

Actualités Droits-Libertés du 12 décembre 2012



CREDOF – Revue des Droits de l’Homme

Centre de Recherches et d’Études sur les Droits Fondamentaux
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

PÉNALISATION DU SÉJOUR IRRÉGULIER (Directive 2008/115/CE) : Quand le souci d’effet utile l’emporte sur le respect du droit et des droits

par Marie-Laure Basilien-Gainche

*La réglementation italienne pénalisant le séjour irrégulier vient de fournir à nouveau l’occasion à la Cour de Justice de l’Union européenne de préciser la signification de certaines dispositions de la directive retour. Après l’arrêt *El Dridi*, voilà que le juge de Luxembourg affirme que la directive 2008/115/CE ne s’oppose pas à ce qu’une réglementation interne qualifie de délit le séjour irrégulier et le sanctionne d’une peine d’amende qui en cas de non-paiement peut se transformer en expulsion avec interdiction de retour, sans qu’aucun délai de départ volontaire soit consenti au ressortissant considéré.*

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

Un an jour pour jour après la décision rendue en Grande Chambre par la Cour de Justice de l’Union européenne dans l’affaire *Achughbaban* (CJUE, Gr. Ch., 6 décembre 2011, [A. Achughbaban c/ Préfet du Val-de-Marne](#), affaire C-329/11 – [ADL du 7 décembre 2011](#)), la première chambre de la CJUE vient de prononcer le 6 décembre 2012 un arrêt qui porte de nouveau sur la **question de la compatibilité d’une réglementation nationale pénalisant l’entrée et le séjour irréguliers avec 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.**

Tout comme dans l’affaire *El Dridi* (CJUE, 1^{ère} Ch., 28 avril 2011, [Hassen El Dridi](#), C-61/11 PPU – [ADL du 29 avril 2011](#)), c’est le doute du juge national sur la sanction à prononcer à l’encontre Md Sagor, ressortissant bangladais convaincu de séjour irrégulier sur le sol italien, qui le pousse à saisir le juge de Luxembourg de questions préjudicielles. En l’espèce, le *Tribunale di Rovigo* s’interroge sur la conformité au droit de l’Union européenne des dispositions internes qui lui imposent de condamner le prévenu à une peine d’amende pouvant aller de 5 000 à 10 000 euros et pouvant être remplacée par une peine d’assignation à résidence ou par une peine d’expulsion en cas d’insolvabilité du ressortissant d’Etat tiers en situation irrégulière en cause.

Comme dans l’affaire *El Dridi*, c’est la compatibilité de la réglementation italienne avec la directive retour qui est en cause. Il s’agit du [décret législatif n°286/1998 du 25 juillet 1998](#) portant texte unique des dispositions concernant la réglementation de l’immigration et les règles relatives à la condition de l’étranger qui a été modifié notamment par la [loi n°94 du 15 juillet 2009](#) portant dispositions en matière de sécurité publique, et par le [décret-loi n°89/2011 du 23 juin 2011](#) portant dispositions urgentes aux fins de la mise en œuvre de la directive 2004/38/CE sur la libre circulation des ressortissants de l’Union et de la transposition de la directive 2008/115/CE sur le retour des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière (texte converti en loi par [la loi n°129 du 2 août 2011](#)).

Mais à la différence des arrêts rendus dans les affaires *El Dridi* d’abord et *Achughbaban* ensuite, **la décision du 6 décembre 2012 concernant l’affaire *Sagor* se concentre sur l’objectif poursuivi par la directive retour, à savoir l’éloignement des étrangers en situation irrégulière du territoire**

des Etats membres de l'Union (1°), en ne s'inquiétant jamais des exigences de respect des droits fondamentaux (2°) qui s'imposent pourtant aux autorités nationales et aux instances communautaires (y compris juridictionnelles).

