, deux cas sont à distinguer.

a) Cette personne n'est pas, à l'évidence, la personne recherchée :

Les enquêteurs ne peuvent pas procéder au contrôle de son identité.

Dans le cadre d'une enquête préliminaire, la personne peut être entendue comme témoin.

S'agissant d'une éventuelle perquisition destinée à découvrir la personne recherchée :

– dans le cadre d'une enquête préliminaire, les enquêteurs peuvent y procéder avec l'accord de la personne qui leur a ouvert la porte si le domicile est bien le sien.

– dans le cadre d'une procédure de notification d'une décision préfectorale ou si la personne qui reçoit les enquêteurs n'est pas chez elle, aucune perquisition ne peut être menée à bien.

La procédure de notification doit en conséquence être réitérée éventuellement sur d'autres bases juridiques. Il est constant que la notification ne peut en aucun [cas] être faite à un tiers quand bien même il s'agirait du conjoint de l'intéressé ou d'un parent.

b) Cette personne est **susceptible** d'être celle concernée par la décision à notifier :

Les enquêteurs peuvent procéder au contrôle de son identité sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 1^{er}, du CPP, la décision préfectorale d'invitation à quitter le territoire français ou de reconduite à la frontière permettant de considérer que l'on est devant une personne pour laquelle il existe une raison plausible de soupçonner qu'elle est en train de commettre l'infraction de séjour irrégulier. 3 hypothèses peuvent se présenter :

– la personne justifie de son identité et il s'avère qu'il s'agit bien de la personne recherchée par les enquêteurs : ceux-ci peuvent alors procéder à la notification de la décision ou effectuer les actes utiles à leur enquête.

– la personne justifie de son identité et il s'avère qu'il s'agit d'un tiers : les règles applicables sont identiques à celles énoncées ci-dessus au paragraphe a).

– la personne ne peut justifier de son identité ou refuse de le faire : une procédure de placement en garde à vue peut être mise en œuvre sur la base de l'article 63 du code de procédure pénale, la décision préfectorale permettant là encore de considérer que l'on est en présence d'une personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle est en train de commettre l'infraction de séjour irrégulier. Le cadre de la flagrance autorise en outre qu'une perquisition domiciliaire soit réalisée.

c) S'agissant des tiers éventuellement présents dans le domicile, il conviendra de se référer aux instructions figurant au paragraphe a).

1.3.2.2 Dans le cadre d'une enquête de flagrance, la coercition est possible.

Le caractère continu de l'infraction de séjour irrégulier sur le territoire national ne dispense aucunement les enquêteurs de caractériser, avant de recourir aux pouvoirs de l'enquête de flagrance, l'existence d'indices apparents révélant ladite infraction. Il convient d'être vigilant sur la mention de ces indices dans le procès verbal dressé au terme de la procédure.

La Cour de cassation a jugé que des policiers agissant à la demande d'un maire pour procéder à l'évacuation d'une église occupée par plusieurs étrangers revendiquant leur situation irrégulière procèdent réguliè-

(3) Art 76 du CPP: Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu. Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès verbal ainsi que de son assentiment. Les dispositions prévues par les articles 56 et 59 (premier alinéa) sont applicables. Si les nécessités de l'enquête relative à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, décider, par une décision écrite et motivée, que les opérations prévues au présent article seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu. A peine de nullité, la décision du juge des libertés et de la détention précise la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels ces opérations peuvent être effectuées ; cette décision est motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. Les opérations sont effectuées sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, et qui peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales. Ces opérations ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans la décision du juge des libertés et de la détention. Toutefois, le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

ment au contrôle d'identité et à l'interpellation, selon la procédure de flagrance, des étrangers occupants du lieu (Civ 2°, 25 nov. 1999, req. n° 98-50016).

Certes, il ne s'agit pas là d'interpellation au domicile mais la Cour de cassation suit le même raisonnement en considérant que, saisi de réquisitions du procureur aux fins d'interpellation et de placement en garde à vue pour des faits de séjour irrégulier, un officier de police judiciaire, constatant la présence physique de l'intéressé à son domicile, était bien en possession d'indices apparents révélant la commission du délit de séjour irrégulier justifiant l'interpellation au domicile dans un cadre de flagrance (Crim. 31 janv. 2001).

1.3.2.3 Dans le cadre d'une commission rogatoire, l'interpellation à domicile et la perquisition des lieux sont autorisées, dans les strictes limites de l'information judiciaire.

En cas de découverte d'une infraction qui n'est pas visée par l'information judiciaire, les enquêteurs doivent procéder à l'ouverture d'une enquête incidente, en la forme flagrante ou préliminaire selon les circonstances.

1.4- Les interpellations dans un logement-foyer, un centre d'hébergement ou à proximité d'un tel établissement

Les ressortissants étrangers peuvent être logés ou hébergés dans des structures juridiquement différentes telles que les logements-foyers (particulièrement les foyers de travailleurs migrants et les résidences sociales) régis par l'article L. 633-1 du code de la construction et de l'habitation et les centres d'hébergement notamment les centres d'hébergement et de réinsertion sociale (CHRS) et les centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA). Ces différences de statut sont sans incidence au regard de l'application des règles de procédure pénale relatives à l'interpellation. Par simplicité, l'ensemble de ces établissements sera désigné par le terme « local » dans les développements ci-dessous.

1.4.1- À proximité du local. Il s'agit d'un contrôle sur la voie publique de droit commun selon les principes rappelés au § A, 1-1. La régularité du séjour des personnes entrant et sortant du local peut être contrôlée en dehors de tout contrôle d'identité sur le fondement du premier alinéa de l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ou dans le cadre des contrôles d'identité effectués dans les conditions prévues par les articles 78-1, 78-2 et 78-2-1 du code de procédure pénale.

1.4.2- À l'intérieur du local.

1.4.2.1- Il est demandé aux préfets d'inviter les gestionnaires des locaux à une vigilance toute particulière, notamment au regard des responsabilités qui leur incombent en matière de sécurité, envers les risques spécifiques liés à la présence de sur-occupants ou d'« activités informelles » dont certaines

peuvent être illégales ou dangereuses. Dans l'exercice de ces responsabilités, les gestionnaires des locaux peuvent et, dans certains cas, doivent solliciter l'intervention des forces de police et de gendarmerie.

1.4.2.2- Les possibilités d'intervention des forces de police et de gendarmerie sont déterminées par l'étendue de la protection au titre du domicile, ce qui conduit à distinguer deux hypothèses :

1.4.2.2.1 – Les parties privatives (chambres et appartements) :

De tels lieux, qui sont par nature habitables, sont des espaces où les occupants « *ont le droit de se dire chez eux* », et la protection juridique du domicile s'applique en conséquence.

A défaut de jurisprudence précise, on pourra se référer, par analogie, à la décision de la Cour de cassation considérant qu'une chambre d'hôtel est constitutive d'un domicile (Crim., 31 janv. 1914, DP 1918. 1. 76).

1.4.2.2.2 – Les espaces collectifs :

Dans ces espaces, c'est le gestionnaire du local qui « *a le droit de se dire chez lui* ».

Hors des cas de flagrance ou de commission rogatoire, c'est donc avec son assentiment exprès que des opérations de contrôle peuvent être menées à bien.

La notion même « d'assentiment exprès » visée par l'article 76 du code de procédure pénale implique bien que l'autorisation de perquisition donnée aux enquêteurs est réitérée à chaque reprise. Cette exigence découle de ce que les enquêtes préliminaires dans le cadre desquelles ces opérations sont menées à bien sont toutes autonomes et indépendantes les unes des autres, de sorte qu'une autorisation délivrée à l'occasion d'une enquête ne saurait valoir pour l'exécution des enquêtes suivantes.

La jurisprudence de la Cour de cassation précise d'ailleurs ce qu'il convient d'entendre par « assentiment exprès » en affirmant que « *si le texte constatant l'assentiment exprès [...] à une perquisition n'est que partiellement écrit à la main, la nature des passages manuscrits – nom, prénom, domicile, date, heure, mention 'lu et approuvée' précédant la signature – met la Cour de cassation en mesure de s'assurer qu'il a été satisfait aux exigences de l'article 76* » (Crim. 28 janv. 1987 Bull. crim. n° 48).

Cette décision démontre bien que la Cour de cassation exige du juge judiciaire qu'il s'assure de l'existence d'un consentement délivré au cas par cas et concomitamment à la réalisation de la perquisition ainsi que le démontre la mention de l'heure.

S'il est couramment fait usage de modèle type d'assentiment dont un exemplaire est complété à chaque nouvelle perquisition, il ne saurait être question d'une autorisation permanente donnée aux services de police ou aux unités de gendarmerie

territorialement compétents par le gestionnaire d'un local d'accueil des ressortissants étrangers.

Cet assentiment doit donc être réitéré à chaque reprise et figurer en procédure. Il ne peut être question d'une autorisation permanente donnée aux services de police ou aux unités de gendarmerie.

Les règles qui viennent d'être exposées sont précisées à l'annexe 2.

1.5- Coordination avec une procédure judiciaire préalable à une expulsion locative

Deux opérations de police, l'une de nature judiciaire préalable à l'expulsion locative, l'autre de nature administrative relative au contrôle des occupants des locaux au titre de la législation sur le séjour des étrangers, peuvent se poursuivre parallèlement.

Cette situation se présente dans l'hypothèse de l'occupation d'un local privé sans droit ni titre (les « squats ») ou, par exemple, en cas de suroccupation d'un logement-foyer ou d'un centre d'hébergement.

Le propriétaire du local ou le gestionnaire peut souhaiter faire procéder à un contrôle d'huissier avec le soutien des forces de l'ordre afin, notamment, de constater les conditions d'occupation et d'utilisation des locaux et de relever les identités des occupants.

Dans ce cas de figure, les contrôles effectués par les services de police ou les unités de gendarmerie obéiront aux règles exposées ci-dessus au § 1-4 et varieront donc selon que ces contrôles seront réalisés à proximité du local ou dans le local, dans le cadre de la flagrance ou d'une commission rogatoire ou dans un autre cadre.

La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la validité de contrôles d'identité de police judiciaire qui avaient été effectués, aux abords d'un foyer, parallèlement à l'opération de police administrative d'assistance aux huissiers de justice.

Alors que le requérant avait conclu à la nullité de la procédure en arguant notamment qu'il avait existé une « unité de dessein et d'exécution » entre les missions de police administrative et judiciaire, constitutive d'un détournement de procédure, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi et confirmé ainsi la validité du contrôle de police judiciaire aux motifs « *que le président du tribunal de grande instance [...] avait, par ordonnance, autorisé deux huissiers de justice à se rendre au foyer de cette institution [...] aux fins de constater les conditions d'occupation et d'utilisation actuelles du foyer et de relever les identités des occupants spécialement les tiers occupants étrangers qui ne figureraient pas sur le registre du foyer; que ces opérations [avaient] conduit les huissiers de justice à inviter les personnes en situation irrégulière à quitter les lieux; que ces dernières [avaient] alors fait l'objet, de la part d'officiers de police judiciaire, de contrôles d'identité justifiés notamment par une procédure en cours relative*

à un trafic de fausses cartes de séjour à l'intérieur du foyer [...] que dès lors [c'était à la suite d'un contrôle d'identité effectué en conformité aux prescriptions des articles 78-1 et suivants du Code de procédure pénale qu'] [avaient] été établis les procès-verbaux constatant l'existence d'un délit flagrant [...] » (Cass. Crim. 4 nov. 1992).

Afin de se prononcer sur la validité de l'opération de police judiciaire – les contrôles d'identité –, la Cour de cassation effectue une distinction entre celle-ci et l'opération de police administrative – l'assistance apportée aux huissiers de justice.

La circonstance que ces deux opérations aient été menées, à dessein, de manière conjointe ne constitue pas, selon la Cour de cassation, une cause de nullité de l'opération de police judiciaire dès lors que celle-ci satisfait aux exigences du Code de procédure pénale.

Il est donc tout à fait possible d'organiser une opération de contrôle d'identité, parallèlement à une opération de police administrative attachée à l'exécution d'une procédure d'expulsion locative.

Dans pareil cas, l'opération de contrôle d'identité doit satisfaire aux exigences du code de procédure pénale et disposer d'un cadre juridique autonome, distinct de l'opération de police administrative menée en parallèle.

Ce cadre juridique peut être une enquête préliminaire ou de flagrance, l'exécution d'une commission rogatoire ou encore des réquisitions délivrées par le procureur de la République.

Hors un cas de flagrance qui contraindrait les policiers ou les gendarmes participant à l'opération de police administrative à effectuer en urgence un contrôle d'identité, il paraît souhaitable de confier l'exécution des contrôles d'identité planifiés à l'avance à des OPJ ou à des APJ ne participant pas à l'opération liée à la procédure d'expulsion et ce afin d'éviter toute confusion.

B/Le recours aux dispositions des articles 78 du CPP

Les dispositions de l'article 78 du code de procédure pénale⁽⁴⁾ prévoient la possibilité d'autoriser le re-

(4) Art. 78. – *Les personnes convoquées par un officier de police judiciaire pour les nécessités de l'enquête sont tenues de comparaître. L'officier de police judiciaire peut contraindre à comparaître par la force publique, avec l'autorisation préalable du procureur de la République, les personnes qui n'ont pas répondu à une convocation à comparaître ou dont on peut craindre qu'elles ne répondent pas à une telle convocation.*

Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition.

L'officier de police judiciaire dresse procès-verbal de leurs déclarations. Les agents de police judiciaire désignés à l'article 20 peuvent également, sous le contrôle d'un officier de police judiciaire, entendre les personnes convoquées.

cours à la coercition pour obtenir la comparution d'une personne ne déférant pas à la convocation d'un OPJ ou étant susceptible de ne pas déferer à cette convocation. L'application de cet article à l'encontre d'une personne en situation irrégulière, alors même que le parquet n'aurait pas l'intention de donner une suite à la procédure, a parfois donné lieu à des hésitations, en ce que la coercition judiciaire n'aurait alors pour objet que de faciliter le bon déroulement d'une procédure administrative d'éloignement du territoire.

Pourtant, le recours à ces dispositions du code de procédure pénale afin de permettre l'interpellation d'une personne se soustrayant à la décision administrative, est tout à fait légitime.

En effet, au moment de sa mise en œuvre, le recours à l'article 78 du code de procédure pénale est parfaitement justifié par l'existence d'une infraction pénale – le séjour irrégulier – et est destiné à constituer le point de départ d'une procédure judiciaire dont il n'est pas possible de présupposer l'orientation finale – poursuites devant une juridiction de jugement ou classement sans suite « au profit » de la procédure administrative.

La procédure judiciaire doit en revanche se fonder, au moins en partie, sur les déclarations de l'intéressé.

On ajoutera que la procédure ne serait en rien déloyale, dans la mesure où la procédure administrative d'éloignement du territoire national ne serait mise en œuvre qu'en alternative aux poursuites pénales relatives à l'infraction de séjour irrégulier.

C/La garde à vue

Pour les mêmes raisons, il est parfaitement licite, pour un OPJ dont c'est le pouvoir propre, de placer en garde à vue une personne se trouvant en situation irrégulière quand bien même cette mesure déboucherait sur un classement sans suite de la procédure, pour laisser prospérer la seule procédure administrative d'éloignement du territoire.

Une question souvent problématique dans la pratique est celle de la durée de la garde à vue dans une telle hypothèse, alors même que les investigations strictement judiciaires à réaliser en matière d'infractions à la législation sur les étrangers prévues au titre 2 du livre 6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sont souvent limitées et se résument, pour l'essentiel, à la parfaite identification de la personne ainsi qu'au recueil de ses déclarations.

Dans un important arrêt rendu le 7 juillet 2000, la chambre mixte de la Cour de cassation a estimé, s'agissant d'un étranger qui avait été maintenu en garde à vue pendant près de vingt-quatre heures en étant simplement entendu une fois au début de la mesure, sans qu'aucun autre acte n'ait été effectué et pour faire ensuite l'objet d'une rétention administrative en vue d'une reconduite à la frontière, que cette garde à vue était régulière dès lors que cette mesure « *n'avait pas dépassé le délai légal de vingt-quatre heures* » (Cass. Ch. Mixte, 7 juillet 2000, Bull. crim n° 257).

Il résulte de cette jurisprudence que le risque d'annulation de la procédure serait particulièrement élevé dans le cas d'une garde à vue dont la prolongation aurait été fondée sur un motif « extérieur » aux nécessités de l'enquête judiciaire et qui se serait traduit, en procédure, par la seule réalisation d'une nouvelle audition de l'intéressé.

Il est donc demandé aux magistrats du parquet d'être particulièrement vigilants sur cette question et d'appeler l'attention de l'autorité administrative sur la nécessité de mettre en état la procédure d'éloignement au cours des 24 premières heures de garde à vue.

Les procureurs de la République devront en outre adresser des instructions aux services enquêteurs afin que le Fichier Automatisé des Empreintes Digitales soit systématiquement consulté et alimenté à l'occasion du placement en garde à vue d'une personne susceptible de se trouver en situation irrégulière et ce, afin d'identifier d'éventuels alias.

(suite de la circulaire – II, III et annexes – non reproduite)

Les procès-verbaux sont dressés dans les conditions prévues par les articles 62 et 62-1.

Petit lexique

Annexe 6

Commission rogatoire : c'est un document écrit du juge d'instruction par lequel il demande à un officier de police judiciaire d'exécuter à sa place un acte d'instruction (perquisition, saisie...). Ce document doit indiquer la nature de l'infraction qui fait l'objet des poursuites et les actes confiés à l'officier de police judiciaire (code de procédure pénale, ou CPP, art. 151).

Comparution immédiate : c'est une façon de saisir le tribunal correctionnel. La personne, poursuivie pour avoir commis un délit, comparaît sur-le-champ devant le tribunal pour y être jugée (CPP, art. 395 et suiv.). Le prévenu, lors de l'audience, peut refuser d'être jugé le jour même de son arrestation. Dans ce cas, le tribunal, renvoyant l'affaire à une date ultérieure, peut décider de le placer en détention provisoire. On utilise très souvent le procédé de la comparution immédiate pour le délit d'entrée et de séjour irréguliers.

Enquête préliminaire : c'est l'enquête qui est menée d'office ou à la demande du ministère public par la police judiciaire dans le but d'obtenir des renseignements ou des éclaircissements. Sur la base des informations recueillies, le ministère public décidera ou non de poursuivre les auteurs présumés de l'infraction. Si une information est ouverte, la police ne peut plus agir que dans le cadre de commissions rogatoires délivrées par le juge d'instruction.

Exception d'illégalité : « Soulever une exception d'illégalité » signifie que la personne, ou son avocat, avant que ne soient discutés les faits et le fond de l'affaire, demande au juge d'examiner une disposition réglementaire ou un élément de procédure.

De cet examen, dépend la solution du procès. Ainsi, en matière de contrôle d'identité, c'est le fait de demander au juge de regarder préalablement la légalité de la procédure d'interpellation. Ensuite suivent les autres arguments de défense pénale.

Infraction flagrante (« *flagrant délit* ») : c'est un crime ou un délit qui est en train de se commettre ou qui vient de se commettre. Il y a aussi infraction flagrante quand son auteur présumé est poursuivi par la clameur publique, est retrouvé en possession d'objets ou présente des indices qui laissent penser qu'il a participé à l'infraction (CPP, art. 53).

Les pouvoirs reconnus à la police, en cas d'infraction flagrante, sont importants : perquisitions, saisies, garde à vue,... Ils ne peuvent plus être exercés après le délai de 8 jours.

Juge des libertés et de la détention : juge qui décide de placer en détention provisoire une personne mise en examen. Il est également compétent pour prolonger la rétention administrative d'un étranger frappé par une mesure d'éloignement ou le placement en zone d'attente d'une personne non admise à entrer en France.

Ouverture d'une information : cela signifie qu'un juge d'instruction a été saisi d'une affaire pénale. Il lui appartient alors de découvrir l'auteur de l'infraction (plainte ouverte alors contre x) et de rassembler les éléments de preuve afin de décider si les charges retenues contre la personne mise en examen sont suffisantes pour saisir la juridiction de jugement (tribunal correctionnel ou cour d'assises, selon la qualification de l'infraction en délit ou en crime).

Perquisition : fait de rechercher des éléments de preuve au domicile d'une personne et plus largement dans tous les lieux où peuvent se trouver des objets dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité. Par extension, quand la police fouille une personne, elle procède à une perquisition.

Déjà paru dans la même collection...

gisti, les notes pratiques

Autorisation de travail salarié
Critères de l'administration, procédure

gisti, les notes pratiques

**Les enfants entrés
hors regroupement familial
ont droit aux prestations familiales**

gisti, les notes pratiques

**Sans-papiers
mais pas sans droits**

gisti, les notes pratiques

L'état civil

Validité des actes étrangers
l'immigration
Recours

groupe
d'information
et de soutien
des immigrés

gisti, les notes pratiques

**Contrôles d'identité
& interpellations d'étrangers**

gisti, les notes pratiques

**Le droit à la protection sociale
des ressortissants communautaires**

gisti, les notes pratiques

L'étranger/e et son avocat/e

gisti, les notes pratiques

Minima sociaux
RSA, ASPA, ASI

Comment contester
la condition de 5 ans de résidence

gisti, les notes pratiques

**Indemnisation
des victimes
d'infractions**

gisti, les notes pratiques

**Droit au séjour
et
violences au
sein du couple**

L'incidence de la loi du 9 juillet 2010

groupe
d'information
et de soutien
des immigrés

gisti, les notes pratiques

**Que faire après
une obligation de
quitter le territoire
français
ou une interdiction
d'y revenir ?**

Le point après la loi du 16 juin 2011
relative à l'immigration

groupe
d'information
et de soutien
des immigrés

Les *Notes pratiques* ont pour objet de donner aux étrangers et étrangères ainsi qu'à celles et ceux qui les soutiennent les moyens de résoudre les difficultés auxquelles ils se heurtent. Ces notes abordent une question ponctuelle et concrète de façon aussi accessible que possible. Dans cet esprit, elles proposent souvent des modèles de lettres et de recours.

Ces publications peuvent être commandées (mais également téléchargées gratuitement) sur le site web du Gisti.

Vous pouvez par ailleurs recevoir les Notes pratiques accompagnées des Cahiers juridiques et des Notes juridiques, en souscrivant à l'abonnement « juridique ». Si vous souscrivez à l'abonnement « correspondant », vous recevrez en plus la revue trimestrielle *Plein droit*.

Pour en savoir plus :

>

www.gisti.org/notes-pratiques

>

www.gisti.org/abonnement

Qu'est-ce que le Gisti ?

Défendre les droits des étranger-e-s

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 étranger-e-s, 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 étranger-e-s 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 le Défenseur des droits 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 étranger-e-s 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 étranger-e-s. 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. 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.

Contrôles d'identité & interpellations d'étrangers

3^e édition

La loi française évidemment n'autorise pas les contrôles au faciès, et même les condamne expressément. Pourtant beaucoup de contrôles d'identité effectués sur la voie publique sont illégaux. La circulaire du 21 février 2006 relative aux conditions de l'interpellation des étrangers en situation irrégulière encourage en réalité, sous couvert d'un juridisme de façade, la police à agir en marge du droit. Il n'est pas toujours facile de savoir comment réagir efficacement pour dénoncer ces comportements de policiers ou d'autres agents de sécurité. Il existe toutefois des outils et des possibilités de mobilisation individuelles et collectives.

Dans cette note pratique, on s'intéressera essentiellement aux hypothèses où, lorsqu'il vise des étrangers, le contrôle d'identité ou le contrôle de la régularité du séjour permet de découvrir l'absence de papiers et débouche sur une mesure d'éloignement du territoire français ou, plus rarement, sur une procédure correctionnelle. La note explique comment obtenir le respect du droit et annuler les procédures d'interpellation illégales, en particulier quand une personne est mise en rétention en attendant l'exécution de la mesure d'éloignement prise à son encontre. La loi du 16 juin 2011 a encore réduit les possibilités de faire valoir l'irrégularité de la procédure qui a précédé le prononcé de l'obligation de quitter le territoire français et le placement en rétention. Le juge administratif refuse d'examiner cette question.

