



HAL
open science

**“ Duality of Jurisdiction in the Control of Immigration
Detention: The Case of France / Trois hautes
juridictions nationales pour une directive: une
interaction judiciaire en trompe l’œil”**

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. “ Duality of Jurisdiction in the Control of Immigration Detention: The Case of France / Trois hautes juridictions nationales pour une directive: une interaction judiciaire en trompe l’œil”. Madalina Moraru; Galina Cornelisse; Philippe De Bruycker. Law and judicial dialogue on the return of irregular migrants from the European Union, 99, Hart publishing, pp.317-350, 2020, Modern studies in European law, 978-1-5099-2295-6. hal-02949860

HAL Id: hal-02949860

<https://hal.science/hal-02949860v1>

Submitted on 19 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Serge Slama, « Duality of Jurisdiction in the Control of Immigration Detention: The Case of France / Trois hautes juridictions nationales pour une directive : une interaction judiciaire en trompe l'œil » in Madalina MORARU, Galina CORNELISSE & Philippe DE BRUYCKER (ed.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, Hart publishing, 2020, pp.317-350.

Chapter 12

Duality of jurisdiction in the control of immigration detention: the case of France

Trois hautes juridictions nationales pour une directive : une interaction judiciaire en trompe l'œil

Serge Slama

I. Introduction

La dualité de juridiction dans le contentieux de l'éloignement¹ des étrangers en situation irrégulière² résulte d'une interprétation de la Constitution française par le juge constitutionnel. En effet dans une décision de 1980 sur la loi « Bonnet », qui visait à légaliser la pratique de la rétention administrative, le Conseil constitutionnel a estimé que « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient *dans le plus court délai possible* »³. Or la clause d'*habeas corpus* inscrite à l'article 66 de la Constitution de 1958 prescrit que l'autorité judiciaire est la « gardienne de la liberté individuelle ». Par suite, si ce « régime de détention » peut être décidé par l'autorité administrative, en revanche la rétention ne peut se prolonger au-delà d'un certain délai sans intervention d'un tel juge.

Parallèlement, s'agissant de la compétence de la juridiction administrative, le Conseil constitutionnel a dégagé un principe constitutionnel⁴ qu'il a déduit de la « conception française de séparation des pouvoirs ». En vertu de ce principe, à l'exception des matières réservées « par nature » à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative le contentieux des décisions prises par les autorités exécutives dans l'exercice de prérogatives de puissance publique⁵. C'est le cas du contentieux des décisions d'éloignement d'étrangers en situation irrégulière prononcées par les préfets⁶, telles que les expulsions, les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (APRF) ou, plus récemment, les obligations de

¹ Le terme générique « éloignement » ou « mesures d'éloignement » est plus couramment utilisé dans le vocabulaire français que le terme – euphémisant de la directive 2008/115 – de « retour ».

² Le vocabulaire français utilise l'expression « étrangers en situation irrégulière » (ESI) bien davantage que celle de « ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » de la directive 2008/115. Mais il s'agit bien de désigner cette catégorie – exclusion faite des citoyens de l'Union européenne et assimilés qui relèvent d'un autre régime juridique. Nous les désignons aussi par le terme de « sans-papiers ».

³ Cons. constit., déc. n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine*, cons. 4.

⁴ Il s'agit d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il y est fait référence dans le Préambule de la Constitution de 1946, qui a lui-même valeur constitutionnelle car il est cité dans le Préambule de la Constitution de 1958.

⁵ Cons. const., déc. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

⁶ Cons. const., déc. n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 24.

quitter le territoire français (OQTF). Il faudrait donc modifier la Constitution française pour transférer l'entier contentieux de l'éloignement à un seul juge⁷.

Ce partage des compétences entre les deux ordres de juridiction dans le contentieux de l'éloignement ne devrait normalement pas interférer dans la mise en œuvre des normes européennes issues aussi bien du droit de l'Union européenne (UE) que du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH). Un tel partage de compétences relève en effet de l'autonomie procédurale des Etats membres. En vertu des articles 55 et 88-1 de la Constitution, les normes internationales et européennes ont une valeur supérieure aux lois françaises. Cela vaut aussi bien pour le droit primaire que le droit dérivé. Toutefois, dans la pratique, la juxtaposition des deux contrôles et l'absence de coordination entre les deux ordres de juridiction exposent le système juridictionnel français au reproche d'ineffectivité des recours. Cela a été le cas par exemple de l'hospitalisation d'office, qui constitue comme la rétention une mesure privative de liberté décidée par l'autorité administrative dont la prolongation était confiée à l'autorité judiciaire. Le juge des libertés et de la détention (JLD), juge civil compétent lorsqu'une personne est privée de liberté, examinait le bien-fondé de l'hospitalisation d'office tandis que le tribunal administratif examinait, jusqu'en 2011, la légalité formelle de la décision privative de liberté. Sans remettre en cause cette dualité de juridiction, la Cour de Strasbourg a conclu à la violation de l'article 5 § 4 de la CESDH dès lors que les juridictions administratives refusaient de se reconnaître compétentes pour ordonner la libération d'une personne internée, même lorsqu'elles procédaient par ailleurs à l'annulation de l'arrêté préfectoral à l'origine de cette situation⁸.

La difficulté était la même s'agissant de la dualité des contrôles opérés, jusqu'à la loi du 7 mars 2016⁹, sur la rétention administrative qui reposait, comme le constate la Cour européenne elle-même, sur une « imbrication des compétences des juridictions administratives et judiciaires ». En effet la loi du 16 juin 2011, pourtant validée par le Conseil constitutionnel¹⁰, avait procédé à une « interversion » de l'ordre d'intervention des juges administratif et judiciaire. Dans le cadre de cette législation, l'étranger faisant l'objet d'une OQTF sans délai de départ volontaire (DDV) avait 48 heures pour saisir le juge administratif de la légalité de la mesure de rétention. Celui-ci devait se prononcer dans les 72h et était le seul compétent pour contrôler la légalité de cette mesure durant ce délai. Et ce n'est qu'à l'issue de ce délai de cinq jours (à compter du placement en rétention) que le JLD était saisi par l'administration aux fins de prolongation de la rétention. À cette occasion, ce juge judiciaire ne pouvait contrôler que les conditions de privation de liberté et ordonner – ou non – une prolongation de cette privation pour un délai de vingt jours, renouvelable une fois.

L'office du juge administratif durant le délai de cinq jours était limité. Il avait le pouvoir de vérifier la compétence de l'auteur de l'arrêté préfectoral ainsi que la motivation de celui-ci

⁷ Cela avait été envisagé en 2007 par le président de la République Nicolas Sarkozy mais écarté par une commission présidée par un ancien président du Conseil constitutionnel (P. Mazeaud, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La Documentation française, 2008).

⁸ CEDH, 18 novembre 2010, *Baudoin c. France*, n° 35935/03. Depuis cette condamnation, la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 a confié au seul juge judiciaire (JLD) le contrôle de la légalité, y compris formelle, de l'arrêté d'hospitalisation sans consentement.

⁹ La loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative *au droit des étrangers en France* est entrée en vigueur, s'agissant de ces mesures de rétention, au 1^{er} novembre 2016.

¹⁰ Cons. constit., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*. Cf. S. Slama, « Les lambeaux de la protection constitutionnelle des étrangers ». *Revue française de droit constitutionnel*, avril 2012, n° 90, pp. 373-386.

et de s'assurer de la nécessité du placement en rétention. Il n'avait, en revanche, pas compétence pour contrôler la régularité des actes accomplis avant la rétention et ayant mené à celle-ci. Il ne pouvait notamment pas contrôler les conditions dans lesquelles s'était déroulée l'interpellation, notamment sa conformité au droit interne ainsi qu'au but de l'article 5 de la CESDH. Ainsi, comme dans l'affaire *Baudouin*, ce n'est pas en soi la dualité de juridiction qu'a remise en cause la Cour dans l'arrêt *A.M. c. France*¹¹, mais le fait que le contrôle exercé par le juge administratif était « trop limité au regard des exigences de l'article 5 § 4 dans le cadre d'une privation de liberté relevant de l'article 5 § 1 f) »¹². Durant ces cinq premiers jours durant lesquels le JLD ne pouvait intervenir, le juge administratif ne s'était pas reconnu compétent pour libérer l'étranger en cas d'irrégularité de la procédure privative de liberté.

En raison de cette condamnation, ainsi que de l'arrêt *Mahdi*¹³, la loi du 7 mars 2016 a fait sensiblement évoluer le contrôle juridictionnel sur la rétention administrative puisque d'une part le juge judiciaire a désormais une compétence exclusive pour contrôler le bien-fondé mais aussi la légalité de l'arrêté de placement en rétention administrative. Le juge administratif a perdu toute compétence sur cette mesure. Et d'autre part, le législateur a rétabli l'intervention dans le JLD dans les 48 heures du placement en rétention de l'étranger par l'administration¹⁴ – ce qui paraît plus conforme à l'exigence constitutionnelle d'intervention de celui-ci dans le plus court délai possible.

En novembre 2016 la Cour de cassation a d'ailleurs précisé, dans le prolongement d'une décision du tribunal des conflits de 2015¹⁵, qu'il incombe au JLD de mettre fin, à tout moment, à la rétention administrative, lorsque des circonstances de droit ou de fait le justifient, et ce dans le cadre de « la recherche de la conformité au droit de l'Union de la mesure de rétention »¹⁶. Il s'agit là en réalité d'une application au cas particulier de la rétention administrative de la jurisprudence *SCEA du Chêneau*¹⁷. Afin d'assurer le respect du principe de primauté du droit de l'Union, le tribunal des conflits avait « modernisé » une jurisprudence ancienne¹⁸ en estimant

¹¹ Dans le considérant 40, la CEDH mentionne expressément : « l'article 5 § 4 ne va pas jusqu'à exiger une forme particulière de recours et il n'appartient donc pas à la Cour d'affirmer quelle voie de recours interne serait plus opportune qu'une autre, ni, a fortiori, de porter une appréciation sur la répartition des compétences opérée par les autorités internes entre les juges judiciaires et administratifs ».

¹² CEDH, 12 juillet 2016, *A.M. c. France*, n° 56324/13. C. Palluel, « Le contrôle juridictionnel de la rétention administrative devant la Cour européenne des droits de l'homme : un contrôle au conditionnel », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, 02 octobre 2016. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2535>.

¹³ Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 5 juin 2014, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, aff. C-146/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:1320.

¹⁴ Article L552-1 du CESEDA issu de l'article 36 de la loi n°2016-274 du 7 mars 2016. Le JLD, qui doit se prononcer dans les 24 heures, peut prolonger de 28 jours la rétention (L.552-2). Il peut être saisi par l'administration une seconde fois pour accorder une seconde prolongation de 15 jours. La loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration* (dite « loi Collomb ») prévoit que le JLD aura désormais un délai de 48 heures pour se prononcer et que la rétention pourra être prolongée jusqu'à 90 jours. Ces modifications ont été validées par le juge constitutionnel (CC n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018).

¹⁵ TC 9 février 2015, n°15-03986.

¹⁶ Cass. 1ère civ., 9 nov. 2016, n° 15-27.357. V. dans le même sens, au nom de la « bonne administration de la justice » : CA Aix-en-Provence, ord., 6 mars 2017, n° 17/00186 ; CA Aix-en-Provence, ord., 7 juill. 2017, n° 17/00550. V., *contra*, à propos de la légalité d'une décision de transfert prise en application du règlement « Dublin III » (CA Douai, ord., 5 nov. 2016, n° 16/01430).

¹⁷ TC., 17 oct. 2011, *Préfet de la région Bretagne, préfet d'Ille-et-Vilaine, SCEA du Chêneau*, n° 3828 et 3829 ; Rec. CE 2011, concl. J.-D. Sarcelet.

¹⁸ TC 16 juin 1923, *Septfonds*, n° 0073.

que le juge civil pouvait vérifier la conformité de cet acte administratif au droit de l'Union sans avoir besoin de poser de question préjudicielle au juge administratif (qui est normalement compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif).

Dans deux arrêts du 27 septembre 2017, la Cour de cassation a estimé que le transfert de l'entier contentieux de la rétention, y compris celui de la légalité de l'arrêt de placement par la loi du 7 mars 2016 au JLD, ce juge judiciaire n'est toujours pas compétent, même par la voie d'exception, pour apprécier la légalité de la mesure d'éloignement dont il procède¹⁹. La haute juridiction n'a pas non plus admis la possibilité pour ce juge civil de renvoyer, à titre préjudiciel, l'interprétation de la légalité de ces actes administratifs individuels en cas de contestation sérieuse sur leur légalité.

C'est dans ce contexte jurisprudentiel et législatif que se présente la question de l'étude de l'interaction entre les juges nationaux et européens dans la mise en œuvre de la directive « retour » (« DR »)²⁰. De prime abord, on pourrait penser que les juges nationaux – administratifs et judiciaires – jouent le jeu de la primauté du droit de l'Union, en assurant le respect de la DR, à savoir l'effectivité des mécanismes assurant le « retour » des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et la garantie de leurs droits fondamentaux. En tout cas c'est le discours tenu officiellement par ces hautes juridictions. Ainsi pour Jean-Marc Sauvé, alors vice-président du Conseil d'Etat²¹, assurait, en prenant notamment l'exemple de la DR que « grâce à un dialogue attentif et dynamique entre juges nationaux et européens, la protection des droits fondamentaux des ressortissants étrangers a été considérablement renforcée [...] »²². De même dans un colloque organisé par la Cour de cassation, Anne-Marie Batut, présidente de la première chambre civile²³, chargée en cassation du contentieux de la rétention, relevait que « le statut des étrangers, notamment dans la sphère concernant la rétention administrative, est soumis à l'influence croissante des normes internationales et européennes [...], les jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme ont pour effet de renforcer la protection juridictionnelle des étrangers sur le continent européen »²⁴.