1°/- La focalisation sur l'objectif : la priorité donnée à l'éloignement effectif de l'étranger

La première chambre rappelle d'emblée ce qui avait été énoncé dans les décisions précédentes. **D'abord**, que la directive retour « ne porte que sur le retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier », « n'a donc pas pour objet d'harmoniser dans leur intégralité les règles des États membres relatives au séjour des étrangers », et « ne s'oppose pas à ce que le droit d'un État membre qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoie des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction » (point 31 se rapportant au point 28 de l'arrêt *Achughbabian*). **Ensuite**, qu'« un État membre ne saurait appliquer une réglementation pénale susceptible de porter atteinte à l'application des normes et des procédures communes établies par la directive 2008/115 et de priver ainsi celle-ci de son effet utile » (point 32 se référant au point 55 de l'arrêt *El Dridi* et au point 39 de l'arrêt *Achughbabian*). **La possibilité de pénaliser le séjour irrégulier et la nécessité de garantir l'éloignement effectif** sont clairement associées par la Cour au point 35 de l'arrêt : « l'adoption et l'exécution des mesures de retour visées par la directive 2008/115 ne sont pas retardées ou autrement entravées par la circonstance qu'une poursuite pénale telle que celle prévue par le décret législatif n°286/1998 est pendante ».

Or, c'est justement sur le souci de garantir l'effet utile de la directive retour, sur la préoccupation d'assurer l'éloignement effectif des étrangers en situation irrégulière, que repose l'ensemble de l'argumentation développée par la Cour dans l'arrêt *Sagor*. En clair, **la première chambre examine la législation italienne uniquement en s'interrogeant sur le point de savoir si les dispositions considérées peuvent retarder l'éloignement – sans jamais s'interroger sur la pertinence ou la proportionnalité des mesures adoptées à cette fin**. Dans une telle perspective, la Cour en vient ainsi à estimer que **ne sont pas contraires à la directive retour ni « l'infliction d'une peine pécuniaire » (point 36), ni « la faculté offerte au juge pénal de remplacer la peine d'amende par une peine d'expulsion accompagnée d'une interdiction d'entrée d'au moins cinq ans » (point 37)**. A l'appui de cette dernière assertion, le juge de Luxembourg insiste sur le fait que la directive 2008/115/CE adopte en son article 2 une définition souple de la décision retour (« une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour »), qui peut en conséquence prendre la forme « d'une décision judiciaire à caractère pénal » (point 39).

Eu égard au prisme au travers duquel est examinée la réglementation italienne, eu égard au souci de garantir l'éloignement effectif des ressortissants d'Etats tiers en situation irrégulière, la première chambre de **la CJUE se montre en revanche des plus réservées concernant la substitution de la peine d'amende par une peine d'assignation à résidence**. Pour la Cour, « l'infliction et l'exécution d'une peine d'assignation à résidence au cours de la procédure de retour prévue par la directive 2008/115 ne contribuent pas à la réalisation de l'éloignement que cette procédure poursuit, à savoir le transfert physique de l'intéressé hors de l'État membre concerné » (point 44) ; « la peine d'assignation à résidence est susceptible de retarder et, ainsi, d'entraver les mesures, telles que la reconduite à la frontière et le retour forcé par voie aérienne, qui contribuent, elles, à la réalisation de l'éloignement » (point 45). La Cour s'inquiète du « risque d'atteinte à la procédure de retour » si la réglementation nationale ne prévoit pas que soit mis un terme à la peine d'assignation pour permettre l'éloignement dans les meilleurs délais (point 45). Et la Cour de demander au juge national d'examiner si une priorité est accordée par le droit interne à l'éloignement sur l'assignation à résidence (point 46).

A noter qu'en **Belgique**, l'article 110 *quaterdecies* de [l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers](#), tel qu'il est issu de [l'arrêté royal du 19 juin 2012](#), prévoit que le ministre ou son délégué puissent prendre des « mesures préventives »

pour éviter le risque de fuite pendant le délai octroyé pour le départ volontaire, notamment puissent décider d'astreindre l'étranger à « effectuer son signalement » périodique auprès des autorités ou le dépôt d'une « garantie financière adéquate auprès de la Caisse des Dépôts et Consignations ». Pour que cette garantie soit restituée, le ressortissant d'un pays tiers doit envoyer la « preuve qu'il a quitté le territoire belge ». A l'expiration du délai de départ volontaire, si l'étranger en situation irrégulière concerné n'a pas obtempéré à l'ordre de quitter le territoire, la somme versée « revient à l'Etat belge, à moins qu'un recours n'ait été introduit dans les délais fixés par la loi à l'encontre de la décision d'éloignement » (voir l'analyse de l'Association pour le droit des étrangers, [Newsletter n° 80](#), octobre 2012).

La première chambre dans l'arrêt rendu le 6 décembre 2012 dans l'affaire *Sagor* manifeste une claire préoccupation d'assurer l'effet utile de la directive 2008/11/CE. Certes. Mais *quid* de sa mission de garantir le respect de l'ordre juridique communautaire et de promouvoir le respect des droits fondamentaux ?