La note évoque enfin les possibilités d'action ouvertes à tous ceux qui sont témoins de contrôles illégaux afin de lutter contre ces pratiques discriminatoires. Il s'agit donc également de dénoncer les pratiques policières dans un contexte où les libertés individuelles de tous et toutes sont menacées.

Cette publication est diffusée avec
le soutien de la région Ile de France.



Collection *Les notes pratiques*

www.gisti.org/notes-pratiques

Directeur de la publication : Stéphane Maugendre

ISBN 978-2-914132-92-3



9 782914 132923

Gisti

3, villa Marcès 75011 Paris

www.gisti.org

7 €

Colloque SAF - 6 Avril 2013

« Oh mon Dieu c'est un étranger »

C'est en ces termes, et dans son for intérieur, que l'agent de police judiciaire ayant procédé au contrôle d'identité d'une personne se retrouve face à la terrible réalité : la personne face à lui n'est pas française.

Pendant longtemps, la découverte, tant surprenante qu'inopinée, de l'extranéité d'une personne plongeait notre brave APJ dans une détresse judiciaire et procédurale profonde, ne pouvant dissimuler son incertitude quant aux diligences à effectuer par la suite, et, bien trop souvent, menant celui-ci à commettre l'irréparable : l'erreur de procédure menant à remettre en liberté celui qui est aujourd'hui considéré comme l'ennemi public numéro un : l'étranger.

En effet, comment faire sachant que la personne a tout les appareils de l'étranger (peau foncée, cheveux crépus, yeux bridés, qu'il s'exprime mal en français et qu'il semble stressé à la vue de la maréchaussée) pour lui demander tout en alliant la courtoisie à la française du tact, de la délicatesse et sans vexer le magistrat judiciaire, si sa présence a été acceptée en France par l'administration ?

L'APJ était perdu, suite aux strates d'évolution de cette notion de contrôle, tant normative que jurisprudentielle, et regrettait immédiatement s'être endormi pendant les cours de méthodologie procédurale sur la manière de procéder audit contrôle sans risquer le blâme de sa hiérarchie.

Heureusement pour notre pauvre APJ, les possibilités ouvertes aux forces de police pour contrôler la situation administrative des personnes n'a cessé de s'étendre sous les coups de boutoir de l'exécutif et malgré les limitations des juges, jusqu'à aboutir à la loi du 31 décembre 2012.

II – Le contrôle du droit au séjour.

S'il est intimement lié au contrôle d'identité, le contrôle du droit au séjour n'en est pas automatiquement le corollaire, malgré l'idée reçue, et peut avoir une autonomie et une existence propre, autonomie qui lui a été reconnue, par l'évolution législative et jurisprudentielle de ces dernières décennies (A).

Contre toute attente, et alors qu'on aurait pu penser que le mouvement allait vers la disparition d'un contrôle distinct, ou à tout le moins d'une des deux formes de ce contrôle, son existence duale a finalement été réaffirmée avec force par la loi du 31 décembre 2012 qui assoit son émancipation (B).

A – L'élaboration de la notion de contrôle du droit au séjour.

1- Les objectifs poursuivis.

La mise en place de ce nouveau type de contrôle avait pour objectif politique clairement assumé de lutter contre l'immigration clandestine et de permettre aux services de police une plus grande efficacité dans la mise sous contrôle puis l'éloignement de l'étranger.

Mais l'idée de permettre à des agents ou officiers de police de procéder au contrôle de personne susceptible, voir soupçonnée, d'être étrangère, et, partant, susceptible ou soupçonnée d'être en situation irrégulière, n'est pas une nouveauté de 2012.

En effet, et dès l'après-guerre, l'administration, constante sur ce point à travers les époques, considérerait que permettre à des membres de la police de pratiquer des contrôles sous l'égide de la police administrative, serait bien moins complexe et bien moins contraignant que de s'astreindre à un respect scrupuleux des règles de procédures pénales.

Mais la question qui était posée était de savoir comment émanciper le second contrôle du premier alors même qu'il est difficilement concevable d'imaginer contrôler le droit au séjour d'une personne dont on ne connaît pas l'identité.

L'idée sous-tendant les réformes et les évolutions de pratiques policières était de savoir 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 en situation irrégulière. Cette évolution n'avait qu'un but, qui, finalement nous rappellera que l'actualité récente n'est en rien originale : ce but a toujours été l'efficacité du système.

Il est utile de noter que l'évolution de ce contrôle « sui généré » va forcément en parallèle de celui de l'identité, tout du moins dans un premier temps.

2- Une évolution chaotique quant à sa mise en œuvre.

Celui-ci a évolué par à-coup et a été constamment barré par une jurisprudence refusant l'élargissement de ce contrôle et sa généralisation sur l'autel de la police administrative.

Dans un premier temps, ce contrôle fut d'essence réglementaire.

Si dans son article 8, l'ordonnance du 2 novembre 1945 rappelait que « *Les conditions de la circulation des étrangers en France seront déterminées par un décret pris sur le rapport du ministre de l'intérieur.* », c'est en 1946, par deux décrets (**18 mars 1946 et 30 juin 1946**), que se met en place le principe voulant 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* ».

Par deux arrêts de 1985 la Cour de cassation va elle aussi se pencher sur le contrôle du séjour pour mettre en place un principe et éclairer sur la procédure :

« QU'EN EFFET, POUR QUE LES AGENTS DE L'AUTORITE AIENT LA FACULTE DE REQUERIR LA PRESENTATION DES DOCUMENTS SOUS LE COUVERT DESQUELS LES ETRANGERS SONT AUTORISES A SEJOURNER EN FRANCE, IL FAUT QUE DES ELEMENTS OBJECTIFS DEDUITS DE CIRCONSTANCES EXTERIEURES A LA PERSONNE MEME DE L'INTERESSE SOIENT DE NATURE A FAIRE APPARAITRE SA QUALITE D'ETRANGER » (C. cass, crim., 25 avril 1985, n° 84-92916).

« QUE, LORSQUE DES ELEMENTS OBJECTIFS DEDUITS DE CIRCONSTANCES EXTERIEURES A LA PERSONNE MEME DE L'INTERESSE SONT DE NATURE A FAIRE APPARAITRE CELUI-CI COMME ETRANGER, LES AGENTS DE L'AUTORITE ONT LA FACULTE, (...) DE REQUERIR LA

PRESENTATION DES DOCUMENTS A RAISON DESQUELS LE SEJOUR EN FRANCE EST REGULIER » (C. cass, crim., 25 avril 1985, n° 85-91324).

La haute cour est créatrice de droit et érige dès lors ce contrôle du droit de séjour en contrôle indépendant, et soumis à une condition celle, fraîchement créée de « *signe objectif d'extranéité* ».

Il faudra attendre 1986 pour que la loi s'empare de cette situation, la **loi n° 86-1004 du 3 septembre 1986** relative aux contrôles et vérifications d'identité, disposant dans son article 2 « *la personne de nationalité étrangère dont l'identité est contrôlée en application du présent article, doit être en mesure de présenter les pièces ou documents sous couvert desquels elle est autorisée à séjourner en France* »

Alors que le règlement avait créé une possibilité nouvelle de contrôle, celui du droit au séjour, alors que la jurisprudence a commencé à dissocier les deux contrôles, d'identité et de droit au séjour, la loi va entériner une discrimination, entre le national et l'extra national, ce dernier étant soumis à des obligations spécifiques.

La loi n° 93-1027 du 24 août 1993 « relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée » en son article 8 dispose que :

« En dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France à toute réquisition des officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) du code de procédure pénale.

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

Dans ce qui semblait être une réserve constitutionnelle, Le Conseil constitutionnel avait estimé, lors de sa saisine, que cette disposition était 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).

C'est ainsi que les contrôles de séjour « classiques » ont vu leurs contours délimités et maintenus tels quel jusqu'à la **loi du 31 décembre 2012**.

Enfin, s'agissant des contrôles frontaliers, et d'une façon plus commune aux deux contrôles, par un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne de 2010, celle-ci a eu à se prononcer sur le dispositif de contrôle frontalier le long des frontières terrestres de la France métropolitaine (**CPP, art. 78-2, al. 4**).

Il conviendra de rappeler que ces contrôles, tant d'identité que de séjour, ont été validé par le Conseil constitutionnel dans sa **décision n° 93-323 DC du 05 août 1993** par laquelle il rappelait que :

« 15. Considérant que s'agissant, d'une part, des zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouvertes au trafic international, d'autre part de celles qui sont comprises entre les frontières terrestres de la France avec les Etats parties à la Convention et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, le législateur a, dès lors que certains contrôles aux frontières seraient supprimés, autorisé des contrôles d'identité ; que ceux-ci doivent être conformes aux

conditions de forme et de fond auxquelles de telles opérations sont de manière générale soumises ; que ces contrôles sont effectués en vue d'assurer le respect des obligations, prévues par la loi, de détention, de port et de présentation de titres et documents ; que les zones concernées, précisément définies dans leur nature et leur étendue, présentent des risques particuliers d'infractions et d'atteintes à l'ordre public liés à la circulation internationale des personnes ; que, dès lors, la suppression de certains contrôles aux frontières qui découlerait de la mise en vigueur des accords de Schengen pouvait conduire le législateur à prendre les dispositions susmentionnées sans rompre l'équilibre que le respect de la Constitution impose d'assurer entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde de la liberté individuelle ; que les contraintes supplémentaires ainsi occasionnées pour les personnes qui résident ou se déplacent dans les zones concernées du territoire français ne portent pas atteinte au principe d'égalité dès lors que les autres personnes sont placées dans des situations différentes au regard des objectifs que le législateur s'est assigné ; qu'en outre de telles dispositions ne sauraient être regardées en elles-mêmes comme portant atteinte à l'indivisibilité de la République ».

Il aura donc fallu attendre un arrêt MELKI de 2010 de la CJUE pour que ce contrôle totalement discrétionnaire soit jugé contraire au droit communautaire. Le texte du code de procédure pénale ne garantissait en effet pas, à défaut d'encadrement nécessaire, que l'exercice pratique de cette compétence ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières françaises internes à l'espace « Schengen » et 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 (dit « code frontières Schengen ») ayant aboli les contrôles aux frontières intérieures de l'espace « Schengen ».

A cette occasion la CJUE a conclu :

« Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit:

(...)

*2) L'article 67, paragraphe 2, TFUE ainsi que les articles 20 et 21 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), s'opposent à une législation nationale conférant aux autorités de police de l'État membre concerné la compétence de contrôler, uniquement dans une zone de 20 kilomètres à partir de la frontière terrestre de cet État avec les États parties à la convention d'application de l'accord de Schengen, du 14 juin 1985, entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen (Luxembourg) le 19 juin 1990, l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et des documents prévues par la loi, sans prévoir l'encadrement nécessaire de cette compétence garantissant que l'exercice pratique de ladite compétence ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières. » (CJUE, 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10, *Aziiz Melki et Sélim Abdeli*).*

La messe était dite, et le législateur, toujours en retard, réagissait par la **loi LOPPSI 2 n° 2011-267 du 14 mars 2011** introduisant donc deux limites, l'une temporelle et l'autre procédurale à ce contrôle frontalier, double condition qui sera reprise dans la loi du 31 décembre 2012.

Enfonçant le clou, la Cour de cassation va se pencher sur la vérification de la situation administrative des personnes étrangères en se référant au droit communautaire, et au visa des

mêmes textes communautaires, et à l'arrêt MELKI, pour réunifier l'interdiction du contrôle frontalier. A cette occasion, la Cour juge que :

« Attendu que, pour confirmer cette décision, l'ordonnance relève que l'immatriculation de l'autocar à l'étranger constituait un élément objectif d'extranéité justifiant le contrôle des passagers en application de l'article L. 611 1 du CESEDA ;

*Qu'en statuant ainsi, alors qu'en ce qu'il 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, l'article L. 611 1, alinéa 1, du CESEDA ne satisfait pas aux exigences des textes susvisés dès lors qu'il **n'est assorti d'aucune disposition de nature à garantir que l'usage de cette faculté ne puisse revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières**, le premier président les a violés par refus d'application » (Cass Civ, 6 juin 2012, n° 10-25233).*

Dans un second et dernier arrêt elle expose :

*« Attendu, selon l'ordonnance attaquée (Paris, 23 mars 2011) et les pièces de la procédure, que M. X..., de nationalité pakistanaise, en situation irrégulière en France, a été interpellé le 18 mars 2011, sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, dans sa version résultant de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, à Paris, en gare de Lyon, ouverte au trafic international ; que, le 19 mars 2011, le préfet de police lui a fait notifier un arrêté de reconduite à la frontière et une décision de placement en rétention administrative ; qu'un juge des libertés et de la détention a refusé de prolonger cette mesure ; Attendu que le préfet de police fait grief à l'ordonnance d'avoir confirmé cette décision ; Attendu qu'ayant relevé **que les éléments du comportement de M. X... justifient le contrôle n'étaient pas précisés**, le premier président en a exactement déduit que la procédure n'était pas régulière et a, à bon droit, décidé qu'il n'y avait pas lieu de prolonger sa rétention ; que, par ce seul motif, l'ordonnance est légalement justifiée » (Cass Civ 10 octobre 2012, n° 11-18.294).*

Ces deux arrêts, par leur caractère généralisé, mettent un coup d'arrêt qui semblait définitif au contrôle « frontalier » du droit au séjour en imposant de façon claire et nette l'obligation de se conformer aux dispositions du code de procédure pénale, en exigeant soit des circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, soit un comportement suspect de la personne interpellée. Ce faisant on se rapproche alors clairement des conditions de droit commun des contrôles d'identité.

Ces deux arrêts sont d'autant plus importants qu'ils interviennent postérieurement à LOPPSI 2 et mettent à mal les « nouvelles » dispositions légales en la matière.

C'est dans ce cadre juridique que va intervenir la loi du 31 décembre 2012 qui dans son article L.611-1 modifié, réaffirme l'émancipation du contrôle du droit de séjour par rapport au contrôle de l'identité, clarifie sa notion et fixe ses conditions.

B – La clarification de la notion de contrôle du séjour à la lumière de la loi du 31 décembre 2012.

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

L'article 1er de la loi du 31 décembre 2012 modifie l'article L. 611-1 du C.E.S.E.D.A. en y incorporant définitivement, s'agissant du contrôle du séjour, l'ensemble des évolutions, tant réglementaires que jurisprudentielles comme suit :

« I - En dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France à toute réquisition des officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) du code de procédure pénale.

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 ».

En second lieu l'article L.611-8 du même code dispose que :

« Dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà, les officiers de police judiciaire, assistés des agents de police judiciaire et des agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) du code de procédure pénale, peuvent procéder, avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instructions du procureur de la République, à la visite sommaire des véhicules circulant sur la voie publique, à l'exclusion des voitures particulières, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des pièces ou documents prévus à l'article L. 611-1 ou de rechercher et constater les infractions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France ».

En premier lieu, la loi réaffirme, s'il en était besoin, la dualité du contrôle du séjour, qui peut être, pour majeure partie des cas la conséquence d'un contrôle d'identité mais qui doit pouvoir être parfaitement autonome de tout contrôle d'identité (1).

Ce rappel n'est pas sans conséquence à une période où la police « se cherche » quant aux possibilités qui lui sont ouvertes de traquer les étrangers en situation irrégulière et doit permettre d'offrir un outil simple aux APJ dans ce but. C'est ce que rappelle d'ailleurs le ministère qui invite, dans sa **circulaire NOR INT K1300159C du 18 janvier 2013** relative à l'application de la loi nous intéressant, les services de police à user et abuser de ce type de contrôle, jugé plus souple.

Ensuite la loi fixe les conditions de ces contrôles sans réellement les clarifier, et peut être sans prêter d'importance aux dernières évolutions de jurisprudence (2).

1- La dualité du contrôle du séjour réaffirmée.

Le contrôle du droit au séjour faisant suite à un contrôle d'identité.

C'est le contrôle du droit au séjour classique, le contrôle « naturel ».

Typiquement trois catégories de contrôles forment le gros du contingent des possibilités de solliciter les documents de séjour.

En premier lieu, le contrôle « sur réquisitions ». Typiquement l'opération de police sollicitée par réquisitions du parquet afin de contrôle massif d'identité. Sur cette question, le débat porte sur l'élément probatoire quant à la chronologie du contrôle. Le contrôle du séjour doit respecter certaines règles et surtout une chronologie stricte : pas de demande de documents sans signe extérieur d'extranéité, pas de signe d'extranéité sans sollicitation de l'identité et, le cas, échéant, sans élément objectif révélant l'extranéité.

La difficulté est que cette chaîne théorique du contrôle est difficile à appréhender dans le feu de l'action pratique et sur le moment. La question de la rédaction du procès-verbal de contrôle, forcément à posteriori, ne favorisant pas l'exercice de contrôle judiciaire.

Pour accroître plus qu'il n'en faut la difficulté de contrôle, mais aussi de travail des avocats, on voit désormais apparaître des procès-verbaux « pré rédigés », élaborés conjointement par les magistrats du parquet et par les services spécialisés de la police, avec des blancs à remplir, qui répondent ainsi, artificiellement, à toutes les obligations fixées par la loi.

Cette pratique est éminemment contestable notamment en ce qu'elle prédétermine les circonstances matérielles du contrôle, qui ne peut intervenir que de la façon dont il est rédigé dans le PV.

A l'inverse, l'intérêt est grand pour le ministère, qui, en homogénéisant les procès-verbaux, évite de faire tomber ces opérations de recherches d'étrangers clandestins dans l'incertitude dépendant de la compétence du rédacteur du procès-verbal de contrôle (*la jurisprudence parisienne avait, un temps, annulé massivement ce type de contrôles dans la mesure où des éléments du dossier révélaient que la survenance matérielle du contrôle a été différente de ce qui était écrit dans le procès-verbal de contrôle. Malheureusement la modification des trames des procès-verbaux par la police a mené à l'extinction de ce moyen d'irrégularité dit « jurisprudence navigo »*).

En second lieu Il faut s'attarder sur les contrôles des lieux professionnels (78-2-1) et les contrôles routiers (78-2-2).

En effet, et bien souvent ces opérations donnent lieu à un contrôle de séjour direct sur les personnes n'étant pas directement visés par le contrôle (chef d'atelier, conducteur ou patron de restaurant). Ainsi, il est plus que fréquent d'entendre les passagers d'un véhicule, les cuisiniers d'un restaurant ou les mécaniciennes d'un atelier expliquer aux avocats qu'il ne leur a rien été demandé d'autre que leur récépissé ou leur titre de séjour.

Evidemment ce type de contrôle dans un lieu fermé, dans la mesure où il est généralisé par nature, est strictement prohibé car, n'étant alors plus fondé sur un contrôle d'identité préalable, il bascule dans la seconde catégorie de contrôle (dite autonome) et, partant ne saurait être généralisé en un même lieu et un même temps, sauf à admettre que seuls quelques employés d'un atelier clandestin ou d'un restaurant seraient contrôlés à l'exclusion d'autres. Se poserait alors la question de la raison de la discrimination, qui ne saurait résulter d'éléments physiques.

Dans ces cas, et contrairement au contrôle sur réquisitions, les procès-verbaux sont révélateurs de la réalité desdits contrôles d'identité qui doivent être le support nécessaire du contrôle du séjour, et ne sauraient se résumer à une lecture du registre du personnel ou la confrontation de ce registre aux DUE.

Le contrôle du droit au séjour autonome.

Le contrôle de séjour autonome de toute autre demande d'identité a été réaffirmé et encadré par la loi alors même que bien qu'il représente un formidable outil d'interpellation d'étrangers en situation irrégulière, il est bien moins utilisé par les services de police, peu enclins (par méconnaissance peut-être) à fonder leur action sur le CESEDA et non sur le CPP.

Suite à la sortie de ce texte, plusieurs organisations ont exprimé leurs regrets que le texte n'ait pas annulé ce type de contrôle, qui leur semblait être celui qui posait le plus de difficulté en pratique et qui révélait le plus de contrôle discriminant, répondant objectivement à la loi mais étant, subjectivement, fondé sur l'apparence et la langue parlée. A l'inverse, la réforme accroît les possibilités de contrôle et encourage à multiplier leur forme.

En effet, la question de savoir sur quelle base le droit au séjour d'une personne est contrôlé plutôt qu'une autre, renvoi invariablement à la perception qu'à l'APJ de cette personne.

Que forcément, et à moins de pouvoir entrer dans sa tête, il semble logique d'imaginer que les caucasiens seront moins contrôlés que les personnes de type ethnique exotique, indienne, maghrébine ou asiatique.

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

Ainsi, cette forme de contrôle autonome ne saurait emporter l'approbation en ce qu'elle est, malgré les tentatives d'encadrement, discriminatoire par nature.

2 – la clarification de ses conditions d'application.

Une condition générale : La condition d'extranéité

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

Cette condition est inscrite dans la loi avec près de trente ans de retard sur sa création par la Cour de cassation dans ses arrêts Bogdan et Vukovic du 25 avril 1985 (précités) et retranscrit parfaitement les exigences jurisprudentielles qu'elle conforte.

La notion d'élément d'extranéité est complexe et relève, au final d'un inventaire et d'un index mis en place par la jurisprudence au cas par cas.

D'un point de vue théorique est élément d'extranéité tout élément qui ne se rattache pas à l'individu contrôlé mais qui, pourtant, laisse à penser qu'il soit étranger. **Les éléments se rattachant à la personne sont prohibés dans la mesure où ils sont, par nature, discriminatoires.**

Pour exemple la jurisprudence a récemment énoncé que « *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* » (C. cass, civ. 1^{re}, 28 mars 2012, n° 11-11099).

Ceci étant dit le ministre de la justice rappelle aux magistrats du siège et du parquet « *qu'un contrôle ne peut être motivé par la couleur de la peau, le nom de famille, l'emploi d'une langue étrangère, la déclaration d'un lieu de naissance hors de France, etc. En revanche, peuvent justifier un contrôle la conduite d'un véhicule immatriculé à l'étranger (c'est le cas d'espèce de l'arrêt du 6 juin 2012 précité), la revendication publique d'une nationalité étrangère (...) la distribution de tracts en langue étrangère sur la voie publique, etc.* » (circulaire NOR : JUSC1301015C CIV/01/13 du 28 janvier 2013).

La circulaire, purement synthétique de la jurisprudence ne vient pas expliquer pourquoi être né à Pékin ou à Bamako est moins informant quant à l'extranéité que d'acheter son véhicule en Allemagne ou en Italie. Pire, elle reprend mot pour mot la position de celle, précitée, du Ministre de l'intérieur, tendant à homogénéiser le cadre de réflexion des APJ, des OPJ, du parquet et du siège.

Plus encore, et de façon bien plus étonnante, le Ministère de la justice indique que « *la revendication (...) de l'irrégularité de la situation administrative* » est constitutif d'une possibilité de contrôle ! Position étonnante car, en ce cas précis l'objet même du contrôle étant atteinte, la mise en œuvre de recherches seraient purement artificielles et devant être entendues comme concourant à un autre but, pour exemple de laisser le temps aux APJ de préparer une mesure de retenue (sur quelle base ?) mais surtout une prise d'attache avec la préfecture.

Bien entendu le ministère de l'intérieur affirme avec force conviction, que « *l'engagement du contrôle ne doit pas avoir été discriminatoire ou stigmatisant* ». Mais mise à part cette lapalissade rien ne permet d'orienter les APJ dans leur recherche de l'extranéité.

En tout état de cause, il est constant qu'elle n'offre pas de critères clairs à la police et, mis à part la liste mise en place par les ministères, elle-même soumise à discussion, rien ne vient éclairer les services de police, ou restreindre une certaine forme d'appréciation discrétionnaire.

La condition de non généralisation

En second lieu, la loi prévoit que les contrôles de titres de séjour autonomes ne peuvent être pratiqués que pour une durée n'excédant pas six heures consécutives dans un même lieu. De plus ils ne peuvent consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans ce lieu.

Le contrôle ne peut excéder 6 heures en un même lieu. La condition est simple claire et facilement contrôlable, puisque expressément fixée dans une réquisition policière ou judiciaire.

On notera donc que toute opération sans délai, au délai non précisé ou avec une « pause » entre des contrôles successifs excédant 6 heures ne suffit pas au respect de la loi et équivaut à un contrôle permanent, (*voir en ce sens CA, Aix-en-Provence, 1^{er} mai 2011, n° 319/2011*).

