La cour de justice consacre l'ubiquité du délit de séjour irrégulier, à la fois conforme et non conforme au droit de l'Union européenne selon la phase de la procédure

PENALISATION DU SEJOUR IRREGULIER ET PROCEDURE DE RETOUR
(directive du 16 décembre 2008)

Serge Slama

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/10862>

DOI : 10.4000/revdh.10862

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Serge Slama, « La cour de justice consacre l'ubiquité du délit de séjour irrégulier, à la fois conforme et non conforme au droit de l'Union européenne selon la phase de la procédure », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 07 décembre 2011, consulté le 09 février 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/10862> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.10862>

Ce document a été généré automatiquement le 9 février 2021.

Tous droits réservés

La cour de justice consacre l'ubiquité du délit de séjour irrégulier, à la fois conforme et non conforme au droit de l'Union européenne selon la phase de la procédure

PENALISATION DU SEJOUR IRREGULIER ET PROCEDURE DE RETOUR
(directive du 16 décembre 2008)

Serge Slama

- 1 Rarement, en droit des étrangers, décision de la Cour de Luxembourg aura été aussi attendue tant l'arrêt *Achughbabian* était susceptible d'avoir une incidence sur le versant judiciaire des procédures d'éloignement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après par convention les « irréguliers »). **Cette décision de grande chambre devait clarifier l'application de la jurisprudence *El Dridi* (CJUE, 1^{ère} Ch., 28 avril 2011, *Hassen El Dridi*, C-61/11 PPU – ADL du 29 avril 2011) au cas français et, au-delà, à tous les pays pénalisant la simple irrégularité du séjour sur leur territoire (Allemagne, Estonie, Italie, Danemark, etc.) alors que cela est susceptible de faire obstacle à l'application de la directive « retour » du 16 décembre 2008.** Or, si la décision rendue ce 6 décembre 2011 confirme et approfondit la décision du 28 avril, elle ne lève pas toute ambiguïté et réalise un compris (que d'aucuns qualifieront de boiteux) entre deux positions difficilement conciliables – en tout cas en droit pénal français. La Cour de justice constate en effet en même temps d'une part la conformité de l'article L.621-1 du CESEDA et des procédures de garde à vue prises sur son fondement à la directive dans une première phase « *certes brève* » mais *[enfermée dans un délai] raisonnable* » permettant à l'Etat de déterminer si l'étranger est en séjour irrégulier et d'autre part la contrariété de cette même disposition à cette

même directive dans la phase suivante dans la mesure où elle régit alors entièrement la procédure de retour. Enfin, en cas d'échec des mesures prescrites par la directive, une sanction pénale d'emprisonnement est de nouveau possible dans le cas où l'étranger continue à séjourner irrégulièrement sans motif justifié de non-retour.