¹⁹ Cass. Ire civ., 27 sept. 2017, n° 17-10.207, *Préfet du Rhône c/ Sofiane X.* (s'agissant d'une OQTF). Cf. S. Slama, « Rétention administrative : la Cour de cassation ne franchit pas le rubicond du contrôle de la légalité de la mesure d'éloignement par voie d'exception », *Lexbase public*, 20 octobre 2017.

²⁰ 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, JO L 348/98, 24.12.2008. V., aussi, pour un bilan par un magistrat administratif ayant exercé des responsabilités dans un ministère : Sylvain Humbert, « Directive « retour » : quel bilan de cinq années intenses en contentieux ? » (2016) *Rev fr. dr. Adm.*, 1235.

²¹ Le vice-président du Conseil d'Etat assure la présidence de cette institution rattachée à l'Exécutif, qui est à la fois conseiller du Gouvernement et juge suprême de l'Administration. Dans le cadre de sa fonction de juge suprême de l'ordre administratif, le Conseil d'Etat exerce, en cassation, le contrôle des décisions rendues par les cours administratives d'appel, à la suite des tribunaux administratifs, relativement au contentieux des OQTF.

²² J-M. Sauvé, « Le droit européen des étrangers : quelles solutions juridictionnelles pour des progrès effectifs dans la protection des droits fondamentaux ? », *Séminaire ACA-Europe*, 9 mai 2014, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-droit-europeen-des-etrangers>.

²³ La Cour de cassation est la cour suprême de l'ordre judiciaire. La première chambre civile a compétence, en cassation, sur les cassations à l'encontre des décisions rendues par les premiers présidents de Cour d'appel, à la suite des JLD, s'agissant de la mesure de rétention.

²⁴ A-M. Batut, « Allocution d'ouverture » in S. Gargoullaud (dir.), *Le droit et les étrangers en situation irrégulière*, La Documentation française, 2017, p. 9.

Mais l'examen attentif de la jurisprudence montre que loin d'être les bons élèves européens les juridictions françaises procèdent à une interaction judiciaire en trompe l'œil. Cette instrumentalisation par les hautes juridictions françaises²⁵ du « dialogue » judiciaire, entre elles et avec la Cour de justice à propos de la DR, vise, essentiellement, à assurer leur marge d'appréciation et celles de l'administration, sans nécessairement assurer une meilleure effectivité des mécanismes de « retour » ni protéger effectivement les droits fondamentaux des étrangers.

On constate néanmoins que l'inclinaison de ces trois hautes juridictions nationales à assurer le respect des dispositions non transposées de la DR est variable d'un juge à l'autre (1.) et qu'elles n'ont pas la même utilisation stratégique de la question préjudicielle (2.).

II. Une inclinaison variable à assurer le respect des dispositions non transposées de la DR

La meilleure façon d'illustrer l'utilisation de la DR par les juridictions nationales françaises sans référence ni recours à la Cour de justice de l'Union européenne, et avant l'intervention de la Cour européenne des droits de l'Homme en 2016 dans l'arrêt *A.M. c/ France*, est d'évoquer la période pendant laquelle la DR n'était pas encore transposée dans l'ordre interne par une législation nationale.

En effet, alors même que la date pour se conformer à la DR était fixée, pour l'essentiel, au 24 décembre 2010²⁶, le législateur français a pris du retard dans sa transposition. Ce n'est donc qu'avec l'entrée en vigueur le 18 juin 2011 de la loi n° 2011-672²⁷, voire même pour certaines de ses dispositions de son décret d'application en juillet 2011²⁸ que cette transposition a été – à peu près – réalisée. Or, à défaut de transposition, dès Noël 2010, la DR a commencé à être invoquée devant les juridictions par les avocats des étrangers en situation irrégulière²⁹.

En règle générale, le moyen tiré de la violation du droit de l'Union européenne doit être invoqué par une des parties au litige, à savoir généralement le requérant étranger. Il existe néanmoins une différence d'approche entre le juge judiciaire et le juge administratif car si le Conseil d'Etat ne soulève pas d'office un moyen tiré de la violation d'une norme internationale ou européenne³⁰, sauf dans le cas où se pose un problème de champ d'application de celle-ci ; en revanche la Cour de cassation appréhende ce moyen comme d'ordre public³¹.

²⁵ Contrairement au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel n'est pas, à proprement parler une juridiction suprême. En revanche, avec la ratification par la France du protocole n°16 de la CESDH, il a été reconnu comme « haute juridiction nationale » au sens de ce protocole, lui permettant, le cas échéant, de solliciter l'avis de la CEDH (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/protocole-n16-a-la-convention-europeenne-de-sauvegarde-des-droits-de-l-homme-et-des-libertes>).

²⁶ 24 décembre 2011.

²⁷ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

²⁸ Décret n° 2011-820 du 8 juillet 2011 pris pour l'application de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité et portant sur les procédures d'éloignement des étrangers.

²⁹ L'invoication a eu lieu à la suite d'un billet publié sur notre blog appelant les avocats français à invoquer directement cette directive devant les juridictions « Le Noël des sans-papiers : invoquez directement la directive "retour" et la charte des droits fondamentaux... », *Combats pour les droits de l'homme*, 26 décembre 2010

³⁰ CE, 16 janvier 1995, *Sarl Constructions industrielles pour l'agriculture*, n° 112746 ; CE Ass. 6 décembre 2002, *Maciolak*, n° 239540 ; RFDA, 2003, p. 694, concl. P. Fombeur.

³¹ V., par ex., Cass., soc., 16 décembre 2008, *Eichenlaub c./Axia France*, n°05-40876. Cf. Cour de cassation, « Etude - L'ordre public », Rapport 2013, La documentation française, 2014, livre 3

Cette période de non-transposition a donné lieu, comme nous avons eu l'occasion de le démontrer avec Marie-Laure Basilien-Gainche, à une phase de « cacophonie judiciaire » de la part des juridictions du fond – tribunaux administratifs et JLD – à propos de l'application de la DR³². Cette période a aussi été marquée par une remarquable répartition des rôles entre les deux juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel. Manifestement inspirés par Sergio Leone, ils ont alors au bon, à la brute et au truand de l'UE³³.

A. Le bon : la Cour de cassation et la reconnaissance de l'effet vertical descendant de des articles 16-4 et 16-5 de la DR

Eu égard au caractère inconditionnel et précis des dispositions des articles 16-4 et 16-5 de la DR, leur invocabilité directe ne faisait guère de doute. D'ailleurs, la Cour de justice l'a expressément reconnu dans l'arrêt *El Dridi* en avril 2011³⁴. Rappelons que le paragraphe 4 de l'article 16 prévoit que « les organisations et instances nationales, internationales et non gouvernementales compétentes ont la possibilité de visiter les centres de rétention [...] » et en son paragraphe 5 que les ressortissants de pays tiers placés en rétention « se voient communiquer systématiquement des informations [...] port[ant] notamment sur leur droit, conformément au droit national, de contacter [c]es organisations et instances [...] ».

La violation de l'article 16-5 a constitué l'un des premiers moyens soulevés devant les JLD pour obtenir la remise en liberté d'étrangers maintenus en rétention sans avoir été informé sur leurs droits³⁵. Toutefois, les juges judiciaires ont répondu à ce moyen dans un ordre dispersé. Une partie des JLD et premiers présidents de cours d'appel, faisant preuve d'un véritable nationalisme judiciaire³⁶, ont en effet refusé de reconnaître la moindre invocabilité – directe ou par voie d'exclusion – à ces dispositions³⁷. Des réponses divergentes avaient même été données entre juges d'un même tribunal³⁸.

Saisie en cassation de l'une des premières décisions qui avait consacré l'invocabilité directe de l'article 16 (CA Metz, 28 janvier 2011), la première chambre civile a confirmé cette position. Elle a estimé que le premier président avait pu « à bon droit » jugé que ces dispositions « non transposées en droit interne », remplissaient, à l'expiration du délai de transposition, les conditions requises pour être invoquées directement par l'intéressé. La faculté reconnue aux États, au paragraphe 4, de soumettre à autorisation les visites des organisations de défense des

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_tude_annuelle_36/rapport_2013_6615/etude_or_dre_6618/notion_ordre_6659/ordre_public_6660/utilisation_ordre_29155.html/

³² M-L. Basilien-Gainche, S. Slama, « Judicial cacophony and disharmony in the French reception of the Returns directive » in L. Azoulay, *Irregular Migration in Europe. Legal and Judicial Problems Raised by the Implementation of the Returns Directive*, Workshop, Centre for Judicial cooperation, IUE Florence, 19-20 october 2012 <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00861739>.

³³ V. avec la même inspiration : D. Acosta, « The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive) », (2009) 11 *European Journal of Migration and Law* 19. V. aussi Ph. Yolka, « Question prioritaire de constitutionnalité : Le Bon, la Brute et le Truand », *JCP A* n° 11, 14 Mars 2011, act. 190.

³⁴ CJUE 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, Aff. C-61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:268, pt 47.

³⁵ CA Douai, ord., 11 janvier 2011, n°11/00010.

³⁶ V. en particulier CA Versailles, 20 janvier 2011, n°11-00453.

³⁷ V. not. CA Colmar, 17 janv. 2011, n°00272/2011 ; CA Metz, 18 janv. 2011, n°/1 ; CA Versailles, ord. 20 janvier 2011, n°11-00453.

³⁸ A. Maitrepierre, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (juin 2011 – septembre 2012) - Chronique sous la direction de L. Azoulay », *Europe* n° 11, 2012, chron. 3.

droits de l'Homme ou encore le renvoi au paragraphe 5 au droit national, en ce qui concerne le droit de contacter celles-ci, ne suffisaient pas « à rendre conditionnelles ces prescriptions »³⁹. Cette décision de la Cour de cassation n'est pas en soi une surprise car, comme le Conseil d'Etat avec l'arrêt *Perreux*⁴⁰, la Cour de cassation reconnaît depuis plusieurs années l'effet direct vertical ascendant de certaines dispositions de directives non transposées⁴¹. Dans une chronique, une conseillère référendaire à la Cour de cassation, membre de la chambre civile, souligne qu'alors même que la thèse de l'effet direct de ces dispositions a été « fort débattue » et qu'était en jeu « la remise en liberté des étrangers [...] (avant que leur retour n'ait eu le temps d'être réalisé) », la première chambre civile a tranché en faveur de l'effet direct de ces dispositions car « le renvoi au droit national ne porte pas sur le principe même du droit de contacter certaines organisations ou instances, mais seulement sur les modalités concrètes d'exercice de ce droit (contact sur place, par téléphone, par voie électronique...), de sorte que le contenu des droits ainsi conférés aux étrangers par ces dispositions de la directive est clairement identifiable (droit de contacter des organisations ou instances et droit corrélatif d'information sur ce droit) ». Elle fait valoir aussi que « la faculté laissée aux États membres de soumettre à autorisation les visites de ces entités ne remet pas en cause le caractère inconditionnel de l'obligation de résultat prescrite par l'article 16, paragraphe 5, de la DR (assurer l'effectivité des droits conférés aux étrangers) »⁴².

La ferme prise de position de la Cour de cassation n'a pourtant pas suffi à assurer le respect de ces articles par l'administration française. Certes, l'article 67 de loi du 16 juin 2011 a bien prévu, à l'alinéa 2 de l'article L.553-3 du CESEDA, qu'« un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'exercice du droit d'accès des associations humanitaires aux lieux de rétention ». Le décret n°2011-820 du 8 juillet 2011 a bien fait évoluer des dispositions de la partie réglementaire du CESEDA pour prévoir l'accès d'associations habilitées aux centres de rétention⁴³. De même l'article R.553-4 de ce même code prescrivait déjà l'établissement d'un règlement intérieur rappelant les droits et devoirs des étrangers retenus. Néanmoins dans la pratique près de dix-huit mois après l'entrée en vigueur de ce décret, le ministère de l'Intérieur n'avait toujours pas fait en sorte que les policiers délivrent correctement les étrangers retenus, à l'occasion du placement en rétention, des informations sur les organisations et instances nationales compétentes.

Si bien que la première chambre civile de la Cour de cassation a dû intervenir une seconde fois, dans un arrêt du 13 février 2013, pour rappeler que les ressortissants de pays tiers placés en rétention doivent être informés non pas seulement de la présence d'une association conventionnée pour assurer l'assistance effective aux droits mais aussi mis en mesure de

³⁹ Cass. 1er civ., 1er février 2012, *M. Elhwary*, n°11-30 086, Bull. civ. 2012, n° 18, et 15 autres arrêts rendus le même jour au bulletin, Actualités Droits-Libertés du 9 février 2012 par S. Slama. V. aussi : Cass, 1ère civ., 23 mai 2012, n°11-30091.

⁴⁰ CE, Ass., 30 octobre 2009, n°298 348 ; *RFDA* 2009 p. 1125, concl. M. Guyomar.

⁴¹ Cass, 1ère civ. 23 novembre 2004, n° 03-10636 : *Bull.* 2004 I. n° 280 ; Cass, com., 7 juin 2006, n° 03-15.118 : *Bull. civ.* 2006 IV n° 136.