2°/- Le silence sur les principes : l'omission de toute référence au respect des droits

Il est en effet pour le moins étrange et regrettable que la décision rendue le 6 décembre 2012 dans l'affaire *Sagor* ne fasse jamais référence aux droits fondamentaux que les Etats membres sont à respecter dans l'application des normes de l'Union. Certes, le *Tribunale di Rovigo* ne mentionne dans l'énoncé de ces questions préjudicielles que les principes de coopération loyale et d'effet utile pour interroger la CJUE sur la compatibilité de la réglementation italienne avec les articles 2, 4, 6, 7 et 8 de la directive retour, sans se référer aux droits fondamentaux. Il n'en demeure pas moins que l'on peut s'interroger d'une part sur la **manière dont la première chambre apprécie la conformité de la réglementation italienne avec l'article 7 de la directive 2008/115/CE instaurant le délai de départ volontaire**, d'autre part sur le silence que la première chambre garde concernant le respect par une telle réglementation des droits fondamentaux.

Comme l'a souligné la Commission européenne, et comme l'admet la Cour de justice, « *une peine d'expulsion telle que celle prévue par la réglementation en cause au principal est caractérisée par l'absence de toute possibilité pour l'intéressé de se voir accorder un délai de départ volontaire au sens de l'article 7 de la directive 2008/115* » (point 40). Or, ce problème manifeste de compatibilité est balayé par la première chambre en une brève considération : « *le paragraphe 4 de cet article 7 permet aux Etats membres de s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire, notamment, lorsqu'il existe un risque que l'intéressé s'enfuit pour se soustraire à la procédure de retour* » (point 41). Il y a sans aucun doute lieu de s'inquiéter d'une telle considération qui renvoie à la possibilité offerte aux Etats membres de ne pas accorder de délai de départ volontaire en cas de risque de fuite (article 7 § 4 de la directive), **sans s'interroger auparavant sur le point de savoir si la législation italienne est compatible avec l'article 7 § 1 du texte qui pose le principe de l'accord d'un délai de départ volontaire aux étrangers faisant l'objet d'une décision de retour**. Parce qu'il s'agit d'exceptions au principe, les cas de refus d'octroi du délai de départ volontaire doivent être définis objectivement par la législation interne (voir en ce sens : CE, avis, 21 mars 2011, *MM. Jin et Thiero*, n°s 345978 et 346612 – [ADL du 15 mars 2011](#) ; JCP A 2011, n° 18, n°2173, obs. S. Slama ; CE, réf., 12 mai 2011, *Gisti*, n° 348774 ; CE, 9 novembre 2011, *Gisti*, n°348773, aux *tables*).

Or, dans l'espèce italienne l'expulsion est prononcée pour incapacité de l'étranger à verser l'amende de 5 000 à 10 000 euros, sans considération d'un éventuel risque de fuite. Or, ce n'est pas parce qu'un étranger est impécunieux qu'il prendra nécessairement la fuite. En tout état de cause, **une telle appréhension du « risque de fuite » ne se conforme pas aux exigences de l'article 3 § 7 de la directive 2008/115/CE, en vertu duquel cette notion doit être définie « dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi »**. En d'autres termes, les Etats se voient offrir par la décision de la première chambre un moyen aisé et fâcheux de se dispenser d'octroyer le délai de départ volontaire en excipant du risque de fuite. Que l'on pense à la [loi française n°2011-672 du 16 juin 2011](#) relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité dont l'article 37 modifie l'article

L.511-1 II du CESEDA en déclinant le risque de fuite en six hypothèses dont certaines paraissent bien étrangères à la lettre et à l'esprit de l'article 7 § 4 de la directive retour, qui s'avère notamment sur ce point loin d'être satisfaisante (v. les critiques de Serge Slama : [ADL du 13 juin 2011](#) sur Cons. constit. Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, [Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité](#)).