Le contrôle en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et des documents prévues par la loi, ne peut être systématique et généralisé.

Crée par la jurisprudence européenne, reprise par la jurisprudence interne, cette condition, initiée dans le cadre des contrôle frontaliers et reprise à l'article 78-2 dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 dite « LOPPSI 2 » dans la zone frontalière des 20 kilomètres, est étendue à toutes les formes de contrôles du droit de séjour par la loi du 31 décembre 2012.

L'objectif de ces dispositions est d'éviter que la mise en œuvre du contrôle ne revête un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières. La loi étend ainsi à l'ensemble du territoire l'encadrement des contrôles prévus aux zones frontières.

Si elle ne révolutionne rien, cette l'extension a le mérite de permettre d'éviter certaines pratiques et opérations policières notamment en outre-mer, où les contrôles d'identité dérogatoires en vue de vérifier le droit au séjour des migrants sont systématisés et parfois permanents comme à Cayenne où deux barrages de police permanents procèdent au contrôle de situation administratives des voitures. Depuis le 1^{er} janvier 2013, ces contrôles généralisés sont illégaux (hors Mayotte qui « bénéficie » d'un droit dérogatoire et où les services de gendarmerie « rodent » quasiment 24h sur 24 pour pratiquer des contrôles).

La principale question que pose cette condition, c'est que si dans son principe elle ne peut que fédérer, dans la pratique elle semble rester vaine et peu même mener à un résultat inverse.

Vaine car sans indicateur de la teneur et de l'étendue du contrôle, comme savoir s'il est généralisé, discriminatoire ou orienté ? De fait et sauf à valider la thèse d'un registre des personnes contrôlées, qui serait remis au parquet et annexé aux dossiers JLD, comment savoir qui a été contrôlé.

Problématique en pratique car en imposant un contrôle du droit au séjour non généralisé dans un lieu donné, et sachant la première réserve, comment ne pas penser que le contrôle s'orientera invariablement sur des critères extérieurs physiques et donc discriminatoires. Donc à moins d'avoir un procès-verbal présentant l'appartenance ethnique (ce qui a été censuré par la jurisprudence à moult reprises) difficile d'imaginer que l'on ne tombe pas dans cet écueil.

Conclusion

On voit donc que la loi n'est pas satisfaisante au final car même si les deux conditions du contrôle

sont remplies, elle ne sont pas la panacée de services de police si on se réfère à la position de la Cour de cassation des 6 juin et 10 octobre 2012 (précités) issues de l'arrêt MELKI et qu'on s'adonne à une lecture entre les lignes.

En effet, si la Cour ne s'est pas encore penchée, en tant que tel, sur l'application de cet article nouvellement modifié, elle a déjà eu à répondre par analogie dans le cadre de l'application de LOPSSI 2 en rappelant qu'en dehors de ces conditions semble exister une autre condition, non écrite mais primordiale qui consisterait à la caractérisation « d'un comportement » suspect ou « des circonstances particulières menaçant l'ordre public ».

Pour s'en convaincre il faudra relire l'arrêt pris en assemblée plénière le 29 juin 2010 (**n° 1040001**) sur les contrôles d'identité en premier lieu, et son évolution par un arrêt du 7 novembre 2012 énonçant :

*« la CJUE a, par un arrêt du 22 juin 2010, dit pour droit que (...) s'opposaient à une législation nationale conférant aux autorités de police de l'Etat membre concerné **la compétence de contrôle uniquement dans une zone définie, l'identité de toute personne indépendamment du comportement de celle-ci et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi, sans prévoir l'encadrement nécessaire de cette compétence garantissant que l'exercice pratique de ladite compétence ne puisse revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières ;***
Qu'en statuant ainsi alors que, dans sa version en vigueur au jour du contrôle, l'article 78-2 al4 du CPP n'était assorti d'aucune disposition offrant les garanties exigées par les trois derniers des textes susvisés, le premier président les a violés ; » (Cass. Civ I – 07 novembre 2012 – n° 1121440).

Si l'arrêt en lui même ne vise pas ladite conditions, il faut le replacer dans le cadre des deux arrêts précités qui sont particulièrement explicite et qui semble avoir été « omis » du champ de réflexion du législateur sur la question des conditions de contrôle le législateur considérant que la question était différente.

Si la haute Cour persiste dans cette voie, et généralise cette condition au contrôle du titre de séjour en dehors des zones dites frontalières, on pourra miser sur un abandon d'application de ce texte et sa désuétude.

Patrick BERDUGO
Avocat à la cour

**Analyse de la Loi n°2012-1560 du 31 décembre 2012
relative à la retenue pour vérification du droit au séjour**

Premières jurisprudences – janvier – mars 2013

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 publiée au JO du 1^{er} janvier 2013.

Elle est entrée en vigueur le 2 janvier 2013, sans que le Conseil Constitutionnel n'ait été saisi préalablement à sa promulgation.

Après trois mois d'application, deux tendances se dégagent assez nettement :

=> Alors que le nombre d'étrangers placés en rétention avait significativement diminué à la suite des arrêts du 5 juillet 2012 de la Cour de Cassation (Civ. 1, n° 11-« à »71, 11-19250 et 11-30530), la mise en œuvre de la Loi n'a pas généré une forte augmentation du nombre de ces placements au cours des trois premiers mois de 2013¹, pas plus qu'elle n'a pas donné lieu à un contentieux très abondant, dès lors que :

- les forces de police et de gendarmerie ont attendu la publication de la circulaire du 18 janvier 2013 pour mettre en œuvre la procédure de retenue ;
- mais surtout, les policiers ont toujours recours, de façon importante, aux procédures alternatives à la « retenue » : gardes à vue, auditions libres et « rétention dans le cadre de la police administrative » (voir infra) ;

=> En outre, lorsque la retenue est mise en œuvre, les étrangers ~~ne sollicitent~~, n'exercent que très peu les droits qui leur sont reconnus par la Loi : à noter que pour le seul département de la Seine Saint Denis, la permanence du Barreau a enregistré au cours des deux derniers mois moins de dix demandes d'assistance d'un avocat commis d'office².

¹ Pour l'année 2011, le Ministère de l'intérieur a comptabilisé 59 629 gardes à vue d'étrangers en infraction au séjour, soit près de 5 000 GAV par mois ; bien que le nombre de retenues pour le premier trimestre n'est pas connu, il semble qu'il soit très nettement inférieur aux chiffres de 2011.

² Alors que selon l'étude d'impact de la Loi, 34% des étrangers gardés à vue pour ILE ont sollicité un avocat commis d'office en 2011 (soit près de 20 000 demandes).

Le présent exposé analysera principalement les dispositions des articles 2 et 3 de la Loi du 31 décembre 2012, à la lumière des premières décisions rendues par les Juges des Libertés et de la Détention.

D'emblée, il est précisé que l'article L611-1-1 du CESEDA prévoit que « *Les prescriptions énumérées au présent article sont imposées à peine de nullité, sous réserve des dispositions de l'article L. 552-13* ».

Selon cet article (issu de la Loi du 16 juin 2011) « *en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de placement en rétention **que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger,** »*

Pour l'interprétation de cette dernière disposition, il conviendra de se référer à la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'article 802 du Code de procédure pénal qui est, selon les travaux parlementaires de la Loi « Besson », l'équivalent de l'article L552-13. En effet, comme cet article, l'article L552-13 du CESEDA n'énonce pas les critères de distinction entre ce qui serait une violation d'une règle de fond et l'inobservation d'une règle de forme ou encore d'une formalité substantielle imposée par la Loi. Il fait uniquement référence aux « atteintes » portées au « droits des étrangers ».

Deux catégories d'irrégularités doivent donc être distinguées :

(i) Celles qui portent **nécessairement** atteinte aux droits de l'étranger ; il s'agit :

- de toute méconnaissance d'une règle de fond laquelle fait nécessairement grief à l'étranger : exemple : notification des droits du retenu par un agent de police judiciaire n'agissant pas sous l'autorité d'un officier de police judiciaire)
- de toute irrégularité affectant directement l'exercice des droits du retenu : cette irrégularité caractérise nécessairement une atteinte aux droits de l'étranger (exemple : absence de notification du droit d'être assisté par un avocat « commis d'office ») ;
- il en est de même pour toute irrégularité affectant les droits de la défense (ex : tardiveté de l'avis à avocat) ;

(ii) Et toutes les autres, qui nécessitent que soit rapportée la preuve d'un grief subi par l'étranger. Exemple : l'interprète n'est pas inscrit sur la liste prévue à l'article L111-8 du CESEDA, voir infra).

Seront successivement abordés les thèmes suivants :

1. Le champ d'application de la Loi : les cas dans lesquels une retenue peut ou non être décidée
2. Le contrôle par le juge de la durée et des modalités de la retenue
3. Le contrôle de l'exercice des droits reconnus au retenu
4. Fin et suites de la retenue

1. Champ d'application de la Loi : cas dans lesquels une retenue peut ou non être effectuée

1.1. La retenue d'un étranger ne pouvant justifier d'un droit au séjour est-elle obligatoire ?

A la suite des décisions de la Cour de Cassation du 5 juillet 2012 prohibant le recours à la garde à vue des étrangers dépourvus de titre de séjour, les forces de police ont mis en place des modes alternatifs à la garde à vue ; C'est ainsi que des étrangers ont été placés en rétention à la suite d'une simple vérification d'identité (article 78-3 du CPP – durée maximale de 4 heures), d'une audition libre (articles 62, 73 et 78 du CPP) puis enfin d'une brève « mise à disposition », ne s'appuyant sur aucun texte, mais réalisée dans la cadre des pouvoirs que le Préfet tient de la police administrative : en effet, selon la Cour de Cassation (25 novembre 2009, Civ 1 n° 08-20294), l'étranger peut être retenu, en moyenne 3 heures, « *le temps strictement nécessaire* » à la notification de la décision de placement en rétention.

En dépit de l'entrée en vigueur de la Loi, ces procédures sont toujours mises en œuvre, notamment « la mise à disposition », pratiquée par la Préfecture de Police de Paris.

Par un arrêt du 16 mars 2013, la Cour d'Appel de Paris a ainsi pu estimer « *l'entrée en vigueur du nouvel article L611-1-1 du CESEDA, dans la rédaction du 31 décembre 2012 ne rend nullement caduque la procédure de mise à disposition de l'autorité administrative alors même qu'il n'appartient pas au juge judiciaire d'apprécier le régime juridique choisi par les forces de l'ordre lors de l'interpellation* » (C.A. Paris, 16 mars 2013 n° B13/00878).

Cette position n'est cependant pas entièrement partagée par la Cour : voir en ce sens **CA Paris 23 janvier 2013 n° B/13/00248** censurant une procédure diligentée sur le fondement de l'article 78 du CPP (audition libre d'une personne à l'encontre de laquelle il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elle a commis une infraction) selon la Cour, « la situation de l'intéressé (...) ne pouvait donner lieu à une telle enquête, *mais à une retenue pour vérification du droit au séjour* » ; la procédure est qualifiée de « manœuvre déloyale ».

Voir également : **J.L.D de Perpignan, ordonnance du 22 janvier 2013, n° 13/00068**, s'agissant d'une procédure d'audition libre en lieu et place « d'une audition libre » (en l'espèce, article 62 du CPP).

1.2. Les mineurs et la retenue

La Loi ne permet pas de retenir un mineur (voir circulaire du 18 janvier 2013) dès lors qu'ils n'ont pas à justifier de la possession d'un titre sous couvert duquel ils séjournent en France.

En revanche, il semble possible de retenir un étranger accompagné de son enfant mineur. Cette possibilité résulterait implicitement du 6^{ème} alinéa de l'article L611-1-1 du CESEDA : l'étranger retenu bénéficie :

« 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 »

Dans ce dernier cas, l'enfant serait retenu avec ses parents, le temps de sa prise en charge par une tierce personne. Faute d'une pareille prise en charge, la Loi n'exclut pas que l'enfant demeure avec ses parents le temps de leur retenue.

1.3. La retenue n'est possible qu'à « l'occasion d'un contrôle » et peut précéder une garde à vue

Selon le 1^{er} alinéa de l'article L611-1-1 du CESEDA :

*« Si, **à l'occasion d'un contrôle** effectué en application de l'article L611-1 du présent code, des articles 78-1, 78-2, 78-2-1 et 78-2-é 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 nationale 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 séjour sur le territoire français. »*

Une lecture stricte de ce texte permet de limiter la mesure de retenue aux seules hypothèses où elle intervient immédiatement à l'issue **d'un contrôle d'identité** effectué sur les fondements précités (CESEDA, CPP et Code des douanes).

Ainsi, un étranger convoqué par un OPJ pour les « nécessités de l'enquête » **sur le fondement de l'article 78 du CPP**, ne peut être placé en retenue, sauf s'il fait l'objet d'un contrôle d'identité lorsqu'il se présente au commissariat ; Pour mémoire, l'article 78 prévoit que les personnes « *à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition, sans que cette durée ne puisse excéder quatre heures* ». Le recours à une telle procédure de retenue de 4 heures est jugé « déloyal » par la Cour d'appel de Paris (Cfr supra, CA Paris 23 janvier 2013).

De même, la retenue est irrégulière si elle est précédée d'une interpellation effectuée sur le seul fondement de **l'article 53 du CPP** (crime et délit flagrant), sans qu'un contrôle d'identité n'ait été opéré sur le fondement de l'article 78-2 du CPP (**J.L.D. Rennes 1^{er} mars 2013, BEN ADALAT** – sans numéro).

De même, une retenue ne peut être décidée à la suite d'une garde à vue. Il s'agit du cas de l'étranger interpellé en flagrance pour un délit quelconque et qui se révèle être sans titre de séjour : la garde à vue supplétive n'étant plus possible, dans l'hypothèse où le parquet privilégie finalement la voie administrative, aucune retenue ne pourra être mise en œuvre à l'issue de la garde à vue : les décisions administratives devront être notifiées au moment de la levée de la GAV. Voir en ce sens : **C.A. de Rouen 25 mars 2013, n° 13/01539**, mais en l'espèce, l'intéressé avait fait l'objet d'un contrôle routier fondé sur l'article R233-1 du code de la route.

Se posera néanmoins alors la question du maintien de la garde à vue dans le seul but de permettre à l'administration d'édicter une décision de retour et non de résoudre une enquête judiciaire (mais la Cour de Cassation a tranché sur ce point : **Cass. Civ. 11 mai 2012 n° 11-15.267** : la fait de prolonger une garde à vue dans le seul but d'attendre la décision préfectorale n'est pas irrégulier, même en l'absence de diligences autre que la notification des mesures durant cette prolongation.

En revanche, selon l'article L611-1-1 II du CESEDA :

« 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. »

La retenue peut ainsi prendre le relai d'une **procédure de vérification d'identité** diligentée sur le fondement de l'article 78-3 du CPP dont la durée est limitée à 4 heures.

En pareil cas, il convient de vérifier que la durée de cette vérification était strictement limitée au temps nécessaire à la découverte de l'identité de l'étranger et non à l'analyse de son droit au séjour : **dès la découverte de l'extranéité** et de l'absence de titre de séjour, et non à l'issue du délai de 4 heures, l'OPJ doit mettre fin à la vérification et notifier à l'étranger son placement en retenue. (Jurisprudence constante).

Le cas spécifique où la retenue précède une garde à vue

Implicitement, la Loi admet qu'une garde à vue puisse suivre une mesure de retenue :

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.

Cette hypothèse est celle où il apparaîtrait, en cours de retenue, que l'étranger entre dans le champ d'application de l'article L624-1 du CESEDA, tel que modifié par la Loi Valls :

« 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. »

En pratique cependant, lorsqu'il apparaît au stade de l'interpellation, que l'étranger fait l'objet d'une fiche de recherche (FPR), avec la mention « obligation de quitter le territoire », les forces de l'ordre placent immédiatement l'étranger en garde à vue et non en retenue.

La Cour d'Appel de Paris valide ce placement immédiat en garde à vue, estimant qu'il existe bien dans cette hypothèse un soupçon que l'étranger a commis une infraction de « maintien sur le territoire ». Dès lors, la mesure de garde à vue se poursuit durant 24 heures, même s'il apparaît en fin de compte que l'élément matériel de l'infraction n'est pas constitué (**voir Cass Civ 11 mai 2012 n° 11-15.267**). Voir cependant **CA de RENNES du 4 mars 2013 n° 13/00075** qui estime que le maintien de la garde à vue est dans ce cas irrégulier (jurisprudence isolée).

A notre sens, cette position n'est pas conforme au droit européen et il a d'ailleurs été jugé que la flagrance n'est établie que si, au stade de l'interpellation, il apparaît que la personne concernée a *« préalablement 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 »* : **CA PARIS 23 mars 2013 n° B13/00938**

Cette solution, bien plus conforme à l'esprit de la Loi du 31 décembre 2012, qui autorise la garde à vue à la suite d'une retenue et non l'inverse, devrait donner lieu à un vif débat sur la conventionalité de l'article L624-1 du CESEDA au regard de l'article 15 de la Directive retour.

2. Le contrôle de la durée et des modalités de la privation de liberté du retenu

Cette question a concentré les plus vives critiques des opposants à la Loi, dès lors que la retenue, par sa durée et ses modalités de privation de liberté de l'étranger, est une mesure quasi similaire (à huit heures près) à la garde à vue.

A son début, la mesure de retenue est l'exacte copie de la garde à vue :

Comme pour la garde à vue, la retenue est décidée **par un Officier de police judiciaire ou de gendarmerie** ou par un agent, « sous le contrôle de l'officier de police » ;

Comme pour la garde à vue, le procureur de la République est informé « **dès le début** » de la retenue.

Comme pour la garde à vue, l'officier informe « **aussitôt** » l'étranger « des motifs de son placement en retenue », « de la durée maximale de la retenue » et de ses droits.

2.1 La durée de la retenue

Selon le 9^{ème} alinéa de l'article L611-1-1 du CESEDA : « *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.* »

L'étude d'impact de la Loi justifiait cette durée de 16 heures par la nécessité de « *distinguer plusieurs séries d'exigences impliquant chacun un temps distinct* » : le temps de conduite au local de police, le temps pour l'information de la personne retenue sur ses droits et pour l'exercice des droits, un temps de dialogue avec l'étranger, un temps d'investigation par l'officier, et enfin, un temps de dialogue avec la préfecture compétente »

La durée de 16 heures est ainsi justifiée par le besoin d'accomplir des actes pouvant parfois nécessiter un certain temps, mais aussi, et ce point est plus intéressant, par le souci de préserver l'intérêt de l'étranger qui peut bénéficier de la durée de sa retenue pour établir par tout moyen son droit au séjour (voir infra).

Se pose toutefois la question de la compatibilité de cette durée de 16 heures avec la jurisprudence communautaire : le considérant 31 de l'arrêt ACHUGHABIAN de la CJUE (6 décembre 2011), s'il rappelle bien que la Directive « *ne s'oppose pas à ce qu'une mesure privative de liberté soit prise en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour* » de l'étranger, exige néanmoins que cette mesure s'accomplisse dans « **un délai certes bref, mais raisonnable** ».

A supposer que le délai de 16 heures soit jugé à la fois « bref et raisonnable », il est impératif que le juge soit en mesure de contrôler la durée de la mesure et de constater l'irrégularité d'une procédure en cas de maintien de la retenue pendant une durée excessive et non justifiée.

C'est la raison, semble-t-il pour laquelle le texte de Loi prévoit que « *L'étranger ne peut être retenu que pour le temps strictement exigé par l'examen de son droit de circulation ou de séjour* ».

Toutefois, la question n'est pas encore tranchée et la position des Cours divergent :

Cour d'Appel de DOUAI du 29 janvier 2013, n° 23/2013 : « *16 heures constitue un maximum absolu, le juge pouvant considérer comme anormalement longue une retenue d'une durée inférieure en fonction des circonstances de l'espèce* » (en l'occurrence, aucune diligence entre 13H, fin de l'audition et 17H25, heure de notification des mesures).

Idem : **JLD de Lille 19 mars 2013, n° 13/00110**.

Idem : **Cour d'Appel de PAU, 29 janvier 2013, n° 13/00304** : retenue de 15H50 mais aucun acte entre 20H30 et le lendemain 8H10 : « *il apparaît qu'un délai de 11 heures et 40 minutes a été pris pour le seul prononcé des décisions administratives (...) alors même que les diligences relatives à l'examen du droit au séjour et à son audition ont pu se dérouler en 3 heures 40 minutes, de 16 heures 50 à 20 heures 30 ; s'agissant d'une mesure de privation de liberté, un délai excessif (...) porte nécessairement atteinte aux droits* ».

A l'inverse, la Cour d'appel de Paris rejette ce moyen : **CA PARIS 12 mars 2013 n° B/13/00802** : « *qu'en tout état de cause, la retenue dont a fait l'objet Mme X n'a pas excédé la durée légale de 16 heures et qu'aucun grief ne peut être soulevé par l'intéressée concernant notamment son audition tardive alors même que l'intéressé a signé le procès verbal de placement en rétention administrative* »

La Cour d'Appel de Paris applique ainsi la Loi à la lettre : « *L'étranger ne peut être retenu que pour le temps strictement exigé (...) et, le cas échéant, le prononcé et la notification des décisions administratives applicables* » ...

... comme elle appliquait déjà ce principe de « non contrôle » de la durée de la privation de liberté à la mesure de garde à vue, dans la lignée de la solution déjà dégagée par la Cour de Cassation (**Cass Civ 11 mai 2012 n° 11-15.267**) : le fait de prolonger une garde à vue dans le seul but d'attendre la décision préfectorale n'est pas irrégulier, même en l'absence de diligences autre que la notification des mesures durant cette prolongation.

A noter enfin que pour le calcul de la durée de la retenue, la Loi prévoit que le calcul de la durée de 16 heures débute au moment du contrôle d'identité et prend fin avec « *la notification des décisions administratives applicables* ».

2.2. Les pouvoirs de l'officier et le degré de privation de liberté de l'étranger

Selon les **alinéa 10, 11 et 12 de l'article L611-1-1** du CESEDA : « *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 ».

Ces dispositions traduisent la spécificité de la retenue qui comporte une possibilité de recours à une contrainte proportionnée, propre à garantir l'examen du droit au séjour de l'étranger. C'est ainsi que l'étude d'impact emploie le terme de « dialogue » avec l'étranger et non d'audition. C'est la raison pour laquelle la Loi prévoit également au 1^{er} alinéa de l'article L611-1-1 que :

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

Selon l'étude d'impact, cette possibilité offerte au retenu peut impliquer pour l'OPJ « *un déplacement au domicile de l'intéressé pour y rechercher des justificatifs que cette personne est susceptible de produire mais qu'elle n'avait pas sur elle* ».

En pratique, cette possibilité est inexistante et le seul document susceptible de justifier un déplacement de l'OPJ au domicile de l'étranger est le passeport de l'étranger. En outre, en l'absence d'infraction, toute perquisition serait irrégulière et l'officier ne peut se passer de l'accord de l'intéressé pour se rendre, le cas échéant, au domicile de celui-ci.

En tout état de cause, les diligences actuelles se limitent à la conduite d'une seule « audition » de l'intéressé, ce qui peut être très insuffisant pour établir le droit au séjour de l'individu, étant précisé que le « **dialogue** » (étude d'impact) est devenu, un « **temps d'investigation** » dans la circulaire du 18 janvier 2013. Cette dernière met particulièrement l'accent sur la nécessité pour l'OPJ de « se coordonner avec les services préfectoraux », ce qui d'ailleurs, démontre bien que le Préfet est bien le « maître » de la retenue, et non le Parquet.

Durant la retenue, l'OPJ est habilité à consulter plusieurs fichiers : le FNE, le FPR, le SIS et certainement EURODAC ; En revanche la consultation du FAED semble exclue dès lors où ce fichier ne peut être consulté que dans le cadre d'une enquête judiciaire ; or la prise d'empreintes, qui reste possible lors de la retenue, n'est prévue par la Loi que pour **établir une situation administrative et non une identité** (Cfr Rapport Sénat n°85).

En effet, en cas de doute sur l'identité, il appartient de placer l'étranger sous le régime de la vérification d'identité, lequel permet à l'OPJ, sous réserve d'une autorisation du parquet, de procéder à une prise d'empreintes et à la consultation du FAED.