⁴² A. Maîtrepierrre, « Application du droit de l'Union européenne » (n 38)

⁴³ Article R.553-14-5 du CESEDA créé par l'article 18 du décret n°2011-820 du 8 juillet 2011. Saisi en excès de pouvoir de cet article, qui posait en réalité des restrictions à l'accès des associations aux centres de rétention, le Conseil d'Etat en a confirmé la légalité, en annulant exclusivement, au regard notamment de l'article 16 de la DR, un alinéa de l'article R. 553-14-5 du en tant qu'il prévoyait que l'habilitation à proposer des représentants pour accéder aux lieux de rétention ne peut être sollicitée par les associations ayant conclu une convention avec le ministère en application de l'article R. 553-14 du même code (CE, 23 mai 2012, *Gisti*, n° 352534).

contacter *effectivement* ces différentes organisations et instances susceptibles de l'aider, même si elles n'interviennent pas dans le centre de rétention⁴⁴.

Les dispositions du CESEDA sur l'accès des associations humanitaires aux lieux de rétention seront de nouveau modifiées par un décret n°2014-676 du 24 juin 2014. Dans une autre décision, la Cour de cassation a aussi reconnu l'effet direct des paragraphes 1, 4 et 5 de l'article 15 de la DR en rappelant que « l'assignation à résidence ne peut jamais revêtir un caractère exceptionnel »⁴⁵.

On constate au travers de ces exemples que même si l'intervention de la Cour de cassation a été un peu tardive (plus d'un an après l'entrée en vigueur de la DR), le juge judiciaire suprême, en parfait Blondin, a veillé au respect effectif par la police de dispositions de la DR garantissant de droits reconnus aux étrangers. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas, pour sa part, montré aussi pusillanime. Assurant à merveille son rôle de Sentenza hermétique au droit de l'Union, il n'a en rien veillé à ce que le législateur transpose correctement cette directive.

B. La « brute » : le Conseil constitutionnel ou le refus d'assurer la conformité d'une loi de transposition à la DR

Depuis sa décision de 1975 « Interruption volontaire de grossesse », le Conseil constitutionnel ne s'estime pas compétent pour assurer, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, le respect des engagements internationaux de la France et ce alors même que l'article 55 de la Constitution assure la primauté des traités régulièrement ratifiés sur les lois françaises. Toutefois, sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, le juge constitutionnel a accepté, depuis 2006, de contrôler s'il existe une « incompatibilité manifeste » entre une loi de transposition et des dispositions « inconditionnelles et précises » d'une directive (sans toutefois se reconnaître la possibilité de saisir la CJUE d'une question préjudicielle)⁴⁶.

Censée en assurer la transposition, la loi « Besson » du 16 juin 2011 contenait à l'évidence plusieurs dispositions incompatibles avec la DR. La Commission européenne en fera d'ailleurs, par la suite, le constat et plusieurs dispositions seront intégrées dans la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 pour assurer une transposition plus conforme et complète de la DR⁴⁷.

La contrariété la plus manifeste – et que les universitaires spécialistes de la question n'ont cessé de dénoncer lors de l'élaboration de la loi – est le fait que la loi de 2011 n'a pas assuré le respect de l'article 15 qui prescrit que :

à moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement

⁴⁴ Cass, 1ère civ., 13 février 2013, n°11-27271. Cf. S. Slama, « Nouvelle bataille judiciaire autour de l'information des étrangers retenus et le droit de visite des ONG compétentes » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés »*, 2 mars 2013.

⁴⁵ Cass., Civ. 1re, 24 oct. 2012, n° 11-27.956, au Bull.

⁴⁶ Cons. constit., déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

⁴⁷ L'étude d'impact de cette loi relève notamment : « Le Gouvernement ne saurait [...] être indifférent aux recommandations d'autorités indépendantes et à l'émergence de préoccupations légitimes émanant de la société civile auxquelles font au demeurant écho certaines observations de la Commission européenne sur la fidélité de la transposition des directives » (*Projet de loi relatif au droit des étrangers en France : Etude d'impact*, NOR : INTX1412529L/Bleue-1, 22 juillet 2014, p.59).

placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement en particulier.

Comme l'a souligné la CJUE dans ses arrêts *El Dridi* et *Achughbavian*⁴⁸, cela signifie que le placement en rétention doit constituer une mesure utilisée en dernier recours. Dans son arrêt d'avril 2011, la Cour insistait en effet sur le fait que :

l'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes⁴⁹.

A leur seule lecture, il était flagrant que les articles 44 et 47 de la loi de 2011 ne faisaient pas de la rétention une mesure exceptionnelle et elle ne favorisait pas les alternatives à la rétention, notamment l'assignation à résidence.

Depuis la légalisation de la rétention administrative en 1981, les autorités françaises ont en effet fait de cette privation de liberté le procédé de droit commun pour exécuter les mesures d'éloignement, phénomène qui a été amplifié en 2003 lorsque le ministre de l'Intérieur, Nicolas Sarkozy, a fixé aux forces de l'ordre des objectifs chiffrés de reconduites à la frontière. La France est encore aujourd'hui le pays de l'Union qui recourt le plus massivement à la rétention administrative⁵⁰.

Pourtant faisant fi des évidences, le Conseil constitutionnel a jugé que « les dispositions contestées des articles 44 et 47 ne sont pas manifestement incompatibles avec les objectifs de la directive que la loi déferée a pour objet de transposer » car à ses yeux « en vertu de ces dispositions, le placement en rétention n'est possible que si l'assignation à résidence n'est pas suffisante pour éviter le risque que l'intéressé ne se soustraie à l'obligation de quitter le territoire dont il fait l'objet »⁵¹.

En 2013, plus d'un an après l'entrée en vigueur de la loi de 2011, seuls 1 258 étrangers avaient été assignés contre 24 176 placés en rétention. A la demande de la Commission européenne, le législateur a dû faire évoluer les dispositions validées par le juge constitutionnel car, selon l'étude d'impact de la loi de 2016, le « rapport entre les assignations et les placements en rétention [...] est contraire au principe de gradation qui devrait gouverner l'application des mesures de surveillance pour la préparation de l'éloignement contraint »⁵². Malgré la réforme de 2016, le rapport n'a toujours pas changé. Certes en 2017 les assignations à résidence ont augmenté en nombre (7 942 assignations « alternative à la rétention ») mais elles ne

⁴⁸ CJUE 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbavian contre Préfet du Val-de-Marne*, aff. C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807 ; ADL 7 décembre 2011, S. Slama ; D. 2012, 333, obs. G. Poissonnier ; Droit adm., févr. 2012, 46, obs. V. Tchen ; Europe n° 2, 2012, comm. 73, comm. F. Gazin ; Gazette du Palais, 2012, n°45, 17, comm. P. Henriot.

⁴⁹ CJUE 28 avril 2011, *El Dridi*, pt. 41.

⁵⁰ « La rétention est un dispositif qui ne fonctionne pas », estime la Cimade, *Libération*, 19 février 2018.

⁵¹ Cons. constit., déc., n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 61, Constitutions, 2011, n° 4, p. 581, obs. V. Tchen ; Constitutions, 2012, n° 1, p. 63, obs. A. Levade. Cf. P. Henriot, « Les sages capitulent », *Plein Droit*, octobre 2011, n° 90, p. 29-31.

⁵² Etude d'impact (n 47), p. 60.

représentent toujours que 17% des 45 000 placements en rétention (dont 19 948 outre-mer)⁵³. Ainsi, par sa complaisance à l'égard du législateur, le juge constitutionnel français s'est montré dans l'incapacité d'assurer le respect de la DR à défaut d'avoir réellement garanti le caractère subsidiaire de la rétention.

Mais du point de vue du droit de l'Union, ce n'est pas le seul reproche qu'on puisse faire à la décision du Conseil constitutionnel de 2011. Au regard du « Manuel sur les retours » de la Commission⁵⁴ et de la jurisprudence de la CJUE, on peut aussi penser que la définition par le législateur français⁵⁵ de six cas dans lesquels il existe, sauf circonstance particulière, des « risques de fuite » de l'étranger, ce qui permet de ne pas lui accorder de délai de départ volontaire et de le placer en rétention, ne sont pas définis objectivement (pour l'essentiel ils se contentent de reprendre les critères préexistants dans le droit français). Pourtant le juge constitutionnel a estimé, sans motiver sa position ni analyse plus poussée de ce que constituerait une situation de risque de fuite, que « le législateur a retenu des critères objectifs qui ne sont pas manifestement incompatibles avec la directive que la loi a pour objet de transposer »⁵⁶.

De même s'agissant de l'interdiction de retour, il a estimé qu'il n'y a pas d'incompatibilité manifeste entre les dispositions législatives adoptées⁵⁷ et l'article 11 de la DR (interdiction d'entrée). Pourtant l'article L.511-1 III du CESEDA prévoyait, dans sa version issue de la loi de 2011, que le préfet « peut », par une décision motivée, assortir l'OQTF d'une interdiction de retour sur le territoire français alors que l'article 11 §1 de la DR prévoit que, dans deux cas (si aucun délai n'a été accordé pour le départ volontaire, ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée), les décisions de retour « sont » assorties d'une interdiction d'entrée et que, dans les autres cas, celles-ci « peuvent » être assorties d'une telle interdiction. L'article 11 § 3 ne permet de déroger au caractère obligatoire des deux premiers cas que pour « des raisons humanitaires dans des cas particuliers justifiés ».

Ainsi, dans ces deux hypothèses, le législateur français avait transformé une compétence liée en un pouvoir discrétionnaire sans que le Conseil constitutionnel n'y voie la moindre contrariété manifeste avec la directive transposée. Cela est d'autant plus curieux que la rédaction adoptée par le législateur était liée au fait que celui-ci craignait une censure car dans une jurisprudence antérieure le juge constitutionnel avait estimé qu'une mesure d'éloignement entraînant « automatiquement » une interdiction constituait une sanction contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁵⁸. Mais dans sa décision de 2011 ce grief est écarté car le Conseil estime que « l'interdiction de retour dont l'obligation de quitter le territoire peut être assortie constitue une mesure de police et non une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789 »⁵⁹.

⁵³ Projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif, Rapport n° 552 (2017-2018) de M. François-Noël Buffet, fait au nom de la commission des lois, déposé le 6 juin 2018, p.201-203.

⁵⁴ Recommand. de la Commission du 16 novembre 2017 établissant un «manuel sur le retour» commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour, C(2017) 6505 final, pp. 12-13.

⁵⁵ Paragraphe II de l'article L. 511-1 du CESEDA issu de la loi de 2011.

⁵⁶ Cons. constit., déc., n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. 48.

⁵⁷ Septième alinéa du paragraphe III de l'article L. 511-1

⁵⁸ Cons. constit., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 49.

⁵⁹ Cons. constit., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. 52.

Sous pression de la Commission européenne, le Gouvernement français a pourtant reconnu, dans l'étude d'impact du projet de loi de 2016, que : « si le prononcé de l'interdiction de retour est bien possible dans tous les cas de prononcé d'une OQTF, la loi ne peut, sans méconnaître la portée de l'article 11 § 1, ouvrir sans nuance un égal pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente sur chacun de ces cas, y compris les cas de refus de délai de départ volontaire ou de non-respect de ce délai »⁶⁰. La rédaction de l'article L. 511-1 a donc été modifiée par la loi du 7 mars 2016 afin d'assurer « l'obligation de transposer fidèlement » la DR et compte tenu de « la volonté » du Gouvernement « d'améliorer la fidélité de notre transposition de la directive à laquelle la Commission européenne nous a invité »⁶¹.

La décision de 2011 n'est pas le seul cas dans lequel le Conseil constitutionnel n'a pas assuré le respect du droit de l'Union. Saisi d'une QPC portant sur les dispositions du CESEDA dont la conformité à la DR a expressément été mise en cause dans l'arrêt *Achughbadian* (l'article L.622-1), le Conseil constitutionnel n'a pas constaté leur contrariété au principe de nécessité des peines de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Conformément à sa jurisprudence *IVG* de 1975, il a aussi estimé qu'« un grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité »⁶².

Pourtant comme le reconnaissent les services du Conseil⁶³, « ni le requérant ni les parties intervenantes ne demandaient au Conseil constitutionnel de revenir sur cette jurisprudence [« *IVG* »]. Leur demande, telle qu'elle était formulée dans les conclusions du GISTI qui, sur ce point, étaient les plus argumentées, tendait à ce que le Conseil constitutionnel tirât les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice en en déduisant que l'infraction réprimant l'entrée et le séjour irrégulier méconnaissait le principe constitutionnel de nécessité des peines, lequel devrait désormais être interprété à l'aune de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, intégrée comme élément de la constitutionnalité. Il n'y aurait plus eu de nécessité de la peine dès lors que la CJUE en interdisait le prononcé ». Avec sa déclaration « surprenante »⁶⁴ d'incompétence, le Conseil n'a pas répondu au moyen « subtil »⁶⁵ développé par le GISTI⁶⁶ en préférant le « désarticulé »⁶⁷ et en le traitant « comme un *banal* moyen d'inconventionnalité »⁶⁸.

⁶⁰ Etude d'impact, (n 47), pp.76-77.

