

LA FRANCE ET LA DIRECTIVE «RETOUR»

PAR

CATHERINE TEITGEN-COLLY (*)

Rarement le droit communautaire dérivé n'a autant retenu l'attention ni suscité d'aussi vives critiques que la directive 2008/115/CE du Parlement et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes de procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants des pays tiers en séjour irrégulier (1), dite Directive «retour» (2). Fustigée en Europe par les ONG de défense des droits de l'homme, elle a, fait plus rare, également donné lieu à critique par les dirigeants politiques les plus attachés à l'Europe, comme Jacques Delors, critique qui a gagné l'opinion publique (3). Surtout – le fait est remarquable –, elle a également soulevé l'indignation, hors d'Europe, de plus d'une quarantaine de pays, d'Afrique et d'Amérique latine, qui ont dénoncé une politique migratoire non conforme à la tradition européenne car donnant une image de l'immigration négative et contraire aux droits de l'homme; certains allant jusqu'à brandir la menace de sanctions économiques à l'égard des pays de l'Union (4).

Ces critiques n'ont guère été entendues par les États membres, qui ont œuvré pour obtenir un instrument efficace de renvoi des étrangers en situation irrégulière; la suppression des contrôles aux frontières intérieures dans une Europe fondée sur le principe de libre circulation impliquant à leurs yeux un contrôle particulièrement vigilant des frontières extérieures et une lutte sans faille contre l'immigration irrégulière. Cette logique défensive, jamais mise en cause, a dès l'origine inspiré la coopération Schengen et s'est exprimée très clairement dans l'ensemble de mesures instituées en compensation précisément de la libre circulation dans la convention d'application des Accords de Schengen du 19 juin

(*) Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I, France).

(1) Dir. 2008/115/CE du Parlement et du Conseil, 16 déc. 2008, *JOUE*, n° L 348, 24 déc. 2008.

(2) Pour un autre exemple, cf. l'accueil fait en 2006 à la proposition de directive «services», dite Directive Bolkenstein.

(3) Cf. notamment les nombreux articles de presse et sur Internet, la pétition «Appel aux parlementaires européens» lancée en novembre 2007 et les diverses manifestations organisées, notamment à Bruxelles le 8 mai 2008 et à Strasbourg le 17 juin 2008, avant l'adoption du texte par le Parlement européen. Cf. notamment le site Internet www.directive.de.la.honte.org/ ou encore la lettre des Églises aux députés européens du 30 mai 2008 et les propos très sévères de J. Delors et M. Rocard, dans *Le Monde*, 18 juin 2008.

(4) Cf. notamment «La 'directive retour' européenne provoque l'indignation de l'Amérique latine», *Le Monde*, 20 juin 2008; F. KAUFF-GAZIN, «La directive 'retour': une victoire du réalisme ou du tout répressif?», *Europe*, n° 2, 1^{er} fév. 2009, p. 3.

1990, notamment dans l'obligation assignée, d'une part, à tout étranger ne remplissant plus les conditions de court séjour applicables sur le territoire de l'une des parties contractantes de quitter ce territoire (article 23-1), d'autre part, aux Etats parties d'y procéder pour certains motifs selon son droit national (article 23-3) (5). Ainsi, le Traité de Maastricht, qui fait des politiques migratoires et d'asile «*une question d'intérêt commun*», y inclut «*la lutte contre l'immigration, le séjour et le travail irréguliers des ressortissants des pays tiers sur le territoire des Etats membres*» (article K 1, 3, c), tandis que le Traité d'Amsterdam, soucieux de réaliser un espace de liberté, de sécurité et de justice, pose le principe d'une compétence communautaire en matière d'asile et d'immigration comprenant le domaine de «*l'immigration clandestine et le séjour irrégulier, y compris le rapatriement des personnes en séjour irrégulier*» (article 63, 3, b TCE) et intègre dans l'Union européenne l'acquis de Schengen, soit en matière de retour, l'article 23 précité de la convention de Schengen. En relevant pour sa part qu'«*il serait contraire aux traditions de l'Europe de refuser cette liberté [de circulation] à ceux qui, poussés par les circonstances, demandent légitimement accès à notre territoire*» car, poursuivait-il, «*notre objectif est une Union européenne ouverte et sûre, pleinement attachée au respect des obligations de la Convention de Genève sur les réfugiés et des autres instruments pertinents en matière de droits de l'homme et capable de répondre aux besoins humanitaires sur la base de la solidarité*», le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 adoptait un ton nouveau, mais sans pour autant renoncer à la lutte contre l'immigration irrégulière (6), conçue comme un élément de la politique migratoire appelé à se concrétiser notamment à travers une politique de retour, mais de retours alors envisagés comme volontaires (7).

Mettant en exergue, à partir de 2000, la nécessité d'une politique commune globale en matière d'immigration (8), la Commission a multiplié les

(5) Cf. désormais le Règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, dit «Code frontières Schengen», relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, *JOUE*, n° L 105, 13 avr. 2006.

(6) Ainsi, il relève que «*l'Union se doit donc d'élaborer des politiques communes dans les domaines de l'asile et de l'immigration, tout en tenant compte de la nécessité d'exercer aux frontières extérieures un contrôle cohérent afin de stopper l'immigration clandestine et de s'opposer à ceux qui l'organisent et commettent ainsi des infractions relevant de la criminalité internationale*» (point 3).