A l'opposé, la Loi du 31 décembre 2012 limite la prise d'empreintes aux seuls cas où « *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.*

La prise d'empreintes est donc justifiée par la nécessité d'établir le droit au séjour et non à l'identité de la personne.

Une modification du décret n° 87-249 du 8 avril 1987 portant création du FAED est en cours afin de permettre l'accès au FAED à des fins administratives.

En outre, l'absence d'information spécifique et préalable du parquet à cette prise d'empreinte rend la procédure irrégulière, le grief étant nécessairement constitué par le fichage de l'intéressé : Voir en ce sens **C.A. de PARIS 29 mars 2013 n° 13/01015, CA de ROUEN 28 février 2013 n° 13/01074**

Ainsi, le simple fait d'informer le parquet du début de la retenue ne permet pas de satisfaire à cette obligation d'information préalable et spécifique.

En outre, il est souligné que la prise d'empreintes présente un caractère subsidiaire : elle n'est rendue possible par la Loi que « *si l'étranger ne fournit pas d'éléments permettant d'apprécier son droit au séjour* »

C'est pourquoi le Juge des Liberté et de la Détention de Nîmes a censuré une procédure de retenue au cours de laquelle l'officier de police a procédé à la prise d'empreintes de l'étranger, avant même de l'auditionner (**JLD NIMES 19 janvier 2013 n° 13/00027**) et alors que l'étranger avait spontanément présenté des documents de nature à établir son identité et sa situation administrative.

Cette interprétation fidèle de la Loi devrait également obliger l'Officier à rédiger un procès verbal spécifique énonçant les raisons pour lesquelles il estime utile de recourir à la prise d'empreintes de l'intéressé.

Enfin, la Loi précise que durant sa 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* ».

Interprétant pour la première fois cette disposition, la Cour d'Appel de Paris a, par un arrêt du **23 janvier 2013 n° 13/00241** estimé que « *le procès verbal de retenue ne comportant aucune indication sur ce point, nous ne sommes pas en mesure de d'assurer notre contrôle sur la régularité de la procédure suivie ce qui porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée* ».

Voir également : **JLD de Lille du 30 janvier 2013 n° 13/00018**

Cette position n'est cependant pas unanime au sein de la Cour d'Appel, d'autres magistrats estimant au contraire que le défaut de mention ne fait pas grief à l'étranger qui doit rapporter la preuve qu'il n'a pas été tenu à l'écart de personnes gardées à vue.

3 – Les droits reconnus aux retenu et leur contrôle par le juge

A l'issue du débat parlementaire, les députés ont finalement plus ou moins aligné les droits du retenu sur ceux accordés aux gardés à vue et notamment le droit à l'assistance d'un avocat.

A la pratique toutefois, il apparaît très nettement que les étrangers sont peu demandeurs de droits. Pourtant, lorsqu'ils étaient placés en garde à vue, 34% d'entre eux sollicitaient, notamment, le droit à l'assistance d'un avocat (voir étude d'impact).

Une explication revient fréquemment :

« *On m'a dit que je n'étais pas en garde à vue mais que je faisais l'objet d'une vérification administrative et que je serais relâché à l'issue* »

Cette situation est bien évidemment préoccupante dans la mesure où l'audition de l'étranger s'effectue selon une trame préétablie et que le « dialogue » évoqué par l'étude d'impact de la Loi prend le plus fréquemment la forme d'un très bref interrogatoire laissant peu d'opportunité à l'étranger d'établir par tout moyen son droit au séjour.

3.1 Le droit de comprendre la mesure dont il fait l'objet

Pour l'étranger, le premier de ses droits est de comprendre la mesure dont il fait l'objet.

C'est pourquoi, (alinéa 2 de la L'article L611-1-1) : « *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* »

Dans un premier temps, la Cour d'Appel de Paris est venue préciser que pour satisfaire à cette obligation d'information, l'article 706-71 du Code de procédure pénal est inapplicable à la procédure de retenue.

Cet article prévoit la possibilité de notifier une mesure à un étranger, par l'intermédiaire d'un interprète agissant par téléphone, mais à condition que l'impossibilité pour cet interprète de se déplacer soit établie par un procès verbal dit « de carence ».

Selon la Cour, « les dispositions de l'article 706-71 du CPP sont inapplicables à la procédure de retenue laquelle est soumise aux seules dispositions du CESEDA et plus particulièrement des articles L 111-8 et L11-9 de ce Code.

Or, l'alinéa 2 de l'article L111-8 permet, **en cas de nécessité**, un interprétariat téléphonique dans les conditions strictes qu'il énonce : inscription de l'interprète sur des listes spéciales ou recours à un organisme d'interprétariat et de traduction agréé par l'administration, indication par écrit à l'étranger du nom et des coordonnées de l'interprète ainsi que le jour et la langue utilisée.

Dès lors, il n'est pas nécessaire pour les forces de police de justifier d'une quelconque impossibilité pour l'interprète de se déplacer, mais simplement de faire état de la nécessité de recourir à ses services par téléphone.

En outre, la Cour a jugé que si la circonstance que l'interprète ne soit pas inscrit sur les listes « spéciales » ou qu'il n'appartienne pas à un organisme agréé est une irrégularité, celle-ci ne porte pas atteinte aux droits de l'étranger, dès lors que « *la notification des droits par téléphone a été réitérée à l'arrivée de l'interprète au commissariat* » et que l'étranger a été mis en mesure d'exercer des droits. **Voir CA Paris 18 janvier 2013 n° 13/00178.**

Une solution inverse n'est pas exclue dès lors que la notification des droits n'est pas réitérée à l'arrivée de l'interprète au commissariat.

3.2 Les autres droits reconnus à la personne retenue

- **Le droit d'être assisté d'un interprète**

Ce droit vise l'hypothèse de l'étranger qui comprend le français mais qui demande à être assisté d'un interprète dans sa langue maternelle s'il estime plus confortable de répondre aux questions qui lui sont posées dans sa langue.

Il est fréquent que ce droit ne soit pas notifié. Cette omission ne fait néanmoins aucun grief à l'intéressé lorsque le français est sa langue maternelle, ce qui n'est pas le cas à l'inverse (pas de jurisprudence encore sur ce point).

- **Le droit d'être examiné par un médecin**

A la différence de la garde à vue, l'OPJ n'est pas tenu de faire diligence dans un délai de 3 heures suivant la demande de l'intéressé. Ainsi, sauf à ce que ce droit ne soit pas notifié, il ne devrait pas être source de fréquentes irrégularités.

En pratique, ce droit est très rarement sollicité.

- **Le droit de prévenir à tout moment une tierce personne**

Le 4° du I de l'article L611-1-1 du CESEDA indique quelles sont les personnes que l'étranger peut prévenir durant sa retenue. Au total, trois catégories de personnes sont visées :

- « **sa famille** » : le texte ne précise pas s'il autorise l'étranger à prévenir un ou plusieurs membres de la famille de l'étranger ; Dans le doute, l'étranger devrait pouvoir prévenir plusieurs membres de sa famille simultanément : son conjoint, ses enfants, ses parents etc.
- « **toute personne de son choix** » : l'emploi du singulier n'autorise l'appel que d'une seule personne, non membre de la famille ; A noter qu'à la différence de la garde à vue, l'employeur, n'est pas visé par la Loi, mais entre bien entendu dans cette catégorie.
- un « **contact utile** » afin d'assurer l'information et, le cas échéant, la prise en charge des enfants dont il assure normalement la garde

A la différence notable de la garde à vue, le texte indique que l'étranger bénéficie du « *droit de prévenir* » ces personnes et que ce droit peut intervenir « *à tout moment* » ; Ce n'est que : « *Si des circonstances particulières l'exigent, (que) l'officier de police judiciaire prévient lui-même la famille et la personne choisie.* »

En pratique, c'est pourtant bien l'OPJ qui prend systématiquement attache avec la famille dès lors que le téléphone portable de l'étranger est confisqué au début de la mesure (ce qui peut être vérifié par le procès verbal de fouille si celui-ci est versé au dossier).

Cette situation caractérise à notre sens une irrégularité de procédure, le texte exigeant que l'étranger prévienne **lui même** sa famille, sauf à ce que des circonstances particulières exigent que ce droit soit écarté.

Cette situation, qui touche à l'exercice d'un droit devrait nécessairement faire grief à l'intéressé (voir supra).

- le droit d'avertir ou de faire avertir les autorités consulaires de son pays

En pratique, cette faculté est quasiment jamais exercée.

- Enfin, le droit d'être assisté par un avocat

La Loi précise que cet avocat peut soit être désigné par l'étranger soit commis d'office par le bâtonnier.

Cette double possibilité doit impérativement être proposée à l'étranger. Une simple mention relative à l'assistance d'un avocat sans précision (comme pour la garde à vue) serait nécessairement irrégulière.

A la différence de la garde à vue, il n'est pas mentionné que la famille peut désigner un avocat.

- ⇒ Le Bâtonnier est prévenu « par tout moyen » et « sans délai » de la demande du retenu (NB : la jurisprudence censure tout avis effectué au-delà de 30 minutes).
- ⇒ L'avocat peut « communiquer » pendant 30 mn avec son client dès son arrivée sur les lieux dans un local garantissant un échange confidentiel
- ⇒ Comme pour la garde à vue, l'étranger « peut demander que l'avocat assiste à ses auditions » et l'avocat peut « prendre des notes » durant l'audition

Si l'étranger souhaite être assisté d'un avocat durant son audition, le délai avant de pouvoir procéder à l'audition sans avocat est d'une heure (au lieu de deux heures pour la garde à vue).

A la différence de la garde à vue :

- ⇒ Si l'avocat arrive au cours de l'audition, celle-ci n'est pas nécessairement interrompue pour permettre l'entretien de 30 mn (le texte ne prévoit pas cette possibilité à l'instar de la GAV)
- ⇒ A la différence de l'article 63-4-3 du CPP, il n'est pas prévu que l'avocat puisse poser des questions à son client ou faire des observations !
- ⇒ Il n'existe aucune confidentialité : l'avocat peut faire état des informations obtenues au cours de la retenue à qui bon lui semble.
- ⇒ **Enfin l'avocat n'a accès à aucun Procès verbal à son arrivée au commissariat.**

En effet, sur ce dernier point, le texte prévoit (alinéa 4 de l'article L611-1-1) :

« A 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; »

En pratique, les OPJ établissent un procès verbal spécifique relatant la notification des droits, mais en théorie, l'avocat n'a accès qu'au **procès verbal récapitulatif** de la retenue et de surcroît uniquement **à la fin de celle-ci.**

A ce jour, il est constaté que très peu d'avocats se déplacent lors des retenues, soit parce qu'ils ne sont pas sollicités, soit parce qu'ils estiment que leur présence n'est pas indispensable aux côtés de l'étranger retenu.

4 – Fin et suites de la retenue

4.1 Rédaction d'un procès verbal dit de « synthèse » et tenue d'un registre spécial

Selon l'alinéa 13 de l'article L611-1-1 :

« 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. »

En pratique, ce procès verbal est le plus souvent préétabli et il arrive que l'Officier le remplisse de façon manuscrite.

L'absence de ce procès verbal fait grief à l'étranger : **JLD MEAUX 23 mars 2013 n° 13/00660**.

Selon l'alinéa suivant : *« 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. »*

L'absence d'information relative au droit de ne pas signer ce document caractérise un grief : **JLD MEAUX 23 mars 2013 n° 13/00661** ; de même que l'absence de signature de l'étranger sans qu'un motif ne soit précisé. Voir également **JLD METZ 9 février 2013 n° 13/00130**.

L'absence de mention de l'heure de début de la retenue caractérise également un grief : **CA de Rennes 20 mars 2013 n° 13/00100**

Enfin, ce procès-verbal *« est transmis au procureur de la République, copie en ayant été remise à la personne intéressée »*. L'absence de transmission de ce document au parquet est source d'irrégularité : voir **CA PARIS 21 mars 2013, n° B 13/00921** ; une solution identique devrait être retenue en cas de non transmission d'une copie à l'étranger.

Enfin, la Loi oblige l'Officier à tenir un registre « spécial » sur lequel figure *« 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 »*

Néanmoins, cette pièce n'a pas à figurer au dossier transmis au JLD dès lors que ce registre n'est pas une pièce justificative utile au sens de l'article R552-3 du CESEDA. Voir **CA PARIS 18 janvier 2013, n° B13/00178 précité**.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE
DES DROITS DE L'HOMME

**Avis sur le projet de loi relatif à la retenue
pour vérification du droit au séjour**

Assemblée plénière du 22 novembre 2012

1. Depuis 2002, cinq grandes lois sont venues modifier en profondeur le droit des étrangers et le droit d'asile en France¹. Pour chacune de ces lois, la CNCDH a constaté d'importants reculs des droits des étrangers, une banalisation de leur enfermement comme technique de gestion de l'immigration, une marginalisation du rôle du juge judiciaire et un renforcement des pouvoirs de l'administration. Elle s'est en conséquence fermement élevée contre ces mesures. Alors que les effets de la dernière de ces réformes, la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité, se font seulement sentir, la Commission appelle à une remise à plat du droit des étrangers qui puisse leur permettre d'exercer les droits qui leur sont reconnus, et notamment au retour du rôle constitutionnel de l'autorité judiciaire et à la remise en cause de la rétention comme technique ordinaire de gestion de l'éloignement des étrangers².

2. Dans ce contexte, le champ du projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, apparaît insuffisamment ouvert. L'urgence d'une profonde réforme du droit des étrangers, beaucoup plus large que les quelques dispositions rassemblées dans ce projet de loi, est affirmée avec force par la CNCDH.

3. La CNCDH regrette d'avoir dû s'autosaisir, alors que le Premier ministre s'était engagé à consulter la Commission plus fréquemment. En outre, elle s'étonne que ce projet de loi ne soit pas porté par la Garde des Sceaux, ministre de la Justice et le ministre de l'Intérieur, alors que de nouvelles attributions sont confiées aux procureurs de la République, et aux officiers de police judiciaire. Elle regrette que ce projet de loi soit examiné en procédure accélérée ce qui ne permet pas au Parlement de remplir pleinement sa mission.

4. La CNCDH a bien compris que ce projet de loi a principalement pour objet de répondre aux arrêts El Dridi³ et Achughbabian⁴ de la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi qu'aux deux arrêts⁵ de la chambre civile de la Cour de cassation du 5 juillet 2012. Selon les

¹ Il s'agit de la loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, de la loi 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, de la loi 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, de la loi 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, et de la loi 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

² Ceci découle pourtant de la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

³ Arrêt de la [Première Chambre de la CJUE du 28 avril 2011, Hassen El Dridi, alias Soufi Karim](#)

⁴ Arrêt de la [Grande Chambre de la CJUE du 6 décembre 2011, Alexandre Achughbabian](#)

⁵ [Arrêts n°959 et 965 de la Cour de cass., Première chambre civile, du 5 juillet 2012](#)

arrêts de la Cour de cassation, l'étranger en simple séjour irrégulier n'encourt pas l'emprisonnement prévu par l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) et en conséquence ne peut être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée de ce seul chef. Ce projet de loi prend acte de cette jurisprudence, et supprime le délit de séjour irrégulier. Si ce délit aboutissait rarement à une condamnation⁶, l'incrimination du simple séjour irrégulier permettait le placement en garde à vue des étrangers en situation irrégulière, en amont du placement en rétention administrative.

5. Aux termes du projet de loi, la garde à vue restera cependant possible pour l'entrée irrégulière constatée en flagrance, ainsi que pour le séjour irrégulier lorsque l'étranger a fait l'objet d'une décision d'éloignement, et s'est maintenu sur le territoire alors que soit l'assignation à résidence, soit la rétention administrative ont été effectivement mises en œuvre sous le contrôle de la juridiction administrative et de l'autorité judiciaire. La CNCDH constate que le projet de loi ne tire pas toutes les conséquences de l'arrêt Achughbabian, qui considère que seul peut faire l'objet d'un emprisonnement l'étranger qui, n'étant pas disposé à quitter le territoire volontairement, a été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et a, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention.

Recommandation n°1

La CNCDH recommande que l'article 6 du projet de loi soit modifié pour que seul puisse faire l'objet d'un emprisonnement l'étranger qui, n'étant pas disposé à quitter le territoire volontairement, a été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de la directive 2008/115/CE et a, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention.

6. **Sur le principe de la création d'une procédure spécifique aux étrangers** – La CNCDH s'interroge sur la nécessité de créer une procédure spécifique de retenue pour vérification du droit au séjour, dans la mesure où le droit positif actuel permet d'ores et déjà la vérification de l'identité d'une personne, française ou étrangère, qui « *refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité* » (article 78-3 du code de procédure pénale). Cette procédure, qui permet de retenir une personne qui n'est pas en mesure de justifier de son identité lors d'un contrôle d'identité pendant quatre heures, devrait également permettre de vérifier si elle se trouve en règle avec la législation relative au séjour, eu égard aux moyens techniques dont disposent les officiers et agents de police judiciaire. C'est, d'ailleurs, la procédure actuellement utilisée⁷ ; or si le nombre des placements en rétention a légèrement baissé à la suite des décisions de la Cour de cassation, ce nombre est resté relativement proche du nombre habituel, signe du caractère adéquat de cette procédure. La CNCDH considère que la procédure utilisée pour vérifier le droit au séjour des étrangers doit être la plus brève et aussi protectrice que possible.

⁶ Selon l'exposé des motifs du projet de loi, « en 2009, 103 817 personnes ont été mises en cause pour infraction de séjour irrégulier et 80 063 gardées à vue sur le même chef. Seulement 5 306 condamnations ont été prononcées et seulement 597 condamnations l'ont été alors que l'infraction prévue à l'article L. 621-1 du CESEDA constituait l'unique infraction »

⁷ Voir notamment la Circulaire DACG-DACS 11-04-C39 du 6 juillet 2012, [Conséquences des arrêts de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 5 juillet 2012 relatif à la garde à vue en matière de séjour irrégulier et de l'arrêt de la même chambre du 6 juin 2012 concernant l'article L.611-1 du CESEDA](#)

Recommandation n°2

La CNCDH regrette que le projet de loi crée une procédure de retenue des étrangers pour vérification de leur droit au séjour. Elle aurait préféré que l'intitulé du chapitre III du titre II du livre I^{er} du code de procédure pénale et le texte de l'article 78-3 de ce code soient modifiés pour y inclure la vérification du droit au séjour. Dans ce cas, pour les situations complexes qui nécessitent des investigations particulières, la durée de la vérification du droit au séjour aurait pu être allongée, à la condition que celle-ci soit strictement nécessaire. Dans le cas d'un allongement de la durée de la procédure, la CNCDH aurait recommandé que les droits de l'étranger soient alignés sur ceux de la personne gardée à vue et que la privation de liberté soit la plus brève possible.

7. Dans le cas où la solution de l'élargissement de l'article 78-3 du code de procédure pénale ne serait pas retenue par le législateur, et dans l'hypothèse de la création d'une procédure de retenue des étrangers pour vérification de leur droit au séjour au sein du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) était privilégiée, il semble nécessaire de veiller à ce que cette procédure soit la plus brève possible, et qu'elle soit accompagnée de l'ensemble des garanties fondamentales.

Compte tenu de la finalité même de la mesure, et en l'absence de toute suspicion de commission ou de tentative de commission d'une infraction, le délai de seize heures de la procédure de retenue – pour lequel aucune justification chiffrée n'a été donnée – apparaît en toute hypothèse excessif.

Recommandation n°3

La CNCDH recommande que soit trouvée une solution moins coercitive, davantage proportionnée, comme celle d'une permanence de nuit à la préfecture afin que les services de police puissent vérifier la régularité du séjour des intéressés dans un temps plus bref.

8. **Sur les garanties de la procédure** – En tant que privation de liberté, la retenue doit être contrôlée par l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle. Or, la CNCDH constate que le contrôle de la retenue mis en place par le projet de loi ne peut garantir que la détention n'est pas arbitraire. Au cours de la procédure de retenue, le contrôle est exercé par le procureur de la République⁸. Cependant, ce contrôle est, sans même évoquer le problème de l'indépendance du ministère public, relativement illusoire en pratique en raison de la surcharge des parquets. A l'issue de la procédure, et dans le seul cas où l'étranger est placé en rétention administrative ou assigné à résidence, la régularité de l'ensemble de la procédure, de l'interpellation au placement en rétention ou à l'assignation à résidence, est contrôlée par le juge des libertés et de la détention (JLD) lors du renouvellement du placement⁹. Le contrôle exercé par le juge des libertés et de la détention est donc une garantie essentielle de la régularité de la procédure de retenue. Or, à la suite de la loi sur l'immigration, l'intégration et la nationalité, le JLD ne se prononce plus dans un nombre significatif de cas¹⁰. De plus, il n'intervient plus qu'à l'issue du cinquième jour de

⁸ Voir l'article 2 du projet de loi.

⁹ Voir la jurisprudence sous l'article L. 552-1 du CESEDA, et notamment sur le contrôle des conditions d'interpellation, cass. 2^o civ, 28 juin 1995, N° de pourvoi: 94-50002 Préfet de la Région Midi-Pyrénées et Préfet de Garonne c/ Bechta ; sur le contrôle du contrôle d'identité, cass, 2^o civ, 4 février 1998, N° de pourvoi: 97-50027, Procureur général près la cour d'appel de Paris c/ Dlle Aggad ; sur le contrôle du placement en garde à vue, et sur le fait que ce placement doit être nécessaire et sa durée strictement limitée, voir notamment cass. civ. 1, 25 novembre 2009, N° de pourvoi: 08-20294, Mme Mbaki X.

¹⁰ Voir le rapport annuel des associations présentes en centre de rétention- Selon celui-ci, 25% des personnes placées en rétention dans l'hexagone ne voient pas de juge judiciaire

rétenue¹¹, alors que le juge administratif a pu déjà se prononcer sur le recours dirigé contre la décision d'éloignement. Certaines personnes peuvent donc être éloignées avant que le juge judiciaire ne se soit prononcé sur la régularité de la rétention, y compris sur l'ensemble de la procédure l'ayant précédée. Il est donc impératif de permettre au juge judiciaire de se prononcer sur la régularité de la procédure¹². De la même manière, il serait également opportun de prévoir que la durée pendant laquelle l'étranger a été privé de sa liberté dans le cadre de la vérification du séjour, s'impute sur la durée de la rétention administrative qui pourrait éventuellement lui succéder.

Recommandation n°4

La CNCDH recommande que, concomitamment à toute réforme concernant la retenue des étrangers, soit rétablie l'intervention du juge des libertés et de la détention à l'issue de la 48^{ème} heure de rétention, garantie essentielle pour les droits et libertés, et que soient supprimées les entraves à son contrôle introduites par la loi précitée du 16 juin 2011.

9. Sur les droits accordés à la personne placée en retenue – La CNCDH considère que l'étranger placé en retenue ne peut se voir moins bien traité qu'une personne placée en garde à vue, celui-ci n'étant pas soupçonné d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction. Or, si le projet de loi s'inspire manifestement de la garde à vue lorsqu'il reconnaît des droits au retenu, il est moins protecteur concernant le droit à un avocat, le droit à un interprète, ainsi que le droit au silence. Le régime de la retenue est également moins protecteur que celui de la rétention administrative, notamment concernant le droit de communiquer avec l'extérieur¹³, qui est pourtant nécessaire pour permettre à l'étranger de prouver son droit au séjour. Il est en effet opportun d'assurer à la personne privée de liberté l'accès aux moyens de recherche de preuves, notamment par un accès libre et sans réserve au téléphone. Le projet est par ailleurs muet sur certaines problématiques, et notamment sur le sort des enfants mineurs accompagnant un étranger lors de son placement en rétention. La CNCDH souhaite en conséquence que le projet de loi soit amendé, dans le respect de la jurisprudence *Popov c/ France*¹⁴.

10. Sur le droit à un avocat - Concernant le droit à un avocat, l'étranger retenu n'a le droit qu'à un entretien de trente minutes, et ne peut se faire assister par un avocat lors de l'audition. Ainsi, la procédure de retenue prévoit, pour les seuls étrangers en situation irrégulière, de revenir sur les acquis de la réforme de la garde à vue opérée par la loi n°2011-392 du 14 avril 2011, marquant ainsi un retour au droit de la garde à vue antérieurement en vigueur. Or, le droit à un avocat est essentiel s'agissant de personnes privées de liberté. La CNCDH demande donc que, s'agissant des droits de la défense, le régime de la retenue soit aligné sur celui de la garde à vue.

