

Droit pénal de la police des étrangers

Marion Lacaze

Maître de conférences à l'Université de Bordeaux (ISJ – EA 4633)

1. Alors qu'une nouvelle rédaction de la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile était attendue avant la fin du mois de septembre 2020, la crise sanitaire a conduit à l'allongement du délai imparti au gouvernement pour adopter les modifications envisagées par voie d'ordonnance et celle-ci n'est à ce jour pas encore connue¹. L'actualité des derniers mois n'en a pas moins été riche, même en laissant de côté les dispositions temporaires justifiées par la crise sanitaire, qui intéressent essentiellement des aspects purement administratifs du droit des étrangers². Interrompu par la crise sanitaire, le mouvement dit de « *défense massive* », mise en œuvre dans certains barreaux pour protester contre la réforme du régime de retraite des avocats, semble par ailleurs avoir conduit à une augmentation sensible des décisions de remise en liberté dans certaines juridictions. Si ses effets sont difficiles à documenter, il semble toutefois acquis que le mouvement a mis en lumière la désorganisation qu'entraîne une contestation minutieuse de la procédure devant le JLD³. En raison de l'articulation particulière des compétences que connaît le contentieux de la reconduite à la frontière, c'est en effet ce magistrat de l'ordre judiciaire qui doit, en principe, contrôler la privation de liberté que constitue la rétention. C'est dans le cadre de ce contrôle qu'intervient celui de la procédure antérieure (II), sur lequel nous reviendrons après avoir observé que la spécificité de l'objet de protection des dispositions pénales relatives à la police des étrangers a continué à s'exprimer en droit pénal de fond, plusieurs arrêts conduisant à

¹ V. art. 52 de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, habilitant le Gouvernement à adopter différentes mesures par voie d'ordonnance dans un délai de 24 mois et art. 14 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, prorogeant ce délai de quatre mois. Si l'ordonnance attendue n'a pas été publiée à ce jour, la perspective d'une réforme prochaine de la matière demeure, et devrait dépasser ce qui ne devrait être qu'une recodification à droit constant. Le Conseil d'État a, en effet, récemment rendu le rapport que lui avait commandé le Premier ministre à l'été 2019 ; rapport qui contient vingt propositions ayant pour but de simplifier un droit des étrangers dont les procédures sont qualifiées « *d'excessivement complexes, partiellement inadaptées et inutilement répétées* » ; v. Conseil d'État, *Étude à la demande du Premier ministre* ; *Daloz Actualité*, 28 septembre 2020, obs. P. Januel. Soulignons qu'une réforme est également en cours au niveau européen ; v. COM(2020)613/1, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil *visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile* et COM(2020)612/1, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil *établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures et modifiant les règlements (CE) n° 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 et (UE) 2019/817*.

² V. Ordonnance n° 2020-328 du 25 mars 2020 *portant prolongation de la durée de validité des documents de séjour* ; art. 24 de l'Ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 *portant diverses mesures prises pour faire face à l'épidémie de covid-19* ; art. 1 de l'Ordonnance n° 2020-558 du 13 mai 2020 *modifiant l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif*. V. not. L. Boinnard, « Etrangers en situation irrégulière et crise sanitaire », *RDLF* 2020, chron. N°45.

³ Les mêmes causes ont produit les mêmes effets en matière pénale, dans le cadre de comparutions immédiates ; v. not. J. Mucchielli, *Daloz Actualité*, 13 janvier 2020.

questionner de nouveau les conséquences du caractère « purement sanctionnateur » de ce droit pénal particulier (I).

I. Police des étrangers et droit pénal de fond

2. Au cours des derniers mois, de nouvelles décisions sont intervenues sur la question du domaine de l'immunité attachée au délit d'aide au séjour des étrangers (B), mais une décision relative aux conséquences de l'octroi de la qualité de réfugié sur l'incrimination de la soustraction à une obligation de quitter le territoire mérite également d'être signalée (A).

A. Maintien irrégulier sur le territoire et qualité de réfugié

Cass. crim., 11 mars 2020, pourvoi n°19-81541

3. L'affaire jugée le 11 mars 2020 par la Cour de cassation aurait pu être l'occasion d'une clarification attendue sur la possibilité de condamner un étranger à une peine d'emprisonnement an raison d'un refus d'embarquer⁴. En l'espèce, en effet, un étranger avait été condamné, en première instance et en appel le 23 janvier 2019, pour s'être soustrait à un arrêté de reconduite à la frontière en date du 14 avril 2017, en provoquant, le 3 mai 2018, un incident dans l'avion qui devait le reconduire en Guinée. Les cris et la résistance physique opposée à son embarquement, expression de sa peur d'être persécuté en raison de son homosexualité et de menaces de morts qu'il aurait reçues dans son pays, avait en effet conduit le chef de bord à juger son attitude incompatible avec son transport. Ce n'est cependant pas sur le terrain de la conformité de l'incrimination de l'article L. 624-1-1 du CESEDA à la « directive retour » que se situait le pourvoi formé par le prévenu. Celui-ci invoquait en effet la violation des articles 33 de la Convention de Genève⁵, L721-2 et L.511-1 du CESEDA, et critiquait l'absence de réponse à la demande de renvoi formulée dans l'attente de l'étude de sa demande de réexamen de sa demande d'asile. Cette branche du pourvoi n'apparaît toutefois qu'à titre subsidiaire, une décision de le l'OFPRA en date du 2 juillet 2019 ayant été versée au dossier, et permettant, à titre principal, de défendre que celle-ci avait fait perdre son fondement légal à l'arrêté de reconduite à la frontière en reconnaissant à l'intéressé le statut de réfugié.

4. Comme le relève fort justement un auteur, la discussion ne porte pas ici sur les conséquences d'une éventuelle illégalité de l'arrêté de reconduite à la frontière constituant le fondement aux poursuites pénales, et que le juge pénal aurait pu se trouver amené à apprécier en application de l'article 111-5 du code pénal⁶. L'acte administratif en cause, en effet, apparaissait comme « valide » au moment où il a été adopté, et le pourvoi ne prétendait d'ailleurs pas le contraire, sa deuxième branche n'étant relative qu'au refus du renvoi de l'affaire, qui fait écho à la condition d'une décision définitive de refus de la qualité de réfugié

⁴ Sur cette question et la probable contrariété de l'hypothèse au droit de l'Union européenne, v. cette chronique, *Revue pénit.* 3/2018, n°20, p. 692.

⁵ V. Décret n°54-1055 du 14 octobre 1954 portant publication de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés.