(7) «*Le Conseil européen demande que l'aide aux pays d'origine et de transit soit accrue afin de faciliter les retours volontaires et de permettre aux autorités de ces pays de renforcer leurs moyens de combattre efficacement la traite des êtres humains et de satisfaire à leurs obligations en matière de réadmission à l'égard de l'Union et des Etats membres*» (Conclusions du Conseil européen, point 26). On relèvera que, mis à part les retours obligatoires prévus par la convention de Schengen (*supra*), l'Union avait privilégié jusque-là les retours volontaires, ainsi qu'il ressort de deux actions communes, les n° 97/478/JAI du 22 juillet 1997 (*JOCE*, n° L 205, 31 juil. 1997, p. 3) et n° 98/304/JAI du 27 avril 1998 (*JOCE*, n° L 138, 9 mai 1998, de la Position commune n° 1999/290/JAI du 26 avril 1999 (*JOCE*, n° L 114, 1^{er} mai 1999), ainsi que de la décision n° 2000/596/CE du 28 sept. 2000 permettant un financement des retours volontaires par le Fonds européen pour les réfugiés (*JOCE*, n° L 252, 6 oct. 2000).

(8) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique communautaire en matière d'immigration, Doc.COM (2000) 757 final, novembre 2000.

initiatives (9), en s'attachant notamment dans une importante communication de novembre 2001 à fixer les orientations de la lutte contre l'immigration clandestine (10). Elle y soulignait qu'une politique en matière de retour fait partie intégrante de la lutte contre l'immigration illégale et doit reposer sur des principes communs (notamment la priorité à accorder aux retours volontaires par rapport aux retours forcés), des normes communes en matière d'expulsion, de détention et d'éloignement, enfin des mesures communes. Elle a poursuivi sa réflexion dans un Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier (11), dont elle a tiré ensuite les conclusions dans un programme d'action à l'automne 2002 (12), tandis que parallèlement diverses mesures ponctuelles étaient adoptées, portant sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants des pays tiers (13), l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne (14) ou encore l'organisation de vols communs (15). Le Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004 a souscrit au principe de définition de normes communes en matière d'éloignement dans le cadre du « Programme de La Haye » et invité la Commission à présenter une proposition de directive en rappelant l'exigence d'un rapatriement des personnes d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux et de leur dignité.

Présentée le 1^{er} septembre 2005 (16), la proposition de directive ne fut adoptée que trois ans plus tard, au terme d'intenses négociations liées à l'accord désormais requis du Parlement européen (17). Si l'application, pour la première fois en matière migratoire, de la procédure de la codécision conférerait à cette adoption le caractère d'un test de la capacité du Parlement à être un véritable gardien des droits et libertés, l'épreuve s'est avérée très décevante. Certes, le Parlement a entendu par plus d'une centaine d'amén-

(9) Communication sur une *méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration*, Doc. COM (2001) 387 final, 11 juillet 2001.

(10) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, Doc. COM (2001) 672 final, 15 novembre 2001.

(11) Doc.COM (20002) 175, 10 avril 2002.

(12) Doc.COM (2002) 175 final, 10 octobre 2002; voir également Doc. COM (2004) 412 final, 4 juin 2004.

(13) Directive 2001/40/CE du 28 mai 2001 (*JOCE* n° L 149 du 2 juin, p. 34). Décision n° 2004/191/CE du 23 février 2004 définissant les critères et modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40/CE (*JOUE* n° L 60, 27 février).

(14) Directive n°2003/110/CE du 25 novembre 2003 (*JOUE* n° L 321, 6 déc).

(15) Décision n° 2004/573/CE du 29 avril 2004 du Conseil du 29 avril 2004 instituant une coopération entre États pour des opérations d'éloignement par voie aérienne (*JOUE* n° L 261, 6 août).

(16) Doc. COM (2005) 391 final, 1^{er} sept. 2005. Cf. C. RODIER, « Le projet de directive européenne sur le retour des étrangers en situation irrégulière », *AJPD*, n° 1, 1^{er} janv. 2008, p. 20.

(17) En application de l'article 67-2 TCE qui dispose que « le Conseil, statuant à l'unanimité après consultation du Parlement européen, prend une décision en vue de rendre la procédure visée à l'article 251 applicable à tous les domaines couverts par le présent titre ou à certains d'entre eux et d'adapter les dispositions relatives aux compétences de la Cour de justice », le Conseil a décidé à l'unanimité, par la décision n° 15226/04 du 15 décembre 2004, de faire application de la procédure prévue à l'article 251 à certains domaines couverts par la troisième partie, titre IV dudit traité, procédure de codécision en vertu de laquelle le Conseil statue non plus à l'unanimité, mais à la majorité qualifiée et l'accord du Parlement est requis.

dements déposés «renforcer [son] rôle comme défenseur des droits de l'homme et de l'humain» (18), mais il s'est finalement rallié dès la première lecture, bien qu'à une courte majorité (19), à un texte de compromis adopté par le Conseil le 5 juin 2008, sur lequel les États ont pesé de tout leur poids pour disposer d'un instrument commun préservant au maximum leurs compétences en matière de renvoi (20) et qui, sous réserve d'améliorations pour certaines catégories d'étrangers, tend à durcir la proposition initiale de la Commission (21). Composée de trente considérants précieux pour son interprétation et de vingt-trois articles, la directive présente tous les défauts formels qui ont caractérisé jusque-là le droit communautaire dérivé lorsque le compromis est de règle, comme en matière d'immigration et d'asile. Outre une piètre qualité rédactionnelle et une ambiguïté largement fustigée par la doctrine (22), qui ont très vite conduit à solliciter l'interprétation de la Cour de justice, la directive témoigne des désormais classiques «techniques d'échappatoire» permettant aux États de n'être pas trop liés (23), comme la préférence donnée à une directive plutôt qu'au règlement plus contraignant, la technique d'harmonisation à la carte (24), la possibilité de dérogations et d'options, les multiples références au droit national ou la compétence discrétionnaire qui leur est laissée grâce à des dispositions peu contraignantes, techniques qui, sous couvert d'un instrument commun, préservent leur sou-

(18) La Commission des libertés civiles du Parlement a adopté le rapport de Manfred Weber sur la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ((COM) 20 sept. 2007 – A67-0339/2007), rapport faisant également état, d'une part, d'amendements présentés par la commission des Affaires étrangères et la commission du Développement, cette dernière soulignant notamment que «le combat contre l'immigration irrégulière doit nécessairement être complété par l'ouverture de voies régulières à la migration et le rôle positif des migrants pour les pays d'accueil doit être reconnu et mis en évidence» (p. 41), d'autre part, d'une opinion minoritaire rejetant le rapport en raison de son opposition au principe même de la détention des étrangers pour une infraction administrative tenant à leur situation irrégulière ainsi qu'à ses modalités (p. 33).

(19) Résolution législative du 18 juin 2008, P6_TA(2008)0293. La directive a été adoptée par 369 voix pour, 197 contre et 106 abstentions. Le soutien de l'Alliance des libéraux démocrates (ALDE) a été décisif. Les députés du groupe socialiste, les Verts et le groupe de gauche GUE/NGL s'y sont opposés, bien qu'avec certaines défections dans leurs rangs.

(20) Le compromis final est le fruit de «trilogues» réunissant des membres de la Commission, du Parlement et du Conseil.

(21) S'agissant notamment de la question particulièrement sensible de la durée de la rétention ou de son contrôle judiciaire.

(22) F. Kauff-Gazin évoque «un texte mal écrit» (F. KAUFF-GAZIN, *op. cit.*). F. Martucci relève «des renvois plus ou moins explicites au droit national», «une rédaction maladroite» (cf. F. MARTUCCI, «La directive 'retour' : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes», *RTDE*, n° 1, 1^{er} janv. 2009, pp. 47-67). K. Parrot et C. Santulli soulignent «les malfaçons rédactionnelles», «l'impéritie rédactionnelle», «la facture médiocre, source de confusions et d'agacements», «une syntaxe acrobatique» (cf. K. PARROT / C. SANTULLI, «La 'directive retour', l'Union européenne contre les étrangers», *RCDIP*, n° 2, 1^{er} avr. 2009, pp. 205-249). Ces points de vue partagés par J.-F. Amédéo, qui fait état à son tour d'«une rédaction souvent confuse» (cf. J.-F. AMÉDÉO, «La Cour de justice de l'Union européenne et la rétention des étrangers en situation irrégulière dans le cadre de la directive 'retour'», *RTDH*, n° 84, 1^{er} janv. 2010, p. 895).

(23) P. DE BRUYCKER, «Politique européenne d'asile et d'immigration», 3^e Congrès européen des juristes spécialistes des questions d'asile et d'immigration, Odyssée, 10-11 juin 2004.

(24) La directive constituant «un développement des dispositions de l'acquis de Schengen», elle ne lie ni le Danemark – sauf pour lui à décider dans les six mois de son adoption et de la transposer dans son droit national – ni le Royaume-Uni et l'Irlande. En revanche, elle lie l'Islande et la Norvège, la Suisse et le Liechtenstein, du fait des accords passés par chacun de ces États pour la mise en œuvre de cet acquis (Préambule, 25^e à 30^e cons.).

veraineté en matière de renvoi, voire la renforcent, du moins ne l'affectent qu'à la marge.

Entrée en vigueur vingt jours après sa publication au *Journal officiel* de l'Union européenne (article 21), soit le 13 janvier 2009, la directive devait être transposée au plus tard dans les deux ans suivant cette publication, soit le 24 décembre 2010, à l'exception toutefois des dispositions relatives à l'assistance juridique gratuite (article 13-4 3), pour lesquels les Etats se sont accordés, au vu des réticences qu'elle a suscitées, un délai d'un an supplémentaire (article 20). A la différence d'autres Etats (25) et alors même que le Président de la République française faisait de cette directive un instrument central du « Pacte européen pour l'immigration » adopté par le Conseil européen de Bruxelles des 14 et 15 octobre 2008 et comme un élément phare de la présidence française de l'Union européenne, la France n'a pas respecté le délai de transposition imparti. En effet, le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, qui prévoit sa transposition ainsi que celle des directives dite « Carte bleue » et « Sanction » (26), l'une privilégiant l'immigration « choisie », l'autre renforçant la répression du travail des étrangers en situation irrégulière, n'a été déposé que le 30 mars 2010 et n'avait donné lieu qu'à adoption en première lecture par l'Assemblée nationale à la date d'expiration du délai de transposition (27), ce qui a valu à la France comme à un nombre non négligeable d'Etats dans la même situation les reproches de la Commission (28). Finalement votée au printemps 2011, la loi « Besson » (29) a été publiée le 16 juin, à l'issue d'un contrôle de constitutionnalité exercé par un Conseil constitutionnel se révélant, une fois de plus, prompt à « filtrer le moustique et laisser passer le chameau » (30), cela, en dépit de recours parlementaires, notamment celui des sénateurs, particulièrement nourris. Ce contrôle s'est soldé par un quasi *satisfecit*, puisque

(25) Comme l'Espagne, l'Italie, la Grèce et la Bulgarie, qui ont procédé à sa transposition en 2009. La majorité des Etats ne l'a pas transposée. Cf. Collectif d'ONG (dont l'ACAT, l'ANAFE, la CIMADE, le FASTI, le GISTI, Migreurop, l'association Primo Levi, le syndicat des avocats de France et le syndicat de la magistrature), « L'analyse collective du projet de loi 'Besson' », juin 2010, p. 42.

(26) Directive 2009/50 CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants des pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié; Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

(27) Doc. AN n° 542 adopté le 12 octobre 2010. La Commission nationale consultative des droits de l'homme a donné au gouvernement un avis très critique sur ce projet le 5 juillet 2010, puis un second avis tout aussi critique le 6 janvier 2011, au vu des importants amendements apportés au projet initial par l'Assemblée nationale à la suite des événements de l'été 2010 (ces avis sont disponibles sur le site Internet de la CNDH). Cf. également Collectif d'ONG, « L'analyse collective... », *op. cit.*

(28) Vingt Etats membres, dont l'Allemagne, ont reçu une lettre de mise en demeure de la Commission le 27 janvier 2011.

(29) Du nom du ministre de l'Immigration à l'origine du projet de loi, mais qui ne l'a pas porté jusqu'au bout en raison d'un remaniement ministériel.

(30) J. RIVERO, « Autour de la loi sécurité et liberté : 'filtrer le moustique et laisser passer le chameau' ? », *AJDA*, 1981, p. 275.

une seule disposition a donné lieu à censure et deux autres ont fait l'objet de réserves d'interprétation (31).

Pour autant, la loi française n'échappe pas à toute critique, ainsi qu'en atteste le contentieux déjà très important qu'elle a suscité, contentieux porté à la fois devant les juges internes, d'abord administrants et judiciaires, et plus récemment constitutionnels, ainsi que devant les juges européens, notamment devant la Cour de justice de l'Union (CJUE). Bien que particulièrement nécessaire au regard de la pluralité des normes applicables et des juges compétents, le dialogue des juges n'est encore qu'en construction, car la communautarisation dans ces domaines traditionnels de souveraineté que sont l'immigration et l'asile est relativement récente, ainsi que le montre la Directive «retour» de 2008; en outre, la CJUE ne dispose d'une compétence banalisée que depuis le Traité de Lisbonne, lequel a mis un terme aux principales restrictions qui l'affectait jusque-là, notamment en matière de renvoi préjudiciel. Le plus souvent porté par les étrangers faisant l'objet d'une mesure de renvoi du fait de leur situation irrégulière, mais aussi par des ONG, le contentieux abondant suscité par la directive s'explique en grande part par son ambivalence. A maints égards «directive de la honte», la Directive «retour» est pourtant aussi porteuse d'un certain nombre de garanties (32). Ainsi, pour s'en tenir à l'essentiel, les Etats doivent édicter une décision de retour, mais celle-là doit, sauf exceptions, être assortie d'un délai de départ volontaire approprié (article 7); de même, ils doivent interdire l'entrée en l'absence de délai accordé pour le départ volontaire (DDV) ou de non-exécution de l'obligation de retour, mais ils peuvent y renoncer en certains cas et une durée maximale de cinq ans est, sauf exception, assignée à cette interdiction (article 11); enfin, les mesures coercitives qu'ils doivent prendre pour assurer l'éloignement sont assorties de diverses garanties, dont notamment le placement en rétention, qui ne doit être alors qu'un ultime recours et se voit lui aussi assigné une durée maximale (18 mois), certes sans commune mesure avec celle de 32 jours préva-

(31) Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité. La disposition censurée concerne la prolongation de la rétention administrative jusqu'à dix-huit mois (consid. 76) (*cf. infra*); les deux réserves d'interprétation portent quant à elles, d'une part, sur la limitation à sept jours du placement en rétention sans intervention du juge de la détention et des libertés (JLD) lorsqu'il intervient à l'issue d'une garde à vue de plus de 48 heures (consid.73), et, d'autre part, dans le cas d'une rétention pour une durée maximale de 45 jours, sur la possibilité pour le JLD d'interrompre à tout moment de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger la durée de la rétention «*lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient*» (consid. 75). *Cf.* S. SLAMA, «Statut constitutionnel, des étrangers : nouvelle illustration de la faiblesse de la protection constitutionnelle des étrangers», 13 juin 2011, disponible sur le site Internet de Combats pour les droits de l'homme (CPDH); «Une seule annulation et deux petites réserves sur la loi 'Besson'», *Dictionnaire permanent. Droit des étrangers*, n° 202, juil. 2011; V. TCHEN, «Une réforme qui n'a épargné aucune question du droit des étrangers», *La Semaine juridique*, n° 29-34, 18 juil. 2011, p. 1414, et «Etrangers : regards critiques sur la réforme du 16 juin 2011», *Droit administratif*, n°s 8-9, août-sept. 2011, p. 24; P. HENRIOT, «Les sages capitulent», *Plein droit* (GISTI), n° 90, oct. 2011, p. 29.

(32) En ce sens, *cf.* F. MARTUCCCI, «Les décisions de retour et l'interdiction d'entrée sur le territoire de l'Union : éloignement et eurocompatibilité» et S. SLAMA, «Les conditions de retour de l'étranger irrégulier», *La lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne : quelle légalité?*, Actes du colloque de l'Université Paris VIII, 12 nov. 2010 (à paraître).

lant en France avant la transposition de la directive, mais qui n'en constitue pas moins une limite (33) (articles 8 et 15). Ainsi, l'entrée du droit de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière dans le champ communautaire par la Directive « retour » s'avérerait paradoxalement protectrice. Toutefois, tant ces garanties, qui doivent désormais assortir les mesures que les Etats membres sont tenus de prendre au titre de la lutte commune contre l'immigration illégale, que le respect des droits et libertés plus généralement consacrés par les divers engagements européens qu'ils ont souscrits (notamment la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union) ou au titre des principes constitutionnels propres à chacun d'eux, ne sont pas toujours assurés en France par le droit interne de l'éloignement, cela, avant la transposition de la directive comme après.

LA VIOLATION DE LA DIRECTIVE « RETOUR » PAR LA FRANCE AVANT SA TRANSPOSITION

Sous les titres évocateurs « Le Noël des sans-papiers », puis « Noël aux tisons, Pâques au balcon » (34), fut évoquée, à l'expiration du délai de transposition de la Directive « retour », le 24 décembre 2011, l'illégalité potentielle des mesures de reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière, lesquelles se caractérisent, à la différence des obligations de quitter le territoire (article L.511-1, I du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – Ceseda, dans la suite du texte), par le fait que leur exécution n'est assortie d'aucun délai (article L. 511-1, II Ceseda). L'essor sans précédent de ces mesures, lié à l'adoption d'objectifs chiffrés assignés aux préfetures par le ministre de l'Intérieur au nom de l'effectivité de la politique de lutte contre l'immigration irrégulière (28 000 éloignements pour 2011), a nourri un contentieux quotidien durant l'hiver 2010. Les étrangers en situation irrégulière faisant l'objet de telles mesures ont en effet contesté, souvent avec succès, leur légalité devant les tribunaux administratifs, mais aussi judiciaires – ce qui a conduit à paralyser en partie le système de reconduite à la frontière –, en invoquant la violation des dispositions des articles 7 et 8 de la Directive « retour », qui font obligation aux Etats, d'une part, d'accorder un délai de départ volontaire compris en principe entre sept et trente jours et d'en informer dans la décision de retour l'étranger en instance de reconduite (article 7) et, d'autre part, de prendre toutes mesures d'éloignement pour mettre à exécution une décision de retour ne comportant, par exception, aucun délai (hypothèse prévue à

(33) Limite essentielle, dès lors que des législations nationales ne fixent pas de limites. Tel était le cas notamment de la loi bulgare, avant la condamnation de la CJUE, Gde ch., 30 nov. 2009, *Kadzoev* (cf. *infra*).

(34) Cf. les textes de S. SLAMA, 26 déc. 2010 et 23 fév. 2011, disponibles sur le site Internet Combats pour les droits de l'homme (CPDH).

l'article 7-4) ou lorsque l'obligation de retour n'a pas été respectée à l'expiration du délai de retour spontané (article 8) (35). L'illégalité invoquée ne pouvait toutefois prospérer qu'à la condition que les dispositions en cause de la Directive «retour» soient invocables. Ainsi, cette Directive a eu en France pour première conséquence, avant même d'être transposée, de conduire les juges administratifs, mais aussi judiciaires, à se prononcer sur l'invocabilité de certaines de ses dispositions, puis sur l'incompatibilité des mesures de reconduite à la frontière avec elles. C'est dire qu'avant sa transposition, le débat contentieux s'est focalisé en France sur la décision de retour, plus précisément sur la question du délai de départ volontaire (DDV).

L'invocabilité encadrée des dispositions de la Directive «retour»

Alors que plusieurs tribunaux administratifs adoptaient des solutions divergentes quant à l'invocabilité de la Directive «retour» non encore transposée (36), divergences également présentes dans la jurisprudence judiciaire (37), le tribunal administratif de Montreuil a préféré surseoir à statuer dans deux affaires dont il était saisi, afin de solliciter, en application de l'article L 113-1 CJA, l'avis du Conseil d'Etat (38), ce qui a notamment satisfait ceux qui attendaient plus de clarté en la matière et espéraient la présentation par le Conseil d'Etat d'un *vade-mecum* sur l'invocabilité des directives communautaires (39). En s'appuyant sur sa jurisprudence *Mme Perreux* (40), celui-là a alors conclu par son avis du 21 mars 2011 à l'invocabilité directe des dispositions des articles 7 et 8 de la Directive, en se montrant tout à fait réceptif à la jurisprudence de la CJUE, mais sans aller jusqu'à dialoguer directement avec elle par un

(35) Les décisions de placement en rétention dont peuvent être assorties ces mesures de reconduite ont aussi vu leur légalité contestée au regard de l'article 15 de la Directive. Toutefois, dans la mesure où l'illégalité de la reconduite les prive de base légale, le débat contentieux s'est centré sur la compatibilité des mesures de reconduite à la frontière avec les articles 7 et 8 de la Directive «retour».

(36) Les uns concluant à l'invocabilité directe de ces dispositions en raison de leur caractère inconditionnel et précis (TA Lille, 13 janv. 2011, n° 1100152, *Benderradji*; TA Marseille, 2 fév. 2011, n° 1100605, *Benberkat*; TA Lyon, 26 janv. 2011, n° 1100341), alors que d'autres s'y refusaient et portaient leur contrôle sur la compatibilité du dispositif français de reconduite à la frontière avec les objectifs de la Directive (TA Marseille, 24 fév. 2011, n° 1101063, *Aksoy*, et 28 fév. 2011, n° 1101322, *Donkeng Silatsa*; TA Pau, 14 mars 2011, n° 1100 63, *Muhammad*, etc.). Jugements cités par A. AUBARET, «Directive 'retour', une épine dans le pied de l'administration», *Dictionnaire permanent. Droit des étrangers*, Bull. avr. 2011.

(37) Certaines juridictions judiciaires ayant eu à connaître des articles 7, 15 et 16 de la Directive «retour» ont jugé que certaines dispositions n'étaient pas inconditionnelles et précises. A propos des visites des ONG dans les centres de rétention (art. 16-5 de la Directive) et du droit reconnu aux étrangers en centre de rétention d'être systématiquement informés du règlement des lieux, ainsi que de leurs droits et de leurs devoirs (art. 16-5 de la Directive), cf. CA Douai, 20 janv. 2011, n° 11/00031; CA Douai, 25 janv. 2011, n° 11/00049. D'autres ont conclu à leur invocabilité directe : CA Toulouse, 25 mars 2011, n° 11/175; CA Montpellier, 19 janv. 2011, n° 11/00031; etc.

(38) TA Montreuil, 10 fév. 2011, n° 1100 323, *Jin*, et n° 1100324, *Thiero*.

(39) M. GAUTIER, «Où l'on parle de l'effet direct des directives communautaires», *AJDA*, n° 297, fév. 2011.

(40) CE Ass 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, *Rec.* 407, concl. M. GUYOMAR.

renvoi préjudiciel pour solliciter son interprétation de ces dispositions (41).

Le Conseil d'Etat rappelle alors en premier lieu le considérant de principe de l'arrêt *Mme Perreux* relatif à l'obligation, résultant du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 88-1 de la Constitution, de transposition par les Etats des directives en droit interne, ainsi que le rôle imparti au juge national, chargé comme « *juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne* » et censé « *garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques* ». Cette mise en exergue des droits reconnus aux particuliers par le droit de l'Union avait déjà conduit le Conseil d'Etat à dépasser dans ce même arrêt la seule « *invocabilité d'exclusion* » des directives, en vertu de laquelle « *tout justiciable peut faire valoir par voie d'exception qu'à l'expiration du délai de transposition, les autorités nationales ne peuvent laisser subsister ni continuer à faire application des règles écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par la directive, y compris en ce qu'elles ne prévoient pas des droits ou obligations prévues par cette dernière* » (Avis, point 2), pour consacrer, par un abandon de la jurisprudence *Cohn-Bendit* de 1978, une « *invocabilité de substitution* » (en ce sens, concl. préc. M. Guyomar) permettant de se prévaloir, par voie d'exception, « *à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires* » (point 2 de l'Avis). Pour être admise, cette invocabilité directe est subordonnée à trois conditions qui visent à en faire non pas un principe, sans quoi la distinction des règlements et directives perdrait toute pertinence, mais une exception.

Pour le Conseil d'Etat, les dispositions des articles 7 et 8 de la Directive « retour » sont directement invocables car elles répondent à chacune de ces conditions. En premier lieu, la Directive n'était pas alors transposée : elle ne le sera qu'en juin 2011. Ensuite, il s'agit d'opposer les dispositions en cause de la directive seulement aux Etats (effet direct descendant à l'exclusion de tout effet direct ascendant et d'effet direct horizontal). Enfin, les dispositions des articles 7 et 8 sont précises et inconditionnelles, au sens de la définition qu'en donne la CJCE et à laquelle le Conseil se réfère expressément (42), à savoir qu'elles sont « *suffisamment précises dès lors qu'elles*

(41) CE, Avis, 21 mars 2011, *Jin et Thiero*, *AJDA*, n° 88, 2011 ; S. SLAMA, « L'invocabilité de la Directive 'retour' fait temporairement dérailler l'engrenage de la reconduite à la frontière », *JCPA*, vol. XVIII, n° 2173, 2011, et « Invocabilité directe et effet vertical descendant (Directive « retour ») : gel partiel du dispositif français de reconduite à la frontière en raison de sa contrariété aux articles 7 et 8 de la directive », 15 mars 2011, disponible sur le site Internet du CPDH.

(42) CJCE, 19 janv. 1982, *Ursula Becker*, aff. 8/81. La Cour de Luxembourg avait pour sa part considéré que la faculté pour un Etat de subordonner l'exercice d'un droit à un acte de volonté de la part du particulier n'a pas pour effet de modifier la portée de l'obligation et donc de rendre celle-là conditionnelle, position donc plus souple que celle du Conseil d'Etat.

énoncent une obligation dans des termes non équivoques» et qu'elles sont «inconditionnelles lorsqu'elles énoncent un droit ou une obligation qui n'est assorti d'aucune condition ni subordonné, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte soit des institutions de l'Union européenne, soit des Etats membres» (Avis, point 4). L'article 7-1 impose en effet aux Etats de prévoir un délai «allant de sept jours à trente jours pour le départ volontaire». Certes, ce même article 7-1 leur laisse la possibilité de subordonner l'octroi d'un tel délai à la demande de l'intéressé, tandis que l'article 7-4 leur permet de s'abstenir de l'accorder ou d'accorder un délai plus réduit dans certaines circonstances (en cas de risque de fuite, de rejet d'une demande de séjour comme manifestement non fondée ou frauduleuse ou encore de danger pour l'ordre public), mais pour le Conseil d'Etat ces dispositions ne peuvent s'analyser en des conditions affectant l'invocabilité directe du droit à un délai de départ volontaire consacré par l'article 7, «dès lors que», d'une part, «si l'Etat membre n'a pas prévu des dispositions en ce sens dans sa législation nationale, il est réputé ne pas avoir exercé la faculté qui lui est ainsi offerte par la directive» et que «aussi longtemps qu'il n'a pas fixé dans sa législation [...] les critères objectifs sur la base desquels doit être appréciée l'existence d'un risque de fuite, il ne peut se prévaloir de l'exception, prévue par l'article 7-4» (Avis, point 5). Le Conseil d'Etat choisit ainsi d'interpréter lui-même ces deux dispositions de la Directive, plutôt que de renvoyer la question de la conditionnalité du droit à un délai de départ volontaire à la CJUE, cela, en dépit des doutes largement exprimés sur ce point (43). Cela étant, s'il écarte le dialogue institutionnalisé avec la Cour que constitue le renvoi préjudiciel, il n'en est pas moins à l'écoute de celle-là par la référence expresse à sa jurisprudence et par l'application qu'il fait, en l'espèce, de l'arrêt *Ursula Becker* de 1982, en vertu duquel «la circonstance qu'une directive comporte, pour les Etats membres, une marge d'appréciation plus ou moins grande pour la mise en œuvre de certaines de ses dispositions ne saurait empêcher les particulières d'invoquer les dispositions de cette directive qui, compte tenu de leur objet propre, en sont divisibles». Si, par cet avis, qui met un terme aux divergences des tribunaux, le Conseil d'Etat permet à la Directive «retour» d'être un instrument de protection des étrangers dans la mesure où ils peuvent se prévaloir des droits qu'elle énonce en leur faveur sans que les Etats puissent se prévaloir directement des dispositions susceptibles de les affecter, il ne conclut pas pour autant à l'incompatibilité complète du dispositif français d'éloignement prévalant alors.

L'incompatibilité surmontée des décisions de retour

L'obligation faite aux Etats d'accorder un délai de départ volontaire approprié à chaque situation, délai qui ne peut être inférieur à sept jours,

(43) Cf. M. Gautier, *op. cit.*, ainsi que les divergences des tribunaux en la matière évoquées ci-avant.

sauf exception prévue par l'article 7-4, ni être supérieur à trente jours, sauf circonstances propres à la situation de l'étranger rendant nécessaire sa prolongation (articles 7-1 et 2), comme l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires à l'exécution d'une décision de retour en l'absence de délai ou lorsque le délai est expiré (article 8-1) conduisent le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 mars 2011, à considérer les mesures de reconduite à la frontière non assorties d'un tel délai comme « *incompatibles avec les objectifs des articles 7 et 8 de la Directive* », à la différence des obligations de quitter le territoire (OQTF), qui sont pour leur part assorties d'un délai d'un mois à compter de leur notification (article L 511-1, I).

Toutefois, cette incompatibilité de principe des mesures de reconduite avec la Directive est en réalité fortement nuancée par le Conseil d'Etat, qui la neutralise par trois séries d'observations. En premier lieu, les reconduites prononcées dans trois cas prévus par l'article L 511-1, II du Cesda, soit 5) à l'issue d'une condamnation pour contrefaçon ou défaut de titre de séjour, refus de séjour pour demande manifestement non fondée ou frauduleuse, 7) pour retrait ou refus de renouvellement d'un titre de séjour pour menace à l'ordre public et 8) pour menace pour l'ordre public pendant la période de validité du visa ou en l'absence de visa dans les trois mois à compter de l'entrée en France ou encore pour un travail sans autorisation pendant cette même période, sont à ses yeux couvertes par l'exception prévue par l'article 7-4 de la Directive (Avis, point 3) (44). Ensuite, la reconduite prononcée en vertu de l'article L 511-1, II, 3, c'est-à-dire lorsqu'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) a été édictée depuis plus d'un an, est considérée par le Conseil d'Etat comme compatible avec la Directive dès lors que l'obligation initiale a été prise « *conformément aux exigences de forme et de fond prévues par les articles 7 et 12 de la Directive* » (Avis, point 3) (45), ce qui est le cas d'une telle mesure au regard de l'article 7, car l'article L 511-1, I qui définit la procédure de l'OQTF impose le respect d'un délai de départ volontaire d'un mois après sa notification, mais aussi au regard des garanties procédurales énoncées à l'article 12 et dont il appartient au juge de vérifier dans chaque cas qu'elles ont été respectées, à savoir la motivation écrite de la décision d'éloignement portant sur ses motifs de fait et de droit, ainsi qu'une information sur les voies de recours, ces informations devant être traduites par écrit ou oral dans une langue que l'étranger « *comprend ou dont il est raisonnable de penser qu'il la comprend* », étant précisé que celles relatives aux motifs de fait peuvent être limitées lorsque le

(44) S. Slama émet une réserve sur les mesures pour travail sans autorisation, dans « Les conditions de retour de l'étranger irrégulier... », *op. cit.*

(45) Pour un exemple de contrôle par le juge administratif du respect de ces dispositions de la directive, *CF*; TA Cergy-Pontoise, 15 avr. 2011, n° 1102356, *Touunkara, AJDA*, 2011, p. 1398.

droit national permet de restreindre le droit à l'information (46). Enfin, les autres mesures de reconduite à la frontière prévues à l'article L 511-1, II, 1, 2 et 4), dont l'incompatibilité avec l'article 7-1 ne peut être couverte par l'exception de l'article 7-4 car elles n'entrent pas dans son champ d'application, se voient potentiellement vider de leur venin par le Conseil d'Etat par la possibilité qu'il ouvre de lever la réserve qu'il émet alors, à savoir que *«les dispositions de la directive ne font toutefois pas obstacle à ce qu'une mesure de reconduite soit prise [dans ces trois cas-là] dès lors que cette mesure est assortie d'un délai de retour approprié»* (Avis, point 3).