¹¹ Voir l'article L.551-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

¹² Il s'agit de la prise en compte obligatoire par le juge des circonstances exceptionnelles aboutissant au défaut de notification en temps utile de la décision de rétention et des droits qui sont reconnus à la personne placée en rétention ([Article 52](#) de la loi sur l'immigration, l'intégration et la nationalité) ; de l'interdiction pour le juge de prononcer la mainlevée de la mesure de placement en rétention, même en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation de formalités substantielles, sauf si l'irrégularité constatée a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger ([Article 53](#) de la même loi) ; du report de 15 à 20 jours de la date de la seconde et de la troisième intervention du juge (article 56 de la même loi) ; et de l'impossibilité de soulever devant le JLD des irrégularités antérieures à l'audience relative à la première prolongation de la rétention lors de son renouvellement ([Article 57](#) de la même loi).

¹³ Voir les articles L. 551-2 et R. 551-4 du CESEDA

¹⁴ A l'occasion de l'arrêt [Popov c/ France \(19/01/2012\)](#), la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, s'agissant de la rétention administrative que « les enfants « accompagnant » leurs parents tombent dans un vide juridique ne leur permettant pas d'exercer le recours garanti à leur parents. [...] De même, ils n'ont pas non plus fait l'objet d'un arrêté prévoyant leur placement en rétention administrative et le JLD n'a ainsi pas pu se prononcer sur la légalité de leur présence au centre de rétention administrative. La Cour considère en conséquence qu'ils ne se sont pas ainsi vu garantir la protection requise par la Convention ».

11. Sur le droit à un interprète - Concernant le droit à un interprète, le projet de loi prévoit que le retenu doit être informé de ses droits dans une langue qu'il comprend ou « *dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend* », alors que, en matière de garde à vue, il est informé de ses droits dans une langue qu'il comprend. L'imprécision de cette formulation ouvre la porte à un risque d'appréciation discrétionnaire de la part de l'officier de police judiciaire. La CNCDH souhaite donc que l'étranger retenu soit informé de ses droits dans une langue qu'il comprend.

12. Sur le droit au silence - La retenue envisagée est également moins protectrice que la garde à vue en ce qui concerne le droit au silence. Composant des droits de la défense, indivisibles quelle que soit la nature de la procédure utilisée, le droit au silence doit être reconnu dans le cadre de cette retenue pour vérification du droit au séjour.

Recommandation n°5

La CNCDH recommande que, s'agissant des droits de la défense, le régime de la retenue soit aligné sur celui de la garde à vue. Elle souhaite ainsi que l'étranger retenu bénéficie d'un avocat dans les mêmes conditions que la personne gardée à vue, qu'il soit informé de ses droits dans une langue qu'il comprend et qu'il bénéficie également du droit au silence. La CNCDH recommande enfin que la personne placée en retenue soit mise en mesure de communiquer directement avec l'extérieur.

13. Sur l'issue de la retenue – Si la procédure de retenue a pour but de permettre la vérification du droit au séjour des étrangers, celle-ci ne doit pas être suivie de manière systématique d'un placement en rétention ou d'une assignation à résidence. Dans un certain nombre de cas, et notamment pour les personnes qui n'ont jamais fait de demande de titre de séjour, la remise d'une convocation à la préfecture pour déposer une demande de titre de séjour peut ainsi apparaître comme la plus adéquate.

Recommandation n°6

La CNCDH recommande que la solution la moins coercitive¹⁵ soit systématiquement privilégiée, conformément à l'article 8.4 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

14. Sur le délit d'aide au séjour des étrangers en situation irrégulière – La CNCDH s'était, dans un avis du 19 novembre 2009, inquiétée des modalités d'incrimination de l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour des étrangers et avait, recommandé d'une part l'inversion du dispositif existant, pour que l'immunité soit le principe et l'infraction l'exception, d'autre part la clarification de la loi, considérée comme incertaine. A tout le moins, et notamment parce que le champ des immunités est limité à la seule aide au « *séjour* » irrégulier, elle recommandait « *d'étendre le champ des immunités et d'affirmer de manière explicite que n'est pas couverte par le champ de l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, l'aide désintéressée apportée aux étrangers en situation irrégulière, par une personne physique, qu'elle soit étrangère ou française, ou par une personne morale, notamment par les associations dont l'objet est d'assurer l'hébergement, l'aide alimentaire, l'accès aux soins, l'accès aux droits etc. et qui pratiquent l'accueil inconditionnel* ».

¹⁵ A ce titre, il convient de souligner que la 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation a considéré « qu'en ce qu'il prévoit que la mesure d'assignation à résidence ne peut être utilisée qu'« à titre exceptionnel », le droit français n'est pas conforme au droit communautaire et doit être écarté » - [Cour de cassation, civ 1^o, 24 octobre 2012, n°11-27956](#)

15. Ce projet de loi répond en grande partie aux recommandations de la CNCDH. S'il n'inverse pas la logique du dispositif ni ne clarifie le texte du code, il élargit eu égard au seul délit d'aide au séjour irrégulier le champ des immunités, à *«toute personne physique ou toute personne morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers et leur fournissant des prestations de restauration, d'hébergement ou de conseils juridiques, lorsque l'aide désintéressée que cette personne physique ou morale peut apporter dans ce cadre n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière »*. Cet ajout est très important. Cependant, l'articulation de cet alinéa avec l'alinéa précédent est incertaine. De même, le caractère limitatif de l'énumération de ce nouvel alinéa de l'article L. 622-4 du CESEDA risque encore d'exposer certaines personnes fournissant une assistance à des étrangers en situation irrégulière à des poursuites.

Recommandation n°7

La CNCDH recommande l'inversion du dispositif existant, pour que le bénéfice de l'immunité soit de principe et la poursuite de l'infraction l'exception, ou, à tout le moins, pour que l'immunité ne soit pas limitée à la seule aide au « séjour » irrégulier.

La CNCDH recommande la suppression du troisième alinéa de l'article L. 622-4 du CESEDA, et l'insertion d'un nouvel alinéa, créant une immunité pour toute personne physique, ou toute personne morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers, lorsque l'aide désintéressée que cette personne peut apporter n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière.

(Résultat du vote : 46 voix pour, 0 contre, 0 abstention)

RECOMMANDATIONS

Recommandation n°1 :

La CNCDH recommande que l'article 6 du projet de loi soit modifié pour que seul puisse faire l'objet d'un emprisonnement l'étranger qui, n'étant pas disposé à quitter le territoire volontairement, a été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de la directive 2008/115/CE et a, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention.

Recommandation n°2 :

La CNCDH regrette que le projet de loi crée une procédure de retenue des étrangers pour vérification de leur droit au séjour. Elle aurait préféré que l'intitulé du chapitre III du titre II du livre Ier du code de procédure pénale et le texte de l'article 78-3 de ce code soient modifiés pour y inclure la vérification du droit au séjour. Dans ce cas, pour les situations complexes qui nécessitent des investigations particulières, la durée de la vérification du droit au séjour aurait pu être allongée, à la condition que celle-ci soit strictement nécessaire. Dans le cas d'un allongement de la durée de la procédure, la CNCDH aurait recommandé que les droits de l'étranger soient alignés sur ceux de la personne gardée à vue et que la privation de liberté soit la plus brève possible.

Recommandation n°3 :

La CNCDH recommande que soit trouvée une solution moins coercitive, davantage proportionnée, comme celle d'une permanence de nuit à la préfecture afin que les services de police puissent vérifier la régularité de séjour des intéressés dans un temps plus bref.

Recommandation n°4 :

La CNCDH recommande que, concomitamment à toute réforme concernant la retenue des étrangers, soit rétablie l'intervention du juge des libertés et de la détention à l'issue de la 48ème heure de rétention, garantie essentielle pour les droits et libertés, et que soient supprimées les entraves à son contrôle introduites par la loi précitée du 16 juin 2011.

Recommandation n°5 :

La CNCDH recommande que, s'agissant des droits de la défense, le régime de la retenue soit aligné sur celui de la garde à vue. Elle souhaite ainsi que l'étranger retenu bénéficie d'un avocat dans les mêmes conditions que la personne gardée à vue, qu'il soit informé de ses droits dans une langue qu'il comprend et qu'il bénéficie également du droit au silence. La CNCDH recommande enfin que la personne placée en retenue soit mise en mesure de communiquer directement avec l'extérieur.

Recommandation n°6

La CNCDH recommande que la solution la moins coercitive soit systématiquement privilégiée, conformément à l'article 8.4 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Recommandation n°7

La CNCDH recommande l'inversion du dispositif existant, pour que le bénéfice de l'immunité soit de principe et la poursuite de l'infraction l'exception, ou, à tout le moins, pour que l'immunité ne soit pas limitée à la seule aide au « séjour » irrégulier.

La CNCDH recommande la suppression du troisième alinéa de l'article L. 622-4 du CESEDA, et l'insertion d'un nouvel alinéa, créant une immunité pour toute personne physique, ou toute personne morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers, lorsque l'aide désintéressée que cette personne peut apporter n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière.

Le 2 avril 2013

JORF n°55 du 6 mars 2007

Texte n°6

LOI

LOI n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme (1)

NOR: JUSX0600165L

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article 1

La Commission nationale consultative des droits de l'homme assure, auprès du Gouvernement, un rôle de conseil et de proposition dans le domaine des droits de l'homme, du droit international humanitaire et de l'action humanitaire. Elle assiste le Premier ministre et les ministres intéressés par ses avis sur toutes les questions de portée générale relevant de son champ de compétence tant sur le plan national qu'international. Elle peut, de sa propre initiative, appeler publiquement l'attention du Parlement et du Gouvernement sur les mesures qui lui paraissent de nature à favoriser la protection et la promotion des droits de l'homme.

La commission exerce sa mission en toute indépendance.

Elle est composée de représentants des organisations non gouvernementales spécialisées dans le domaine des droits de l'homme, du droit international humanitaire ou de l'action humanitaire, d'experts siégeant dans les organisations internationales compétentes dans ce même domaine, de personnalités qualifiées, de représentants des principales confédérations syndicales, du Médiateur de la République, ainsi que d'un député, d'un sénateur et d'un membre du Conseil économique et social désignés par leurs assemblées respectives.

Le mandat de membre de la commission n'est pas révocable pour autant que son titulaire conserve la qualité en vertu de laquelle il a été désigné et qu'il se conforme à l'obligation d'assiduité qui lui incombe.

Des représentants du Premier ministre et des ministres intéressés peuvent participer sans voix délibérative aux travaux de la commission.

Article 2

Un décret en Conseil d'Etat précise la composition et fixe les modalités d'organisation et de fonctionnement de la commission instituée à l'article 1er.

Les membres de la Commission nationale consultative des droits de l'homme en exercice au moment de la publication de la présente loi demeurent en fonction jusqu'au terme de leur mandat.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 5 mars 2007.

Jacques Chirac

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
Dominique de Villepin
Le ministre des affaires étrangères,
Philippe Douste-Blazy
Le garde des sceaux, ministre de la justice,
Pascal Clément

(1) Travaux préparatoires : loi n° 2007-292.

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 3407 ;

Rapport de Mme Liliane Vaginay, au nom de la commission des lois, n° 3647 ;

Discussion et adoption le 6 février 2007.

Sénat :

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 221 (2006-2007) ;

Rapport de M. Patrice Gélard, au nom de la commission des lois, n° 236 (2006-2007) ;

Discussion et adoption le 21 février 2007.

Le 2 avril 2013

DECRET

Décret n°2007-1137 du 26 juillet 2007 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission nationale consultative des droits de l'homme.

NOR: JUSC0759449D

Version consolidée au 2 avril 2013

Le Premier ministre,

Sur le rapport de la garde des sceaux, ministre de la justice,

Vu la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe ;

Vu la loi n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme ;

Le Conseil d'Etat (section de l'intérieur) entendu,

Chapitre Ier : Dispositions générales.

Article 1

Pour l'exercice des missions qui lui sont confiées par l'article 1er de la loi du 5 mars 2007 susvisée, la Commission nationale consultative des droits de l'homme favorise la concertation entre les administrations, les représentants des différents courants de pensée de la société civile et des différentes organisations et institutions non gouvernementales intéressées.

Elle contribue à la préparation des rapports que la France présente devant les organisations internationales, en application de ses obligations conventionnelles dans le domaine des droits de l'homme.

Elle contribue à l'éducation aux droits de l'homme.

Elle est chargée d'élaborer le rapport annuel public sur la lutte contre le racisme mentionné à l'article 2 de la loi du 13 juillet 1990 susvisée.

Article 2

La commission peut être saisie de demandes d'avis ou d'études émanant du Premier ministre ou des membres du Gouvernement.

Elle coopère, dans les limites de sa compétence, avec les organisations internationales chargées des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

La commission peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les mesures qui lui paraissent de nature à favoriser la protection et la promotion des droits de l'homme, notamment en ce qui concerne :

- les enjeux des négociations internationales en cours relatives aux droits de l'homme ;
- la ratification des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et au droit international humanitaire et, le cas échéant, la mise en conformité de la loi nationale avec ces instruments ;
- l'exécution de programmes d'action, notamment en ce qui concerne l'enseignement et la recherche sur les droits de l'homme, la participation à leur mise en oeuvre dans les milieux scolaires, universitaires et professionnels et, plus généralement, la lutte contre le racisme et la xénophobie.

La commission peut également :

- évoquer toutes questions ayant trait à une situation humanitaire d'urgence et susciter des échanges d'informations sur les dispositifs permettant de faire face à ces situations ;
- formuler des avis sur les différentes formes d'assistance humanitaire mises en oeuvre dans les situations de crise ;
- étudier les mesures propres à assurer l'application du droit international humanitaire.

La commission rend publics les avis et rapports qu'elle adopte.

Article 3

La commission décerne annuellement le “ Prix des droits de l’homme de la République française - Liberté - Egalité - Fraternité “, distinguant des actions de terrain, des études et des projets portant sur la protection et la promotion des droits de l’homme dans l’esprit de la Déclaration universelle des droits de l’homme. Ce prix est attribué, sous forme de bourses, à titre individuel ou collectif, sans considération de nationalité ou de frontière, conformément au règlement adopté par la commission.

Article 4

Modifié par Décret n°2012-1388 du 11 décembre 2012 - art. 1

Dans le souci d’assurer le pluralisme des convictions et opinions, la commission est composée, avec voix délibérative :

- a) De trente personnes nommément désignées parmi les membres des principales organisations non gouvernementales oeuvrant dans le domaine des droits de l’homme, du droit international humanitaire ou de l’action humanitaire et des principales confédérations syndicales, sur proposition de celles-ci ;
- b) De trente personnes choisies, en raison de leur compétence reconnue dans le domaine des droits de l’homme, y compris des personnes siégeant en qualité d’experts indépendants dans les instances internationales des droits de l’homme ;
- c) D’un député et d’un sénateur ;
- d) Du Défenseur des droits ;
- e) D’un membre du Conseil économique, social et environnemental.

Article 5

Modifié par Décret n°2010-886 du 29 juillet 2010 - art. 6 (V)

Les membres de la commission mentionnés au a de l’article 4 et leurs suppléants sont nommés par arrêté du Premier ministre, après avis d’un comité composé du vice-président du Conseil d’Etat et des premiers présidents de la Cour de cassation et de la Cour des comptes sur les organismes susceptibles d’émettre des propositions de nomination.

Les membres de la commission mentionnés au b de l’article 4 sont nommés après avis du même comité.

Les avis du comité sont rendus publics.

Le député, le sénateur et le membre du Conseil économique, social et environnemental sont nommés par le Premier ministre.

Article 6

Les membres désignés au titre des a et b de l’article 4 sont nommés pour une durée de trois ans.

Les membres mentionnés aux paragraphes c, d et e du même article sont nommés pour la durée de leur mandat.

Article 7

En cas d'empêchement, les membres titulaires désignés au titre du a de l'article 4 ne peuvent être représentés que par leur suppléant. Lorsqu'ils sont empêchés, les membres désignés au titre du b de l'article 4 peuvent être représentés par un autre membre de la commission muni d'une procuration, à concurrence de deux par membre.

Les membres de la commission nommés en remplacement de ceux dont les fonctions ont pris fin avant leur terme normal achèvent le mandat de ceux qu'ils remplacent.

Sauf démission, il ne peut être mis fin aux mandats des membres de la commission qu'en cas d'empêchement ou de défaillance constatés par le bureau de la commission, après audition de l'intéressé. Peut être considéré comme défaillant tout membre qui n'a pas participé, sans motif valable, à trois séances consécutives de l'assemblée plénière.

Article 8

Modifié par Décret n°2012-1388 du 11 décembre 2012 - art. 2

La participation des représentants du Premier ministre et des ministres intéressés prévue par l'article 1er de la loi du 5 mars 2007 susvisée s'applique à l'ensemble des formations de la commission.

Article 9

Les membres de la commission et les personnes invitées à participer à ses travaux sont tenus à un devoir de confidentialité qui couvre les débats, votes et documents internes de travail.

Article 10

L'assemblée plénière, organe décisionnel de la commission, adopte tous les documents émis par la commission dans le cadre de ses missions.

Elle adopte notamment le règlement intérieur de la commission.

L'assemblée plénière est réunie en tant que de besoin, et au minimum six fois par an, sur convocation de son président ou à la demande d'au moins un tiers de ses membres ayant voix délibérative.

Les textes sont adoptés à la majorité des membres présents et représentés.

Les documents publiés font mention du résultat des votes ayant présidé à leur adoption. Y sont également exposées de droit les opinions minoritaires, dès lors qu'elles ont été soutenues par au moins quinze pour cent des membres de la commission.

En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

Article 11

La commission crée, en son sein, des sous-commissions chargées d'étudier des projets d'avis et de conduire des études soumis à la décision de l'assemblée plénière dans les différents domaines des droits de l'homme, du droit international humanitaire ou de l'action humanitaire, dans les conditions fixées par le règlement intérieur.

Article 12

L'assemblée plénière ou les sous-commissions peuvent entendre ou consulter toutes personnes ayant une compétence particulière en matière de droits de l'homme, de droit international humanitaire ou d'action humanitaire. Ces personnes ne participent pas aux délibérations.

Les séances de l'assemblée plénière et des sous-commissions ne sont pas publiques.

Article 13

Le président de la commission est désigné par arrêté du Premier ministre, parmi les membres de la commission mentionnés aux paragraphes a et b de l'article 4, pour une durée de trois ans renouvelable une fois.

Deux vice-présidents sont élus par l'assemblée plénière, l'un parmi les membres titulaires de la commission mentionnés au paragraphe a de l'article 4 et l'autre parmi les membres titulaires mentionnés au paragraphe b du même article. Leur mandat est de trois ans renouvelable une fois.

Article 14

Le président assure la représentation de la commission tant sur le plan national que sur le plan international.

En cas d'urgence, il est habilité à formuler des recommandations ou observations, de sa propre initiative ou sur demande d'un ou des présidents des sous-commissions. Il soumet ces recommandations ou observations à la plus prochaine assemblée plénière.

Article 15

Le bureau de la commission est composé du président et des deux vice-présidents assistés, avec voix consultative, du secrétaire général. Il fixe, notamment, les ordres du jour des assemblées plénières et tient à jour les présences à cette assemblée. Il constate le cas de défaillance ou d'empêchement des membres. Il examine les comptes de l'année ainsi que les demandes budgétaires pour l'exercice suivant, présentés par le secrétaire général.

Article 16

Le secrétariat de la commission est assuré par un secrétaire général nommé, sur proposition du président, par arrêté du Premier ministre pour une durée de trois ans.

Placé sous l'autorité du président, il est chargé des questions administratives et financières.

Il est assisté, en tant que de besoin, de chargés de mission mis à disposition en accord avec le président.

Article 17

La commission gère librement les crédits nécessaires à l'accomplissement de sa mission qui sont inscrits au budget des services du Premier ministre.

Chapitre II : Dispositions transitoires.

Article 18

Les dispositions des articles 4, 5, 6, 7 et 13 entrent en vigueur lors du prochain renouvellement de la commission.

Article 19

Le décret n° 84-72 du 30 janvier 1984 relatif à la Commission consultative des droits de l'homme est abrogé.

Article 20

Le ministre des affaires étrangères et européennes et la garde des sceaux, ministre de la justice, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Par le Premier ministre :

François Fillon

La garde des sceaux, ministre de la justice,

Rachida Dati

Le ministre des affaires étrangères

et européennes,

Bernard Kouchner

Paris, le 28 novembre 2007

N° 5267/SG

à

Monsieur le ministre d'État,
Mesdames et Messieurs les ministres,
Mesdames et Messieurs les secrétaires d'État,
Monsieur le haut-commissaire

OBJET : Dispositif interministériel de suivi des avis émis par la Commission nationale consultative des droits de l'homme.

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme, la Commission nationale consultative des droits de l'homme assure, auprès du Gouvernement, un rôle de conseil et de proposition dans le domaine des droits de l'homme, du droit international humanitaire et de l'action humanitaire. Elle assiste le Premier ministre et les ministres intéressés par ses avis sur toutes les questions de portée générale relevant de son champ de compétence tant sur le plan national qu'international. Elle peut, de sa propre initiative, appeler publiquement l'attention du Parlement et du Gouvernement sur les mesures qui lui paraissent de nature à favoriser la protection et la promotion des droits de l'homme.

Je souhaite que le Gouvernement n'omette pas de faire part à la Commission des observations qu'appellent ces avis et des suites qu'il entend, le cas échéant, leur donner.

Aussi, je demande au secrétariat général du Gouvernement de transmettre aux ministères compétents les avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) et de leur fixer un délai pour préparer un projet de réponse. Il soumettra à l'approbation de mon cabinet les projets reçus.

Le texte de la réponse une fois arrêté sera transmis par le secrétariat général du Gouvernement au président de la CNCDH. Je rappelle que les réactions écrites du Gouvernement aux avis de la commission ont vocation à être publiées dans le rapport annuel de cet organisme.

.../...

La procédure décrite ci-dessus ne s'appliquera pas lorsque la CNCDH aura été saisie d'un projet de texte par le Gouvernement. Dans ce cas, le secrétariat général du Gouvernement transmettra à la commission la rédaction définitive du texte qui aura été arrêtée à l'issue des consultations : pour les projets de loi, il s'agira du texte transmis au Parlement et, pour les actes réglementaires, du texte publié au Journal officiel. Lorsque le Gouvernement aura décidé de ne pas suivre certaines propositions de la commission, la transmission sera accompagnée d'une note, préparée par le ministère compétent, qui expliquera les raisons ayant conduit à écarter ces propositions. Le ministère pourra aussi exposer verbalement devant la commission les suites données à l'avis de celle-ci.

Je vous demande de veiller à la préparation rapide des projets de réponse aux avis dont vous serez saisis par le secrétariat général du Gouvernement.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'François Fillon', with a long horizontal stroke extending to the right.

François FILLON

LA CONFORMITE DE LA MESURE DE RETENUE A LA CONVENTION EUROPEENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTES FONDAMENTALES

Mustapha AFROUKH

Maître de conférences en droit public

Université Montpellier I (IDEDH – EA 3976)

1. Mon intervention porte sur la conformité de la mesure de retenue à la Convention européenne. À titre liminaire, qu'il soit permis de préciser que la Convention européenne désigne en réalité la jurisprudence de la Cour. C'est un lieu commun de rappeler le caractère essentiellement prétorien du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. En examinant la conformité de la mesure de retenue à la Convention européenne des droits de l'homme, on en est réduit à formuler des conjectures sur ce pourrait être l'attitude de la Cour de Strasbourg lorsqu'elle se prononcera sur la mesure de retenue, voire de manière plus générale l'attitude du juge de la conventionnalité. Le juge interne sera, en effet, sans doute appelé dans les prochaines semaines à se prononcer sur la conventionnalité du dispositif issu de la loi Valls du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit de séjour¹.

2. Plus avant, deux remarques peuvent être formulées pour situer le sujet dans un cadre plus général. En premier lieu, on le sait, l'exercice de « jurisprudence fiction » n'est jamais chose aisée, surtout dans le cas de la Convention européenne, car la Cour n'interprète pas les dispositions de la Convention de manière abstraite, mais seulement en fonction du cas déterminé qui lui est déféré. Ainsi elle souligne à l'envi que dans une affaire issue d'une requête individuelle, « *il lui faut se borner autant que possible à l'examen du cas concret dont on l'a saisie (...). Sa tâche ne consiste donc point à contrôler in abstracto la loi et la pratique susmentionnées, mais à rechercher si la manière dont elles ont été appliquées à (...) ou les ont touchés a enfreint la Convention* »². L'exercice est donc périlleux. Pour ne prendre qu'une illustration, il est difficile de se prononcer sur la conventionnalité, en soi, de la durée de la

¹ En tout état de cause, le recours à une question prioritaire de constitutionnalité se révélerait ici plus intéressant, compte-tenu de ses effets. Ce qui caractérise le contrôle réalisé au titre de la question prioritaire, c'est en effet les effets attachés à la déclaration d'inconstitutionnalité : l'abrogation de la disposition législative contestée. Dans le cadre du contrôle de conventionnalité, la logique est toute autre. Si la disposition est contraire à une convention internationale, le juge national se limite à en écarter l'application. Il n'en fait pas application. S'agissant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, ils n'ont en principe qu'un effet déclaratoire. La Cour n'a pas le pouvoir d'annuler, modifier le texte qu'elle juge contraire à la Convention européenne. Elle se borne à constater la compatibilité, ou l'incompatibilité, de la mesure litigieuse avec la Convention.

² CourEDH, 24 mars 1998, *Olsson c. Suède* n° 1, A/130, § 54.

mesure de retenue. C'est, en effet, au regard des circonstances de l'espèce, des modalités d'exécution de celle-ci, que le juge européen se prononcera. Sa jurisprudence très abondante en matière d'éloignement des étrangers fournit, à cet égard, de très utiles indications.

3. En second lieu, il convient de dissiper un sentiment encore tenace selon lequel la jurisprudence de la Cour garantirait un niveau de protection plus élevé que celui garanti au titre du droit national ou du droit de l'Union européenne. On prendra donc le contre-pied de cette analyse habituelle. En matière de droit des étrangers, la Cour a certes développé des techniques très innovantes pour combler le silence initial du texte conventionnel sur les droits des étrangers³, mais l'analyse du corpus jurisprudentiel donne également à voir une grande compréhension des préoccupations des Etats dans la gestion des flux migratoires. A cet égard, deux évolutions sont particulièrement notables. En premier lieu, sur le terrain de l'article 8, la jurisprudence récente laisse aux Etats une plus grande marge d'appréciation depuis la mise au jour des « critères *Boultif* »⁴. En second lieu, sur la question de la protection des étrangers malades sous le coup d'une mesure de renvoi, la jurisprudence européenne paraît assez restrictive⁵ alors que le Conseil d'Etat retient, pour sa part, une position plus audacieuse⁶. Concrètement, au vu de ces évolutions, il n'est pas exclu que, saisie de la question de la constitutionnalité de la mesure de retenue, le Conseil constitutionnel dépasse le standard européen de protection des droits d'autant que cette plus-value constitutionnelle est loin d'être une hypothèse d'école⁷. S'agissant des rapports avec la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, la situation est plus complexe. L'article 52 § 3 de la Charte dispose que

³ On songe tout naturellement à la technique de la protection par ricochet. Consulter F. JULIEN-LAFERRIERE, « L'application par ricochet de l'article 3 CEDH. L'exemple des mesures d'éloignement des étrangers », in C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, p. 152-153 ainsi que les actes du colloque sur *Les étrangers et la CEDH*, H. FULCHIRON (dir.), LGDJ, 1999.

⁴ Voy., sur ce point, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit Fondamental », 11^{ème} éd., 2012, n° 374.

⁵ Encore tout récemment, la Cour a refusé de reconnaître un constat de violation de l'article 3 en l'absence de considérations humanitaires impérieuses (CEDH, 29 janvier 2013, *S.H.H. c. Royaume-Uni*, n° 60367/10, JCP G, 2013, 243, nos obs.).

⁶ CE, 7 avril 2010, *Ministre d'Etat, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire*, n° 301640 et CE, 7 avril 2010, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire*, n° 316625, *AJDA*, 2010, p. 881, chron. S.J. LIEBER et D. BOTTEGHI. Cette position a d'ailleurs irrité le législateur puisque celui-ci s'est employé à neutraliser certains effets de cette jurisprudence (v. l'article 26 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité et la nouvelle rédaction de l'article L.311-11 11° du CESEDA, *RFDA*, 2011, p. 934, étude H. LABAYLE). Sur ce décalage entre les jurisprudences européenne et administrative, nous nous permettons de renvoyer à notre note, « La condition d'accès aux soins dans le pays d'origine revisitée par le Conseil d'Etat français », *RTDH*, 2011, p. 325.

⁷ Voy., pour des illustrations, le dossier publié à la RFDA sur la *Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme. Entre équivalence et complémentarité*, R. TINIÈRE (dir.), *RFDA*, 2012, p. 621 et D. (de) BECHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 33.

« dans la mesure où la [...] Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention »⁸. En somme, la notion de « droits correspondants » détermine une similarité de sens et de portée des droits protégés par la Charte qui ont leur pendant dans la Convention. Mais rien ne s'oppose à ce que « le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». Force est dès lors d'en déduire que tant le juge national que le juge de l'union ne sont pas tenus de s'aligner sur la jurisprudence européenne.

4. Ce cadre général étant posé, resserrons maintenant le propos. Il m'incombe en réalité de confronter la mesure de retenue par rapport aux exigences conventionnelles. Cet exercice de comparaison, de confrontation n'est pas seulement le fait de la doctrine. Depuis quelque temps, le trait est systématique : dès qu'une loi intervient dans le domaine des droits fondamentaux, l'argument de la conventionnalité devient incontournable. Il est notamment invoqué par les acteurs politiques⁹, soit pour justifier l'adoption d'un texte, soit pour justifier des modifications/amendements, soit pour le critiquer, soit même pour dénoncer l'intrusion de la Cour dans un domaine relevant de la souveraineté des Etats. L'adoption de la loi Valls du 31 décembre 2012 en constitue une preuve supplémentaire. Lors de son allocution devant la commission des lois de l'Assemblée nationale le 11 décembre 2012, le Ministre de l'Intérieur a ainsi mis l'accent sur la compatibilité de la mesure de retenue avec les engagements conventionnels. L'argument central est que cette nouvelle procédure se différencie de la garde à vue. Au contraire, lors des débats parlementaires, de nombreuses voix se sont élevées pour affirmer que la compatibilité avec la Convention de la mesure de retenue était fortement sujette à caution sur certains points : à propos principalement du sort réservé aux enfants (avec une référence à l'arrêt *Popov c. France* de la CJUE !)¹⁰ et sur le rôle du Procureur dans

⁸ Sur les rapports entre la Charte et la Convention, voy., en priorité, B. GENEVOIS, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ? », *RFDA*, 2010, p. 437 ; L. COUTRON et C. PICHERAL, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit de la CEDH », 2012. Sur la notion de droits correspondants, M. AFROUKH, « La notion de droits correspondants dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 2011, vol. 4, p. 765.

⁹ Dans un sens large, cela peut également renvoyer aux associations, mouvements ou organismes qui ont un rôle dans le domaine des droits fondamentaux. L'avis rendu par la Commission consultative des droits de l'homme le 22 novembre 2012 est à cet égard instructif (disponible sur le internet de la commission).

¹⁰ Citons parmi d'autres l'intervention de Mme CHAPDELAINE, compte-rendu intégral, 2^{ème} séance du mardi 11 décembre 2012, Assemblée nationale, n° 93, p. 6420.

la supervision de la mise en œuvre de la procédure¹¹. C'est pourquoi le texte initial a d'ailleurs été retoqué par le Sénat dans le sens d'une plus grande protection des droits. Enfin, l'argument de la conventionnalité a subi parfois le feu de critères sévères : M. G. Larrivé s'est dit choqué que l'on se réfère systématiquement à la Cour européenne des droits de l'homme¹² et Mme Maréchal le Pen a dénoncé une jurisprudence européenne fondée sur des principes abstraits qui écrit le droit de l'immigration dans un sens toujours plus favorable aux étrangers¹³.

5. Finalement, toute discussion sur la conformité de la mesure de retenue à la Convention ne peut faire l'économie d'une réflexion sur la nature, la qualification de cette mesure. Dans le cadre de la Convention, la réponse à cette question est essentielle car elle conditionne l'applicabilité de l'article 6 qui protège le droit à un procès équitable. De prime abord, la mesure de retenue s'apparente à une mesure purement administrative dont l'objet n'est pas de poursuivre une incrimination mais de permettre la vérification de la régularité du séjour. Dans un arrêt du 29 janvier 2013, la Cour d'appel Metz a d'ailleurs pu estimer que « *la retenue de l'article L.611-1-1 du CESEDA apparaît distincte d'une procédure de constatation ou de recherche d'un délit pénal. Elle ne peut ainsi être comparée à des procédures étrangères relatives à des infractions au séjour qui recourent à une garde à vue* »¹⁴ et rejeté, ce faisant, l'applicabilité de l'article 6. Certes, la juridiction de Strasbourg a ici une démarche fortement empreinte de pragmatisme, « *elle ne s'arrête pas aux qualifications du droit interne mais à ce qu'elles recouvrent* »¹⁵ et admet qu'une mesure ne relevant pas du droit pénal national puisse faire partie de la matière pénale au sens de l'article 6. Mais même en appliquant les critères énoncés dans l'arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976 pour définir la matière pénale¹⁶, il est peu probable que la mesure de retenue entre dans le champ d'application de l'article 6, eu égard

¹¹ M. CORONADO, compte-rendu intégral, 1^{ère} séance du mardi 11 décembre 2012, Assemblée nationale, n° 93, p. 6409 ; R. SCHWARTZENBERG, compte-rendu intégral, 2^{ème} séance du mardi 11 décembre 2012, Assemblée nationale, n° 93, p. 6436 ; Mme ANGO ELA, compte-rendu intégral, séance du 8 novembre 2012, Sénat, p. 4498.

¹² Compte-rendu intégral, 2^{ème} séance du mardi 11 décembre 2012, Assemblée nationale, n° 93, p. 6436.

¹³ Compte-rendu intégral, 1^{ère} séance du mardi 11 décembre 2012, Assemblée nationale, n° 93, p. 6396.

¹⁴ CA Metz, 29 janvier 2013, n° 13/00015 (où le moyen de l'article 6 CEDH était directement invoqué) ; 4 février 2013, n° 13/00024 : « *la procédure de rétention pour vérification de la situation d'un étranger n'est pas une procédure pénale car elle n'a pas pour but de rassembler des éléments en vue de caractériser l'existence d'un délit ou d'un crime* ». Selon la Cour d'appel, le droit de se taire – qui n'est pas mentionné par l'article L. 611-1 1° - ne saurait dès lors être appliqué.

¹⁵ F. SUDRE, intervention devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale (sur le projet de loi relatif à la garde à vue), mercredi 17 novembre 2010, compte-rendu n° 16, p. 5.

¹⁶ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, GACEDH, n° 4 qui met au jour trois critères alternatifs : la qualification donnée par le droit interne, la nature même de l'infraction et la gravité de la sanction encourue. Quant à la notion d'accusation, elle signifie « *la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale* » (17 février 1980, *Deweert c. Belgique*, § 42, A-35).

notamment à sa finalité même. Faut-il également le rappeler, de jurisprudence constante, l'article 6 est jugé inapplicable aux procédures relatives à la police des étrangers tant dans volet civil que pénal¹⁷. Il est possible toutefois d'envisager son applicabilité dans le cas où un placement en garde à vue est décidé au cours de la retenue (étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement exécutoire ; étranger ayant commis ou tenté de commettre un crime ou un délit)¹⁸.

6. A partir de là, trois dispositions doivent pouvoir être mobilisées pour examiner la question de la conformité de la mesure de retenue à la Convention : les articles 3, 5 et 8. Aussi, en analysant les exigences posées par la Cour sur ces trois terrains, nous tenterons de montrer, que si le législateur a bien pris en compte les exigences européennes (I), cette prise en compte est insuffisante (II). Certains aspects la mesure de retenue suscitent des interrogations quant à leur conformité avec la Convention.

I – Une prise en compte certaine de la jurisprudence européenne

7. Sur trois points, le dispositif mis en place par le législateur prend en compte les exigences européennes et ne devrait, à ce titre, pas donner lieu à des constats de violation de la Convention : le principe même de la retenue¹⁹ (A), la proportionnalité de la retenue (B) et le droit d'être informé des motifs de la retenue (C).

A) Le principe même de la retenue

8. La retenue affecte inévitablement le droit de toute personne à la liberté et à la sûreté protégé par l'article 5 de la Convention. Rattaché au principe de prééminence du droit, le droit à la liberté est qualifié de droit fondamental dans une société démocratique²⁰. Selon la Cour, il vise à protéger « *l'individu contre les atteintes arbitraires de l'Etat à sa liberté* »²¹. La jurisprudence enseigne que pour déterminer si un individu se trouve « *privé de sa liberté* » au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de

¹⁷ CEDH, GC, 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, n° 39652/98, § 40 : « La Cour conclut que les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil du requérant ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention ».

¹⁸ CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, § 50, n° 1466/07 : la Cour s'est même avancée jusqu'à admettre applicabilité de l'article 6 (dans son volet pénal) à une garde à vue alors même que le requérant avait le simple statut de témoin.

¹⁹ On relèvera au passage que la Cour de justice ne s'est pas opposée à la mise en place d'une mesure privative de liberté pour déterminer le caractère irrégulier ou non du séjour d'un ressortissant d'un Etat tiers (6 décembre 2011, *Achughbadian*, aff. C-329/11, pt. 29).

²⁰ CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, § 65, A/12.

²¹ CEDH, 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, § 76, Rec. 1996-VI.

critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée²². Là encore, le juge européen ne se trouve pas lié à la qualification du droit national. En l'espèce, le caractère privatif de liberté de la mesure de retenue ne souffre aucune discussion²³ : l'élément coercitif dans l'exercice des pouvoirs de police est manifeste, le confinement/ dans un espace restreint également (local de police ou de gendarmerie) et la durée maximum de la retenue est importante²⁴. Devant la Cour de Strasbourg, cette qualification ne devrait donc pas poser de difficultés particulières. Il en va de même pour l'exigence de respect des « voies légales », c'est-à-dire de l'existence d'une base légale en droit interne suffisamment accessible et prévisible. Les conditions de la retenue sont clairement définies par l'article L. 611-1-1 du CESEDA.

9. Ensuite, vient la question centrale qui est de savoir si la privation de retenue est intervenue dans l'un des cas prévus à l'article 5 § 1, étant précisé que « *la liste des exceptions que dresse [cette disposition] revêt un caractère exhaustif* »²⁵. Plusieurs arrêts donnent à penser que, confrontée à la mesure de retenue, la Cour se placerait sur le terrain de l'article 5§ 1 b) : qui dispose que nul ne peut être privé de sa liberté sauf...« *b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi* ». La Cour européenne a été amenée, à plusieurs reprises, à se prononcer sur des dispositifs comparables à la mesure de retenue et c'est, sous cet angle, qu'elle a examiné ces affaires. Tel est par exemple le cas dans l'affaire *Saragiannis c. Italie* dans lequel les requérants avaient été placés en détention en raison de leur refus de se soumettre à un contrôle d'identité. Elle est d'avis que la « *loi italienne prescrit l'obligation de déclarer son identité et prévoit la possibilité de retenir dans les locaux de la police toute personne refusant de s'acquitter de cette obligation* »²⁶. Dès lors, la rétention des requérants a été décidée en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi, au sens de l'article 5 § 1 b) de la Convention. Force est également de reconnaître que cette solution vaut « *même en l'absence de soupçons*

²² CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, § 42, Rec. 1996-III.

²³ Le Ministre de l'intérieur en convient lui-même (v. en ce sens le discours précité).

²⁴ A ce stade de l'applicabilité, la Cour estime que la durée de la privation importe peu (voy. Déc. 4 novembre 2003, *Novotka c. Slovaquie*, n° 47244/99 : interrogatoire au poste de police pour vérifier l'identité du requérant. Le Gouvernement soutenait en l'espèce que le requérant n'avait pas été privé de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention compte-tenu de la courte durée de l'interrogatoire. Le juge européen estime, au contraire, que l'interrogatoire s'analyse bien en une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention. La durée relativement courte de l'interrogatoire est jugée sans incidence).

²⁵ CEDH, 22 mars 1995, *Quinn c. France*, § 42, A/311.

²⁶ CEDH, 5 avril 2011, *Saragiannis c. Italie*, § 42, n° 14569/05. *Adde* CEDH, 25 septembre 2003, *Vasileva c. Danemark*, n° 52792/99.

*d'avoir commis une infraction »*²⁷. S'agissant de la mesure de retenue, il s'agit bien de priver une personne de sa liberté pour s'assurer qu'elle respecte une obligation prévue par la loi. Dans ces conditions, il est peu risqué d'affirmer qu'elle devrait relever de cette disposition.

10. L'application de l'article 5 § 1 f) ... « *s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours* » semble devoir être écartée²⁸. A l'évidence, la première hypothèse (détention d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire) n'est pas en cause ici. Pour ce qui est de la seconde hypothèse envisagée par l'article 5 § 1 f) (détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours), elle doit aussi être écartée lorsqu'aucune mesure d'éloignement n'est en cours au moment de la retenue. *Quid* de la situation dans laquelle la personne retenue est déjà sous le coup d'une mesure de renvoi ? Il faut bien voir que même dans cette configuration, la retenue n'a pas pour vocation de priver une personne de sa liberté en attente de l'exécution d'une mesure d'éloignement. Dès lors, l'article 5 § 1f) ne trouverait à s'appliquer que si l'étranger est placé en rétention à l'issue de la retenue.

B) La proportionnalité de la retenue

11. Conformément à une jurisprudence constante, la privation de liberté est soumise au respect du principe de proportionnalité. Selon la Cour, « *il ne suffit pas que la privation de liberté soit conforme au droit national, encore faut-il qu'elle soit nécessaire dans les circonstances de l'espèce* »²⁹. Cette exigence gouverne l'interprétation de l'article 5. En ce qui a trait à l'hypothèse envisagée précédemment d'une privation de liberté pour garantir l'exécution d'une obligation prévue par la loi, le juge européen va s'attacher à vérifier si un juste équilibre a été respecté entre l'importance d'assurer l'exécution immédiate de l'obligation en question et le droit à la liberté. Or, dans le cadre de cet examen, la durée de la privation de liberté constitue un critère essentiel. Le caractère excessif ou non de la durée s'apprécie au regard des circonstances de l'espèce. Nous en donnerons quelques illustrations :

- Déc. *B c. France*, 13/05/1997 : durée de quatre heures est qualifiée de « courte durée » (à propos de conformément à l'article 76 de la loi du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, "les agents de police judiciaire peuvent, en cas de recherches judiciaires ou pour prévenir une atteinte à l'ordre public, inviter toute personne à

²⁷ *Ibid.*, § 44.

²⁸ *Contra*, v. la chronique Droit des étrangers publiée au Recueil *Dalloz*, O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT, 2013, p. 324.

²⁹ CEDH, 4 avril 2000, *Witold Litwa c. Pologne*, § 78, n° 26629/95.

justifier son identité ; et en cas de nécessité, la conduire dans un local de police à cet effet, toute personne ainsi conduite dans un local de police ne pouvant être retenue plus de six heures".

- *Vasileva c. Danemark* (préc.) : privation de liberté a duré treize heures et demi (pour vérifier l'identité du requérant). La durée n'est pas jugée excessive en soi. Par contre, la Cour relève qu'aucun effort n'a été entrepris par les autorités pour vérifier son identité de 23h à 6h30 (le gouvernement justifiait cela par la nécessité de préserver le sommeil du requérant !) : en l'espèce, absence d'un juste équilibre.

- *Saragiannis c. Italie* (préc.) : la privation de 2h 30 est qualifiée de courte ; *adde* Déc. *Reyntjens c Belgique*, 9/09/92, n° 16810/90.

12. On le sait, l'article L. 611-1 1 du CESEDA précise que « *l'étranger ne peut être retenu que pour le temps strictement exigé par l'examen de son droit de circulation ou de séjour* » et que la retenue ne peut excéder seize heures. Il y a tout lieu de considérer que la durée maximale de 16h (de la mesure de retenue) n'est pas excessive en soi. En réalité, ce qui importe, aux yeux de la Cour, c'est le temps consacré par autorités pour effectuer les vérifications nécessaires ainsi qu'en témoigne l'arrêt *Vasileva c. Danemark*. L'argumentaire retenu par la Cour d'appel de Pau dans un arrêt du 29 janvier 2013 rejoint tout à fait cette démarche. Ainsi, elle a estimé qu'en s'abstenant de toute diligence particulière entre 20 heures 30 et 8 heures 10, en transmettant le dossier de l'intéressé à la préfecture à 17 heures 20 et en consacrant seulement 3 heures 40 minutes à l'examen de son droit de séjour, les autorités n'ont pas respecté l'exigence de proportionnalité prévue par la loi³⁰. Par où l'on voit que le respect de cette exigence est garanti dans l'ordre interne.

13. Aussi, soulignons que la durée n'est pas le seul critère pris en compte pour apprécier le respect du principe de proportionnalité. Sont également pris en compte la nature de l'obligation découlant de la législation applicable, y compris son objet et son but sous-jacents, la personne détenue et les circonstances particulières ayant abouti à sa détention. Cette précision est importante car elle permet d'élargir le cadre d'analyse de la privation de liberté à d'autres questions comme l'âge, la santé de la personne retenue, son comportement. Même si sur ces questions, il est préférable de se placer sur le terrain de l'article 3 qui interdit la torture et les peines ou traitements inhumains et dégradants. Il est, en effet, évident que la mesure de retenue est susceptible de porter atteinte au droit protégé à l'article 3. L'article L.611-1 1 du CESEDA n'érige pas ce droit en garantie de la personne retenue. Il se contente

³⁰ CA Pau, 29 janvier 2013, n° 13/0304 ; TGI BAYONNE, 26 janvier 2013, n°13/00039 ; Cour d'appel de DOUAI, 29 Janvier 2013 n°13/00021 : « « (...) 16 heures constitue un maximum absolu, le juge pouvant considérer comme anormalement longue une retenue d'une durée inférieure en fonction des circonstances de l'espèce ». La même exigence s'applique à la vérification d'identité (art. 78-3 CPP) : CA Rouen, 25 janvier 2013, n° 13/00482.

de disposer que « *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* ». Contrairement à une idée reçue, il est admis dans la jurisprudence européenne « *qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3* »³¹. Pour le dire autrement, « *il importe par exemple de savoir s'il y a lieu de penser que l'intéressé opposera une résistance à l'arrestation, ou tentera de fuir, de provoquer blessure ou dommage* »³². La proportionnalité n'est pas absente de l'article 3, du moins au stade la qualification des mauvais traitements³³. S'agissant de la question particulière du port de menottes, la Cour a dit, dans un énoncé synthétique, que « *le port des menottes ne pose normalement pas de problème au regard de l'article 3 de la Convention lorsqu'il est lié à une détention légale et n'entraîne pas l'usage de la force, ni l'exposition publique, au-delà de ce qui est raisonnablement considéré comme nécessaire* »³⁴. Là encore, les circonstances de l'espèce s'avèrent décisives. Une illustration exemplaire nous est livrée par l'arrêt *Henaf c. France* où la Cour a considéré que « *compte tenu de l'âge du requérant, de son état de santé, de l'absence d'antécédents faisant sérieusement craindre un risque pour la sécurité* », le port de menottes était disproportionné³⁵. Au-delà, l'article L.611-1 1° prévoit que la personne retenue a le droit d'être examiné par un médecin désigné par l'officier de police judiciaire. En revanche, il est frappant de constater que la loi du 31 décembre 2012 ne dit mot de l'alimentation du retenu. Un tel silence est problématique eu égard à la durée de la retenue. On pourra aisément admettre une violation de l'article 3 de la Convention sur ce point compte-tenu du devoir qui pèse sur les autorités de protéger la santé des personnes placées sur leur autorité³⁶. Cette lacune de la loi a déjà été relevée. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a jugé le 4 février 2013 (13/00384) qu'il résulte de « *l'absence de toute mention à une pièce de la procédure, de la proposition d'aliments qui devait être faite à la personne qui a été privée de liberté, non seulement au moment du déjeuner mais plusieurs heures après, [que] les*

³¹ Citons, parmi d'autres, CEDH, 4 décembre 1995, *Ribitsch c. Autriche*, § 38, A/336.