⁶¹ « III. — L'autorité administrative, par une décision motivée, assortit l'obligation de quitter le territoire français d'une interdiction de retour sur le territoire français, d'une durée maximale de trois ans à compter de sa notification, lorsque aucun délai de départ volontaire n'a été accordé à l'étranger ou lorsque l'étranger n'a pas satisfait à cette obligation dans le délai imparti. Des circonstances humanitaires peuvent toutefois justifier que l'autorité administrative ne prononce pas d'interdiction de retour ».

⁶² Cons. constit., déc. n° 2011-217 QPC du 03 février 2012, *M. Mohammed Alki B.* [Délit d'entrée ou de séjour irrégulier en France], cons.3 ; *ADL* du 9 février 2012 par S. Slama ; *Constitutions*, 2012, obs. A. Levade ; *Europe*, 2012. 3. repère 3, D. Simon ; *Droit pénal*, 2012.3. 34 obs. J-H. Robert ; *Constitutions*, 2012. 339, obs. V. Tchen

⁶³ https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2011217qpc/ccc_217qpc.pdf

⁶⁴ A. Levade, « Directive retour et délit d'entrée ou de séjour irrégulier : l'exigence constitutionnelle de transposition des directives définitivement stérilisée dans le cadre de la QPC ? », *Constitutions* 2012.286

⁶⁵ D. Simon, « Directive retour » et sanctions pénales du séjour irrégulier. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 février 2012 refuse de censurer la loi française, *Europe* 2012.3, repère 3.

⁶⁶ Déclaration de conflit d'intérêt : nous avons participé, pro bono, à cette procédure comme expert auprès des avocats des associations tiers intervenantes.

⁶⁷ A. Levade, « QPC et directive « retour » : retour en arrière jurisprudentiel ? », *JCP G* n°8, 2012. libre propos. 19.

⁶⁸ A. Levade, « Directive retour et délit d'entrée... » (n 64).

Ces illustrations sont donc révélatrices du fait que le juge constitutionnel français, par ignorance de la matière⁶⁹ ou mauvaise volonté, ne prend pas au sérieux les griefs de violation manifeste du droit de l'Union. Mais si, en parfait *Angel Eyes*⁷⁰, le juge constitutionnel élimine froidement les griefs de contrariété au droit de l'Union semés par les requérants et intervenants sur sa route, il est bien moins subtil que le Conseil d'Etat qui, à l'égard de la DR, s'est comporté en truand...

C. Le truand : le Conseil d'Etat ou la consécration d'une invocabilité verticale descendante d'une directive non transposée

Comme devant les juridictions judiciaires à propos de l'article 16, la non-transposition dans le délai prescrit de la DR a permis aux requérants étrangers sous le coup d'une OQTF de la contester, dès le 25 décembre 2010, en invoquant directement celle-ci, en particulier les dispositions des articles 7 et 8 régissant les conditions d'octroi d'un délai de départ volontaire (DDV). Mais là aussi les juges administratifs se sont divisés sur cette question et des solutions opposées ont pu être adoptées d'un tribunal à l'autre et même parfois, au sein même d'un même tribunal, d'un juge de la reconduite à la frontière à l'autre.

Face à de tels problèmes d'interprétations divergentes du droit de l'Union, la logique des traités européens voudrait qu'une juridiction administrative saisisse de cette « difficulté sérieuse » la Cour de justice. Mais, au sein de l'ordre administratif, les juges administratifs font preuve de davantage de discipline à l'égard du Palais Royal, leur juridiction suprême (et gestionnaire du corps des magistrats administratifs), que de la Cour de Luxembourg. Ainsi, face à cette difficulté sérieuse et nouvelle qui présente dans un grand nombre de litiges, le « réflexe » du juge administratif est d'interroger le Conseil d'Etat par la voie d'une « demande d'avis sur une question de droit », conformément à l'article L. 113-1 du code de justice administrative. C'est ce qu'a fait le tribunal administratif de Montreuil en transmettant deux demandes d'avis à propos d'une part du caractère directement invocable, ou non, des dispositions des articles 7 et 8 de la DR en l'absence de transposition par le législateur⁷¹ et d'autre part, de la possibilité d'exclure, par voie d'exception d'« unionité », l'application des dispositions du II de l'article L.511-1 du CESEDA, en ce que celles-ci ne prévoyaient, à cette date, l'accord d'aucun DDV contrairement aux objectifs fixés par les articles 7 et 8 de la DR⁷².

Or, dans son avis, rendu en mars 2011⁷³, le Conseil d'Etat a adopté une position contrastée. Appliquant la théorie de l'acte clair, afin de ne pas procéder à un renvoi préjudiciel, il saisit cette occasion pour effectuer un véritable « vade-mecum enfin clair sur l'invocabilité des directives communautaires »⁷⁴ dans le prolongement des arrêts *Perreux* (pour l'invocabilité

⁶⁹ La lecture du commentaire officiel de la décision (p.29), élaboré par les services du Conseil constitutionnel, montre que la question de la conformité manifeste des dispositions déferées avec l'article 11 de la directive n'est pas sérieusement examinée (https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2011631dc/ccc_631dc.pdf).

⁷⁰ Dans la version américaine du film *Le bon, la brute et le truand*, le personnage de « la brute », interprété par Lee Van Cleef, s'appelle Angel Eyes (Sentenza dans la version originale).

⁷¹ TA de Montreuil, 20 janvier 2011, *M. J.*, n° 345978.

⁷² TA Montreuil, 10 février 2011, *M. T.*, n° 1100584.

⁷³ CE, avis du 21 mars 2011, *J. et T.*, n° 345978, 346612, Rec Lebon ; (2011) JCP A, n° 18, n°2173, obs. S. Slama ; (2011), *Actualité juridique Droit administratif*, 1688, obs. H. Alcaraz. La rapporteure au Conseil d'Etat dans cette affaire était Mme Stéphanie Gargoullaud.

⁷⁴ M. Gautier, « Où l'on reparle de l'effet direct des directives communautaires », (2011) *Actualité juridique Droit administratif*. 297.

directe) et *Revert et Badelon* (pour l'invocabilité d'exclusion)⁷⁵. Mais s'il a reconnu es invocabilités directe et d'exclusion de ces dispositions ; il a admis dans le même temps une effet vertical descendant – pourtant prohibé par la jurisprudence européenne – dès lors qu'il est défavorable aux étrangers.

Le Conseil d'Etat fait donc une lecture constructive de la législation existante – conforme aux objectifs de la DR – avec la préoccupation principale de préserver la possibilité pour les autorités françaises de prononcer des OQTF le temps que le législateur adopte la loi de transposition. Mais pour ce faire, le juge administratif suprême estime, de manière plus critiquable, que les dispositions de la DR ne font pas obstacle à ce qu'une mesure de reconduite soit prise à l'encontre d'un étranger « dès lors que cette mesure est assortie d'un délai de retour approprié à la situation de l'intéressé et supérieur à sept jours » dans les cas prévus aux 1° [entrée irrégulière], 2° [maintien irrégulier sur le territoire] et 4° [non renouvellement titre et maintien au-delà d'un mois à l'expiration d'un titre] du II de l'article L. 511-1 – c'est-à-dire les principaux cas de reconduite à la frontière. Cette habilitation jurisprudentielle à assortir ces décisions de retour d'un délai non prévu par la loi française mais uniquement par la directive porte atteinte à notre sens, au principe de prohibition de l'effet vertical descendant, c'est-à-dire de l'impossibilité pour l'Etat d'imposer des dispositions d'une directive qu'il n'a pas transposées⁷⁶. Certes la Cour de justice admet par ailleurs qu'il serait

contradictoire de juger que les particuliers sont fondés à invoquer les dispositions d'une directive [inconditionnelles et précises], devant les juridictions nationales, en vue de faire censurer l'administration, et d'estimer néanmoins que celle-ci n'a pas l'obligation d'appliquer les dispositions de la directive en écartant celles du droit national qui n'y sont pas conformes⁷⁷.

Mais cela signifie uniquement, à notre sens, que lorsqu'un particulier invoque des dispositions inconditionnelles et précises non transposées, l'administration est tenue d'en faire application. En revanche, cela n'habilite pas une autorité nationale à se prévaloir de dispositions non transposées car cela reviendrait à sa prévaloir de sa propre turpitude.

Dans un communiqué de presse publié quelques heures après l'avis, le ministère de l'Intérieur s'est immédiatement engouffré dans la brèche en estimant que désormais « l'administration doit assortir ces arrêtés d'un délai de départ volontaire, sous réserve des deux exceptions précédemment mentionnées d'ordre public et de fraude » et, dans l'attente de l'adoption de la loi nouvelle, « des instructions précises seront données aux préfets pour que, dès à présent, un délai de départ volontaire soit accordé dans les conditions prévues par la directive ».

Et dès le 23 mars 2011, le ministre de l'Intérieur a adressé une circulaire aux préfets⁷⁸ afin qu'ils assortissent, à titre transitoire, dans l'attente de l'adoption d'une nouvelle législation,

⁷⁵ CE, Ass., 30 octobre 1996, *Cabinet Revert et Badelon*, n° 45126 ; CJCE 19 septembre 2000, *Luxembourg c/ consorts Lintser*, aff.C-287/98.

⁷⁶ CJCE 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, ECLI:EU:C:1979:110; CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 ; CE Sect. 23 juin 1995, *SA Lilly France*, Rec. Lebon p.257, concl. C. Maugué.

⁷⁷ CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo SpA contre Comune di Milano*, aff. 103/88, ECLI:EU:C:1989:256, pt. 31.

⁷⁸ Circulaire du 23 mars 2011, NOR : IOC/V/11/08038/C, *Conséquences à tirer de l'avis contentieux du Conseil d'État du 21 mars 2011 sur la directive « retour »*.

les mesures d'éloignement d'un DDV de sept jours. Cette circulaire a été immédiatement contestée devant le Conseil d'Etat par le Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s (Gisti)⁷⁹.

Tordant le droit de l'Union européenne, le juge administratif a validé, en référé-suspension⁸⁰ et au fond⁸¹, cette instruction. Pour cela, il a considéré d'une part que le ministre pouvait prescrire aux préfets, dans l'attente de l'entrée en vigueur de la loi procédant à la transposition de la DR, « de ne pas procéder à l'exécution d'office d'un arrêté de reconduite à la frontière avant l'expiration d'un délai de départ volontaire, conforme à la directive » car, selon lui, « un tel report d'exécution revient nécessairement à laisser à l'étranger qui fait l'objet de la mesure un délai pour quitter volontairement le territoire national comme le prévoit la directive ». Selon sa lecture :

si la circulaire ne fait état que d'un délai de sept jours révolus, cette indication, donnée à titre illustratif, n'a pas pour objet et ne pourrait avoir légalement pour effet [...] de priver les préfets de l'exercice de leur pouvoir d'appréciation pour déterminer, dans chaque cas au vu de la situation de la personne concernée, le délai approprié prévu par la directive pour un retour volontaire, délai compris entre sept et trente jours et susceptible, en cas de nécessité, d'être prolongé, conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 7 de la directive⁸².

En raison de la prohibition de l'effet vertical descendant, il n'aurait pas dû admettre la possibilité pour une administration d'appliquer au détriment d'un administré ces dispositions non transposées. Mais, sans poser de question préjudicielle, le Conseil d'Etat s'est affranchi de cette prohibition par un tour de passe-passe juridique. Il a en effet estimé, pour justifier sa position, que la circulaire « vise à permettre aux étrangers *de bénéficier* du délai de départ volontaire prévu par les dispositions précises et inconditionnelles de l'article 7 de la DR après l'expiration du délai de transposition ». Autrement dit, cette mesure serait *favorable* aux étrangers en instance d'éloignement et, par suite, l'administration pourrait, *même s'ils n'en ont pas fait la demande expresse*, leur appliquer *d'office* le DDV de 7 jours par application directe de la DR.

En utilisant cette technique de l'interprétation conforme, le Conseil d'Etat a préservé la possibilité pour les autorités françaises d'adopter durant plusieurs mois (la DR ne sera transposée qu'à la mi-juillet 2011) des mesures d'éloignement avec la seule contrainte d'accorder un DDV de 7 jours par une application verticale descendante de la directive par l'Etat aux particuliers. Mais si le Conseil d'Etat n'avait pas admis cette possibilité, les étrangers concernés n'auraient *plus du tout* pu faire l'objet d'une mesure d'éloignement – ce qui leur était assurément plus favorable (mais aurait assurément nuit à l'efficacité du dispositif).

L'interprétation retenue est d'autant plus critiquable que la circulaire prescrivait aussi qu'un placement en rétention ou une assignation à résidence pouvaient intervenir, dans les conditions de droit commun, à l'expiration du délai de départ volontaire accordé. Or, le Conseil d'Etat a estimé qu'en apportant cette « seule précision » la circulaire n'aurait « pas prescrit de procéder au placement en rétention dans des conditions qui seraient contraires à ce que prévoit

⁷⁹ Nous avons participé à cette procédure notamment en représentant cette association à l'audience de référé.

⁸⁰ CE, réf., 12 mai 2011, *Gisti*, n°348774.

⁸¹ CE, 9 nov. 2011, *Gisti*, n°348773.

⁸² *Ibid.*

l'article 15 de la directive ». Pourtant, comme cela a été mentionné précédemment, le droit français faisait alors du placement en rétention la règle. Ce n'est qu'à titre très exceptionnel que des étrangers faisaient l'objet de mesures alternatives comme l'assignation, y compris les familles accompagnées d'enfants comme l'a montré la condamnation de la France dans l'affaire *Popov*⁸³.

