

GAU: Suite arrêt CSUE 28 avril 2011, impossible de plaquer en
GAU par simple infraction de séjour irrégulier.

COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE
TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE MARSEILLE
06 Rue Joseph Autran ou 65 rue Grignan - 13281 MARSEILLE CEDEX 6

ORDONNANCE SUR SAISINE D'OFFICE
EN COURS DE RETENTION ADMINISTRATIVE

(art. R 552-18 à R 552-20 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile)

Nous, Jean-Yves MARTORAND,
Vice-Président, Juge des Libertés et de la détention au Tribunal de Grande Instance de
Marseille,
statuant dans la salle d'audience sise à proximité immédiate du Centre de Retention
Administrative du Canal, 49-51 Bd Ferdinand de Lesseps 13014 MARSEILLE attribuée au
Ministère de la Justice
assisté de M. KOCHERT, Greffier,

Vu les articles L.552-1 à L.552-6 et R 552-18 à R 552-20 du Code de l'entrée et du séjour des
étrangers et du droit d'asile ;

Attendu que selon l'article R 552-18 de ce Code : *Indépendamment de la mise en œuvre des
dispositions de l'article R. 552-17, le juge des libertés et de la détention peut, à tout moment,
après avoir mis l'autorité administrative en mesure de présenter ses observations, de sa
propre initiative ou à la demande du ministère public, décider la mise en liberté de l'étranger
lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient.*

Or Attendu que le 28 avril 2011 la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a rendu un
Arrêt relatif à la Directive n° 2008/115/CE (dite Directive "Retour ") dans le cadre d'une
demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par la Corte
d'appello di Trento (Italie), qui a dit :

*«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, et notamment son article 8, paragraphe
1, lu en combinaison avec son article 15, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à
la réglementation nationale prévoyant que le non-respect d'un ordre de l'autorité publique
de quitter le territoire national dans un délai fixé constitue un délit puni d'une peine
d'emprisonnement allant jusqu'à quatre ans.» ;*

Qu'en conséquence nous nous sommes saisi d'office en application de l'article R 552-18 du
Code de l'Entrée et du séjour des Etrangers et du droit d'Asile du cas de Monsieur B [REDACTED]
[REDACTED], ressortissant tunisien placé au Centre de Retention Administrative du Canal le
05 mai 2011, qui a été l'objet, le même jour, d'un Arrêté Préfectoral de remise aux autorités
italiennes et avons sollicité les observations préalables de l'autorité administrative ;

ces observations, ainsi que celles de l'étranger concerné ont été données lors de l'audience
publique du 6 mai 2011 à 10h15 :

La personne étrangère déclare : Je suis tunisien. Je ne travaille pas, mais je suis peintre en
bâtiment de profession. Je suis arrivé en France en passant par l'Italie. Je suis arrivé en Italie
à Lampedusa. Je suis venu à Marseille, mais j'ai de la famille à Paris. Sur Marseille, je n'ai
que des amis.

SCD. MARSEILLE.06.05.08.01.B

Monsieur le Préfet, par son représentant : il est anormal d'établir un parallèle entre la façon de faire italienne et française. L'Arrêt de la CJUE reproche aux autorités italiennes de ne pas avoir tenté de mettre à exécution la mesure d'éloignement dont faisait l'objet l'étranger. La Cour de Justice rappelle les objectifs de cette directive sont graduels. Sur la base d'un *considérant* on en déduit que tout un pan entier du code de procédure pénale est incompatible avec cette directive. On ne pourrait donc plus placer en garde à vue une personne en situation irrégulière puisque cette infraction serait dépenalisée. Les policiers plaçant les étrangers en situation irrégulière en garde à vue pour les nécessités de l'enquête. Durant la garde à vue, l'étranger n'a à aucun moment fait l'objet de poursuites pénales par le procureur de la République qui attend la décision de la préfecture. En l'espèce, l'intéressé ne justifie pas d'une entrée régulière sur le territoire national, ce qui est différent du cas d'espèce italien. Nous ne sommes pas dans le cadre d'une décision de retour, mais dans le cadre d'accord d'Etat à Etat de l'espace Schengen. L'intéressé doit être remis aux autorités italiennes. L'arrêt de la CJUE, considérant 52, la Cour précise que les Etats membres sont libres d'adopter des dispositions même pénales. Le séjour irrégulier n'a pas été dépenalisé par cet arrêt. L'objectif de la directive est le traitement digne des étrangers en situation irrégulière en vue d'un retour dans son pays d'origine, et d'harmoniser les dispositions législatives et réglementaires des Etats membres. Les italiens se servent de la prison pour forcer les gens à partir. Ils ne font pas de l'éloignement comme on le fait en France et il est normal que la CJUE dans son arrêt sanctionne l'Etat italien. Notre législation française n'est pas contraire aux dispositions européennes. La décision de l'administration en ce qui concerne notre cas d'espèce, n'est pas la mise en oeuvre de l'éloignement. Je vous demande de ne pas considérer que l'intéressé ne pouvait être placé en garde à vue. L'officier de police judiciaire, qui n'est pas juge et qui dispose d'un dispositif légal lui permettant de mener une enquête qui peut aboutir à des infractions autres que le séjour irrégulier.

La personne étrangère, par ses Avocats, déclare : les arrêts de la CJUE ont vocation à s'appliquer à tous les Etats membres.

On ne peut reprocher à l'administration de faire diligence, mais ce qui inquiète c'est que la procédure de garde à vue sert à faire diligence. La Loi française n'est pas conforme à la directive et les pratiques de l'Administration ne le sont pas davantage. Les décisions de réadmission dont font l'objet tous les tunisiens, font également l'objet d'une décision de retour. La directive que le retour peut concerner le pays d'origine, ou un pays de transit. Un délai de départ volontaire devrait être systématiquement notifié à l'étranger avant de le placer en centre de rétention administrative. En ce qui concerne les tunisiens, les policiers les attendent à la sortie du train, les placent en garde à vue puis en centre de rétention administrative et les renvoient en Italie sans qu'ils aient pu voir le moindre juge.

En ce qui concerne notre client, il ne pouvait pas être placé en garde à vue. Selon la CJUE, quand des directives ne sont pas transposées dans le délai imparti par un Etat membre, les justiciables de cet Etat membre demandent le bénéfice de ces directives devant les tribunaux. Si on ne peut requérir une peine d'emprisonnement à l'encontre d'un étranger en situation irrégulière, ce dernier ne peut donc être placé en garde à vue. Pour la directive, l'I.L.E. ne peut plus être sanctionnée par une peine d'emprisonnement. Notre client est descendu du train. On le place en garde à vue pour infraction à la législation sur les étrangers. Je vous demande donc de dire que l'on ne pouvait placer notre client en garde à vue, donc d'annuler la présente procédure.

La directive dans son article 15 dit que si la rétention n'est pas légale, l'étranger doit être immédiatement relâché. Elle prévoit donc un contrôle judiciaire accéléré. La Constitution prime sur la directive, et on ne vous demande pas d'annuler une décision, mais de constater son illégalité.

SUR QUOI : Nous , Juge des Libertés et de la Détention :

Attendu qu'il est constant que la Directive n° 2008/115/ce du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2008 publiée au JOUE du 24.12.2008 dont le délai de transposition était fixé au 24.12.2010 , n'a pas , à ce jour , été transposée par l'Etat Français ;

Attendu que la CJCE a dit pour droit que l'invocabilité d'une directive est possible "*dans tous les cas où la pleine application de celle-ci n'est pas effectivement assurée, c'est-à-dire non seulement en cas d'absence de transposition ou de transposition incorrecte de cette directive, mais aussi dans le cas où les mesures nationales qui transposent correctement ladite directive ne sont pas appliquées de manière à atteindre le résultat qu'elle vise*" (CJCE, 11 juill. 2002, aff. C-62/00, Marks & Spencer : Rec. CJCE 2002, I, p. 6325, point 27) ;

Qu'il est donc évident que la directive n° 2008/115/CE est directement invocable devant toute juridiction nationale dans les conditions prévues par la jurisprudence , notamment européenne , qui précise que pour être invocables par les justiciables, les dispositions des directives doivent édicter une obligation claire, inconditionnelle et précise, dont le juge national peut tirer les conséquences dans les contentieux dont il est saisi ;

Que lorsqu'une législation nationale existe déjà l'invocabilité de la directive n'emporte naturellement pas cessation des effets de cette législation mais commande au juge de faire primer la directive ;

Attendu en l'espèce que sont en cause les articles 15 et 16 de cette directive ;

Attendu par ailleurs que si l'autorité de chose jugée des décisions du juge communautaire varie, ainsi que le souligne la doctrine , suivant les hypothèses , il apparaît que les arrêts en interprétation [dont un auteur a dit qu'on peut soutenir qu'ils ont "une autorité absolue et relative"¹⁰⁰ (O. Dubos) , absolue, au sens où l'interprétation retenue par le juge communautaire s'impose erga omnes, relative dans la mesure où le juge communautaire n'est pas lié par sa propre décision et peut donc modifier par la suite son interprétation] sont dotés d'une autorité à l'égard de tous les Etats membres ;

Que tel est le cas de l'Arrêt de la CJUE rendu dans l'affaire C -61/11 PPU ;

Attendu que dans cet arrêt interprétatif la CJUE énonce notamment dans les " considérants " 53 et suivants :

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, parant, 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

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.

Que la Cour précise qu'il appartient aux juridictions de laisser inappliquées toutes dispositions contraires ;

Attendu qu'en vertu de cet Arrêt les dispositions du droit français prévoyant une peine d'emprisonnement pour les infractions au séjour sont donc inconvictionnelles et doivent rester inappliquées ;

Attendu en l'espèce que B. [REDACTED] a été interpellé le 05 mai 2011 en gare SNCF Saint Charles à Marseille alors qu'il descendait du train en provenance d'Italie ;

Qu'il a présenté aux services de Police des documents que ces derniers n'ont pas jugé suffisant pour permettre son séjour sur le Territoire National ;

Qu'il a été placé en garde à vue pour " infraction de séjour irrégulier " ;

Attendu que les articles 54 , 63 et 67 du code de procédure pénale permettent , dans le cadre d'une enquête de flagrance le placement en garde à vue d'une personne à l'encontre de laquelle il existe plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction passible d'emprisonnement ;

OR attendu que l'infraction unique reprochée à B. [REDACTED] ne peut , aux termes de l'Arrêt susvisé interprétant le droit européen , être sanctionné par l'emprisonnement ;

Attendu que si , ainsi que l'indique le représentant du préfet , l'inapplicabilité d'un texte n'est pas équivalente à son abrogation , en sorte que les enquêteurs pouvaient le viser dans leur décision de placement en garde à vue , il appartient à l'Autorité Judiciaire , gardienne des libertés , de faire porter effet utile à l'inapplicabilité découlant des principes du droit européen ;

Qu'en l'espèce la sanction de l'emprisonnement n'étant pas encourue , la garde à vue doit être regardée comme irrégulière et par voie de conséquence le placement subséquent en rétention ;

Attendu qu'il résulte des constatations ci-dessus que ces circonstances de droit justifient la mise en liberté de B. [REDACTED] ;

Attendu qu'aux termes des articles R 552-19 et R 552-20 du CESEDA: *L'ordonnance du juge des libertés et de la détention est notifiée sans délai et par tout moyen à l'étranger et à son conseil, au préfet ou, à Paris, au préfet de police ainsi qu'au ministère public.*

L'ordonnance (mentionnée à l'article R. 552-19) est susceptible d'appel devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué, dans les vingt-quatre heures de sa notification, par l'étranger, par le ministère public, par le préfet de département et, à Paris, par le préfet de police. Le délai ainsi prévu est calculé et prorogé

« L'appel n'est pas suspensif. Toutefois, le ministère public peut solliciter du premier président ou de son délégué qu'il déclare son recours suspensif, lorsqu'il lui apparaît que l'intéressé ne dispose pas de garanties de représentation effectives ou en cas de menace grave pour l'ordre public.

« Dans ce cas, l'appel est formé dans un délai de quatre heures à compter de la notification de l'ordonnance au procureur de la République.

« Le ministère public fait notifier la déclaration d'appel, accompagnée de la demande qui se réfère à l'absence de garanties de représentation effectives ou à la menace grave pour l'ordre public, immédiatement et par tout moyen à l'autorité administrative, à l'étranger et, le cas échéant, à son avocat, qui en accuse réception.

« La notification mentionne que des observations en réponse à la demande de déclaration d'appel suspensif peuvent être transmises par tout moyen au secrétariat du premier président ou de son délégué dans un délai de deux heures.

PAR CES MOTIFS

DECIDONS la mise en liberté de M. B. [REDACTED]

LUI RAPPELONS son obligation de quitter le Territoire et que le défaut de respect des obligations d'assignation à résidence, est passible, suivant le premier alinéa de L.624-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, d'une peine de trois ans d'emprisonnement.

AVISONS cette personne de ce que la présente décision est susceptible, dans les 24 heures, de la notification qui lui est faite d'un appel non suspensif dont les modalités lui ont été également expliquées, la même faculté appartenant à Monsieur le Préfet demandeur et à Monsieur le Procureur de la République près ce Tribunal ;

LUI INDIQUONS en outre que Monsieur le Procureur de la République a seul la possibilité, dans un délai de quatre heures à compter de la notification de demander la suspension de l'exécution de la présente ordonnance et, à cette fin, de la maintenir à la disposition de la justice pendant ce délai et jusqu'à décision de Monsieur le Premier Président ou si Celui-ci donne un effet suspensif à l'appel du ministère public, jusqu'à ce qu'il soit statué sur le fond ;

FAIT AMARSEILLE,

en audience publique, le 06 Mai 2011 à 14h36

Le Greffier

Le Juge des Libertés et de la détention

reçu notification
l'intéressé