³² CEDH, 22 juin 2006, *Kazakova c. Bulgarie*, § 51, n° 55061/00.

³³ Il y aurait un paradoxe à utiliser la proportionnalité dans le cadre d'un droit absolu. Ce paradoxe n'est en réalité qu'apparent, voy., sur ce point, P. MUZNY, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2005, p. 265.

³⁴ CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, §§ 47-48, Rec. 2002-IX.

³⁵ CEDH, 27 novembre 2003, *Hénaf c. France*, § 56, Rec. 2003-XI.

³⁶ Un parallèle peut être utilement dressé avec un arrêt de la Cour imposant aux autorités de nourrir convenablement les détenus (CEDH, 15 juin 2006, *Moisejevs c. Lettonie*, § 78, n° 64846/01).

*éléments de l'atteinte à la personne sont réunis »*³⁷. Au bout du compte, la compatibilité avec l'article 3 n'est que partielle.

C) Le droit d'être informé

14. Aux termes de l'article L. 611-1 1°, « *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 (...)* » (souligné par nous). Te qu'elle est rédigée, cette phrase semble poser des garanties équivalentes à celles de l'article 5 § 2 de la Convention. Toute personne privée de liberté doit en connaître les raisons. La philosophie qui anime la jurisprudence européenne est la suivante : pour être en mesure d'introduire un recours (art. 5§ 4), l'intéressé doit disposer d'informations suffisantes lui permettant de le faire³⁸. Les § 2 et 4 de l'article 5 sont indissolublement liés. Trois grandes questions se posent alors :

- A quel moment ? : En précisant que l'agent informe aussitôt l'étranger, l'article L. 611-1 1° rejoint l'exigence européenne d'informer suffisamment tôt la personne des raisons de sa privation de liberté, dans *le plus court délai*. La Cour ajoute même que l'agent peut ne pas les lui fournir en entier sur-le-champ. Dans ce cas, pour déterminer si elle en a reçu assez et suffisamment tôt, il faut avoir égard aux particularités de l'espèce³⁹.

- quelles informations ? : Les informations communiquées sont les suivantes pour la Cour : pour l'essentiel, la base légale de la privation de liberté ainsi que les motifs juridiques et factuels de la privation. On ne voit pas en quoi l'article L. 611-1 1° serait ici contraire à la Convention.

- dans quelle langue ? : « *Dans la langue qu'elle comprend* » selon l'article L. 611-1 1° et l'article 5 § 2 de la Convention. La jurisprudence européenne est peu prolixe sur la portée de cette obligation. De la lecture des quelques arrêts rendus, il ressort que la Cour accorde un poids important à ce que l'intéressé soit mis en mesure de comprendre les informations

³⁷ La Cour d'appel, de façon très intéressante, met au jour un principe général du droit impliquant « *que soient proposés à la personne privée de liberté les aliments nécessaires à l'homme dont l'absorption s'effectue de façon habituelle à certaines heures de la journée dès lors que la durée totale de la privation de liberté ne permet pas à l'intéressé de s'alimenter volontairement* ».

³⁸ Voy. l'arrêt de principe, *Van der Leer c. Pays-Bas*, 21 février 1990, série A/170-A.

³⁹ CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley*, § 40, n° 12244/86. En l'espèce, par exemple, il a été jugé que la communication de ces raisons lors d'un interrogatoire ayant eu lieu quelques heures (4h) après l'arrestation n'est pas incompatible avec les contraintes de temps qu'impose la promptitude voulue par l'article 5 § 2. En revanche, la base légale de la privation avait été communiquée immédiatement.

communiquées, ce qui requiert que l'information se fasse dans un langage simple et accessible⁴⁰. A notre sens, l'ajout par la loi Valls de la possibilité de communiquer lesdites informations dans une langue considérée comme étant raisonnablement comprise par l'intéressé pourrait donner lieu des abus et ainsi justifier un constat de violation de l'article 5 § 2. La formule n'est pas d'une très grande clarté. Comme l'a observé la commission consultative des droits de l'homme, dans son avis du 22 novembre 2012, cette crainte ne doit pas être sous-estimée. On peine à croire que cette formule ait été le fruit du hasard ... On en veut pour preuve le fait que les dispositions relatives à d'autres privations de libertés comme la garde à vue ou la rétention administrative n'y font pas référence.

15. C'est dire en définitive que même sur des aspects de loi paraissant compatibles avec la Convention, des difficultés peuvent survenir. Il est d'autres points, en revanche, qui soulèvent immédiatement des objections quant à leur conformité à la Convention.

II – Une prise en compte insuffisante de la jurisprudence européenne

16. Les carences majeures de la mesure de retenue concernent principalement son contrôle, dont il a déjà été beaucoup question, (*A*), la protection des enfants mineurs (*B*) et la prise d'empreintes digitales. Dans ces conditions, on ne serait pas surpris de voir la loi Valls « épinglée » par la Cour européenne sur ces trois points.

A) Le contrôle de la retenue

17. Rappelons tout d'abord les grands traits du dispositif retenu par le législateur. La première chose qu'il faut souligner est que la mesure de retenue est placée sous le contrôle du Procureur de la République, qui est informé de la mesure dès le début du placement, et peut y mettre fin à tout moment. L'intervention du juge des libertés et de la détention n'est pas immédiate. A ce stade, il faut différencier deux situations : si la personne retenue n'est pas placée en rétention administrative, aucun contrôle judiciaire n'est vraiment prévu (hormis celui du Procureur, mais peut-on vraiment parler d'un contrôle ?) ; en revanche, si la personne retenue est placée ensuite en rétention, la régularité de la retenue est susceptible d'être contrôlée par le juge des libertés et de détention lorsque celui-ci sera saisi aux fins de prolongation de la rétention⁴¹.

⁴⁰ Voir CEDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, § 120, n° 8687/08 ; CEDH, 14 juin 2007, *Bachir et autres c. Bulgarie*, § 61, n° 65028/01 ; CEDH, 11 juillet 2000, *Dikme c. Turquie*, §§ 53-54, n° 20869/92.

⁴¹ Article 552-1 du CESEDA issu de la loi du 16 juin 2011 : « *Quand un délai de cinq jours s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention, le juge des libertés et de la détention est saisi aux fins de prolongation de la rétention* ».

Dit autrement, le contrôle judiciaire est différé. Cette impossibilité de contester immédiatement la retenue devant une autorité judiciaire nous paraît être le cœur du problème.

18. Il a souvent été avancé que le rôle accordé au Procureur heurtait de front la jurisprudence européenne récente lui déniait la qualité d'autorité judiciaire. Sans être erroné, un tel constat doit être précisé. Il est à souligner que le contrôle européen s'opère ici à partir de l'article 5 § 4 qui garantit le droit à ce que qu'un tribunal statue à bref délai sur la légalité de la privation de liberté. Or, la question de l'indépendance du Procureur se pose, à titre principal, sur le terrain de l'article 5 § 3 (droit d'être aussitôt traduit devant un juge), article qui concerne seulement l'hypothèse envisagée à l'article 5§ 1 c), les personnes arrêtées et détenues lorsqu'il y a des motifs plausibles soupçonner qu'elles ont commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles vont commettre une infraction. Il convient dès lors de nous concentrer sur l'article 5 § 4. Selon le juge européen, cette disposition a une portée limitée. Elle est applicable seulement dans les situations où la privation est décidée par l'autorité administrative⁴². Tel est le cas pour la mesure de retenue. S'agissant des garanties impliquées par ce droit d'introduire un recours, la Cour a jugé que « *l'article 5 § 4 doit impliquer des garanties substantiellement identiques à celles que consacre le volet pénal de l'article 6 § 1* »⁴³ (égalité des armes, contradictoire...). Les chevauchements qui existent entre les garanties de l'article 5 § 4 et l'article 6 §1 ne sauraient être niés. Ceci nous conduit donc à relativiser l'inapplicabilité de l'article 6 à la mesure de retenue. Surtout, pour apprécier la notion de tribunal, la Cour précise notamment qu'il doit s'agir d'un organe judiciaire indépendant de l'exécutif. Autre exigence, l'article 5 § 4 doit permettre d'obtenir à bref délai une décision judiciaire sur la régularité de la privation de liberté. Toute la dynamique de l'effectivité des droits est donc ici à l'œuvre.

19. Or, envisagé sous ces différents angles, le dispositif retenu par le législateur souffre de certaines faiblesses. En ce sens, le moins que l'on puisse dire est que le contrôle du Procureur s'avère problématique. De l'avis de la Cour, le terme de tribunal au sens de l'article 5§ 4 ne correspond pas « *nécessairement à une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays* ». Il désigne des « *organes présentant non seulement des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à*

⁴² CEDH, 18 novembre 1970, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, § 76, GACEDH n° 20 : lorsqu'une personne est privée de sa liberté à la suite du prononcé d'une condamnation par un tribunal compétent, le contrôle exigé par l'article 5 § 4 se trouve incorporé à la décision rendue à l'issue du procès

⁴³ CEDH, 19 février 2009, *A. c. Royaume-Uni*, § 217, n° 3455/05, GACEDH, n° 8 (la jurisprudence antérieure était plus nuancée, v. CEDH, 12 mai 1992, *Megyeri c. Allemagne*, § 22, A/237-A ; 15 novembre 2005, *Reinprecht c. Austria*, § 31, n° 67175/01).

l'exécutif et aux parties»⁴⁴. L'essentiel est dit. Cette qualité faisant défaut au Procureur de la république⁴⁵, il est possible de douter de la conventionnalité de la mesure de retenue sur ce point d'autant que son rôle se contente de mettre fin à la retenue, et non à statuer sur sa régularité. Ces aspects pourraient être améliorés, voire même corrigés. Aussi peut-on se demander si le contrôle exercé par le juge des libertés et de la détention permet-il de combler alors cette lacune ? La réponse à cette question exige de vérifier si le recours au JLD respecte l'exigence de célérité. Pour vérifier si le droit à une décision rapide a bien été respecté, la Cour s'attache aux circonstances de l'espèce en prenant en considération différents paramètres. La méthode suggérée est celle du faisceau d'indices. La jurisprudence européenne enseigne que ces paramètres sont comparables à ceux permettant de déterminer le caractère raisonnable d'une procédure sur le terrain de l'article 6⁴⁶ : la complexité de l'affaire, le comportement des autorités, le comportement du requérant et l'enjeu de l'affaire pour ce dernier. Du point de vue qui nous intéresse, on ne peut pas dire que la mesure de retenue soulève des questions complexes. Sans que l'on puisse se montrer catégorique à ce sujet, il y a des tendances assez fortes pour considérer que le délai de cinq jours à compter du placement en rétention est excessif. Le fait que le délai ait comme point de départ le placement en rétention pose d'ailleurs une réelle difficulté⁴⁷. En prenant comme point de départ du délai le début de la retenue, l'écart avec les exigences européennes pourrait cependant être atténué. Enfin, partant de la prémisse que la mesure de retenue est une mesure de police administrative, on serait même tenté de privilégier un contrôle par le juge administratif. Un contraste assez net avec les exigences européennes est également perceptible sur la question de la protection des enfants mineurs.

B) Le sort réservé aux enfants mineurs

20. L'article L. 611-1 1° effleure la question de la protection des enfants mineurs. La personne retenue a seulement le « *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*

⁴⁴ CEDH, 2 mars 1987, *Weeks c. Royaume-Uni*, § 61, n° 9787/82.

⁴⁵ Voir notamment CEDH, GC, 29 mars 2010, *Medvedyev et a. c/ France*, n° 3394/03, *JCP G*, 2010, 454, note F. SUDRE., La Cour de cassation partage cette position (Cass., 15 décembre 2010, n° 10-83.674).

⁴⁶ CEDH, GC, 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, § 106, n° 11364/03.

⁴⁷ Dans son avis précité, la commission consultative des droits de l'homme a proposé de rétablir l'intervention du juge des libertés et de la détention à l'issue de la 48ème heure de rétention.

non accompagné lors de son placement en retenue ». Il s'ensuit que la présence de l'enfant lors de la retenue n'est pas exclue. On peut s'interroger sur la prise en compte des évolutions récentes de la jurisprudence européenne sur cette question. La rédaction de l'article L. 611-1 1° prête le flanc à la critique car ces évolutions ont été portées à la connaissance du gouvernement lors de la discussion du texte devant le Parlement. Ce désintérêt jette un voile de suspicion sur la conventionnalité de l'article L. 611-1 1°, à la suite de l'arrêt *Popov c. France* du 19 janvier 2012⁴⁸. Était en cause dans cette affaire la rétention administrative d'une famille (avec deux enfants âgés de cinq mois et trois ans) pendant quinze jours au centre de Rouen-Oissel, dans l'attente de leur expulsion vers le Kazakhstan, du fait de l'annulation de leur vol. La condamnation de la France est sans appel. D'une part, sur le terrain de l'article 3, le juge européen a condamné fermement le placement d'enfants mineurs dans des centres pour adultes inadaptés à leur présence eu égard de leur situation de particulière vulnérabilité⁴⁹. En se contentant de préciser que « *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* », le législateur n'interdit aucunement la présence dans les mêmes locaux d'adultes et d'enfants en bas âge. D'autre part, sur le terrain de l'article 8, l'arrêt retient l'attention en ce qu'il met à la charge des autorités une obligation de rechercher une alternative à la rétention d'enfants en bas-âge. Selon la Cour, « *l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut se limiter à maintenir l'unité familiale mais que les autorités doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la détention de familles accompagnées d'enfants et préserver effectivement le droit à une vie familiale* »⁵⁰. Semblable posture s'appuie sur une mobilisation désormais classique d'instruments extérieurs (l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant et la directive du Conseil n° 2003/9/CE, 27 janv. 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres). Il est facile de démontrer que la solution retenue par le législateur ne répond pas à cette exigence, nonobstant l'affirmation du rapporteur du projet de loi selon laquelle la retenue d'un enfant doit demeurer

⁴⁸ CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n° 39472/07, JCP G, 2012, 221 obs. F. SUDRE. *Adde* CEDH, 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et a. c/ Belgique*, n° 41442/07, JCP G, 2010, 194 obs L. MILANO.

⁴⁹ Tout en admettant l'applicabilité de l'article 3 de la Convention à la rétention administrative, la Cour de cassation juge que les conditions de rétention imposées à des parents accompagnés de leur enfant en bas âge ne constituent pas un traitement inhumain ou dégradant (Cass. 1re civ., 10 décembre 2009, JCP G 2010, 127, N. GUIZEMANES).

⁵⁰ CEDH, *Popov c. France*, § 147. V. aussi l'affaire *Rahimi* (préc.). La Cour applique les mêmes principes lorsqu'elle examine si la détention d'un mineur est régulière au sens de l'article 5 § 1. En l'espèce, elle reproche aux autorités de ne pas avoir recherché si elles pouvaient substituer à la détention une mesure moins radicale (obs. L. MILANO, RDP, 2012, p. 798).

exceptionnelle. Alors certes, on pourrait très bien nous objecter que dans l'affaire *Popov*, la Cour était confrontée à une rétention administrative ayant duré quinze jours. La prudence impose néanmoins de ne pas rattacher la fermeté de la Cour au seul critère temporel. Elle est très attentive à la vulnérabilité des enfants. Dans le cadre de l'article 3, le bas âge et l'état de santé préoccupant des enfants ont été des arguments déterminants. On ne saurait enfin ignorer les risques de violation de la Convention du fait des imprécisions de l'article L. 611-1 1° à propos de la prise d'empreintes digitales.

C) La prise d'empreintes digitales

21. Conformément à l'article L. 611-1 1° du CESEDA « *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* » (souligné par nous). Chacun s'accordera à considérer que la finalité poursuivie par la prise d'empreintes digitales lors la retenue est tout à fait légitime. Elle ne pose en soi aucune difficulté. Il en va de même pour la référence à la proportionnalité⁵¹. Reste à voir néanmoins si le cadre juridique de ces prises d'empreintes digitales prévoit des garanties suffisantes « *contre les risques d'abus et d'arbitraire* »⁵². On éprouve quelques doutes à ce sujet. L'étude d'impact du Ministère de l'intérieur fournit des indications mais ne permet pas de poser un cadre juridique précis⁵³. Or, dans son arrêt *Marper c. Royaume-Uni*, la Cour a tenu à souligner qu'« *il est essentiel de fixer des règles claires et détaillées régissant la portée et l'application des mesures et imposant un minimum d'exigences concernant, notamment, la durée, le stockage, l'utilisation, l'accès des tiers, les procédures destinées à préserver l'intégrité et la confidentialité des données et les procédures de destruction* »⁵⁴. Quels sont les fichiers accessibles⁵⁵ ? Les OPJ sont-ils habilités à consulter ces fichiers ? Existe-t-il un contrôle indépendant portant sur l'utilisation et la conservation de

⁵¹ Pour une application, v. TGI Nîmes, 19 janvier 2013, n°13/00027 : « *Qu'en faisant procéder immédiatement à la prise d'empreintes avant même d'entendre M. B les autorités administratives ont méconnu les dispositions légales qui disposent qu'une telle vérification doit constituer « l'unique moyen d'établir la situation de cette personne, c'est-à-dire la recherche de son identité administrative* ».

⁵² La formule est tirée de l'arrêt *Marper* (CEDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, § 99, n° 30562/04 et 30566/04, *JCP G*, 2009, I 104, n° 10 chron. F. SUDRE).

⁵³ <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pj111-789-ei/pj111-789-ei.html>

⁵⁴ CEDH, *Marper*, § 99.

⁵⁵ La liste mentionnée dans l'étude d'impact (FAED : le fichier automatisé des empreintes digitales ; AGDREF2 : l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France ; EURODAC fichier regroupant les empreintes digitales (des 10 doigts) des migrants, empreintes relevées par exemple lors de contrôle dans les pays de l'Union.) est-elle exhaustive ?

ces fichiers (CNIL ?) ? Sur une question aussi délicate, il est difficile de s'en remettre aux appréciations portées dans une étude d'impact.

22. En conclusion, il est évidemment à souhaiter que toutes ces lacunes, carences qui grèvent la mesure de retenue soient corrigées. Par décret du Premier Ministre en date du 24 décembre 2012, Matthias Fekl, député de Lot-et-Garonne, a été chargé de préparer un rapport sur l'articulation des rôles respectifs du juge administratif et du juge judiciaire dans le contrôle du respect des droits des étrangers. Comme nous l'avons souligné en introduction, ce travail ne peut faire l'économie d'une réflexion sur la nature même de la mesure retenue. Surtout, quelle que soit la qualification choisie, la retenue, parce qu'elle est une privation de liberté, doit faire l'objet d'un véritable contrôle judiciaire.

ARTICLE 3

Interdiction de la torture

Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

ARTICLE 5

Droit à la liberté et à la sûreté

1) Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;
- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;
- f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

2) Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3) Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4) Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5) Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

ARTICLE 8

Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

La « retenue administrative » à l'épreuve du droit de l'Union Européenne

Flor TERCERO, Avocate du Barreau de Toulouse

I – Invocabilité du droit de l'Union européenne

L'objet du colloque de ce jour n'existerait pas si en Italie des avocats et professeurs de droit (dont l'incontournable Luca MASERA) n'avaient pas sollicité du juge italien qu'il saisisse la Cour de justice de l'Union européenne de l'incompatibilité qu'il y avait entre la législation pénale italienne et la directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres aux retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dite « directive retour ». En effet, le droit pénal italien obligeait les procureurs à poursuivre pénalement tout étranger qui se trouvait en situation irrégulière et l'emprisonnement, même éventuel, de ces personnes constituait selon les requérants une atteinte à l'effet utile du droit européen.

L'arrêt El Dridi n°C-61/11 du 28 avril 2011 a fait naître l'espoir que la notion d'effet utile du droit européen envisageait le respect des droits fondamentaux des ressortissants des Etats tiers au même titre que l'efficacité de l'éloignement. Cet arrêt, le premier à interpréter la plupart des dispositions de la directive retour et pas seulement en matière de rétention, a jugé incompatible avec l'effet utile du droit européen la peine d'emprisonnement pour le seul fait de séjour irrégulier. En effet, l'arrêt estime que cette peine empêche l'éloignement effectif et est donc incompatible avec les objectifs de la directive retour.

Cette jurisprudence a mis en évidence que la législation française était elle aussi incompatible avec le droit européen de l'éloignement puisque l'article L.621-1 du Code de l'entrée et du séjour prévoyait l'emprisonnement pour le seul séjour irrégulier. En effet, la seule procédure que l'administration utilisait pour pouvoir déterminer la situation administrative d'un étranger en situation irrégulière, était de mettre en garde à vue pour séjour irrégulier l'étranger interpellé par la Police. Or, pour pouvoir placer en garde à vue, il faut que l'infraction reprochée soit punie d'une peine d'emprisonnement ce qui allait à l'encontre de l'arrêt El Dridi.

Il n'est pas inutile de rappeler la raison de l'exigence d'une infraction punissable d'emprisonnement pour pouvoir mettre en œuvre la garde à vue, car elle n'existait pas avant 2010. La privation de liberté qu'implique la garde à vue est une mesure coercitive trop importante pour que l'on puisse ainsi soumettre les personnes contre lesquelles il n'existe pas de soupçon d'une infraction grave. Le Conseil constitutionnel, saisi sur QPC, dans sa décision n°2010-14/22 du 30 juillet 2010, constatant les évolutions législatives multipliant la possibilité de recours à la garde à vue et accordant de plus larges pouvoirs aux officiers de police ayant conduit à la banalisation de la garde à vue, a considéré que la garde à vue était contraire à l'article 9 (présomption d'innocence et interdiction de la rigueur inutile) et 16 (garantie des droits) de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

L'arrêt El Dridi a jugé que :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0061:FR:HTML>

La directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables

dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, notamment ses articles 15 et 16, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié.

Les considérants suivants permettent d'éclairer la façon dont la Cour a statué au regard du respect des droits fondamentaux en tant qu'objectif du droit de l'Union et son articulation avec le droit pénal national :

- 30 *La juridiction de renvoi se réfère, à cet égard, au **principe de coopération loyale** inscrit à l'article 4, paragraphe 3, TUE, ainsi qu'à **l'objectif d'assurer l'effet utile** du droit de l'Union.*
- 31 *À cet égard, il y a lieu de rappeler que, aux termes de son **deuxième considérant, la directive 2008/115** poursuit la mise en place d'une **politique efficace d'éloignement** et de rapatriement fondée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées **d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux ainsi que de leur dignité.***
- 32 *Ainsi qu'il résulte tant de son intitulé que de son article 1^{er}, la directive 2008/115 établit les «normes et procédures communes» qui doivent être appliquées par chaque État membre au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Il découle de l'expression susmentionnée, mais aussi de l'économie générale de cette directive, que les États membres ne peuvent déroger auxdites normes et procédures que dans les conditions prévues par celle-ci, notamment celles fixées à son article 4.*
- 33 *Il s'ensuit que, si le paragraphe 3 de cet article 4 confère aux États membres la faculté d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier que celles de la directive 2008/115, pour autant que ces dispositions sont compatibles avec celle-ci, toutefois, **cette directive ne permet pas auxdits États d'appliquer des normes plus sévères dans le domaine qu'elle régit.***
- 34 *Il convient de relever également que la directive 2008/115 établit avec précision la procédure à appliquer par chaque État membre au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et fixe l'ordre de déroulement des différentes étapes que cette procédure comporte successivement.*
- 38 *Dans cette dernière hypothèse mais aussi dans une situation dans laquelle l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire, il ressort de l'article 8, paragraphes 1 et 4, de la directive 2008/115 que, **dans le but d'assurer l'efficacité des procédures de retour, ces dispositions imposent à l'État membre, qui a adopté une décision de retour à l'encontre d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier, l'obligation de procéder à l'éloignement, en prenant toutes les mesures nécessaires, y compris, le cas échéant, des mesures coercitives, de manière proportionnée et dans le respect, notamment, des droits fondamentaux.***

- 39 À cet égard, il découle du seizième considérant de ladite directive ainsi que du libellé de son article 15, paragraphe 1, que les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possible. **Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de chaque situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention.**
- 41 Il résulte de ce qui précède que l'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, **le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes.**
- 42 Il appert que même le recours à cette dernière mesure, qui constitue **la mesure restrictive de liberté la plus grave** que permet ladite directive dans le cadre d'une procédure d'éloignement forcé, est **strictement encadré**, en application des articles 15 et 16 de ladite directive, **notamment dans le but d'assurer le respect des droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers concernés.**
- 43 En particulier, la durée maximale prévue à l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2008/115 a pour objectif de limiter la privation de liberté des ressortissants de pays tiers en situation d'éloignement forcé (arrêt du 30 novembre 2009, Kadzoev, C-357/09 PPU, Rec. p. I-11189, point 56). La directive 2008/115 entend ainsi tenir compte tant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle **le principe de proportionnalité exige que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ne se prolonge pas pendant un laps de temps déraisonnable, c'est-à-dire n'excède pas le délai nécessaire pour atteindre le but poursuivi** (voir, notamment, Cour eur. D. H., arrêt Saadi c. Royaume-Uni du 29 janvier 2008, non encore publié au Recueil des arrêts et décisions, § 72 et 74), que du **huitième des «vingt principes directeurs sur le retour forcé» adoptés le 4 mai 2005 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, auxquels la directive fait référence à son troisième considérant.** Selon ce principe, toute détention préalable à l'éloignement doit être aussi brève que possible.
- 52 Ensuite, s'agissant des mesures coercitives que les États membres peuvent mettre en œuvre en vertu de l'article 8, paragraphe 4, de la directive 2008/115, telles que, notamment, l'accompagnement forcé à la frontière prévu à l'article 13, paragraphe 4, du décret législatif n° 286/1998, force est de constater que dans une situation dans laquelle de telles mesures n'ont pas permis d'atteindre le résultat escompté, à savoir l'éloignement du ressortissant d'un pays tiers contre lequel elles ont été édictées, les États membres restent libres d'adopter des mesures, même de caractère pénal, permettant notamment de dissuader ces ressortissants de demeurer illégalement sur le territoire de ces États.

- 53 *Il convient toutefois de relever que si, en principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale relèvent de la compétence des États membres, ce domaine du droit peut néanmoins être affecté par le droit de l'Union (voir en ce sens, notamment, arrêts du 11 novembre 1981, Casati, 203/80, Rec. p. 2595, point 27; du 2 février 1989, Cowan, 186/87, Rec. p. 195, point 19, et du 16 juin 1998, Lemmens, C-226/97, Rec. p. I-3711, point 19).*
- 54 *Il s'ensuit que, nonobstant la circonstance que ni l'article 63, premier alinéa, point 3, sous b), CE, disposition qui a été reprise à l'article 79, paragraphe 2, sous c), TFUE, ni la directive 2008/115, adoptée notamment sur le fondement de cette disposition du traité CE, n'excluent la compétence pénale des États membres dans le domaine de l'immigration clandestine et du séjour irrégulier, ces derniers doivent aménager leur législation dans ce domaine de manière à assurer le respect du droit de l'Union.*
- 55 ***En particulier, lesdits États ne sauraient appliquer une réglementation, fût-elle en matière pénale, susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile.***
- 56 *En effet, aux termes respectivement des deuxième et troisième alinéas de l'article 4, paragraphe 3, TUE, les États membres, notamment, «prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union» et «s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union», y compris ceux poursuivis par les directives.*
- 57 ***S'agissant, plus spécifiquement, de la directive 2008/115, il y a lieu de rappeler que, aux termes de son treizième considérant, elle subordonne expressément le recours à des mesures coercitives au respect des principes de proportionnalité et d'efficacité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis.***
- 58 *Par conséquent, les États membres ne sauraient prévoir, en vue de remédier à l'échec des mesures coercitives adoptées pour procéder à l'éloignement forcé conformément à l'article 8, paragraphe 4, de ladite directive, une peine privative de liberté, telle que celle prévue à l'article 14, paragraphe 5 ter, du décret législatif n° 286/1998, pour le seul motif qu'un ressortissant d'un pays tiers continue, après qu'un ordre de quitter le territoire national lui a été notifié et que le délai imparti dans cet ordre a expiré, de se trouver présent de manière irrégulière sur le territoire d'un État membre, mais ils doivent poursuivre leurs efforts en vue de l'exécution de la décision de retour qui continue à produire ses effets.*
- 59 *En effet, une telle peine, en raison notamment de ses conditions et modalités d'application, risque de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, à savoir l'instauration d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. En particulier, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 42 de sa prise de position, une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, est susceptible de faire échec à l'application des mesures visées à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2008/115 et de retarder l'exécution de la décision de retour.*

60 *Cela n'exclut pas la faculté pour les États membres d'adopter, dans le respect des principes de la directive 2008/115 et de son objectif, des dispositions réglant la situation dans laquelle les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui séjourne sur leur territoire de façon irrégulière.*

Le langage adopté par la CJUE dans l'arrêt El Dridi permettait effectivement de penser que pour le juge européen, l'effet utile du droit européen est constitué à la fois

- de l'efficacité de l'éloignement et
- du respect des droits fondamentaux de la personne, de sa dignité et du principe de proportionnalité des mesures mises en œuvre pour l'éloignement du territoire européen.

Cet arrêt a mis en émoi les gouvernements européens qui ne s'étaient pas rendu compte de la portée de la question préjudicielle qu'un juge de paix italien avait adressée à la CJUE. Les autorités françaises ont refusé d'appliquer El Dridi. Après beaucoup de tergiversations de la jurisprudence française, une conseillère de la Cour d'appel de Paris a décidé elle aussi d'adresser une question préjudicielle à la CJUE qui a donné lieu à un arrêt de grande chambre de la CJUE. Ce sera l'occasion pour le gouvernement français de faire valoir que sans possibilité de recours à la garde à vue, il lui était impossible de déterminer la situation des étrangers en situation irrégulière et que cela allait à l'encontre de l'objectif d'efficacité du droit européen. Nous avons pu constater par la suite que le recours à la procédure pénale de « vérification d'identité » a permis de poursuivre la rétention et l'éloignement des étrangers en situation irrégulière, avec une privation de liberté minime de 4 heures.

L'arrêt Achughbabian du 6 décembre 2011 C-329/11 fait prédominer l'effectivité de l'éloignement sur l'effectivité des droits tout en confirmant la jurisprudence El Dridi, mais atténuant le respect des droits fondamentaux des personnes soumises aux procédures d'éloignement. C'est cet arrêt qui a mis fin à l'utilisation de la garde à vue française comme moyen de vérification de la régularité des étrangers. Ce que la Cour de cassation a mis du temps à consacrer mais qu'elle a fini par faire à la suite de l'avis de la Chambre criminelle n°11-19250 du 5 juin 2012

Certains considérants de l'arrêt Achughbabian répondent directement à l'invocation par les gouvernements de la nécessité de disposer d'une procédure coercitive telle que la garde à vue pour pouvoir déterminer le statut administratif des étrangers. Ces considérants établissent les conditions que le juge européen a posé pour que la retenue administrative puisse être jugée compatible avec le droit européen :

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=115941&doclang=FR>

29 *Les normes et les procédures communes instaurées par la directive 2008/115 ne portant que sur l'adoption de décisions de retour et l'exécution de ces décisions, il y a lieu de relever, également, que cette directive **ne s'oppose pas à un placement en détention en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour d'un ressortissant d'un pays tiers.***

30 *Cette constatation est corroborée par le dix-septième considérant de ladite directive, duquel il ressort que **les conditions de l'arrestation initiale de ressortissants de pays tiers soupçonnés de séjourner irrégulièrement***

dans un État membre demeurent régies par le droit national. Par ailleurs, ainsi que le gouvernement français l'a observé, il serait porté atteinte à l'objectif de la directive 2008/115, à savoir le retour efficace des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, s'il était impossible pour les États membres d'éviter, par une privation de liberté telle qu'une garde à vue, qu'une personne soupçonnée de séjour irrégulier s'enfuit avant même que sa situation n'ait pu être clarifiée.

31 *Il importe de considérer, à cet égard, que les autorités compétentes doivent disposer d'un délai certes bref mais raisonnable pour identifier la personne contrôlée et pour rechercher les données permettant de déterminer si cette personne est un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier. La détermination du nom et de la nationalité peut, en cas d'absence de coopération de l'intéressé, s'avérer difficile. La vérification de l'existence d'un séjour irrégulier peut, elle aussi, se révéler complexe, notamment lorsque l'intéressé invoque un statut de demandeur d'asile ou de réfugié. Cela étant, les autorités compétentes sont tenues, aux fins d'éviter de porter atteinte à l'objectif de la directive 2008/115, tel que rappelé au point précédent, d'agir avec diligence et de prendre position sans tarder sur le caractère régulier ou non du séjour de la personne concernée. Une fois constatée l'irrégularité du séjour, lesdites autorités doivent, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive et sans préjudice des exceptions prévues par cette dernière, adopter une décision de retour.*

50 *Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que la directive 2008/115 doit être interprétée en ce sens qu'elle*

- s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales, pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit État membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention; et*
- ne s'oppose pas à une telle réglementation pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour établie par ladite directive a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non-retour.*

Ainsi, la Cour place clairement hors du champ d'application de la directive retour, la procédure visant à déterminer l'irrégularité ou la régularité du séjour d'une personne. En effet, la directive ne commence à s'appliquer que si une décision de retour est prononcée. Toutefois, elle rappelle que pour répondre à l'objectif d'efficacité de l'éloignement des ressortissants d'états tiers de la directive retour, il convient que cette procédure soit la plus rapide possible.

On peut donc affirmer que si la retenue administrative ne rentre pas dans le champ d'application de la directive retour et reste régie par les dispositions du droit national, dans la mesure où elle a pour but de déterminer s'il convient d'appliquer ladite directive, elle doit en respecter les objectifs. En d'autres mots : si la retenue administrative ne met pas en œuvre le droit européen, elle rentre incontestablement dans le champ d'application du droit européen puisqu'elle a pour but de déterminer la mise en œuvre de la directive retour et qu'elle doit respecter ses objectifs.

Quelles conséquences faut-il déduire en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux et la Charte des droits fondamentaux ? Sont-ils considérés comme faisant partie des objectifs de cette directive comme le faisait penser El Dridi ? Peut-on les faire valoir pour évaluer la façon dont la France a légiféré pour créer un dispositif ad hoc préalable à la mise en œuvre de la directive 2008/115 ?

II – Compatibilité de la retenue administrative avec le droit de l'Union

Le principe de la retenue administrative semble être compatible avec le droit de l'Union européenne au regard de la jurisprudence de la CJUE. Certains aspects de la retenue administrative semblent également être en adéquation avec les conditions que le Juge européen a établies dans l'arrêt Achughbabian. Ainsi, même si seize heures de privation de liberté paraissent excessives, il semble difficile que le juge européen puisse sanctionner une telle durée compte tenu des justifications fournies par le gouvernement français pour fixer la durée maximale de la retenue à seize heures : complexité des vérifications à effectuer à la suite d'un contrôle d'identité et des mesures à édicter pour organiser le départ d'un étranger en situation irrégulière (contrôle de la légalité du séjour, prononcé d'une obligation de quitter le territoire, opportunité d'accorder un délai de départ volontaire, détermination d'un lieu de rétention ou d'assignation à résidence, mise en place d'une escorte policière, etc...).

La retenue administrative prévoit des garanties similaires à celle de la garde à vue mais réduites au strict minimum avec notamment le droit à l'entretien avec un avocat pendant 30 minutes et à l'assistance de celui-ci aux auditions. Toutefois, si l'avocat a été averti et n'arrive pas dans le délai d'une heure, les auditions peuvent se tenir hors sa présence. A cet égard, certains parlementaires, reprenant les critiques provenant du milieu associatif, se sont émus du fait que l'étranger privé de liberté dans le cadre de la retenue administrative, disposait de moins de droits qu'une personne contre laquelle existaient des soupçons de commission d'un délit. Tel est effectivement le paradoxe de cette mesure qui est un hybride de procédure pénale et de procédure administrative. Le législateur s'est bien gardé de qualifier la nature de cette privation de liberté afin d'échapper à la rigueur jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne les procédures de nature pénale auxquelles sont soumises les personnes accusées d'une infraction.

Toutefois, le législateur a prévu que cette mesure puisse aboutir à une procédure d'accusation pénale puisque l'article L.611-1-1-III du CESEDA dispose que les éléments recueillis pendant la mesure de retenue administrative peuvent conduire à la mise en œuvre d'une mesure de garde à vue si les investigations faites en retenue font apparaître un délit punissable d'une peine d'emprisonnement. Dans la mesure où la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît aux Etats membres le droit de poursuivre les infractions pénales autres que le

simple séjour irrégulier, la retenue administrative ne semble pas incompatible avec la directive retour au motif que le législateur français se soit réservé la possibilité d'utiliser cette mesure de contrainte pour mettre en œuvre une procédure pénale.

Cependant, parmi les éléments recueillis pendant la retenue administrative qui peuvent justifier sa transformation en garde à vue, il y a les déclarations faites par le retenu. Or, aucune disposition légale ou réglementaire n'a pour objet de prévenir l'étranger retenu que ses déclarations pourront éventuellement conduire à des poursuites pénales. Compte tenu du niveau de contrainte auquel est soumis l'étranger, le législateur aurait dû obliger les policiers à l'avertir que ses déclarations en vue de la détermination de sa situation administrative pourraient éventuellement être utilisées contre lui dans le cadre d'une procédure pénale. Aucune garantie contre l'auto-incrimination du retenu n'est prévue par le nouveau dispositif et ceci est incompatible avec le droit de l'Union européenne.

En effet, d'une part, la directive « retour » se réfère elle-même aux recommandations du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 et du Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004, ainsi qu'aux « Vingt principes directeurs sur le retour forcé » posés par le Comité ad hoc d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides (CAHAR), principes adoptés par le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe le 4 mai 2005. Et le principe 9 des « vingt principes directeurs » prévoit :

*« 1. Toute personne **arrêtée** et/ou détenue afin d'assurer son éloignement du territoire national a le droit d'introduire un recours pour que la légalité de sa détention soit rapidement jugée par un tribunal. Si la détention est jugée illégale, et sous réserve d'un appel de ce jugement, elle doit immédiatement être remise en liberté.*

2. Ce recours doit être aisément accessible et efficace, et une assistance judiciaire devrait être apportée conformément aux lois nationales. »

D'autre part, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a pleinement vocation à s'appliquer à la retenue administrative qui incontestablement entre dans le champ d'application du droit européen comme on l'a vu plus haut. Qui plus est, elle est directement invocable par le justiciable depuis qu'elle est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Compte tenu du fait que la Charte consacre les droits prévus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et s'inspire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. commentaires à la Charte), il est ici renvoyé à la jurisprudence relative, notamment, à la notion d'autorité indépendante et de recours effectif en cas de privation de liberté déagée par la Cour européenne des droits de l'homme.

Plusieurs articles de la Charte sont en relation avec la situation d'un étranger arrêté en vue d'une retenue administrative et nous permettent d'en relever son incompatibilité avec le droit de l'Union :

L'article 4 qui interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants : Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

On peut aisément faire valoir que le fait que le droit à être alimenté n'ait pas été prévu par le dispositif de la retenue administrative, alors qu'elle peut durer jusqu'à 16 heures, rend le dispositif incompatible avec cet article.

L'article 6 : Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté

Cet article permet d'invoquer d'autres dispositions de la Charte qui ont vocation à protéger les droits de la personne privée de liberté.

La Charte dispose dans son **article 8 : Protection des données à caractère personnel**

1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et **sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.**
3. **Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.**

En ce qui concerne la prise d'empreintes et la consultation des fichiers, prévue par l'article L.611-11-1 du CESEDA :

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.

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.**

En l'espèce, la procédure de retenue administrative ne précise pas :

- Quel fichier est utilisé pour comparaison des empreintes et photographies et qui en a l'autorisation de consultation
- Quelle est l'autorité indépendante qui contrôle la prise d'empreintes et photographies et leur destruction (car le Procureur de la République n'est pas une autorité indépendante pour la Cour européenne des droits de l'homme CEDH 23 nov. 2010, n°37104/06, Moulin c/ France)
- Quelle procédure est envisagée pour permettre à l'étranger d'accéder aux données collectées et leur rectification.

La circulaire d'application ne nous donne pas plus de précisions. On trouve des précisions sur les fichiers que le législateur français a entendu pouvoir laisser consulter et les fonctionnaires qui y auront accès dans le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale n°463 du 28 novembre 2012 qui fait lui-même référence à l'étude d'impact du projet de loi (cf. page 66) :

Les officiers de police judiciaire, les agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints pourront, selon l'étude d'impact (p.28), consulter le fichier automatisé des empreintes digitales (FAED) et l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France (AGDREF2), en application des articles L. 611-3 et L. 611-4 du CESEDA. Les bases de données Eurodac et VISABIO pourront également être consultées. La possibilité de consulter le FAED a suscité des interrogations au Sénat, au motif qu'il s'agit d'un fichier dont la finalité et le cadre juridique sont judiciaires. La rédaction de l'article L. 611-4 du CESEDA autorise clairement, selon votre rapporteur, la consultation du FAED dans un cadre administratif et non judiciaire. **Des adaptations réglementaires seront cependant vraisemblablement nécessaires pour certains de ces fichiers.***

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

L'étude d'impact établie par le Ministère de l'Intérieur le 21 septembre 2012 fait référence aux fichiers et aux procédures de consultation ainsi que suit (cf. pages 22 et 28) :

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

Au cours de la retenue pour vérification du droit de séjour, la prise des empreintes digitales et des photographies est autorisée, après information du procureur de la République, lorsque ce moyen s'avère nécessaire pour établir la situation des intéressés. Afin de déterminer leur identité s'ils n'en ont pas justifié et leur situation au regard du séjour, les officiers de police judiciaire, agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints pourront ainsi consulter le fichier automatisé des

empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur (FAED), l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France (AGDREF2), conformément aux dispositions des articles L. 611-3 et L. 611-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. La base de données EURODAC peut également être interrogée. L'accès aux données biométriques de l'application AGDREF2 par les officiers de police judiciaire, déjà autorisée dans le cadre de la vérification d'identité, nécessitera la modification de l'article R. 611-6 du même code pour qu'elle soit possible pendant la retenue pour vérification du droit de séjour.

Il convient de relever que le décret d'application prévu par l'article L.611-5 du CESEDA n'a pas encore été publié.

Ce sont donc pas moins de quatre fichiers que le législateur français permettrait de consulter par des fonctionnaires dont l'encadrement n'est pas encore adopté ! Et ce dans des conditions qui actuellement sont déjà contraires à l'article 8 de la Charte puisqu'aucune disposition n'est prévue pour permettre à l'étranger de pouvoir accéder et rectifier les données des fichiers qui le concernent et aucune autorité indépendante n'est prévue pour contrôler la légalité de l'utilisation et consultation de ces fichiers.

Dans l'état du droit français, le recours à des fichiers dans le cadre de la retenue administrative se fait de facto en dehors de tout contrôle et de cadre réglementaire, violant ainsi manifestement l'article 8 de la CDFUE.

L'article 47 relatif au droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial dispose :

Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice.

La retenue administrative, qualifiée de procédure administrative dans les débats parlementaires, ne prévoit pas de contrôle juridictionnel ad hoc sur sa légalité. Selon les parlementaires (cf. page 68 rapport de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale n°463 du 28 novembre 2012) :

*Du point de vue contentieux, c'est le juge des libertés et de la détention, lorsqu'il sera, **le cas échéant**, saisi d'une demande de prolongation de la rétention à l'issue du délai de cinq jours, qui se prononcera sur la régularité de la retenue pour vérification du droit au séjour et de l'interpellation à l'origine de cette procédure.*

Il s'en déduit que le Juge des libertés ne pourrait pas être saisi par l'étranger placé en retenue administrative. En effet, l'article L 213-8 du Code de l'organisation judiciaire dispose que les

compétences du juge des libertés et de la détention en matière non répressive sont fixées par des lois particulières.

Par application de l'article 66 de la Constitution et de la jurisprudence sur la répartition de la compétence entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, il conviendrait que le contrôle de la légalité de cette mesure soit confié au juge judiciaire et idéalement au Juge des libertés. Tel n'est pas le cas et il existe un vide juridique qui est clairement incompatible avec la CDFUE.

Pour qu'un recours effectif existe, il faudrait que le Juge des libertés puisse intervenir rapidement. Or, déjà en matière de rétention administrative, la loi ne prévoit l'intervention du Juge que dans le délai de 5 jours après le placement en rétention. Les associations qui interviennent dans les Centres de rétention dénoncent dans le rapport pour l'année 2011 que depuis que le Juge des libertés intervient après 5 jours de rétention, cette disposition de la loi du 16 juin 2011 a fait passer de 8,4 à 25 le pourcentage de mesures d'éloignement mises en œuvre, en Métropole, hors de tout contrôle du juge judiciaire. Ceci confirme que le juge judiciaire est de facto écarté du contrôle de légalité de la privation de liberté, dont l'exigence découle pourtant de l'article 15 de la directive « retour ».

Par ailleurs, afin de remplir la condition d'effectivité, il faudrait que ledit recours soit suspensif à tout le moins de la mesure d'éloignement. Rien de tel n'est prévu dans la loi. Qui plus est, le Conseil d'Etat vient de juger que le seul recours contre la rétention administrative devant le Tribunal administratif n'est pas suspensif de l'éloignement de l'étranger (cf. arrêt du 4 mars 2013 n°359428 considérant 4). De sorte que même si le Juge administratif se reconnaissait la compétence d'évaluer la légalité de l'interpellation et du placement en retenue administrative d'un étranger, lorsque celui-ci est déjà sous le coup d'une mesure d'éloignement définitive, l'étranger n'a pas accès à un recours effectif.

Enfin, il ne peut être sérieusement soutenu qu'un tel contrôle puisse être respecté par le fait que le Parquet est chargé de surveiller les opérations de retenue administrative. En effet, d'une part, l'information qui est faite au Parquet et ses possibilités réelles de contrôle sont dérisoires. D'autre part, et surtout, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà jugé que le Parquet n'est pas une autorité indépendante (cf. CEDH 23 nov. 2010, n°37104/06, Moulin c/ France).

Enfin, l'article 48 relatif à la présomption d'innocence et droits de la défense dispose :

1. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

2. Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé.

Ainsi qu'il l'a été indiqué, dans la mesure où les déclarations du retenu peuvent être retenues contre lui et donner lieu à une procédure pénale, le respect des droits de la défense commande qu'il soit averti de son droit à garder le silence pour éviter de s'auto-incriminer. A tout le moins, la loi aurait dû prévoir de prévenir le retenu de la possibilité que ses déclarations puissent être retenues contre lui. Toute administrative que cette procédure ait été qualifiée par le législateur, il n'en demeure pas moins que la personne a nécessairement

fait l'objet d'une interpellation par la police et a été privé de liberté, degré de contrainte maximum s'il en est.

Si la Cour européenne des droits de l'homme examine in concreto si la violation d'un droit a provoqué un grief, il n'en demeure pas moins que le Juge des libertés, est lui chargé d'évaluer si le processus qui a conduit au placement en rétention administrative d'un étranger a respecté les droits fondamentaux de cette personne. Et s'il y a eu une atteinte, même si ultérieurement il n'y a pas eu d'accusation pénale, le grief est constitué et doit conduire à la libération immédiate du retenu. En effet, depuis l'arrêt *Bechta* la Cour de cassation estime que les irrégularités commises lors des procédures ayant précédé la privation de liberté (contrôle d'identité, vérification d'identité, garde à vue) doivent conduire à la remise en liberté de l'étranger par le juge judiciaire (Cass, Civ. 2è, 28 juin 1995, n° 94-50.002, *Bechta*).

En conclusion : nous avons de belles perspectives de contentieux à venir !!!