Même si elles ont moins défrayé la chronique, il existe d'autres illustrations dans lesquelles le Conseil d'Etat s'est arrangé avec le droit de l'Union. On pense en particulier au fait qu'avec la loi du 16 juin 2011 le législateur a maintenu la possibilité pour les préfets d'édicter, sans appliquer les dispositions de la DR, des reconduites à frontière à l'encontre d'étrangers qui, en France depuis moins de trois mois (souvent sous couvert d'un visa), soit adoptent un comportement constituant une menace pour l'ordre public, soit méconnaissent les règles relatives à la législation du travail applicable aux étrangers (travail sans autorisation, etc.) (article L. 533-1 du CESEDA). Un certain nombre de spécialistes du droit des étrangers, dont nous faisons partie⁸⁴, ont estimé dès l'adoption de ces dispositions que le maintien de ce cas de « reconduites autonomes » constituait une violation de la directive « retour ».

Pourtant, saisi de cette difficulté sérieuse par la Cour administrative d'appel de Versailles, le Conseil d'Etat a, dans un avis, fait de nouveau l'application de la théorie de l'acte clair (afin de ne pas devoir renvoyer cette question à la Cour de justice) et estimé que « la directive n'est applicable qu'aux décisions de retour qui sont prises par les Etats membres au motif que les étrangers sont en situation de séjour irrégulier » (ce qui est vrai). Et par suite, il a estimé, sans motiver aucunement sa position, que

la directive n'a pas vocation à régir les procédures d'éloignement qui reposent sur des motifs distincts, notamment la menace à l'ordre public ou la méconnaissance d'autres normes de portée générale, telle que l'obligation de détenir une autorisation de travail pour exercer une activité professionnelle⁸⁵.

Comme l'explique un magistrat administratif, qui qualifie de « surprenante » la solution adoptée par le Conseil d'Etat dans son avis, d'une part, s'agissant du premier motif, « la méconnaissance de l'ordre public, qui peut justifier un refus de titre de séjour, implique nécessairement une irrégularité de séjour » et, d'autre part, s'agissant du second, si « la méconnaissance de l'obligation de détenir une autorisation de travail n'implique pas nécessairement une irrégularité du séjour », il n'empêche que « la décision de retour prise implique nécessairement, là encore, une irrégularité du séjour comme conséquence automatique de la méconnaissance de la règle de l'autorisation de travail »⁸⁶.

⁸³ CEDH, 5e Sect. 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n° 39472/07 et 39474/07. Sur les résistances des autorités françaises et du Conseil d'Etat à cette jurisprudence cf. A. Gelblat, « La CEDH et la pratique française de rétention des mineurs étrangers : L'impossibilité pratique plutôt que l'interdiction de principe ? », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, 29 août 2016. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2513> et C. Escuillié, « Un encadrement cosmétique du renvoi des mineurs étrangers arbitrairement rattachés à des adultes accompagnants », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, 27 février 2015. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1067>.

⁸⁴ S. Slama et Me-L. Basilien-Gainche, « L'arrêt *El Dridi* : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *AJ Pénal* 2011 p. 362 ; S. Slama, « Contrariété à la directive « retour » des reconduites à la frontière « autonomes » de l'article L.533-1 du CESEDA », *Combats pour les droits de l'Homme*, 6 septembre 2011.

⁸⁵ CE, avis, 10 oct. 2012, *Préfet du Val-d'Oise c/ Rhabani*, n° 360317, Lebon T. p. 630, 631, 638 et 792.

⁸⁶ S. Humbert, « Directive « retour »... » (n 20)

En définitive, le législateur français a – là-aussi – fini par s’incliner et mettre le droit français en conformité avec le droit de l’Union. Avec l’article 27 de la loi du 7 mars 2016, il a en effet procédé à l’abrogation pure et simple de l’article L. 533-1 du CESEDA. Entre mi-2011 et la fin 2013, 1320 étrangers avaient fait l’objet d’une telle reconduite « autonome »⁸⁷.

On peut aussi signaler, sur des problèmes complexes, des décisions rendues par le Conseil d’Etat, toujours sans renvoi préjudiciel, sur le caractère inapplicable de la DR aux décisions de « remise » à un autre État membre, que ce soit dans le cadre de la procédure dite « Dublin » (CESEDA, art. L. 531-2) ou dans le cas d’une remise dite « Schengen » (art. L. 531-1). Or, si dans le cas des réadmissions « Dublin », on peut approuver la solution dégagée par le Conseil d’Etat⁸⁸ (les ressortissants de pays tiers ayant déposé une demande d’asile ne sont généralement pas en séjour irrégulier mais des demandeurs d’asile en cours de procédure), dans le cas des remises « Schengen », sa position⁸⁹ paraît partiellement remise en cause par la décision *Affum* du 7 juin 2016⁹⁰, en ce qu’elle juge que la DR impose que la remise soit effectuée avec diligence, ce qui implique nécessairement que les remises sont dans le champ de la directive⁹¹.

Du point de vue technique, on constate donc la tendance du Conseil d’Etat à privilégier le recours à la technique de l’interprétation du droit français « conforme » au droit de l’Union⁹² plutôt que la censure franche de ce droit qui le rendrait inapplicable et, par suite, empêcherait toute application de la directive le temps d’adopter une loi de transposition. De longue date, comme l’avait déjà démontré en 1978 l’arrêt *Cohn-Bendit*, il privilégie aussi l’application de la théorie de l’acte clair afin de conserver une marge dans l’interprétation du droit de l’Union y compris lorsqu’il est manifestement confronté à une difficulté sérieuse d’interprétation de ce droit et lorsque les interprétations qu’il retient, sans procéder à un renvoi préjudiciel, paraissent discutables et très « arrangeantes » à l’égard des autorités nationales dans l’application du droit de l’Union. Car là aussi le Tuco administratif dégage moins vite des questions préjudicielles que Blondin judiciaire...

III. Une instrumentalisation du « dialogue » avec le juge de l’UE

Les juges français, en particulier les juges suprêmes⁹³, ne sont pas réputés comme les juges nationaux de l’Union ayant le plus facilement recours à une question préjudicielle. Comme cela

⁸⁷ Etude d’impact loi de 2016, *préc.*, p. 70.

⁸⁸ CE, 23 juin 2011, *Mme Tamoeva*, n° 350136.

⁸⁹ CE, 27 juin 2011, *Ministre de l’intérieur, de l’outre-mer, des collectivités territoriales et de l’immigration c/ Lassoued*, n° 350207, Lebon T. p. 818, 829 et 960. V. aussi : CE, avis, 18 décembre 2013, *Préfet de Haute-Savoie*, n°371994, Rec. Lebon p. 318.

⁹⁰ CJUE 7 juin 2016, *Sélina Affum c. Préfet du Pas-de-Calais et Procureur général de la cour d’appel de Douai*, Aff. C-47/15 ECLI:EU:C:2016:408, pts 79-88.

⁹¹ Pour des développements cf. l’article de S. Humbert (n 20).

⁹² Cf. CE, 8 déc. 2000, n° 204756, *Commune de Breil-sur-Roya*, Rec. Lebon. 581 ; (2001) *Actualité juridique Droit administratif*, 775, note J.-M. Février : « (...) il appartient aux autorités administratives nationales, sous le contrôle du juge, d’exercer les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi en lui donnant, dans tous les cas où celle-ci se trouve dans le champ d’application d’une règle communautaire, une interprétation qui soit conforme au droit communautaire (...) ».

⁹³ Dans cette partie, il ne sera question que du Conseil d’Etat et de la Cour de cassation car, comme cela a déjà été mentionné, le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas compétent pour poser une question préjudicielle à la Cour de justice (sous la seule réserve du mandat d’arrêt européen, en application de l’article 88-2 de la Constitution

a déjà été relevé, il existe au contraire une pratique assez ancienne de privilégier soit la technique de l'interprétation conforme soit l'application de la théorie de l'acte clair afin de procéder, le moins possible, à un renvoi préjudiciel. L'objectif est, pour le juge national, de ne pas encombrer inutilement le prétoire du juge européen mais aussi de se ménager une marge d'appréciation dans l'interprétation des normes européennes⁹⁴. Ce constat général est particulièrement vrai en droit des étrangers où, depuis l'arrêt *Cohn-Bendit* de 1978⁹⁵, le juge national, en particulier le Conseil d'Etat, a tendance à court-circuiter son obligation découlant de l'article 267 du TFUE.

Ainsi, on constate un usage stratégique, voire opportuniste, des questions préjudicielles. En revanche, une fois que le juge de l'Union est intervenu les juridictions nationales sont, dans l'ensemble, respectueuses de l'autorité de ses décisions. S'agissant de la directive « retour », deux illustrations peuvent être prises pour accréditer l'idée d'utilisation ponctuelle et stratégique de la question préjudicielle de la part aussi bien du juge judiciaire que du juge administratif. D'une part, faisant preuve d'un activisme judiciaire, les questions préjudicielles du juge judiciaire dans les affaires *Achughbabian* et *Affum* ont abouti à une remise en cause du délit de séjour et d'entrée irréguliers sur le territoire français ainsi qu'aux gardes à vue prises sur son fondement (A.). D'autre part, de manière beaucoup plus ambiguë, les questions préjudicielles du juge administratif à propos du droit d'être entendu dans les procédures d'éloignement ont abouti aux (décevants) arrêts *Mukarubega*⁹⁶ et *Boudjlida*⁹⁷ qui valident, pour l'essentiel, les conceptions développées de longue date par le juge administratif français sur la portée de ce droit (B.).

A. Affaires *Achughbabian* et *Affum* : un activisme du juge judiciaire dans l'interaction avec la Cour de justice

La dépénalisation partielle du séjour puis de l'entrée irréguliers sur le territoire, lorsque ces incriminations constituent un obstacle à la mise en œuvre de la directive « retour », illustre les virtualités d'une interaction judiciaire constructive entre juges nationaux et Cour de justice face aux résistances des Etats. Cette interaction n'a été rendue possible que grâce à l'imagination de défenseurs des étrangers des deux côtés des Alpes, en particulier des échanges qui ont pu avoir lieu avant l'entrée en vigueur de la DR entre des avocats et des universitaires.

Lorsqu'elle a été adoptée la DR était en effet perçue par les ONG comme essentiellement défavorable aux étrangers. Certains d'entre elles avaient même dénoncé un « directive de la honte » (car elle autorise, dans certaines circonstances, jusqu'à 18 mois de rétention et la rétention des mineurs, mêmes isolés). Mais son examen attentif permettait également d'y déceler un certain nombre de virtualités protectrices. En particulier, les avocats de M. El Dridi ont eu l'idée d'utiliser la directive, interprétée à l'aune des droits fondamentaux

cf. Cons. constit., déc. n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013, *M. Jeremy F.* [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne].

⁹⁴ Cf. E. Neframi, *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Larcier, 2015.

⁹⁵ CE, Ass., 22 décembre 1978, *ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit*, Rec. Lebon p. 52. Daniel Cohn-Bendit avait demandé au ministre de l'Intérieur l'abrogation de son arrêté d'expulsion du territoire français édicté en 1968 en invoquant directement la directive de 1964.

⁹⁶ CJUE 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega c. Préfet de police et Préfet de la Seine-Saint-Denis*, aff. C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336.

⁹⁷ CJUE 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, aff. C-249/13, ECLI:EU:C:2014:2431.

garantis par l'Union, comme empêchant la « criminalisation » du séjour irrégulier⁹⁸. Si dans sa décision du 28 avril 2011 la Cour de justice a bien constaté que la DR, en particulier ses articles 15 et 16,

s'oppose à une réglementation d'un Etat membre, telle que la législation italienne, prévoyant l'infliction d'une peine d'emprisonnement pour le seul motif que le ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié

elle ne l'a pas fait au nom des droits fondamentaux mais de l'efficacité du dispositif de « retour »⁹⁹.

De longue date (1938), il existait en France un délit de séjour irrégulier. Avec la massification des reconduites à la frontière et des placements en rétention dans les années 1990, ce délit est devenu le support permettant, en cas d'interpellation d'un sans-papier, de le placer en garde à vue afin de préparer la procédure *administrative* d'éloignement. En effet, des dispositions du Code de procédure pénale conditionnent le placement en garde à vue à l'exigence qu'il existe à l'encontre de la personne interpellée « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement ». Or, c'est précisément ce que prévoyait l'article L.622-1 du CESEDA s'agissant du séjour irrégulier. Mais dans la pratique cette infraction pénale était instrumentalisée par les services de police et les parquets avec comme finalité principale de préparer la procédure administrative d'éloignement et non aux fins de poursuites. Ainsi, en 2009, sur 96 109 étrangers mis en cause pour infraction aux conditions générales d'entrée et de séjour, 74 050 ont été placés en garde à vue¹⁰⁰. Ces mesures ont abouti à 30 270 placements en rétention pour 5 306 condamnations (597 pour la seule infraction prévue l'article L.621-1 dont 197 à une peine de prison ferme et 50 personnes en état de récidive légale)¹⁰¹.

Dans ce contexte, la mise en cause du délit de séjour irrégulier par la Cour de justice dans l'affaire *El Dridi* s'est répandue, dans les jours suivants la décision, comme une trainée de poudre et la contrariété de l'article L.622-1 à la DR a été soulevée devant les JLD par de nombreux avocats entraînant des centaines de remises en liberté. Mais, là encore, les juges se sont divisés sur la position à tenir s'agissant des incidences sur le droit français de cette

⁹⁸ L. Masera et F. Vigano, membres de l'AGSI et qui ont de nombreux échanges avec les milieux juridiques français de défense des étrangers (Mirgeurop, ADDE) ont inspiré la question préjudicielle de l'affaire El Dridi. V. leur article : « Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali », *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, n. 2, p. 560.

⁹⁹ V. not. L. Masera, « Les ressorts de l'affaire El Dridi » in Gisti, *Immigration : un régime pénal d'exception* Coll. « Penser l'immigration autrement », juin 2012 ; « La rétention de l'étranger en Italie après la directive 2008/115/CE », in C. Severino, *La transposition de la "directive retour". France, Espagne et Italie*, 2015, Bruylant, pp.155-178.

¹⁰⁰ Etat 4001 annuel, DCPJ cité fiche thématique 15 « Les gardes à vue pour crimes et délits non routiers et le rapport « Gardes à vue / Mis en cause » de 2005 à 2010 » in Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, *Rapport La criminalité en France 2011*, p.538.

¹⁰¹ S. Slama, « Confirmation de l'impossibilité de placement en garde à vue d'un ressortissant d'un pays tiers sur le seul fondement de son séjour irrégulier sans épuisement des mécanismes coercitifs de la directive » in *Actualités Droits-Libertés*, 14 juillet 2012.

décision¹⁰². Ils ont été encouragés en cela par le fait que, contre toute évidence¹⁰³, le ministère de l'Intérieur et la Chancellerie ont immédiatement résisté en donnant des instructions visant à minimiser l'impact de la décision du 28 avril 2011¹⁰⁴. Et donc, une nouvelle fois, c'est par voie de circulaire que les autorités françaises ont cherché à entraver la mise en application de la DR conforme à l'interprétation donnée par la CJUE et ce afin de tenter de sauvegarder le dispositif français.

Dans ce contexte de nouvelle cacophonie judiciaire, une magistrate de la Cour d'appel de Paris a soulevé d'office le moyen de violation du droit de l'Union et elle a 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 DR¹⁰⁵. Si l'urgence n'a pas été accordée compte tenu de la remise en liberté d'Alexandre Achughbabian, en revanche la procédure accélérée a été décidée (article 104 bis du règlement de procédure) et à la demande du gouvernement français, l'affaire a été renvoyée en Grande chambre.

Toutefois face à la levée de boucliers de certains Etats membres, la Cour de justice a tergiversé. Elle a certes confirmé la portée de l'arrêt *El Dridi* en estimant que 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 »¹⁰⁶. Mais, elle a – en même temps – confirmé d'une part la conformité du même article L.621-1 et des procédures de garde à vue dans une première phase d' « arrestation initiale » - qui est enfermée dans un délai « certes bref mais raisonnable » ; délai pendant lequel l'Etat peut déterminer si l'étranger est, ou non, en séjour irrégulier. D'autre part, la Cour a rappelé la possibilité, en cas d'échec des mesures prescrites par la directive, d'infliger à l'étranger une sanction pénale d'emprisonnement dans le cas où il continuerait à séjourner irrégulièrement « sans motif justifié de non-retour »¹⁰⁷.

Face à une jurisprudence aussi fuyante et arrangeante, la Cour de cassation aurait pu elle-même tergiverser. Car, une nouvelle fois, la Chancellerie a adressé des instructions

¹⁰² S. Slama, « Le printemps des sans-papiers : Directive « retour », rétention et pénalisation (les suites de l'arrêt *El Dridi*, CJUE, 28 avril 2010) », *CPDH* 9 juin 2011.

¹⁰³ Cf. not. M-L. Basilien, « Directive « retour » : la Cour de Luxembourg met en cause la pénalisation de l'irrégularité entravant l'efficacité du droit de l'UE », *CPDH* du 29 avril 2011 ; S. Slama, « Une remise en cause profonde de la pénalisation de l'irrégularité en France », *Recueil Dalloz* 2011.1400 ; V. Baudet-Caille, « Les peines d'emprisonnement pour séjour irrégulier dans la tourmente », *Dictionnaire permanent- droit des étrangers*, Bulletin n°201, juin 2011, p.2 ; F. Kauff-Gazin, « La directive « retour » au secours des étrangers ? : de quelques ambiguïtés de l'affaire *El Dridi* du 28 avril 2011 », *Europe* n° 6, Juin 2011, étude 7 ; S. Slama et M-L. Basilien-Gainche, « L'arrêt *El Dridi* », (n 82) *AJ pénal*, 362 ; G. Poissonnier, « Etranger en simple situation irrégulière : il y a urgence à légiférer » (2012) *Recueil Dalloz*, 333.

¹⁰⁴ Ministère de la Justice, circulaire du 12 mai 2011 relative à la portée de l'arrêt de la Cour de justice européenne (CJUE) du 28 avril 2011 portant sur l'interprétation des articles 15 et 16 de la directive 2008/115/CE, dite « directive retour ».

¹⁰⁵ S. Slama, « 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. Nous avons été impliqué dans cette affaire comme expert auprès des avocats du requérant.

¹⁰⁶ *El Dridi*, (n°82), pt. 3.

¹⁰⁷ *Achughbabian* (n 48). Cf. S. 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 de retour » in *Lettre Actualités Droits-Libertés*, 7 décembre 2011.

développant une interprétation restrictive de l'arrêt rendu¹⁰⁸. Il s'agissait là encore de maintenir, envers et contre tout, la possibilité de placement en garde à vue de sans-papiers interpellés. Une nouvelle fois les juges judiciaires se sont divisés sur les conséquences à tirer de cette décision¹⁰⁹. Après l'échec de la QPC visant à ce que le juge constitutionnel tire les conséquences, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, de l'inapplicabilité de l'article L.621-1 au regard du droit de l'Union (v. supra)¹¹⁰, la Cour de cassation s'est saisie de pourvois en cassation déposés par Me Spinosi, l'un des avocats d'Alexandre Achughbabian devant la Cour de justice, pour trancher dans le vif en mettant fin, dans une série d'arrêts du 5 juillet 2012, à toute possibilité de garde à vue de sans-papiers tant que « l'une des » mesures coercitives de la directive 2008/115/CE, en particulier la rétention de 45 jours, n'a pas été épuisée¹¹¹.

Toutefois, soucieuse de ne pas interférer dans la campagne présidentielle en cours, la première chambre civile a alors temporisé en sollicitant, opportunément, l'avis de la chambre criminelle sur le point de savoir si un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier pouvait encore, « à la lumière des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 avril 2011 (*El Dridi*) et du 6 décembre 2011 (*Achughbabian*) », être placé en garde à vue sur le fondement des articles 62-2, 63 et 67 du code de procédure pénale alors que ceux-ci exigent un délit puni d'emprisonnement. Dans son avis du 5 juin 2012, la chambre criminelle a, sans chercher à ménager la chèvre et le chou, estimé qu'au regard de la jurisprudence européenne un ressortissant d'un Etat tiers en situation irrégulière mis en cause « pour le seul délit prévu par l'article L. 621-1 » ne pouvait plus être « placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée de ce seul chef »¹¹².

La fermeté de la position de la Cour de cassation a, cette fois-ci, brisé la résistance des autorités françaises¹¹³. Ainsi, dès le 6 juillet 2012, la Chancellerie s'est inclinée en donnant aux Parquets des instructions contraires à ses précédentes instructions en leur demandant « d'inviter les officiers de police judiciaire à éviter de recourir désormais à une mesure de garde à vue du seul chef de séjour irrégulier »¹¹⁴. Concomitamment, le ministère de l'Intérieur a informé les préfets de ces instructions du Garde des Sceaux et leur a demandé d'en tirer les conséquences nécessaires¹¹⁵. Il a fallu attendre le début de l'année 2013 pour que la loi « Valls » n°2012-1560 du 31 décembre 2012 assure la mise en conformité du droit français au droit de l'Union par l'abrogation pure et simple de l'article L.621-1 du CESEDA et la création de la retenue aux fins de vérifications du droit au séjour (art. L. 611-1-1).

¹⁰⁸ Circulaire n°11-04-C39 du 13 décembre 2011 relative à la portée de l'arrêt de la CJUE « ACHUGHBABIAN » du 6 décembre 2011 portant sur la compatibilité de l'article L.621-1 du CESEDA avec la directive 2008/115/CE dite « directive retour ».

¹⁰⁹ S. Slama, « Mêmes causes, même cacophonie judiciaire (les suites d'*Achughbabian* – CJUE 6 décembre 2011) », *CPDH* 8 décembre 2011.

¹¹⁰ Cons. constit., décision n° 2011-217 QPC du 03 février 2012, *M. Mohammed Alki B.* [Délit d'entrée ou de séjour irrégulier en France].

¹¹¹ Cass., civ., 1ère, 5 juillet 2012, arrêt n° 959, n°11-30.371 ; arrêt n° 965, n°11-30.530 ; arrêt n° 960, n°11-19.250.

¹¹² Cass, crim, avis n° 9002 du 5 juin 2012, *Demande d'avis formulée le 3 avril 2012 par la première chambre civile* ; *ADL* du 20 juin 2012 par S. Slama et B. Francos ; (2012)*Recueil Dalloz*, p. 1551, obs. G. Poissonnier ; (2012) *JCP G*, act. 735, obs A. Levade.

¹¹³ S. Slama, « Epilogue d'une saga judiciaire sur la garde à vue pour séjour irrégulier », (2012) *Recueil Dalloz*. 2001.

¹¹⁴ Circ. DACG-DACS 11-04-C39, 6 juillet 2012 relative aux conséquences des arrêts de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation du 5 juillet 2012 relatif à la garde à vue en matière de séjour irrégulier et de l'arrêt de la même chambre du 6 juin 2012 concernant l'article L.611-1 du CESEDA.

¹¹⁵ Circ. NOR INT/K/12/07284/C, 6 juillet 2012 relative au placement en garde à vue des ressortissants étrangers en situation irrégulière et contrôle spécifique du titre de séjour.

L'effervescence a été bien moindre autour de l'arrêt *Affum*¹¹⁶, compte tenu notamment de la complexité des faits d'espèce, mêlant délit d'entrée irrégulière et transit dans l'espace Schengen. Mais cette affaire est aussi symptomatique de la résistance des autorités françaises à tirer les conséquences d'une décision remettant en cause la législation et les pratiques nationales. Elle met également en évidence l'inclination de la Cour de cassation, particulièrement de la première chambre civile, à développer une interaction avec le juge de l'UE. Non seulement elle a renvoyé à la Cour de justice la question préjudicielle¹¹⁷ ; mais elle a, aussi, appliqué sa jurisprudence issue des arrêts du 5 juillet 2012 sur la garde à vue des sans-papiers aux cas d'entrée irrégulière en remettant en cause l'article L. 621-2, 2° du CESEDA¹¹⁸. Il a fallu pourtant attendre l'entrée en vigueur de la loi « asile – immigration – intégration » n°2018-778 du 10 septembre 2018 pour que cette disposition soit – enfin – abrogée.

Ces deux illustrations de l'abrogation du délit d'entrée et de séjour irréguliers à la suite des arrêts *Achughbadian* et *Affum* montrent donc l'existence d'un certain activisme judiciaire de la Cour de cassation dans l'interaction avec la Cour de justice afin d'assurer la mise en conformité du droit français au droit de l'Union¹¹⁹, y compris s'il s'agit de briser la résistance des autorités françaises – celles-ci se montrant dans l'incapacité de remettre en cause spontanément le dispositif existant. Sur la question du droit d'être entendu, l'attitude du Conseil d'Etat a été plus ambiguë et tend davantage à conforter la législation ou les pratiques administratives existantes ou, à tout le moins, sa propre jurisprudence.

B. *Mukarubega* et *Boudjlida*: dialogue en sourdine sur le droit d'être entendu

Ces deux affaires sont caractéristiques de techniques d'interactions avec la Cour de justice utilisées par le Conseil d'Etat visant – en même temps – à donner bonne figure tout en paraissant dialoguer avec le juge de l'UE et en veillant surtout à garder les coudées franches dans l'application des principes dégagés. En l'occurrence l'interaction est non seulement en trompe l'œil mais surtout le dialogue se réalise en sourdine.

Le principe du contradictoire préalable (*Audiatur et altera pars* ou *Audi alteram partem*) découle du principe des droits de la défense. En droit de l'Union européenne il est aussi rattaché au droit de « bonne administration »¹²⁰, consacré sous forme de principe général du droit de l'Union et décliné à l'article 41 de la charte des droits fondamentaux pour les « affaires traitées [...] par les institutions, organes et organismes de l'Union ». Il se rattache aussi, peu ou prou,

¹¹⁶ *Affum* (n 88); (2016) *AJ pénal*. 387, obs. C. Saas ; (2016) *Europe* n° 8-9, comm. 271, obs. F. Gazin.

¹¹⁷ Cf. aussi Cass, civ. 1^{ère}, 12 juil. 2017, *Préfet des Pyrénées-Orientales c/ M. Abdelaziz X...*, n°16-22.548.

¹¹⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 9 nov. 2016, n° 13-28.349, Bull.: un ressortissant d'un pays tiers à l'Union, entré en France irrégulièrement, par une frontière intérieure à l'espace Schengen, qui n'encourt pas l'emprisonnement prévu à l'article L. 621-2, 2°, du CESEDA dès lors que la procédure de retour établie par la directive 2008/115/CE n'a pas encore été menée à son terme, ne peut, au regard des articles 63 et 67 du code de procédure pénale, être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée du seul chef d'entrée irrégulière.

¹¹⁹ Pour s'en convaincre cf. dans les actes du colloque organisé par la Cour de cassation (Gargoulaud, *Le droit et les étrangers en situation irrégulière*, (n 24)) les contributions de juges dans ces affaires : D. Guérin (président de la Chambre criminelle), « La directive « retour » : quelle place pour le juge pénal ? », pp.149-160 et M. Valdès-Boulouque (Avocate générale de la première chambre civile à la Cour de cassation), « La directive retour et l'impossible pénalisation du séjour irrégulier », pp.162-172.

¹²⁰ L. Azoulay, L. Clément-Wilz « La bonne administration » in J-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^e éd., 2013.

aux articles 47 (droit au procès équitable et au recours effectif) et 48 (présomption d'innocence) de la Charte.

Ce même principe du contradictoire préalable existe de longue date en droit français sous forme de principe général de droit comme corollaire des droits de la défense qui s'applique même dans le silence des textes¹²¹. Il a ensuite été inscrit dans la réglementation française par le décret « Le Pors » du 8 novembre 1983 puis généralisé par la loi du 12 avril 2000 sur les droits des citoyens dans leur relations avec les administrés. Ce principe suppose que l'administré soit invité par l'administration, préalablement à l'intervention d'une décision qui lui fait grief, à présenter des observations orales ou écrites. Toutefois, dès le début des années 1990, le Conseil d'Etat a jugé que ce principe n'était pas applicable aux arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière. Eu égard à la brièveté des délais de recours et de jugement, il a estimé que le contradictoire pouvait, à défaut de se dérouler devant l'administration, se dérouler devant le juge¹²². Depuis, malgré les évolutions de ce contentieux, il a constamment maintenu cette jurisprudence absurde¹²³ et l'a même appliqué aux citoyens de l'UE et aux membres de leur famille¹²⁴.

En droit de l'Union, la Cour de justice a admis en 2012 que le droit d'être entendu, qui découle d'un principe général de droit de l'Union, est applicable aux procédures d'asile et, surtout, il a vocation à s'appliquer « à toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief » y compris « lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité »¹²⁵. Si bien que ce droit a été rapidement invoqué devant les juges administratifs français dans le contentieux de l'OQTF dans la mesure où le prononcé d'une telle mesure de retour n'est précédée d'aucune procédure contradictoire préalable¹²⁶. En ce sens, dès février 2013, le tribunal administratif de Lyon a rendu, en formation élargie, deux jugements reconnaissant aux étrangers le bénéfice de ce droit¹²⁷.

Dès lors la stratégie du Conseil d'Etat a été de neutraliser la portée de ce droit, afin qu'il ait le moins d'incidence possible dans la procédure administrative précédant l'édition de l'OQTF. Un tel positionnement permettait aussi conserver, dans sa substance, sa jurisprudence en la matière depuis 1991. L'objectif implicite était de veiller à ne pas renforcer les contraintes

¹²¹ Cf. CE 1944, *Dame Vve Trompier Gravier* inspiré de l'article 65 de la loi d'avril 1905. Au sein de la convention ayant élaboré la Charte des droits fondamentaux, le représentant français aurait contribué à l'inscription de ce droit à la « bonne administration » (G. Braibant, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Le Seuil, coll. « Points essai » sous l'article 41).

¹²² CE, Sect., 19 avril 1991, *Préfet de police c. Demir*, n°120435. Cf. pour une mise en perspective : S. Slama, « Médiation en droit des étrangers : l'être et le néant » in P. Greciano, *Justice et droits de l'homme. Les enjeux de la médiation internationale*, Mare & Martin, 2015, pp.287-308.

¹²³ CE, avis, 19 octobre 2007, *Hammou et Benabdelhak*, n°306821, Rec. Lebon ; CE, avis, 28 novembre 2007, *Barjamaj*, n°307999, Rec. Lebon.

¹²⁴ CE, avis, 26 nov. 2008, *Silidor*, n°315441, au Lebon ; (2009) *Actualité juridique Droit administratif*, 270, concl. M. Guyomar. La seule exception, en droit de l'éloignement, concerne les reconduites « Schengen » : CE, 24 novembre 2010, *Eddomairi*, n°344411, Rec. Lebon.

¹²⁵ CJUE 22 novembre 2012, *M. M c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-277/11, ECLI:EU:C:2012:744 ; Europe 2013, comm. 19, F. Gazin (pts 84 et 86)

¹²⁶ En ce sens le rapporteur public Xavier Domino a fait valoir dans ses conclusions sur l'arrêt Halifa que : « La porte ainsi fermée au niveau du droit national n'a pas empêché que la question revienne par la fenêtre du droit de l'Union européenne » (X. Domino, « Droit d'être entendu et OQTF : un exemple du dialogue entre les jurisprudences (conclusions) » (2014) *Actualité juridique Droit administratif*, 1501).

¹²⁷ TA de Lyon, 28 février 2013, n° 1208055 (citoyenne de l'UE) et n° 1208057 (ressortissante de pays tiers), (2013) *RFDA* . 839, concl. H. Stillmunkes.

qui pèsent sur l'administration préfectorale lorsqu'elle édicte une mesure d'éloignement. Mais cela crée une situation paradoxale car à défaut de contradictoire préalable organisé devant l'administration avant l'édition de l'OQTF, c'est au juge qu'il appartient de prendre en compte *a posteriori* les éléments que l'étranger a à faire valoir. Ce transfert du droit d'être entendu de l'administration au juge est non seulement absurde mais aussi contreproductif puisqu'il renforce le risque de censure contentieuse pour des motifs non pris en compte par l'administration alors que si celle-ci prenait la peine d'entendre préalablement l'étranger cela éviterait d'édicter inutilement une décision de retour, avec les incidences importantes pour l'étranger sur sa vie privée, familiale et professionnelle et sur ses libertés.

Pourtant dès avril 2013, la Cour d'appel de Lyon a estimé que le droit d'être entendu issu du droit de l'UE n'oblige pas à inviter préalablement l'administré à présenter des observations orales ou écrites pour adopter l'OQTF. C'est à l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement de prendre *spontanément* l'initiative de demander à être entendu, sans avoir besoin d'en être informé par l'administration¹²⁸. D'autres CAA ont estimé que lorsque l'étranger formule une demande de titre de séjour il ne peut ignorer que le préfet peut prendre à son encontre, en cas de refus, une OQTF¹²⁹.

Face à cette difficulté sérieuse se présentant dans un grand nombre de litiges, le tribunal administratif de Montreuil, probablement avec l'aval du Conseil d'Etat, avait prévu de lui transmettre une demande d'avis sur une question de droit sur cette question. Toutefois, deux autres tribunaux administratifs ont, conformément à l'esprit des traités, préféré adresser ce problème d'interprétation du droit de l'Union à son interprète authentique – la Cour de justice. Elle a donc été saisie de questions préjudicielles sur l'applicabilité et la portée du droit d'être entendu dans les affaires *Mukarubega* et *Boudjlida*¹³⁰. La présidente du TA de Melun n'a néanmoins pas demandé la procédure accélérée dans ces affaires. Selon notre lecture, le coup s'est alors joué à plusieurs bandes.

Le premier ricochet a eu lieu grâce à une question préjudicielle du *Raad van State* posée parallèlement, en urgence. La Cour de justice était, en l'occurrence, interrogée, non pas sur l'applicabilité du principe général (contrairement au juge français le juge néerlandais la tenait pour acquise) mais « seulement » sur « les conséquences » attachées à sa violation lors de l'adoption d'une décision de prolongation d'une rétention. La décision¹³¹, rendue sur rapport du juge français (et, accessoirement, membre du Conseil d'Etat), Jean-Claude Bonichot, est venue télescoper les procédures françaises¹³². En effet, dans sa décision du 10 septembre 2013,

¹²⁸ CAA de Lyon, 14 mars 2013, n°12LY02737 ; CAA Bordeaux, 1^{ère} ch., 4 avril 2013, n°12BX01849. Cf. M. Clément, « Droit d'être entendu, droit de la défense et OQTF », *GDR-ELSJ*, 29 avril 2013 URL : <http://www.gdr-elsj.eu/2013/04/29>

¹²⁹ CAA Bordeaux, 16 juillet 2013, n°13BX00601 ; CAA Nancy, 1^{er} juillet 2013, n°13NC00058, CAA Nantes, 27 juin 2013, n°12NT02014, CAA Marseille, 18 juin 2013, n°12MA04450.

¹³⁰ TA de Melun, 8 mars 2013, *Mme Sophie Mukarubega*, n°1301686 enregistrée sous le n°C-166/13 et TA de Pau, 30 avril 2013, *M. Khaled Boudjlida*, n° 1300264, enregistrée sous le n°C-249/13. S. Slama, « Question préjudicielle sur le droit d'être entendu par l'administration préalablement à l'édition d'une OQTF », *Actualités Droits-Libertés*, 19 mars 2013.

¹³¹ CJUE 10 septembre 2013, *M. G. et N. R. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C-383/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:533.

¹³² Dans sa prise de position, l'avocat général Wathelet estimait, à l'inverse, que « le raisonnement de la Cour, au point 26 de l'arrêt *Distillers Company/Commission*, [...], selon lequel une irrégularité de procédure n'entraîne l'annulation en tout ou en partie d'une décision que s'il est établi que, en l'absence de cette irrégularité, la décision attaquée aurait pu avoir un contenu différent, ne saurait être appliqué, par analogie, dans le cadre de mesures aussi

le juge européen a limité la portée concrète du droit d'être entendu en estimant que les droits fondamentaux tels que le droit d'être entendu ne constituent pas des « prérogatives absolues » et, par suite, peuvent comporter des restrictions. Ainsi, tout manquement à ce droit à l'occasion de la mise en œuvre d'une des procédures prévues par la DR n'a pas nécessairement pour conséquence d'entacher d'illégalité la décision prise et n'appelle donc pas automatiquement, s'agissant de la rétention, la remise en liberté du ressortissant concerné. Une violation des droits de la défense, en particulier du droit d'être entendu, n'entraîne l'annulation de la décision prise au terme de la procédure administrative en cause « que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent ». La seule méconnaissance du droit à être entendu n'entache pas, automatiquement, d'illégalité la décision administrative en cause. Le requérant doit établir que cette violation a eu un effet sur le sens de la décision. La charge de la preuve pèse sur celui-ci et non sur l'administration.

Pour justifier cette limitation de la portée du droit d'être entendu, la Cour invoque dans ses arrêts le principe de l'effet utile de la DR. A ce titre, elle rappelle, dans le prolongement des arrêts *Dridi*, *Achughbadian* et *Sagor*, que son objectif est « d'assurer des procédures efficaces d'éloignement ».

Or, comme le fit valoir Xavier Domino dans ses conclusions sur l'arrêt *Halifa*, la jurisprudence *G & R* « rejoint très fortement » la logique de la jurisprudence du Conseil d'Etat « *Danthony* »¹³³. Cette source d'inspiration est d'ailleurs confirmée par le juge Bonichot lui-même. Dans un colloque à la Cour de cassation au cours duquel il était amené à faire le bilan de la jurisprudence de la CJUE relative à la DR, il relève lui-même, après avoir fait état de l'arrêt *G & R*, que cette solution « n'est évidemment pas sans rappeler la jurisprudence *Danthony* du Conseil d'Etat français »¹³⁴. Faisant sien le commentaire de la chronique de droit de l'Union dans l'*Actualité juridique droit administratif*, il relève également que la décision de la Cour de justice « laisse donc au juge national l'entière responsabilité de l'appréciation de l'incidence de l'irrégularité constatée sur le sens de la décision contestée »¹³⁵.

Par un second ricochet, le Conseil d'Etat a devancé la réponse de la Cour de justice, en estimant, dans sa décision *Halifa* du 4 juin 2014¹³⁶ que le droit d'être entendu n'implique pas que l'administration préfectorale ait l'obligation de mettre l'intéressé à même de présenter ses observations « de façon spécifique » sur la décision l'obligeant à quitter le territoire français dès

restrictives de la liberté des personnes que la rétention » (prise de position de l'avocat général M. Melchior Wathelet présentée le 23 août 2013 dans l'affaire *M. G. et N. R.*, ECLI:EU:C:2013:553).

¹³³ CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, n° 335033, Rec. Lebon ; (2012) *RFDA*. 284, concl. G. Dumortier. L'arrêt *Danthony* est une importante jurisprudence du Conseil d'Etat (à tel point qu'elle a été intégrée dans les Grands arrêts de la jurisprudence administrative) - ouvrage de référence sur la jurisprudence administrative). Il a posé le principe selon lequel « un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ». Cet arrêt a, depuis, ouvert tout un courant de jurisprudences qui restreint l'invocation du vice de formes en contentieux administratif (cf. en dernier lieu, propos de CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n° 414583 ; D. de Béchillon, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Contre », *RFDA* 2018. 662.

¹³⁴ J.-C. Bonichot, « Aux frontières du droit national : le contrôle de l'étranger sous le regard du droit de l'Union, l'acquis de Schengen et la fin des frontières intérieures » in S. Gargoullaud, *Le droit et les étrangers en situation irrégulière* (n 24), p.139.

¹³⁵ M. Aubert, E. Broussy, H. Cassagnabère, la chronique de droit de l'Union, (2013) *Actualité juridique Droit administratif*, 2308.