En ce qui concerne le **silence gardé par la première chambre au sujet de la conformité de la réglementation italienne aux droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union**, il est désœuvrant. Il n'est certes point de moyens d'ordre public que la Cour se doit de soulever dans ses décisions, qui correspondraient notamment au respect des droits. Néanmoins, il est constant que la Cour a affirmé son obligation de préserver les droits fondamentaux de toute violation (entre autres CJCE, 12 novembre 1969, [Stauder](#), 29/69 ; 17 décembre 1970, [Internationale Handelsgesellschaft](#), 11/70 ; 14 mai 1974, [Nold](#), 4/73 ; 13 juillet 1989, [Wachauf](#), 5/88). En n'examinant pas la compatibilité de la réglementation italienne en particulier avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union, la première chambre semble faire bien peu de cas de la hiérarchie des normes qui est certes minimale en droit de l'Union, mais qui se résume à l'essentiel : le droit dérivé doit être en conformité avec le droit primaire. Et ce n'est pas l'appel lancé par le juge de l'Union à la juridiction de renvoi en l'espèce et au juge national en général d'apprécier de manière individuelle la situation de chaque étranger en situation irrégulière qui peut suffire à garantir le respect des droits fondamentaux en particulier, et la conformité au droit primaire en général (point 41).

Est également insatisfaisante la réponse donnée par la première chambre à la troisième question préjudicielle posée par le *Tribunale di Rovigo* : **le principe de coopération loyale de l'article 4 § 3 TUE s'oppose-t-il à l'application d'une règle nationale adoptée pour limiter son champ d'application de la directive à transposer ou pour en contourner les dispositions ?** Question bien légitime dans le cas italien tant l'objectif du gouvernement alors présidé par Silvio Berlusconi était de **pénaliser l'entrée et le séjour irréguliers afin de faire sortir les migrants illégaux du champ d'application personnel de la directive 2008/115/CE**, et par là même de s'émanciper des droits qui leur sont garantis par ladite directive. Or, **la première chambre se contente de renvoyer au juge national sa question**, en lui indiquant de laisser inappliquées les dispositions nationales si le cas d'espèce considéré ne correspondait pas à la situation de l'article 7 § 4 de la directive retour, autrement dit n'emportait pas un risque de fuite (point 48). Outre le fait qu'ainsi la première chambre ne répond aucunement à la question, il est à déplorer qu'elle ne fournisse pas au juge national de méthodes et d'outils d'appréciation, alors même qu'elle contribue elle-même à rendre floue la notion de risque de fuite. On est loin de la méthode adoptée par la Grande chambre dans l'arrêt Achughbadian dans lequel la Cour de justice s'était montrée bien plus didactique – même si cela a pu semer le trouble en France sur la question de la garde à vue des étrangers pour séjour irrégulier (sur ce sujet, v. récemment le commentaire de Benjamin Francos : [ADL du 3 décembre 2012](#) sur Commission nationale consultative des droits de l'homme, Assemblée plénière, 22 novembre 2012, [Avis sur le projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour](#)).

*
* *

L'arrêt Sagor était attendu de longue date. **Il laisse un goût amer à tous ceux qui prêtent attention au respect du droit et des droits fondamentaux**. Espérons que le même sentiment d'abandon des principes préalablement posés ne se dégagera pas des arrêts que la Cour de justice aura prochainement l'occasion de rendre dans le cadre d'autres questions préjudicielles (v. Demande présentée par l'Amtsgericht Laufen (Allemagne) le 18 juin 2012 - [Procédure pénale contre Gjoko Filev et Adnan Osmani](#), Affaire C-297/12 - portant sur l'interprétation de l'article 11 § 2 en ce sens qu'il s'oppose à ce que les États membres sanctionnent pénalement toute infraction à des mesures administratives d'expulsion ou de reconduite à la frontière, lorsque la mesure d'expulsion ou de reconduite à la frontière précède de plus de cinq ans la nouvelle entrée ; Demande de décision préjudicielle présentée par le Nejvyšší správní soud (République tchèque) le 20 octobre 2011 - [Mehmet Arslan / Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie - Affaire 534/11](#) - sur la question de savoir si on doit interpréter l'article 2 § 1, lu en combinaison avec le neuvième considérant de la directive 2008/115/CE, en ce sens qu'elle ne s'applique pas au

ressortissant d'un pays tiers qui a introduit une demande de protection internationale au sens de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 et dans ce cas un terme à la rétention de l'étranger doit-il être mis lorsque ce dernier introduit une demande de protection internationale).

CJUE, première chambre, 6 décembre 2012, *Md Sagor*, affaire C-430/11.

Pour citer ce document :

Marie-Laure Basilien-Gainche, « Pénalisation du séjour irrégulier : quand le souci d'effet utile l'emporte sur le respect du droit et des droits », [PDF] in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 12 décembre 2012.

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact