

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° 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° 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.