- 2 En l'espèce, l'affaire est une banale interpellation d'un sans-papier – comme il s'en passe près de 100 000 par an en France métropolitaine. Le 24 juin 2011, à Maisons-Alfort, à l'occasion d'un contrôle d'identité sur la voie publique (article 78-2 du Code de procédure pénale) la police interpelle ce jeune arménien, Alexandre Achughbabian, qui, à n'en pas douter, troublait le (grand) calme des Maisonnais. Le contrôle de son séjour, régi par l'article L.611-1 du CESEDA, a permis de constater qu'il était en situation irrégulière. **Il a alors été placé en garde à vue sur le fondement de l'article 62-2 du Code de procédure pénale, dans la mesure où l'article L. 621-1 du CESEDA prévoit une peine d'emprisonnement pour ce délit de séjour irrégulier** (« *L'étranger (...) qui s'est maintenu en France au-delà de la durée autorisée par son visa sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 Euros* »). C'est au cours de cette procédure que l'officier de police lui a notifié, le 25 juin 2011, un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière (peu avant leur suppression par la loi du 16 juin 2011 entrée en vigueur le 18 juillet) et un arrêté de placement en rétention administrative. La légalité de la mesure de reconduite a ensuite été confirmée par le TA de Melun. Parallèlement, le 27 juin, le juge des libertés et de la détention (JLD) du TGI de Créteil, qui intervenait alors encore dans les quarante-huit heures, a ordonné le maintien en rétention administrative pour une durée en quinze jours de l'intéressé et a rejeté les exceptions de nullité soulevées à l'encontre de la garde à vue fondée sur l'article L.621-1 du CESEDA au regard de la jurisprudence *El Dridi*. C'est en appel que le juge de la Cour d'appel de Paris, Mme Signoret, a **soulevé le moyen d'office** et saisi, en demandant l'urgence (article 104 ter du règlement), la Cour de justice d'une question préjudicielle sur la conformité de l'article L.621-1 du CESEDA à la directive 2008/115/CE (v. « Pénalisation de l'irrégularité: une question préjudicielle en urgence sur l'article L.621-1 du CESEDA (CA Paris, 29 juin 2011, A. Achughbabian) », CPDH 25 octobre 2011). Si l'urgence n'a pas été accordée compte tenu de la remise en liberté, en revanche la **procédure accélérée** (articles 104 bis du règlement de procédure) a été décidée car « *certaines des personnes intéressées par cette affaire sont privées de leur liberté ou bien susceptibles de l'être et leur maintien ou leur mise en liberté dépend de la réponse à apporter à la question posée par la juridiction de renvoi* » (ordonnance du 20 septembre 2011). A la demande du gouvernement français, l'affaire a été renvoyée en Grande chambre
- 3 Notons qu'il est apparu par la suite, à l'issue d'un complément d'information demandé par la Cour de justice, que le requérant au principal était entré en France le 9 avril 2008, avait sollicité le statut de réfugié et, après rejet par l'OFPPA de sa demande le 28 novembre 2008, avait fait l'objet d'une décision de refus de séjour assortie d'une OQTF le 27 janvier 2009. **Son cas était donc en réalité plus proche de celui de M. El Dridi qu'on ne pouvait le penser de prime abord**. En effet, la procédure d'APRF sans octroi d'un délai de départ volontaire n'a été possible que parce qu'il a déjà bénéficié d'une première OQTF non exécutée pendant un an (v. sur le sauvetage du L.511-1 II 3°, sous réserve du respect des conditions de forme et de fond exigées par la directive : 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). La Cour de justice ne s'est toutefois pas longuement

arrêtée sur ces considérations d'espèce (v. le point 35 qui estime que les deux cas de figure relèvent en tout état de cause du 8-4 de la directive) et a, fort heureusement, élevé en généralités la réponse en traitant globalement **la question de la conformité de de l'article L.621-1 avant, pendant et après l'application de la directive « retour ».**

- 4 Mais avant cela, elle affirme **« d'emblée »**, selon ses propres termes (comme s'il s'agissait d'abord de rassurer les gouvernements qui, à l'audience, ont été vent debout contre « l'unionisation » du droit répressif des étrangers), que **la directive 2008/115 ne porte « que » sur le retour des irréguliers et « n'a donc pas pour objet d'harmoniser dans leur intégralité les règles nationales relatives au séjour des étrangers »** (point 28). Par conséquent, comme elle l'avait déjà mentionné dans l'arrêt *El Dridi* (points 52 et 53), **la Cour rappelle que la directive « ne s'oppose pas à ce que le droit d'un État membre qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoit des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction aux règles nationales en matière de séjour »** (point 28).

1°/- Sur la phase préalable de détermination de l'irrégularité (**« l'arrestation initiale »**)

- 5 En vertu de l'article 6 de la directive 2008/115, sauf en cas de régularisation, dès lors qu'un Etat constate l'irrégularité du séjour d'un étranger, il a l'obligation d'édicter une décision de retour et de mettre en œuvre les normes et procédures édictées par elle. La difficulté était toutefois de déterminer **à quel moment précis l'irrégulier entre dans le champ de la directive et ne peut donc plus faire l'objet d'une sanction pénale qui empêcherait la réalisation des objectifs de la directive** (v. temps n°2). Pour le requérant au principal (v. ses observations et la plaidoirie de Me Papazian et Me Spinosi), comme pour la Commission (v. ses observations n°17 à 37), l'application de la directive 2008/115 est **« déclenchée »** par la simple **constatation par une autorité de l'Etat membre de la présence sur son territoire d'un irrégulier**, c'est-à-dire après **l'appréhension de l'irrégulier par les forces de l'ordre** au moment où, en l'absence de justification des documents d'entrée et de séjour il peut être amené au commissariat ou à la gendarmerie pour être placé en vérification et/ou en garde à vue dans le cadre d'une procédure d'infraction à la législation des étrangers (ILE). En effet, le considérant 17 de la directive prévoit que : **« Sans préjudice de l'arrestation initiale opérée par les autorités chargées de l'application de la loi, régie par la législation nationale, la rétention devrait s'effectuer en règle générale dans des centres de rétention spécialisés »**. **Seule « l'arrestation initiale » échappe donc au champ de la directive.** Pour le reste de la procédure, on est dans le champ de la directive, à l'exception des mesures mentionnées à l'article 2-2 (refus d'entrée, interception maritime, extradition et « sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour » c'est-à-dire en droit français les ITF et les expulsions – cf. point 41). Le gouvernement français défendait quant à lui une position radicalement différente reposant sur l'idée que la directive ne s'appliquait **qu'à compter de l'édiction formelle de la décision de retour** (v. ses observations points 45 et s.). A l'audience son agent a toutefois expliqué que si la directive s'appliquait en réalité bien à partir de la constatation de l'irrégularité ; l'administration ne pouvait toutefois se contenter de **« constater ce fait »** mais devait **« l'établir juridiquement »**. Or, lors de l'interpellation il n'existe qu'un simple

« *soupçon d'irrégularité* » qui peut être renversé par l'irrégulier et il peut apparaître que l'étranger en cause figure dans les catégories d'étrangers bénéficiant d'un droit au séjour ou protégé de l'éloignement.

- 6 **La Grande chambre de Cour de justice a manifestement été sensible à cet argument.** Elle considère en effet que la 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* » (point 29). Elle fait donc une lecture **extraordinairement extensive de la notion d'« arrestation initiale »** du considérant 17 (point 30) qui s'étend matériellement de l'interpellation à la décision de notification de la décision de retour consacrant formellement l'irrégularité et temporellement pour une période indéterminée – à tel point qu'on peut se demander si une telle interprétation est conforme à l'article 5 de la CEDH... En effet, la Cour concède au gouvernement français qu'une « *une privation [préalable] de liberté telle qu'une garde à vue* » d'une personne « *soupçonnée de séjour irrégulier* » contribue à la réalisation des objectifs de la directive en empêchant la fuite de l'étranger « *avant même que sa situation n'ait pu être clarifiée* » (point 30). En effet, reconnaît la Cour, toujours pour donner des gages aux gouvernements, pour constater l'irrégularité du séjour, **les autorités des Etats membres ont besoin « d'un délai certes bref mais raisonnable » afin d'identifier la personne contrôlée**, rechercher les données permettant de déterminer si elle est effectivement un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier – tâches qui peuvent s'avérer « *difficiles* » en l'absence de coopération de l'étranger ou s'il invoque le « *statut de demandeur d'asile ou de réfugié* ». La Cour précise néanmoins que **les Etats membres se doivent « d'agir avec diligence » et de prendre position « sans tarder » sur l'irrégularité du séjour pour adopter, ou non** (et dans ce cas cela suppose à notre sens une régularisation, au moins temporaire, de l'étranger sorti de la procédure de retour), **une décision de retour** dans les conditions prévues à l'article 6 de la directive (point 31).
- 7 Ce raisonnement de la Cour de justice encourt la critique pour deux raisons. **En premier lieu** elle fait abstraction du fait qu'en droit français **la finalité de la garde à vue n'est pas d'organiser une procédure administrative d'éloignement** mais, comme l'indique l'article 62-2, elle doit constituer « *l'unique moyen de parvenir* » à l'un des objectifs qu'énumère cet article (permettre l'exécution des investigations, etc.). Or, comme l'a fait valoir Me Spinosi dans ses observations, les quatre heures de la procédure de **vérification d'identité de l'article 78-3 du Code de procédure pénale sont amplement suffisantes pour auditionner l'étranger sur son identité** (s'il veut bien la révéler car le manque de coopération constitue justement un motif de maintien jusqu'à 18 mois en rétention). On peut même imaginer, si l'étranger coopère, **l'utilisation de la procédure d'audition libre de l'article 62 du CPP** (récemment validée : Cons. constit., décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, *Mme Élise A. et autres* [Garde à vue II] – ADL du 22 novembre 2011). La garde à vue est en réalité utilisée pour organiser, en liaison avec la préfecture, matériellement l'édiction de la mesure d'éloignement et, dans la quasi-totalité des cas, le placement en rétention. **La Cour de justice valide donc ici implicitement ce détournement de la finalité de la garde à vue** et l'instrumentalisation de la procédure pénale pour enclencher une procédure administrative. **En second lieu**, et surtout, **la Cour de justice fait abstraction du fait qu'en droit français il n'est plus possible de placer en garde à vue s'il n'existe pas de raison plausible de penser**

que le la personne en cause a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement (article 62-2 du CPP issu de la loi du 14 avril 2011). Dès lors, la Cour de justice place le juge judiciaire français dans **une position intenable** : d'un côté elle valide **expressément** la possibilité d'une garde à vue sur le fondement de l'article L.621-1 du CESEDA (point 32) et de l'autre, dans la suite de son raisonnement, **elle déclare contraire à la directive l'existence du délit de séjour irrégulier conduisant à l'emprisonnement tant que les mesures prévues par la directive n'ont pas été mise en œuvre** (point 46). Pour certains, **cela priverait la garde à vue pour séjour irrégulier de son fondement légal** (v. pour des raisonnements en ce sens Cimade, « Plus de prison, ni de garde à vue pour simple séjour irrégulier », 6 décembre 2011 ; Flor Tercero, « Arrêt ACHUGBABIAN CJUE 6 décembre 2011 : une fenêtre s'ouvre sur EL DRIDI... et sera refermée rapidement », *Blog ATY*, 6 décembre 2011 ; OB, « « Directive retour » et CESEDA : la CJUE souffle le chaud et le froid », *La Gazette du palais*, 6 décembre 2011). A l'inverse, les ministres de l'Intérieur (le même qui affirmait le 28 avril qu'*El Dridi* ne s'appliquait pas à la France...) et de la Justice (le même qui estimait que l'article L.621-1 n'était en aucun cas remis en cause par *El Dridi* dans la circulaire du 12 mai 2011) estiment dans un communiqué que **la décision Achughbadian « ne fait nullement obstacle à ce que les étrangers en situation irrégulière puissent être placés en garde à vue le temps nécessaire pour procéder aux vérifications propres à établir si l'intéressé doit faire l'objet d'une procédure d'éloignement du territoire ou de procédures judiciaires »** (« Un arrêt de la CJUE confirme que le recours à la garde à vue en matière de séjour irrégulier est compatible avec le droit communautaire », 6 décembre 2011).

- 8 **Il appartiendra prochainement à la Cour de cassation de trancher ce nœud gordien** puisqu'elle a été saisie, dans le prolongement de l'arrêt *El Dridi*, de plusieurs pourvois en cassation sur des procédures de rétention décidées lors de placements en garde à vue sur le fondement de l'article L.621-1 du CESEDA. Au demeurant, l'attitude de la Cour de justice n'est pas très différente de celle du Conseil d'Etat qui, pour la période transitoire de non transposition de la directive (24 décembre 2010 -18 juillet 2011) **a été chercher directement dans les dispositions de la directive 2008/115 un fondement légal pour habiliter les préfetures à édicter des reconduites à la frontière assorties d'un délai de départ volontaire (DDV)** alors même que cela n'était pas prévu par la loi française (CE, avis, 21 mars 2011, *MM. Jin et Thiero, préc.*) et ce **en reposant son raisonnement sur une double subterfuge** : malgré la prohibition de l'effet vertical descendant, il estime d'une part que l'Etat serait fondé à appliquer d'office à un administré les dispositions inconditionnelles et précises d'une directive lui *bénéficiant* et d'autre part il présente un tel APRF assorti d'office d'un DDV comme... favorable à l'étranger (CE, réf., 12 mai 2011, *Gisti*, n° 348774 ; CE, 9 novembre 2011, *Gisti*, n°348773, au *tables*).
- 9 Au bilan, la Cour conclut ce premier temps du raisonnement en estimant que **la directive ne s'oppose « ni à une réglementation nationale, telle que l'article L. 621-1 du Ceseda »** (dans la mesure où, précise-t-elle cette disposition « *qualifie le séjour irrégulier d'un ressortissant d'un pays tiers de délit et prévoit des sanctions pénales, y compris une peine d'emprisonnement, pour réprimer ce séjour* »), « **ni à la détention d'un ressortissant d'un pays tiers en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour de celui-ci** ». On se retrouve donc **dans une situation paradoxale, pour ne pas dire schizophrénique**, d'une seule et même disposition qui est à la fois conforme au droit

de l'Union européenne dans une première phase puis devient, pour un délai indéterminé, contraire au même droit de l'Union européenne lorsqu'elle est susceptible « de conduire à un emprisonnement au cours de la procédure de retour régie par ladite directive » (point 32). **Là aussi, on peut se demander si la Cour de Luxembourg a pleinement pris en compte les exigences de son homologue strasbourgeois en termes de prévisibilité de la loi pénale** (v. en dernier lieu : Cour EDH, 5^e Sect. 6 octobre 2011, *Soros c. France*, Req. n° 50425/06 – ADL du 6 octobre 2011).

2°/- Sur la phase de retour régie par la directive 2008/115 CE

- 10 Dans ce deuxième temps du raisonnement, force est de constater que, contrairement à ce qu'on pouvait craindre, **la Grande chambre ne recule pas face aux Etats et maintient, et même renforce, la jurisprudence *El Dridi* en l'étendant à tous les cas de figure d'obstacle à l'application de la directive par une sanction pénale d'emprisonnement**, et plus seulement, comme une lecture littérale et simpliste d'*El Dridi* pouvait le faire penser, aux seuls cas où c'est la sanction de la non-exécution d'une mesure d'éloignement qui y ferait obstacle. **En premier lieu**, pour répondre à la question posée et à l'argumentation de certains Etats, en particulier l'Allemagne, elle développe le raisonnement de l'arrêt *El Dridi* en l'axant davantage sur l'article 8 de la directive. En ce sens, elle estime qu'« à l'évidence » **une peine d'emprisonnement ne constitue donc pas une « mesure » ou une « mesure coercitive » au sens de l'article 8-1 et 8-4 de la directive 2008/115 dans la mesure où elle ne contribue pas « à la réalisation de l'éloignement », c'est-à-dire au « transfert physique de l'intéressé hors de l'Etat membre concerné »** (points 35 à 37). Elle écarte aussi la possibilité, invoquée par les gouvernements allemand et estonien, que la peine d'emprisonnement puisse intervenir au cours de la procédure de retour régie par la directive (point 44) car une telle démarche retarderait l'éloignement et ne figure pas parmi les justifications d'un report prévues à l'article 9 de la directive (points 45. V. déjà arrêt *El Dridi*, point 59).
- 11 En adoptant cette solution **la Cour de justice balaye en du revers de main la distinction artificielle établie par les autorités françaises dans la circulaire du 12 mai 2011 selon que l'irrégulier a, ou non refusé d'exécuter un ordre de retour**. Le ministère soutenait (ce qu'il oublie de rappeler dans son communiqué de presse) qu'il y avait lieu de distinguer entre l'article L.624-1 (partiellement inapplicable) et l'article L. 621-1 du CESEDA (toujours intégralement applicable). Comme nous l'écrivions à la lecture d'*El Dridi* : « l'essentiel n'est pas de savoir si l'incrimination est dépendante ou non de la décision d'éloignement mais si elle est susceptible de faire obstacle à la mise en oeuvre de la directive 2008/115/CE » (M-L. Basilien-Gainche et S. Slama, « L'arrêt *El Dridi* : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *AJ Pénal* 2011 p. 362). La Cour écarte aussi l'argument du Gouvernement français que la circulaire adressée par le Garde des Sceaux le 12 mai 2011, reprenant les instructions précédentes des 21 février 2006 et 4 décembre 2006 (aujourd'hui abrogées), suffisait à garantir l'absence d'atteinte au droit de l'Union européenne puisqu'il est prescrit aux Parquets de ne pas poursuivre pour la seule irrégularité du séjour en l'absence d'une autre infraction (point 40). En effet, d'une part de simples circulaires, modifiables à l'envi, ne sauraient suffire à garantir l'application du droit de l'UE et d'autre part ces instructions

pénales ne sont systématiquement suivies en raison de l'existence du principe d'opportunité des poursuites. Ainsi, selon des chiffres cités par le Gouvernement, **en 2009, sur les 5000 condamnations prononcées sur le fondement de l'article 621-1, 597 l'ont été alors que le séjour irrégulier était la seule infraction et 197 ont donné lieu à une peine d'emprisonnement ferme.**

- 12 Par suite, à l'instar de la réglementation italienne dans l'arrêt *El Dridi*, **la législation française « en cause au principal », c'est-à-dire l'article L.621-1, en prévoyant une peine d'emprisonnement, est « susceptible de faire échec à l'application des normes et des procédures communes établies par la directive 2008/115 et de retarder le retour, portant ainsi, précité, atteinte à l'effet utile de ladite directive »** (point 39). Dans la phase d'application de la directive 2008/115, la seule privation de liberté possible est donc le placement en rétention (point 38). **Il ne faut néanmoins pas considérer que cette impossibilité de pénalisation pendant la phase d'application de la directive est un progrès si substantiel des droits des étrangers.** Certes les irréguliers n'encourent plus le risque d'emprisonnement et d'interdiction judiciaire du territoire pendant la procédure de retour. **Mais le droit du retour issu de la directive est lui-même très répressif** (obligation de retour, enfermement des enfants et des familles, rétention administrative longue, interdiction administrative d'entrée jusqu'à 5 ans) **et beaucoup moins protecteur des droits de la défense et du procès équitable** – tant que les exigences de l'article 6§1 de la CEDH ne s'appliqueront pas au contentieux de l'éloignement des étrangers (cf. Luca d'Ambrosio, « Les politiques criminelles en matière d'immigration irrégulière à l'épreuve du droit de l'Union européenne : quelques réflexions sur l'après *El Dridi* au regard des expériences italienne et français », *AJ Pénal* 2011 p. 502).

3°/- Sur la phase postérieure à la mise en œuvre des mesures prévues par la directive

- 13 Comme elle l'avait déjà mentionné dans l'arrêt *El Dridi* (point 60), la Cour confirme que **pour le cas où les normes et procédures communes établies par la directive n'ont pas abouti à un éloignement effectif, les Etats peuvent « adopter ou [...] maintenir des dispositions, le cas échéant de caractère pénal, réglant [...] [cette] situation »** (points 46 et 47). Toutefois, elle apporte d'utiles précisions sur cette dernière phase : d'une part les Etats doivent respecter « les principes de [la] directive [2008/115] et de son objectif » (point 46), d'autre part ils **ne doivent pas prévoir l'infliction de sanctions pénales s'il existe un « motif justifié de non-retour »** (la sanction est donc justifiée uniquement si c'est le comportement de l'irrégulier qui a fait obstacle au retour – ce que n'intègre absolument pas l'article L.621-4 du CESEDA) (point 48) et, enfin, ils doivent adopter **une procédure « soumise au plein respect des droits fondamentaux, et notamment de ceux garantis par la [CEDH] »** (point 49).
- 14 Au bilan, **l'arrêt *Achughbabian* n'est pas le big bang de la pénalisation des irréguliers au sein de l'Union européenne.** Un droit répressif sanctionnant l'irrégularité peut être maintenu dans les législations nationales mais seulement en dehors du champ d'application de la directive 2008/115. **Le gouvernement actuel, ou celui qui sera issu des prochaines élections législatives, n'aura donc d'autres choix que de remettre sur le métier une nouvelle réforme du CESEDA pour intégrer cette conception en trois temps du droit pénal des étrangers guidé par le**

droit de l'Union européenne. Il est donc nécessaire, comme cela a constamment été affirmé par la doctrine, de remettre à plat du dispositif de pénalisation des étrangers (v notre entretien au *Dalloz* 2011.1400. V. aussi V. Baudet-Caille, « Les peines d'emprisonnement pour séjour irrégulier dans la tourmente », *Dictionnaire permanent-droit des étrangers*, *Bulletin* n°201, 2011, p.2 et F. Kauff-Gazin, « La directive « retour » au secours des étrangers ? : de quelques ambiguïtés de l'affaire El Dridi du 28 avril 2011 », *Europe*, 2011, étude 7). **On ne peut donc que regretter que les tergiversations des autorités françaises aient retardé l'inéluctable modification des articles L. 621-1 et L.624-1 du CESEDA.** Il appartenait aussi au Conseil constitutionnel, saisi de la modification de l'article L.624-1 par la loi « Besson », de constater la contrariété manifeste – ce qu'il s'est superbement abstenu de faire (Cons. constit., décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 84 – ADL du 13 juin 2011). Il ne pourra se défaire une seconde fois puisque la Cour de cassation lui a récemment transmis **une QPC** (n°2011-217 QPC) **portant sur la constitutionnalité de l'article L.621-1 du CESEDA au regard du principe de nécessité des peines de l'article 8 de la DDHC**, dans une affaire similaire à *Achughbabian* (Cass. 1^{ère} civ., 23 novembre 2011, n°11-40069). Certes, la contrariété partielle de l'article L.621-1 au droit de l'Union européenne n'entraîne pas *ipso facto* une inconstitutionnalité (v. Cons. constit., décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Daoudi* – ADL du 17 décembre 2010 (2)). Mais il n'en demeure pas moins qu'il **serait curieux que le Conseil fasse totalement abstraction de la décision de la Cour de justice pour apprécier la nécessité et la proportionnalité de cette incrimination.** Il pourrait aussi avoir à **se pencher sur l'applicabilité de l'article L.621-1 aux citoyens de l'Union européenne** – question non abordée par la Cour de justice alors même qu'ils sont désormais soumis à un régime plus répressif que celui des ressortissants des pays tiers. Les affaires *El Dridi* et *Achughbabian* n'ont d'ailleurs d'ores et déjà pas été sans incidence sur la QPC puisque moins d'un an auparavant la Cour de cassation avait refusé de transmettre une QPC portant aussi sur la constitutionnalité de l'article L. 621-1 au regard notamment de l'article 8 de la DDHC (Cass. Crim., 5 janvier 2011, K 10-90.117, n°185).

*

- 15 CJUE, Gr. Ch., 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbabian c/ Préfet du Val-de-Marne*, aff. C-329/11 (communiqué de presse n°133 /11)