⁶ V. J.-H. Robert, *Droit pénal* n°5, mai 2020, comm. 97 ;

pour qu'une OQTF puisse être prononcée⁷. La question portait alors uniquement sur la nature, déclarative ou constitutive, de l'octroi de la qualité de réfugié. Si la décision de l'OFRPA (ou de la CNDA selon les hypothèses) est reconnue, en effet, la personne se trouve rétroactivement protégée de tout éloignement, quand bien même une OQTF aurait été prononcée antérieurement. La qualité de réfugié étant « *réputée lui appartenir depuis le jour de son arrivée en France* », la chambre criminelle peut justement en déduire qu'elle enlève toute base légale à la poursuite du chef de soustraction à un arrêté de reconduite à la frontière. Logique, la solution nous paraît tout à fait conforme aux fondements et à la nature même de l'asile conventionnel. Il faut alors certainement se réjouir que la Cour de cassation n'ait pas cédé à une conception purement « sanctionnatrice » du droit pénal, qui aurait pu la conduire à punir le non-respect d'une obligation imposée par la loi sous la menace d'une sanction pénale. Dès lors que l'arrêté n'a été ni abrogé, ni annulé, ni jugé illégal dans le cadre de l'exception d'illégalité de l'article 111-5, l'infraction pouvait en effet apparaître comme formellement constituée. Fort heureusement, la Chambre criminelle n'a pas suivi ce chemin et a refusé de tomber dans une conception du droit pénal qui ne serait que la sanction d'un devoir d'obéissance⁸.

Cette dimension sanctionnatrice du droit pénal en droit des étrangers est cependant de nouveau au cœur des débats s'agissant de l'immunité humanitaire applicable au délit d'aide au séjour des étrangers en situation irrégulière.

B. Aide au séjour et des étrangers et immunité humanitaire

5. Le domaine, les conditions et la nature juridique de l'« exemption » fondée sur le but humanitaire de l'aide à l'entrée, à la circulation, ou au séjour des étrangers en situation irrégulière font, depuis longtemps, l'objet d'importantes discussions. Celles-ci ont été particulièrement vives depuis la consécration, à l'occasion d'une QPC soulevée par un désormais célèbre agriculteur de la vallée de la Roya, de la fraternité comme principe à valeur constitutionnelle. Principe dont « *découle (...) la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* »⁹. Tout en étendant par ailleurs le domaine d'application de l'article L.622-4, 3° du CESEDA, la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 avait en effet posé l'exigence que l'aide soit « *apportée dans un but exclusivement humanitaire* ». Quoique les travaux parlementaires n'aient invoqué qu'une volonté d'adaptation à la jurisprudence constitutionnelle, la nouvelle rédaction du texte pouvait laisser

⁷ Art. L. 511-1, 6 du CESEDA. Cela est cohérent avec la présomption de persécution attachée à la situation des demandeurs d'asile, qui leur confère un droit au séjour pendant la durée de la procédure d'examen de leur demande de protection. V. V. Tchen, *Droit des étrangers*, LexisNexis, 2020, n°1431. Notons qu'il était ici question d'une demande de réexamen, et non d'un recours contre la première décision de refus, que l'on peut alors supposer définitive au moment de la décision préfectorale.

⁸ Quoique la question ne soit pas identique, la motivation de l'exclusion de la rétroactivité *in mitius* en cas de levée postérieure des restrictions au marché du travail aurait pu inspirer une position contraire à la position favorable retenue. Il aurait en effet pu être avancé que cette dernière pourrait « [avoir] pour conséquence d'encourager » la soustraction aux décisions relatives au contrôle du phénomène migratoire ; rappr. Cass. Crim., 7 juin 2017, n°15-87214.

⁹ Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018. Sur cette décision, la situation antérieure, et la réécriture de l'article L.622-4 du CESEDA par la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, v. not. *Revue pénit.* 3/2018, n°24 et s. et les références citées. ; v. ég. M. Lassale, « Le but *exclusivement* humanitaire dans l'aide aux étrangers en situation irrégulière », *Dalloz* 2020, p. 1284

craindre une consécration d'une position prétorienne antérieure, notamment retenue par la Cour d'appel d'Aix en Provence, considérant le but humanitaire comme incompatible avec une action militante. Tout en affirmant « l'application immédiate » de la rédaction nouvelle « dès lors qu'elle élargit les immunités », la décision rendue le 12 décembre 2018 par la Cour de cassation n'apportait pas d'éclairage sur cette épineuse question, pour se contenter d'annuler la condamnation prononcée pour aide au séjour des étrangers et de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel de Lyon¹⁰. Celle-ci s'est prononcée le 13 mai 2020, dans une décision qui méritera d'être évoquée parmi les suites (2) de l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 26 février 2020 dans une autre affaire, et qui définit les contours actuels de l'immunité humanitaire (1).

1) Précisions des conditions positives et négatives de l'immunité humanitaire

Cass. Crim., 26 février 2020, n°19-81561

6. L'arrêt du 26 février 2020 est relatif à des faits non contestés d'aide à la circulation et au séjour d'étrangers en situation irrégulière réalisés sans contrepartie financière, faits pour lesquels la Cour d'appel d'Aix en Provence avait prononcé une condamnation sur le fondement de l'article L622-1 du CESEDA le 16 janvier 2019¹¹. Celle-ci soulignait que le prévenu avait reconnu ignorer l'éventuelle situation de détresse des personnes qu'il avait aidées, que ses déclarations invoquant une action à titre purement personnel étaient démenties par l'enquête et, notamment par son appartenance notoire à une association d'assistance aux personnes étrangères en situation irrégulière, et, enfin, que le comportement n'avait pas été réalisé dans un but exclusivement humanitaire mais dans une « démarche d'action militante dépourvue de spontanéité et visant à soustraire ces personnes aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration ». Le pourvoi, invoquant une contradiction de motifs et reprochant à la Cour d'appel d'avoir ajouté à l'exemption des conditions non prévues par la loi, est accueilli par la Cour de cassation, qui casse et annule la décision attaquée au terme d'un raisonnement en trois temps qui condamne l'ajout de conditions non prévues par l'article L. 622-4,3°, mais dégage néanmoins un motif d'exclusion de l'immunité, en l'espèce non établi.

7. **Absence d'exigence d'une situation de détresse de l'étranger.** S'agissant du motif de la décision attaquée relatif à la situation de détresse de l'étranger qui bénéficie de l'assistance litigieuse, la Cour de cassation se contente d'affirmer qu'une telle situation « n'est pas un élément visé par l'article L. 622-4,3° ». Cela ne peut qu'être approuvé dès lors que l'affaire est examinée sur le fondement des dispositions modifiées par la loi du 10 septembre 2018, ce qui résulte de l'application immédiate de la loi nouvelle plus douce¹² qu'avait pourtant bien intégrée l'arrêt attaqué. L'absence de connaissance de la situation de détresse des étrangers apparaît alors comme un vestige des conditions de l'immunité dans la version du texte antérieure à la réforme issue de la loi...31 décembre 2012¹³. Plus intéressante est la réfutation de l'exclusion d'une action militante.

¹⁰ Cass. crim., 12 décembre 2018, 17-85.736, Publié au bulletin ; v. not. *Revue pénit.* 3/2019 et les références citées.

¹¹ CA d'Aix en Provence, ch. 5-4, 16 janvier 2019, n°17/04553, *Jurisdata* n°2019-013390.

¹² V. Cass. crim., 12 décembre 2018, 17-85.736, préc.

¹³ 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, substituant la condition des prestations

8. Absence d'exclusion de l'action non spontanée et militante au sein d'une association. S'agissant de la question plus épineuse de la compatibilité du but défini par la loi avec une démarche militante et associative, la Cour de cassation apporte enfin une réponse claire quoique sans doute trop péremptoire au regard de la lettre du texte. Elle affirme en effet « *qu'il ne résulte nullement de ces dispositions légales que la protection dont bénéficient les auteurs d'actes accomplis dans un but exclusivement humanitaire soit limité aux actions purement individuelles et personnelles et qu'en soit exclue une action non spontanée et militante exercée au sein d'une association* ». Il nous semble en effet que la dimension militante et associative n'est pas de nature à ôter à l'action son but humanitaire, les deux dimensions n'étant certainement pas incompatibles. Il est ainsi heureux que la Chambre criminelle ait clairement écarté l'exigence, non prévue par la loi, d'une action spontanée qu'exclurait le cadre associatif de l'aide apportée¹⁴. Peut-être pourrait-on cependant reprocher à la Cour de cassation de ne pas tirer toutes les conséquences de l'exigence légale d'un but « *exclusivement* » humanitaire. La solution nous paraît pourtant devoir être approuvée dès lors que l'esprit du texte est ambigu sur ce point¹⁵, et que la position contraire aurait certainement heurté la jurisprudence constitutionnelle en limitant le bénéfice de l'immunité humanitaire. Elle paraîtrait en effet excessivement réductrice au regard de la portée conférée par les Sages au principe de fraternité qui fonde l'immunité¹⁶, d'autant qu'aucune condition d'exclusivité du but poursuivi n'est mentionnée par le Conseil dans la conciliation qu'il opère avec l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre l'immigration irrégulière.

9. Érection d'un mobile exclusif de l'immunité humanitaire. Bien que la décision de condamnation soit cassée, il faut souligner que cette cassation s'accompagne d'un renvoi, et que le reproche formulé à la cour d'appel sur ce point est de s'être « *abstenue de caractériser [le] mobile* » consistant à rechercher à « *soustraire sciemment des personnes étrangères aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration* ». Ce faisant, la Cour de cassation, loin de désavouer le recours à cet argument par la décision contestée, consacre au contraire la possibilité d'écarter¹⁷ l'exemption prévue par l'article L. 622-4,3° lorsque peut être caractérisé un tel mobile. Le « *but* » de faire échec aux mesures mises en œuvre dans le cadre du contrôle du phénomène migratoire apparaît alors comme une limite

« *destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger* » à celle d'une aide nécessaire à la sauvegarde de la personne « *face à un danger actuel ou imminent* ». V. dans le même sens, A. Stephan, *Lexbase Hebdo éd. Publique*, n°578, 19 mars 2020 et M. Recotillet, *Dalloz Actualité*, 11 mars 2020. Un auteur estime toutefois que cette condition peut être rapprochée de celle relative au caractère humanitaire du comportement, le « *secours* » étant superflu en l'absence de situation de détresse ; v. J.-H. Robert, *Droit pénal*, avril 2020, comm. 77.

¹⁴ On se souvient que le Conseil constitutionnel s'est montré protecteur des associations d'aide aux étrangers en censurant une loi qui entendait inclure ce délit dans la liste des infractions susceptibles d'être qualifiées de terroristes. De façon plus ambivalente au regard des conséquences de sa position, il avait également exclu que le bénéfice de l'immunité humanitaire puisse être réservé « *associations à but non lucratif à vocation humanitaire, dont la liste est fixée par arrêté du ministre de l'intérieur* », ce qui méconnaîtrait l'étendue de la compétence du législateur et constituerait une atteinte au principe de légalité criminelle. V. respectivement : Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 et Décision n°98-399 DC du 5 mai 1998.

¹⁵V. *Revue pénit.* 3/2018, n°35, p. 702 et s.

¹⁶ Rappelons-nous qu'il « *découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire* » ; Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, §8.

¹⁷ Soulignons que ce n'est là qu'une possibilité, l'exclusion n'étant pas systématique ; v. M. Lassale, préc. ; J.-H. Robert, comm. 77 préc. ; A. Stephan, préc.

prétorienne possible à l'admission de l'immunité, et donc comme un tempérament important à l'interprétation favorable retenue quant à l'exigence d'un but « *exclusivement humanitaire* ».

L'érection de cette cause d'exclusion de l'immunité s'inscrit parfaitement dans l'équilibre dégagé par le Conseil constitutionnel, et dans la logique « *sanctionnatrice* » qui caractérise le droit pénal de la police des étrangers. On pourrait en effet être tenté de rapprocher ce mobile du critère qui a conduit les Sages à exclure l'aide à l'entrée irrégulière du bénéfice de l'immunité : celui de « *faire naître une situation illicite*¹⁸ ». Bien que l'aide au séjour et à la circulation n'ait pas cette conséquence, et que cette différence constitue la justification d'un traitement différencié des hypothèses dans la jurisprudence constitutionnelle, les deux exclusions nous paraissent pouvoir être rapprochées en ce qu'elles mettent au premier plan l'opposition à la loi, loi participant de l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Lorsque le comportement fait naître une situation contraire au Droit, ou lorsqu'il poursuit le but d'une opposition à la loi, il ne doit plus être couvert par sa dimension humanitaire. L'acte fraternel, en quelques sortes, ne peut être le moyen d'une lutte contre la politique migratoire.

La délimitation opérée par la Cour de cassation pourrait ainsi paraître équilibrée, et conforme à l'esprit des décisions du Conseil constitutionnel. En plus de son assise légale incertaine, deux réserves pourraient cependant être apportées en raison de la nature subjective de la limite instituée. La première tient aux difficultés probatoires inhérentes à la caractérisation d'un mobile. Autant le « *but humanitaire* » de l'action paraît-il pouvoir être assez facilement déduit de l'acte reproché lui-même, autant la caractérisation d'une opposition subjective à la norme paraît-elle beaucoup plus incertaine. On pourrait alors craindre que la frontière érigée par la Cour de cassation entre admission d'une action militante et exclusion d'une action « subversive » ne soit, en pratique, difficile à identifier et source de positions prétorienne diverses. La seconde réserve tient à l'absence de limite posée à l'effet exclusif de la caractérisation d'un tel état d'esprit. S'il a bien été rappelé que la situation de détresse de l'étranger n'est plus une condition de l'immunité, il demeure que celle-ci peut exister en pratique. Faudra-t-il, alors, réprimer celui qui apporterait une aide véritablement nécessaire à la sauvegarde de la personne de l'étranger pour de « *mauvaises raisons* » ? Au regard de la position exprimée par la Cour de cassation, la réponse semble devoir être positive. Si l'on peut en effet retrouver le critère légal dans l'hypothèse où l'aide ne serait qu'un moyen de contrer la politique migratoire, il semble que, plus largement, un tel mobile puisse faire obstacle à l'admission de l'immunité dans les cas où coexisteraient une volonté d'aider autrui et celle de s'opposer aux contrôles mis en œuvre pour lutter contre l'immigration irrégulière¹⁹. Il faudrait cependant sans doute réserver l'hypothèse, envisagée par le Conseil constitutionnel au sujet de l'aide à l'entrée irrégulière, où les conditions de l'état de nécessité puissent être réunies²⁰, et la justification du comportement reposer alors sur un fondement objectif. S'il faut bien, en matière de justification, un comportement intentionnel, le mobile nous semble devoir y être, comme de principe, indifférent.

¹⁸ Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, §12 et Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, §107.

¹⁹ V. en ce sens, estimant que l'interprétation stricte du texte devrait conduire à « *écarter le bénéfice du fait justificatif lorsque le prévenu est animé à la fois par la pitié et le plaisir de berner l'autorité* » ; v. J.-H. Robert, comm. 77 préc.

²⁰ Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, §107.

2) Illustration d'une exclusion de la répression d'actes d'aide aux étrangers

Cour d'appel de Lyon, 7^{ème} ch. corr., 13 mai 2020, n°19/02231

10. L'arrêt rendu le 13 mai 2020 par la Cour d'appel de Lyon²¹ mérite d'être signalé pour constituer, sinon l'épilogue²², du moins une importante décision dans la longue série de celles relatives au célèbre agriculteur de la vallée de la Roya. On se souvient en effet que, si la Cour de cassation avait bien annulé la condamnation prononcée sous l'empire de la loi ancienne le 12 décembre 2018²³, elle avait renvoyé l'affaire afin que ladite cour d'appel examine la possibilité de retenir l'immunité humanitaire pour le délit d'aide à l'entrée et au séjour des étrangers, et quelle se prononce sur la peine, au regard de ce délit s'il devait donner lieu à une déclaration de culpabilité, et dans tous les cas du délit d'installation en réunion sur le terrain d'autrui. S'agissant de cette dernière qualification, en effet, la condamnation est depuis longtemps devenue définitive puisqu'elle n'avait pas été contestée dans le pourvoi qui avait frappé l'arrêt rendu le 8 août 2017 par la Cour d'appel d'Aix en Provence et donné lieu à la décision QPC du 6 juillet 2018 et à l'arrêt précité de la Chambre criminelle.

11. **Aide à l'entrée irrégulière.** Quant aux faits reprochés d'aide à l'entrée irrégulière, la Cour d'appel conclut à l'insuffisance des éléments réunis par l'enquête pour prouver que le prévenu avait sciemment, directement ou indirectement, facilité l'entrée d'étrangers en France. « *Aucune constatation matérielle des faits n'est versée à la procédure* », « *aucune des personnes entendues n'en a été le témoin* », et les auditions du prévenu ne permettent pas d'établir le statut des personnes qu'il reconnaît avoir aidées (migrants ou réfugiés, mineurs ou non) ni sa connaissance de celui-ci. Le doute profite donc sur ce point au prévenu²⁴.

12. **Aide au séjour irrégulier.** Plus intéressante est la motivation de l'arrêt sur les faits d'aide au séjour des étrangers. La même incertitude étant relevée quant à l'irrégularité de la situation administrative des étrangers, la Cour souligne par ailleurs l'absence de contrepartie -exclusive de l'immunité- à l'aide apportée. Elle prend ensuite soin de caractériser positivement l'exclusivité du but humanitaire en précisant que « *le devoir de fraternité s'est exercé ici en première et toute urgence sans recherche de bénéfices secondaires quelconques et que le but exclusivement humanitaire* » et ajoute que celui-ci « *ne prive pas ses auteurs de la liberté constitutionnelle de penser et exprimer ses opinions* ». Si l'affirmation rejoint certainement la position exprimée le 26 février 2020 par la Chambre criminelle, la Cour d'appel invoque explicitement le fondement constitutionnel supplémentaire de la liberté d'expression et

²¹ Décision accessible sur le site *Juris éditions*, rubrique *Actualités*, 3 juillet 2020 ; [http://www.juriseditions.fr/actualite/actualite_solidarite_humanite_fraternite_2746.htm].

²² Le Parquet général de Lyon a, en effet, aussitôt fait savoir qu'il formait un pourvoi en cassation contre la décision de relaxe ici présentée (v. france3-regions.francetvinfo, 28 mai 2020). Notons que, dans une autre affaire médiatisée dans laquelle une militante associative avait été relaxée, faute de preuve du franchissement de la frontière et de l'intention délictuelle requise, le parquet d'Aix en Provence s'était tardivement désisté de son appel à quelques jours de l'audience prévue au mois de juillet 2020 ; v. TGI de Nice, 13 juillet 2018, n°2124/2018, accessible sur le site du GISTI, [https://www.gisti.org/IMG/pdf/jur_tgi-nice_2018-07-13_17300000114.pdf] ; www.amnesty.fr, 13 juillet 2020.

²³ V. *Revue pénit.* 3/2019, préc., n°13.

²⁴ Comp. Cass. crim., 20 février 2019, pourvoi n° 18-80.784 ; *Revue pénit.* 3/2019.

d'opinion pour justifier la relaxe prononcée²⁵. On notera qu'aucune référence n'est faite à un possible mobile exclusif de l'exemption, ce qui peut ne pas surprendre si l'on s'en tient à la lettre du texte²⁶.

13. Occupation illicite du terrain d'autrui- dispense de peine. Enfin, s'agissant de la répression, qui ne concerne donc que le délit d'occupation illicite du terrain d'autrui, la Cour prend soin de caractériser les éléments légaux requis²⁷ pour prononcer une dispense de peine. En l'espèce, en effet, est soulignée l'absence de dégradation constatée et la cessation des agissements dès l'intervention des forces de l'ordre, ce qui lui permet de conclure que le dommage est réparé et que le trouble a cessé depuis 2016. Le « *reclassement* » du prévenu est également affirmé, ce qui doit certainement être rapproché du contexte des faits reprochés. La décision rappelle en effet qu'ils « *se sont inscrits dans un mouvement humanitaire de solidarité à l'égard de personnes le plus souvent mineures, fragiles et en proie à de grandes difficultés sociales* ». Si la Cour ne pouvait pas revenir sur le caractère définitif de la déclaration de culpabilité, et ne pouvait donc pas se prononcer sur la caractérisation de l'infraction ou son éventuelle justification, on reconnaît cependant aisément, dans cette motivation de l'individualisation de la sanction, des éléments communs à l'immunité humanitaire.

14. Possible extension des critères retenus. S'il faudra attendre pour connaître la position de la Cour de cassation sur le pourvoi annoncé, la décision de la Cour d'appel de Lyon, avec celles d'autres juridictions de fond, laisse à penser qu'une extension de l'immunité humanitaire à d'autres délits que celui d'aide au séjour irrégulier *stricto sensu* n'est pas exclue sur le fondement du principe de fraternité, et montre en toute hypothèse que l'individualisation de la peine permet d'en étendre l'esprit pour des faits non dommageables. Sans doute pourrait-on cependant retrouver ici une exclusion des comportements témoignant d'une hostilité à la loi elle-même, certainement incompatible avec le critère relatif au reclassement du condamné.

Peut-être l'immunité pourrait-elle toutefois être étendue aux autres sources d'incrimination des comportements poursuivant un but humanitaire, telles que l'arrêté médiatisé du préfet du Pas de Calais interdisant temporairement la distribution de repas gratuits aux migrants par des associations non agréées, dans certaines zones, pour des motifs sanitaires²⁸. Si le recours en référé porté devant les juridictions administratives par des associations a été rejeté²⁹, il ne nous semble pas exclu qu'un examen au fond puisse conduire à une appréciation sinon différente, toutefois véritablement motivée quant à la conformité de l'interdiction au principe de fraternité. Il sera en outre intéressant de confronter la position des juridictions administratives avec celle que pourront mener les juridictions pénales qui seraient

²⁵ L'arrêt rejoint ainsi l'opinion d'un auteur, qui voit dans ces libertés constitutionnelles une meilleure justification de la décision du 26 février 2020 que « *l'argument d'exégèse* » retenu ; v. J.-H. Robert, comm. 77 préc.

²⁶ Rappelons à cet égard que la Cour de cassation ne prévoit que la possibilité qu'un tel mobile exclue l'immunité ; v. *supra*.

²⁷ Soulignons que la Cour de cassation a récemment rappelé la nécessité de justifier de la réunion de ces conditions ; v. Cass. crim., 8 septembre 2020, n° 20-80.469 et n°20-81.495, inédits.

²⁸ Arrêté CAB-BRS du 10 septembre 2020 *portant interdiction de distribution de denrées en certains lieux du centre-ville de Calais en prévention de risques sanitaires et des risques liés à la salubrité publique*, art. 1.

²⁹ CE, ord. n°444793, 25 septembre 2020. Notons que la motivation de la décision repose uniquement sur l'absence d'urgence à ordonner la suspension de l'arrêté préfectoral et qu'elle ne se prononce pas sur le caractère nécessaire et proportionné de l'interdiction.

amenées à se prononcer sur la légalité de l'arrêté dans le cadre des poursuites pénales qui semblent avoir été engagées contre certains militants associatifs³⁰.

II. Police des étrangers et procédures

15. En dehors des hypothèses où la reconduite à la frontière résulte « *de plein droit* » d'une peine d'interdiction du territoire prononcée par le juge pénal³¹, la procédure de reconduite à la frontière des étrangers est absolument dépourvue de caractère répressif. L'irrégularité de la situation administrative de l'étranger n'est plus, en effet, systématiquement constitutive d'une infraction pénale³². Si le CESEDA connaît des dispositions particulières pour les étrangers ayant fait l'objet d'une condamnation pénale, et prévoit ainsi notamment la possibilité d'une assignation à résidence sans limite de durée lorsque l'éloignement ne peut être réalisé³³, le fondement comme la finalité des mesures coercitives auxquelles peut être soumis l'étranger dans le cadre de la régulation du phénomène migratoire sont dépourvus de caractère punitif. Le législateur prend ainsi bien soin de souligner l'absence de caractère pénal de ces mesures, précisant en particulier que la privation de liberté que constitue le placement en rétention ne peut avoir lieu que « *dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire* », à l'égard de « *l'étranger qui ne présente pas de garanties de représentation effectives* » ou, s'agissant des demandeurs d'asile, « *pour prévenir un risque non négligeable de fuite* »³⁴. La Cour européenne a d'ailleurs clairement rappelé que la rétention ne se justifie que pour autant qu'il existe un espoir réaliste d'éloignement de l'étranger, celle-ci devenant contraire à l'article 5§1 de la Convention si elle se poursuit alors qu'il est apparu avec évidence qu'aucun pays sûr n'était susceptible d'accueillir la personne³⁵. L'absence de caractère répressif de la rétention mériterait certainement d'être précisément interrogée au regard de l'appréciation de cette condition, en particulier pendant l'état d'urgence sanitaire³⁶, et de l'allongement constant des durées

³⁰ Outre la question de la conciliation entre la préservation de la santé publique et le principe de fraternité, l'arrêté évoqué nous semble soulever un sérieux problème de légalité dès lors qu'il mentionne seulement, s'agissant de la sanction encourue, que « *les infractions au présent arrêté seront poursuivies conformément aux lois et règlements en vigueur* » (art.3), la pénalité ne semblant alors pouvoir déduite que du visa, parmi de nombreux autres textes qui n'incluent pas l'art. L3136-1 du Code de la santé publique, de la loi n°2020-859 du 9 juillet 2020, « *notamment l'art. 1* ». Les exigences posées par la Cour européenne dans son récent avis relatif aux incriminations par référence semblent alors très loin d'être remplies ; v. CEDH, gr. Ch., 29 mai 2020, avis consultatif demandé par la Cour constitutionnelle arménienne (n°P16-2019-001).

³¹ Art. 131-30 du code pénal.

³² V. *Revue pénit.* 3/2018, préc. n°7 et s.

³³ Art. L561-1, 5° du CESEDA, jugé conforme à la Constitution, v. Décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017, M. Kamel D. [Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion].

³⁴ Art. L551-1 du CESEDA, renvoyant à l'art. L561-2. Le placement en rétention apparaît alors dans les textes comme l'exception. En pratique, cependant, on comptait 53 273 placements en 2019, contre 43 756 en 2012 et 45 851 en 2018 alors que, pour cette même année 2018, seulement 18 302 assignations à résidence avaient été prononcées, marquant cependant une forte augmentation (8 781 en 2017, 904 en 2012). V. Cimade *et al.* *Rapport annuel 2019 relatif aux centres et locaux de rétention administrative* et *Rapport au nom de la commission des finances*, AN, 5 juin 2019, annexe n°28.

³⁵ CEDH, 4^{ème} s., 25 juin 2019, n°10112/16, *Al Husin c/ Bosnia and Herzegovina*, §98 ; E. Destombes, *Journal d'Actualité des Droits Européens*, 2019, n°21.

³⁶ V. notamment l'ordonnance du Conseil d'Etat rejetant le référé liberté demandant la fermeture des centres de rétention, au plus dur de la crise sanitaire, au motif que l'autorité administrative avait récemment pu procéder à des éloignements en dépit des restrictions mises en place par de nombreux Etats à l'entrée sur leur territoire et de la très forte diminution du trafic aérien ; CE, réf, 27 mars 2020, n°439720 ; v. ég. les observations qu'avait formulées

maximale et moyennes de la rétention, alors même que les statistiques continuent de montrer que l'immense majorité des éloignements qui aboutissent sont réalisés dans les premiers jours de la privation de liberté³⁷.

16. L'objet et le format contraint de cette chronique nous conduit cependant à privilégier l'étude d'une décision récente, qui nous paraît mériter une attention particulière et qui est plus directement liée au droit pénal pour être relative au contrôle qu'exerce le juge des libertés et de la détention sur les actes antérieurs de la procédure (A), et qui concerne l'importante question des contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République (B).

A. Brefs rappels sur la compétence du JLD sur le contrôle de la procédure antérieure à la rétention

17. À moins que la rétention administrative ne succède à une peine privative de liberté³⁸, la plupart des étrangers placés en rétention ont fait l'objet d'une interpellation dans le cadre d'un contrôle de police sur la voie publique, dans une gare, à la frontière ou au guichet de la préfecture³⁹. Si les éléments statistiques en notre possession ne permettent pas de distinguer les contrôles d'identité de police judiciaire de ceux de police administrative ou de ceux, catégorie hybride, dits « Schengen », ces différents contrôles ont en commun d'être difficilement contestables lorsque ne leur succèdent pas des poursuites pénales. Un recours indemnitaire est, certes, toujours possible dans l'hypothèse où ils revêtiraient un caractère discriminatoire, mais la preuve est difficile⁴⁰, et l'exercice d'un tel recours paraît assez largement théorique une fois l'éloignement de l'étranger réalisé. Mais la discrimination n'est pas le seul motif possible d'irrégularité et il reste que, quand le contrôle d'identité ne débouche pas sur une procédure de nature pénale mais uniquement sur la mise en œuvre de l'éloignement de l'étranger, il n'est alors pas possible d'en invoquer la nullité devant le juge pénal. Depuis longtemps, toutefois, le Juge des libertés et de la détention s'est reconnu compétent pour apprécier la légalité de la procédure antérieure au placement en rétention de

le Défenseur des droits, n°2020-082, le 25 mars 2020 et la recommandation réitérée de fermer les centres de rétention dans son communiqué de presse du 18 avril 2020. Des remises en liberté ont cependant pu être prononcées par le JLD dans le cadre de son contrôle des mesures individuelles ; v. not. « Coronavirus : une majorité de refus et quelques prolongations de rétention », *Editions législatives, La veille permanente*, 25 mars 2020.

³⁷ V. plus longuement *Revue. Pénit.* 3/2018, p. 694, note 77 et Cimade et. al. *Rapport annuel 2019*, préc.

³⁸ En pratique, les statistiques du *Rapport annuel 2019 relatif aux centres et locaux de rétention administrative*, réalisé par les associations intervenant en rétention, évaluent cette hypothèse à 14,5% des étrangers placés en rétention. L'objectif législatif d'éviter cette situation, avait été mis en balance avec le droit à un recours effectif dans une décision QPC remarquée pour avoir estimé la conciliation opérée déséquilibrée au regard, notamment, de la pratique dénoncée par les requérants d'une notification tardive des OQTF. Une décision postérieure du Conseil constitutionnel avait cependant fortement réduit la portée de ce constat. V. respectivement, Décision n° 2018-709 QPC du 1er juin 2018, §8 ; Décision n° 2018-741 QPC du 19 octobre 2018, §9 et s. Signalons par ailleurs que la Cour de cassation a récemment jugé que le devoir de diligences nécessaire à l'éloignement de l'administration n'apparaît qu'une fois l'étranger placé en rétention, et ne peut être invoqué pour la période antérieure d'incarcération ; Cass. Civ. 1, 17 octobre 2019, 19-50.002, *Publié au bulletin*.

³⁹ Parmi les étrangers en rétention, cela concerne respectivement 31%, 11,5%, 9,9% et 8,8% des personnes. V. Cimade et al., *Rapport annuel 2019*, préc. Notons que l'interpellation en préfecture n'est pas jugée comme un procédé déloyal ; v. Cass. Civ.1, 1er juin 2017, 16-20.054, *Publié au bulletin*.

⁴⁰ V. la série d'arrêts en date du 9 novembre 2016, et en particulier Civ.1, 9 novembre 2016, n° 15-24.210, n° 15-24.212, n° 15-25.872, *Publiés au bulletin*.

l'étranger⁴¹, et prononcer, en cas d'irrégularité, la remise en liberté de la personne. Non systématique puisque n'intervenant qu'en cas de contestation du placement en rétention ou de sa prolongation⁴² et non suspensif⁴³, ce recours devant le JLD a été à l'origine des importantes décisions de 2012 limitant la possibilité de placer les étrangers en garde à vue, et de décisions plus récentes tirant les mêmes conséquences de la restriction du domaine possible de l'emprisonnement en matière d'irrégularité de la situation administrative⁴⁴. Les dernières semaines ont cependant été marquées par une importante décision relative aux contrôles d'identité.

B. Le contrôle des conditions des contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République

18. Jurisprudence constitutionnelle. Depuis longtemps, les contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République⁴⁵ sont critiqués par les associations d'aide aux étrangers, qui estiment qu'ils sont souvent détournés de leur finalité de recherche des infractions désignées par la réquisition à des fins d'identification des étrangers en situation irrégulière⁴⁶. Ces contrôles sont, en effet, particulièrement efficaces pour pouvoir être réalisés sans condition relative au comportement de la personne⁴⁷, et la découverte d'une infraction autre que celle recherchée, ou d'une simple irrégularité de la situation administrative, n'est évidemment pas source de nullité dudit contrôle. Une QPC avait été transmise par la Cour de cassation en 2016, qui accepta le caractère nouveau de la question au regard des modifications législatives intervenues depuis les décisions du 5 août 1993 et du 13 mars 2003 qui les avaient

⁴¹ Cela peut concerner des mesures de police judiciaires *stricto sensu* telles que les contrôles d'identité de police judiciaire ou une garde à vue mais également la retenue à fins de vérification de la situation administrative de l'étranger. V., jugeant également que cette contestation de la retenue est possible au moment de la décision relative à la prolongation de la rétention si l'étranger n'avait pas exercé de recours contre la décision de placement en rétention : Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2019, n°18-19.277.

⁴² Art. L512-1 III du CESEDA. Rappelons qu'entre 2011 et 2016, le JLD n'intervenait qu'au moment de la prolongation de la rétention, au terme d'un délai initial de 5 jours, ce qui avait pour conséquences que de nombreux étrangers étaient éloignés avant ce délai (30% des cas en 2011 et 62% des cas en 2012 selon les estimations officielles), excluant de fait tout contrôle de la procédure antérieure ; v. *Rapport au Premier ministre, Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France*, 14 mai 2013, p. 42. V. ég. Cass. Civ. 1, 5 décembre 2012, 11-30.548, Publié au bulletin, posant conformément à la loi alors applicable que « le juge judiciaire ne peut, sans excéder ses pouvoirs, se prononcer sur le maintien de la rétention administrative qu'à l'issue du délai de cinq jours ». Cette situation avait donné lieu à une condamnation de la France par la Cour européenne ; v. CEDH, 12 juillet 2016, n° 56324/13, *A.M. c/ France* ; rappr. CJUE du 5 juin 2014, C-146/14 PPU, *Mahdi*. Sur cette question, signalons que la Cour de cassation a récemment précisé que les délais relatifs à la prolongation de la rétention expirent le dernier jour à 24h dès lors qu'ils sont exprimés en jours ; v. Cass. crim., 22 janvier 2020, n°19-84160 (à l'occasion de poursuites pour soustraction à l'obligation de quitter le territoire national). V. ég., Cass. 1^{ère} civ., 17 octobre 2019, n°18-24.043, précisant que l'absence de décision du JLD au terme du délai de 24h prévu à l'art. L. 552-1 du CESEDA ne constitue pas une décision implicite de rejet et est donc insusceptible d'appel.

⁴³ Notons que la Cour européenne n'exige pas de caractère suspensif des recours en matière d'éloignement ; v. CEDH, 12 juillet 2016, préc. et CEDH, 5^{ème} s., 25 juin 2020, n° 9347/14, *Moustahi c/ France*.

⁴⁴ V. Civ. 1, 5 juillet 2012, pourvois n° 11-30.371, 11-19.250 et 11.30-530 ; Civ. 1, 9 novembre 2016, n°13-28.349, Publié au bulletin et *Revue pénit.* 3/2018 préc., n°7 et s.

⁴⁵ Art. 78-2 al. 7 et 78-2-2 du Code de procédure pénale.

⁴⁶ Rappelons que l'art. L611-1 al. 2 du CESEDA prévoit explicitement la possibilité d'un contrôle de la situation administrative de l'étranger à la suite d'un contrôle d'identité réalisé dans le cadre des articles 78-1 et s. du Code de procédure pénale.

⁴⁷ Civ. 1, 4 mai 2012, 10-28.652, Publié au bulletin.

jugés conformes à la Constitution. La Cour de cassation soulignait en effet que ces contrôles pouvaient désormais être l'occasion de constater des irrégularités de séjour non constitutives d'infractions, ce qui conférerait un caractère sérieux à « *la question de l'étendue des garanties offertes par les dispositions contestées* »⁴⁸. Dans une importante décision du 24 janvier 2017, le Conseil constitutionnel avait convenu du caractère nouveau de la question, et rappelé qu'il est « *loisible au législateur de prévoir que les contrôles mis en œuvre dans ce cadre peuvent ne pas être liés au comportement de la personne* »⁴⁹. Reprenant sa position de principe selon laquelle « *la pratique des contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté personnelle* », il avait toutefois dégagé deux réserves importantes : la première exclut que le procureur de la République puisse « *retenir des lieux et périodes sans lien avec la recherche des infractions visées* », la seconde condamne la pratique d'une « *cumul de réquisitions portant sur des lieux ou des périodes différents* » qui pourrait conduire à pratiquer des « *contrôles généralisés dans le temps ou dans l'espace* »⁵⁰. En outre, si les Sages ne contestent pas que ces contrôles puissent donner lieu à une vérification de la situation administrative de l'étranger, ils insistent sur le fait qu'il ne peut y être recouru « *aux seules fins de contrôler la régularité du séjour des personnes contrôlées* »⁵¹. L'affirmation les conduit toutefois, « *par voie de conséquence* », à écarter les griefs formulés⁵²... S'il peut paraître discutable que le simple rappel de la prohibition d'un détournement de procédure apparaisse comme suffisant à écarter toute violation de la Constitution⁵³, il faut reconnaître que celui-ci n'est certainement pas étranger au renforcement du contrôle effectué par le juge judiciaire. Quoique l'on puisse regretter que le Conseil Constitutionnel se soit satisfait, au regard du droit à un recours effectif, de l'existence d'un recours indemnitaire en l'absence de poursuites pénales ou de placement en rétention⁵⁴, il faut reconnaître qu'il avait souligné qu'il « *incombe aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer les illégalités qui seraient commises* »⁵⁵. C'est ce qu'a fait la Cour de cassation en 2018 s'agissant des cumuls de réquisitions⁵⁶, et le 2 septembre 2020 s'agissant des motifs du contrôle.

⁴⁸ Crim., QPC, 18 oct. 2016, n°16-90.023 et n° 16-90.022.

⁴⁹ Décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, §11 et §20.

⁵⁰ *Ibid.*, §23.

⁵¹ *Ibid.* § 36.

⁵² *Ibid.* §37.

⁵³ Il est vrai qu'il paraît difficile d'envisager une inconstitutionnalité découlant uniquement d'une pratique, qui plus est contraire au cadre constitutionnel. La pratique ici en cause et dénoncée par les parties intervenantes n'est toutefois pas niée par le Conseil, et ce dernier a pu sembler, récemment, intégrer des aspects pratiques dans son appréciation ; v. not. Décision n° 2018-709 QPC du 1er juin 2018, §2 (arguments des requérants) et § 7 et 8 et, les réflexions notamment menées dans le cadre du colloque *L'apport de la QPC à la protection des droits et libertés*, dir. K. Fouchet, Dalloz, *Thèmes & commentaires*, 2020, not. les interventions de M. Afroukh, J.-F. Giacuzzo et X. Mignon.

⁵⁴ *Ibid.* §28.

⁵⁵ *Ibid.* §29.

⁵⁶ Après une première décision ayant rappelé le principe posé par le Conseil constitutionnel, une autre a pu paraître en retrait en jugeant que « *si la succession ininterrompue de réquisitions de contrôles d'identité dans les mêmes lieux peut caractériser un contrôle unique généralisé dans le temps et dans l'espace, contraire à la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-606/607 du 24 janvier 2017, (...), tel n'est pas le cas d'autorisations données pour des périodes limitées de huit à douze heures, qui sont espacées entre elles de plus de vingt-quatre heures* ». V. Cass. Civ. 1, 14 mars 2018, 17-14.424, Publié au bulletin et Cass. Civ. 1, 5 septembre 2018, 17-22.507, Publié au bulletin.

Cass. Crim., 24 mars 2020, n°19-87.843, Inédit

Cass. Civ. 1, 1, 2 septembre 2020, 19-50.013, Publié au bulletin

19. Faits et procédure. À l'origine de la décision du 2 septembre 2020 se trouve un contrôle d'identité réalisé en exécution de réquisitions prises par le procureur de la République les 26 et 31 décembre 2018, et qui conduisit à révéler le caractère irrégulier du séjour d'un ressortissant marocain, par la suite frappé d'une OQTF et placé en rétention. L'intéressé saisit le JLD pour contester cette mesure, et le préfet le saisit d'une demande de prolongation. Le 21 janvier 2019, le premier président de la Cour d'appel de Toulouse jugea la procédure irrégulière et refusa en conséquence la prolongation de la rétention au motif que la réquisition n'était pas expressément motivée au regard des considérations permettant de penser qu'existait dans les lieux désignés une « *délinquance réelle et recensée relative aux infractions recherchées* ». Le ministère public forma un pourvoi en cassation reprochant à la décision attaquée d'avoir « *ajouté à la loi et excédé la réserve posée par le Conseil constitutionnel, dans la décision 2016-606/607 QPC* ». Chose relativement rare quoique révélatrice de la particularité du contentieux des étrangers, la première chambre civile saisit la chambre criminelle pour avis. Si cette dernière pose que le lien entre les lieux et périodes désignés et les infractions recherchées ne doit pas « *nécessairement [résulter] des mentions des réquisitions* », c'est à la condition qu'un tel lien soit « *établi par les pièces au vu desquelles lesdites réquisitions ont été prises* », le juge judiciaire devant « *apprécier l'effectivité dudit lien* »⁵⁷.

20. Contrôle des motifs du contrôle sur réquisitions du procureur de la République. Dans sa décision du 2 septembre 2020, la première chambre civile reprend l'avis de la chambre criminelle⁵⁸ et rejette le pourvoi après en avoir appliqué les critères. Elle relève en effet que « *ni les réquisitions du procureur de la République ni aucune autre pièce de la procédure ne permettaient d'établir l'effectivité, contestée, du lien entre le lieu des contrôles d'identité et la recherche des infractions visées par ces réquisitions* » et approuve donc la décision attaquée d'en avoir déduit, malgré un « *motif erroné mais surabondant* », que la procédure était irrégulière et que la rétention ne pouvait être prolongée. Quoiqu'il soit difficile de savoir quels éléments pourront être jugés suffisants pour établir un tel lien, l'exigence posée par la Cour de cassation semble enfin de nature à rendre effective la réserve constitutionnelle prohibant le détournement des contrôles sur réquisitions. Si la position retenue ne va pas jusqu'à exiger que les réquisitions elles-mêmes justifient des éléments permettant d'établir ce lien, celui-ci n'est pas présumé et le procureur de la République devra être en mesure de l'établir, au moins *a posteriori*, dans le cadre de la procédure engagée par la personne intéressée, sous peine de voir celle-ci remise en liberté. Bien sûr, un tel recours ne change rien à la situation administrative de l'étranger, ni à la régularité de l'OQTF, mais un refus de prolongation de la rétention compromet fortement la mise en œuvre de l'éloignement. Face à un tel risque procédural et pratique, il est alors permis d'espérer que les contrôles sur réquisitions du procureur de la République ne soient plus désormais détournés à des fins d'identification des étrangers en situation irrégulière. Quoi

⁵⁷ Cass. Crim., 24 mars 2020, n°19-87.843, Inédit.

⁵⁸ Cass. Civ. 1, 1, 2 septembre 2020, 19-50.013, §4.

qu'il en soit, on peut d'ores et déjà certainement se réjouir que cette décision de la Cour de cassation rende, enfin, effectif le recours offert aux étrangers privés de liberté à la suite d'actes de procédures irréguliers.

21. Limites de la décision. La position commune des chambres criminelle et civile quant aux motifs des contrôles sur réquisition est certainement une illustration éclatante de la garantie que peut constituer le contrôle du juge judiciaire en matière d'éloignement. Il faut cependant souligner qu'elle ne concerne pas les étrangers dont le contrôle de la situation conduirait à une OQTF non accompagnée d'un placement en rétention, soit que l'étranger bénéficie d'un délai de départ volontaire, soit qu'il soit uniquement assigné à résidence. Dans ces cas-là, en effet, le juge judiciaire n'intervient pas dans le contrôle de la procédure d'éloignement.

Il faut souligner qu'il est également désormais un cas où le juge judiciaire est privé de sa compétence malgré la privation de liberté de l'étranger. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 mars 2018⁵⁹, l'article L. 556-1 alinéa 2 du CESEDA prévoit en effet que, lorsqu'une personne placée en rétention forme une demande d'asile, la demande d'annulation de la décision de maintien en rétention doit être formée auprès du tribunal administratif, celui-ci devant examiner les « motifs retenus par l'autorité administrative pour estimer que sa demande d'asile a été présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement ». Limitée dans son champ d'application, cette dérogation à la compétence du juge judiciaire en matière de privation de liberté constitue cependant une brèche d'autant plus importante que le Conseil constitutionnel l'a jugé conforme à la Constitution dans une décision dont les motifs ne comportent aucune restriction fondée sur la spécificité de l'hypothèse. Dans une décision QPC du 4 octobre 2019⁶⁰, les Sages ont ainsi rompu avec la position selon laquelle l'article 66 de la Constitution impose la compétence exclusive du juge judiciaire pour connaître des mesures privatives de liberté, fussent-elles de police administrative et non judiciaire. Il est en effet rappelé, tout à fait classiquement, que « la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire », mais il est ensuite considéré que tel n'est pas nécessairement le cas s'agissant d'une « décision relative au séjour des étrangers », « alors même qu'elle a pour effet de laisser perdurer une mesure privative de liberté »⁶¹. On peut certainement rejoindre la position du Conseil lorsqu'il affirme qu'« il ne saurait résulter de la seule répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif⁶² », mais l'on peut aussi craindre qu'après une conception restrictive de la notion de privation de liberté⁶³, ce soit désormais le monopole constitutionnel du juge judiciaire en cette

⁵⁹ Loi n° 2018-187 du 20 mars 2018 *permettant une bonne application du régime d'asile européen*.

⁶⁰ Décision n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019.

⁶¹ *Ibid.* §9. V. not. Chambre civile 1, 18 décembre 2019, 18-26.232, Publié au bulletin, pour la mise en œuvre de cette règle, en l'absence d'autre motif extérieur à la contestation portant sur l'existence, la date ou le contenu de l'arrêté de maintien en rétention et qui aurait permis au JLD d'interrompre la prolongation du maintien en rétention.

⁶² *Ibid.* §14.

⁶³ Comp. Not., s'agissant d'un maintien en zone d'attente, la position du tribunal des conflits jugeant que la « liberté d'aller et venir n'entre pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution » et la décision récente de la Cour de Justice de l'Union européenne qualifiant de privation de liberté et de « rétention » au sens des directives applicables « l'obligation faite à un ressortissant d'un pays tiers de demeurer en permanences dans une zone de

matière qui soit aujourd’hui remis en question, en droit des étrangers d’abord, en d’autres matières, peut-être, bientôt.

22. Heureusement, d’autres évolutions récentes en d’autres domaines poussent davantage à l’optimisme, comme la décision QPC rendue en matière de détention provisoire. Dès lors qu’elle se fonde sur l’article 9 de la DDHC, une extension de certains aspects de la solution aux étrangers placés en rétention en dehors de toute condamnation pénale paraît en effet envisageable⁶⁴. À l’exception des étrangers préalablement condamnés à une peine d’interdiction du territoire à l’origine de la procédure d’éloignement, ceux-ci sont bien présumés innocents au sens de cette décision, et celle-ci pourrait alors certainement nourrir des recours relatifs aux conditions concrètes de rétention auxquels ils sont soumis, la privation de liberté ne devant être mise en œuvre que « *dans le respect de la dignité de la personne* »⁶⁵.

8 octobre 2020.

transit dont le périmètre est restreint et clos, à l’intérieur de laquelle les mouvements de ces ressortissants sont limités et surveillés » ; Tribunal des conflits, 12 février 2018, n°41110 et CJUE, gr. Ch., 14 mai 2020, C 924/19 PPU et C925/19 PPU.

⁶⁴ Décision n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020, §13 et 14 : « *Il s’en déduit qu’il appartient aux autorités judiciaires ainsi qu’aux autorités administratives de veiller à ce que la privation de liberté des personnes placées en détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne.* »

⁶⁵ Là encore, cependant, les recours individuels devant le JLD semblent avoir davantage de chance d’aboutir, le Conseil d’Etat ayant notamment écarté, en référé, toute atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie et de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants dans le cadre d’un recours engagé en raison du maintien en rétention d’étrangers testés positifs au covid-19 au centre de rétention administrative de Vincennes. CE, réf., 7 mai 2020, n°440255.