¹³⁶ CE., 4 juin 2014, *Halifa*, n°370515, Lebon.

lors qu'il a pu être entendu avant que n'intervienne la décision refusant de lui délivrer un titre de séjour.

Guidée par le même souci d'efficacité, la CJUE a été encore plus loin. Dans ses – très décevantes – décisions *Mukarubega*¹³⁷ et *Boudjlida*¹³⁸, elle a en effet affaibli considérablement la substance même du droit d'être entendu lorsqu'il est appliqué en droit des étrangers¹³⁹. Ce droit relève largement de la marge d'appréciation des Etats membres. Ainsi, *in fine*, le Conseil d'Etat a pu maintenir sa jurisprudence traditionnelle privant de toute portée concrète le droit d'être entendu, même s'il découle désormais non plus d'un principe général de droit ou de la loi française mais d'un principe général de droit de l'UE...

Ces affaires sont emblématiques de la capacité du Conseil d'Etat à se ménager et à ménager à l'administration des marges de manœuvre dans la mise en œuvre des principes dégagés par la Cour de justice. Il n'oppose en revanche pas de résistance à faire siennes des interprétations portant sur des éléments procéduraux dégagés par celle-ci. Ainsi, par exemple, comme le juge de l'Union¹⁴⁰, le juge administratif exige, pour le prononcé d'une OQTF, un examen cas par cas, de la situation de l'étranger afin d'assurer le respect de ses droits fondamentaux (vie privée et familiale, prohibition des tortures et traitement inhumains et dégradants, etc.)¹⁴¹. De même, dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour¹⁴², le Conseil d'Etat a admis la possibilité d'une motivation commune de l'OQTF et des mesures coercitives (obligation de présentation de l'étranger ayant bénéficié d'un DDV)¹⁴³ ou encore de la décision relative au droit de séjour et de celle de l'OQTF¹⁴⁴.

En définitive, le Conseil d'Etat n'a pas, nous semble-t-il, totalement tiré les conséquences de décisions de la Cour de justice tendant à rappeler que si les Etats membres sont libres, compte tenu de la lettre et de l'économie générale de l'article 6 de la DR, d'apprécier s'il y a lieu de constater l'irrégularité du séjour de l'étranger et, par suite, d'édicter une décision de retour, il ne devrait toutefois pas y avoir d'entre deux. Si l'Etat membre décide de ne pas éloigner l'étranger en séjour irrégulier, il devrait le régulariser¹⁴⁵. Le CESEDA prévoit certes qu'en cas d'annulation d'une OQTF, l'étranger se voit remettre une autorisation provisoire de

¹³⁷ *Mukarubega*, (n 94)..

¹³⁸ *Boudjlida* (95)...

¹³⁹ Cf. M-L. Basilien Gainche et T. Racho, « Quand le souci d'efficacité de l'éloignement l'emporte sur l'application effective des droits fondamentaux », *La Revue des droits de l'homme/ Actualités Droits-Libertés*, novembre 2014 URL : <http://revdh.revues.org/957> ; N. Lepoutre, « Le droit d'être entendu avant l'adoption d'une mesure d'éloignement, un droit fondamental réduit à portion congrue », *La Revue des droits de l'homme/ Actualités droits-libertés*, 24 septembre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1042> ; J. Schmitz, « Le principe du contradictoire à la lumière du droit de l'Union européenne : illustration en matière d'éloignement des étrangers », *Droit Administratif* n° 8-9, 2014, étude 14.

¹⁴⁰ CJUE 6 décembre 2012, *Sagor*, aff. C-430/11, ECLI:EU:C:2012:777, à propos de l'examen du risque de fuite.

¹⁴¹ Cf. s'agissant des arrêts de principe sur le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur l'appréciation par le préfet de la situation particulière de l'étranger : CE, ass., 29 juin 1990, *Préfet du Doubs c/ Mme Olmos Quintero*, n° 115687, Lebon p.184. Sur l'application de ce contrôle s'agissant des interdictions de retour sur le territoire français : CE, 4 juin 2012, *Ghevondyan*, n° 356505, Lebon T. p. 630, 638, 797 et 946 ; CE, 12 mars 2012, *Harounur*, n° 354165, Lebon p. 83.

¹⁴² CJUE 11 juin 2015, *Z. Zh. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie et Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie c. I. O.*, ECLI:EU:C:2015:377.

¹⁴³ CE, 23 juill. 2012, *Zhang*, n° 359496, Lebon T., p. 542, 798, 893 et 946.

¹⁴⁴ CE, 10 oct. 2013, *Fkiri*, n°359221, Lebon T. p. 392, 405, 482 et 491 ; RTD eur. 2014. 952-11, obs. D. Ritleng. V. aussi : CE, 17 avr. 2015, *Hamouchi*, n°372195, Lebon p. 153.

¹⁴⁵ CJUE 23 avril 2015, *Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa - Extranjería contre Samir Zaizoune*, aff. C-38/14, ECLI:EU:C:2015:260, pts 31 et 32.

séjour permettant un réexamen de sa situation par la préfecture¹⁴⁶. Mais dans la pratique cette *limbo zone*, qu'on qualifie en France de « ni – ni » (« ni régularisables – ni expulsables ») reste fréquente.

On peut aussi s'interroger sur le point de savoir si la Cour de cassation – et le législateur français – ont totalement tiré les conséquences de l'arrêt *Madhi* qui exige lors de la prolongation de la rétention que le juge exerçant le contrôle sur cette mesure bénéficie d'un pouvoir de plein contentieux, y compris en bénéficiant d'un pouvoir de substitution de sa décision à celle de l'administration¹⁴⁷.

IV. Conclusion

En conclusion, on constate que, sans constituer les arbitres ultimes de l'application de laDR, les hautes juridictions nationales, par les stratégies qu'elles adoptent jouent un rôle déterminant, en interagissant ou, à l'inverse en refusant d'interagir, avec le juge de l'Union européenne dans l'interprétation ou l'application de cette directive. Ce n'est pas l'existence d'une dualité juridictionnelle, avec l'intervention parallèle du juge administratif et du juge judiciaire, pour exercer un contrôle sur les décisions d'éloignement et de rétention, qui perturbe l'application du droit de l'Union. Surtout que depuis la loi du 7 mars 2016 la répartition des rôles est clairement définie : le contrôle de la légalité et du bien-fondé de la rétention n'appartient qu'au seul juge judiciaire (JLD) tandis que le juge administratif (TA) contrôle la légalité de l'OQTF et de toutes les décisions subséquentes (refus de DDV, IRTF, arrêté fixant le pays de destination, etc.)¹⁴⁸.

En revanche les hautes juridictions nationales françaises ne font toutes preuve du même activisme judiciaire pour s'assurer que les droits fondamentaux garantis par la DR et la Charte des droits fondamentaux bénéficient effectivement aux intéressés.

La Cour de cassation a plutôt joué le jeu de l'interaction judiciaire et elle a donné une pleine portée aux décisions de la Cour de justice concernant aussi bien les délits de séjour (*Achughbavian*) et d'entrée irréguliers (*Affum*) en mettant fin à la pratique des gardes à vue de sans-papiers (Cass, 5 juillet 2012)¹⁴⁹.

Fidèle à sa posture consistant à refuser à assurer le respect du droit de l'Union dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel n'a pas assuré le respect de la DR, y compris lorsqu'il a été saisi de contrariétés manifestes ou lorsqu'il aurait dû tirer les conséquences de la jurisprudence de la CJUE. Enfin, le Conseil d'Etat est la juridiction qui a l'attitude la plus ambiguë et stratégique à l'égard du droit de l'union européenne et de la CJUE. De longue date, comme en témoigne déjà l'arrêt *Cohn-Bendit* de 1978, il s'évertue à se préserver des marges d'interprétation et à préserver au bénéfice de l'administration des marges d'appréciation dans l'application des normes de l'UE en droit des étrangers. Certes, officiellement, le Conseil d'Etat préconise le « dialogue des juges » – expression qui est

¹⁴⁶ Article L512-4 du CESEDA modifié par l'article 28 de la loi n°2016-274 du 7 mars 2016.

¹⁴⁷ *Mahdi* (n 13). ; S. Slama, « Directive "retour" : la Cour de justice remodèle le contrôle juridictionnel et les modalités de prolongation de la rétention », *Lexbase Hebdo édition publique* n°340 du 17 juillet 2014.

¹⁴⁸ Cf. S. von Coester, S. Gargoullaud, « L'articulation des contentieux : commentaire à deux voix de la loi du 7 mars 2016 » in S. Gargoullaud (n 24) . pp.93-111. Suzanne Van Coester est rapporteure publique à la section du contentieux au Conseil d'État et Stéphanie Gargoullaud est conseillère référendaire de la première chambre civile à la Cour de cassation (après avoir été en détachement au Conseil d'Etat).

¹⁴⁹ Cass., civ., 1ère, 5 juillet 2012 (n 111).

d'ailleurs attribuée à Bruno Genevois dans ses conclusions dans l'arrêt *Cohn-Bendit*. Mais lorsqu'on analyse scrupuleusement la jurisprudence du Conseil d'Etat à propos de la DR on constate que, d'une part, il a tendance à privilégier la technique de l'interprétation conforme à un franc constat de contrariété d'une législation à une directive européenne (qui aurait pour effet de rendre inapplicable la législation en cause au détriment de l'efficacité) et, d'autre part, il a tendance user, voire même à abuser, de la théorie de l'acte clair afin de ne pas procéder à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice afin de conserver les coudées franches dans l'interprétation de la loi française au regard du droit de l'Union¹⁵⁰.

Témoigne de cette attitude, par moments, de « gaulois réfractaire » à l'égard du droit de l'Union européenne la réaction du nouveau président de la section du contentieux, Jean-Denis Combrexelle à la condamnation, de la France, par la Cour de Luxembourg en raison du non-renvoi par le Conseil d'Etat d'une question préjudicielle en violation des obligations découlant de l'article 267 du TFUE¹⁵¹. Ce plus haut juge administratif estime en effet qu'une :

cour suprême nationale décide, dans l'exercice des responsabilités juridictionnelles qui sont les siennes, de poser *ou non* une question préjudicielle. L'équilibre institutionnel et sans doute la sagesse commandent de ne pas cantonner le rôle des cours suprêmes à celui de l'interprétation de l'évidence.

La répartition des rôles entre la Cour de Luxembourg et les juges nationaux obéit ainsi à des usages et équilibres subtils et nécessaires. Il faut les préserver. Surtout en ce moment »¹⁵². Mais le Conseil d'Etat ne s'interdit pas, pour autant, le recours à l'interprétation de la Cour de justice. Mais comme en témoigne la neutralisation de la portée concrète du droit d'être entendu dans les affaires *Mukarubega* et *Boudjlida*, la jurisprudence du Conseil d'Etat – et les marges de manœuvre de l'administration préfectorale – ont finalement, dans leur substance, été préservées avant même que ces arrêts aient été rendus grâce à l'intervention des arrêts *G & R* et *Halifa*.

¹⁵⁰ V., entre autres exemples en droit des étrangers de difficultés qui auraient mérité une question préjudicielle : CE, 15 janvier 2010, *Gisti*, n°334879 et CE, 19 juillet 2010, *Gisti*, n°334878 à propos de la conformité de l'article L.622-1 du CESEDA (délit d'aide à l'entrée, au séjour et à la circulation irréguliers) à la directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers ; CE, réf., 15 février 2013, *Anafé et Gisti*, n° 365709 ; CE, réf., 20 mars 2013, *Anafé et Gisti*, n° 366308 et CE, 18 juin 2014, *Anafé et Gisti*, n° 366307 à propos de l'instauration d'un visa de transit aéroportuaire pour canaliser l'arrivée de réfugiés syriens au regard de l'article 3-2 du règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, établissant un code communautaire des visas (code des visas) ; CE, 1^{er} octobre 2014, n° 365054 à propos de la possibilité d'édicter une OQTF à l'encontre d'un citoyen de l'Union en raison d'un trouble à l'ordre public en raison d'un simple comportement d'escroquerie à la mendicité sur la voie publique ou encore : CE, 28 décembre 2017, *Anafé et a.*, n° 415291 à propos du de la réintroduction temporaire à compter du 1er novembre 2017 et jusqu'au 30 avril 2018, par les autorités françaises de contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen, sur le fondement des articles 25 et 27 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, JO L 77/1, 23.3.2016, dit « code frontières Schengen ». V., contra, sur les droits aux conditions matérielles d'accueil des « Dublinés » : CJUE 27 septembre 2012, *Cimade & Gisti*, C-179/11.

NB : déclaration de conflit d'intérêt : nous avons pris part, comme expert, à l'ensemble de ces recours.

¹⁵¹ CJUE 4 octobre 2018, *Commission c. France*, aff. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811. Cf. P. Cassia, « Camouflet européen pour le Conseil d'Etat », *Le blog de Paul Cassia*, 5 octobre 2018 <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/041018/camouflet-europeen-pour-le-conseil-d-etat>

NB : cet article a été écrit, pour l'essentiel, avant l'annonce de cette condamnation

¹⁵² J-D. Combrexelle, « Sur l'actualité du « dialogue des juges » », (2018) *Actualité juridique Droit administratif*, 1929.

Dans le domaine de l'application par les juridictions de la directive « retour », plus que dans d'autres domaines, l'efficacité des procédures prévaut bien souvent sur la garantie effective des droits fondamentaux. Ce constat est d'autant plus paradoxal que le dispositif français d'éloignement des étrangers en situation irrégulière est probablement l'un des plus inefficaces en Europe.