L'invitation a été entendue, puisque une circulaire ministérielle a immédiatement tiré les leçons de cet avis en prescrivant aux préfets, d'une part, jusqu'à transposition de la Directive, de laisser aux étrangers susceptibles d'en revendiquer le bénéfice, un délai pour quitter volontairement le territoire national et, d'autre part, de ne pas procéder à l'exécution d'office de ces mesures avant un délai de sept jours révolus à compter de leur notification (47). Saisi d'un recours en référé de suspension contre cette circulaire, le Conseil d'Etat l'a rejeté au motif que celle-là ne méconnaissait manifestement pas les exigences découlant du droit de l'Union. Il relève à cet égard, au terme d'une interprétation à certains égards neutralisante, que, d'une part, la circulaire interdit d'opposer le risque de fuite pour refuser l'octroi d'un délai de départ volontaire d'au moins sept jours et que, d'autre part, le délai de retour volontaire d'un mois prévu pour les OQTF (article L 511-1, I Ceseda) est certes *«égal ou supérieur à la durée de trente jours prévue par l'article 7-2 de la directive»*, mais peut être prolongé pour *«une durée appropriée»* pour faire bénéficier les étrangers dont la situation particulière le nécessiterait de la prolongation prévue à l'article 7-2. A cela, il ajoute que le délai de sept jours prévu pour l'exécution d'office des mesures de reconduite à la frontière, afin de les vider de leur venin, n'a pas pour effet de priver le préfet de sa compétence pour apprécier, dans *«chaque cas»*, au vu de la situation de l'étranger, le délai approprié prévu par la Directive, qui peut être compris entre sept et trente jours. Enfin, il écarte le moyen tiré de *«l'impossibilité pour une autorité nationale de prescrire aux autorités administratives de faire directement application de la directive en l'absence de transposition»* (48). Sans doute ce dernier point mérite attention, dans la mesure où la jurisprudence communautaire condamne l'application directe verticale descendante d'une directive (49). En distinguant entre les obliga-

(46) En précisant par un *«en particulier»* pour sauvegarder la sécurité nationale, la défense et la sécurité publique, ou à des fins de prévention et de détection des infractions pénales et d'enquête et de poursuites en la matière» (souligné par nous), l'article 12-2 entend ne pas donner une énumération exhaustive des motifs autorisant une limitation de l'information de l'étranger sur les motifs de fait justifiant son éloignement.

(47) Circulaire n° NOR IOCV 1108038C du 23 mars 2011 relative aux conséquences à tirer de l'avis contentieux du Conseil d'Etat du 21 mars 2011 sur la Directive «retour».

(48) CE, ref, 12 mai 2011, *GISTI*, n° 348, p. 774.

(49) CJCE, 5 avr. 1979, *Min. oub. c/ Ratti*, Rec. 1629; cf. également CE 23 juin 1995, *SA Lilly France*, Rec. 257 et concl. MAUGÈRE, *RFD*, p. 1 037, 1995., Cf. S. SLAMA, *op. cit.*

tions tirées de la Directive que l'Etat ne peut imposer en l'absence de transposition, comme l'exception tirée du risque de fuite (*supra*), et les droits que les particuliers détiennent au titre d'une Directive dont l'Etat peut imposer le respect, en l'occurrence le droit à un délai de retour volontaire, le Conseil d'Etat confirme sa volonté, déjà affirmée par son arrêt *Mme Perreux*, de «garantir l'effectivité des droits» que toute personne tient d'une directive, quand bien même elle ne serait pas transposée.

Si la Directive «retour» n'a donc pas été sans incidence sur le droit français avant sa transposition, cette dernière a entraîné depuis des changements plus substantiels encore.

LES TRANSFORMATIONS DU DROIT DE L'ÉLOIGNEMENT
DES ÉTRANGERS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE
A L'ISSUE DE LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE «RETOUR»

La transposition de la Directive «retour» a en vérité servi de prétexte à la France pour renforcer la lutte contre l'immigration irrégulière en empruntant à la Directive les moyens qu'elle offre, sans toujours s'encombrer des garanties qu'elle prévoit. Les mesures coercitives auxquelles la loi permet de recourir constituent sans doute l'exemple le plus frappant et d'ailleurs le plus contesté et contestable de la dérive opérée par rapport aux objectifs de la directive; mais cette dérive se manifeste également dans la procédure d'éloignement. Dans l'un et l'autre cas, les garanties prévues par la directive passent au second plan, qu'il s'agisse en particulier de l'ordre des priorités dans le recours aux mesures coercitives ou du principe de délai de départ volontaire pour les mesures d'éloignement.

La dérive des mesures coercitives internes au regard de la directive «retour»

L'allongement de la durée maximale de rétention d'un étranger objet d'une mesure d'éloignement, de trente-deux jours à quarante-cinq jours (article L 552-7, al. 1 Cesda), voire à six mois (article L 552-7, al. 4 Cesda) et même, selon la loi «Besson», telle qu'adoptée par le Parlement avant censure de cette disposition par le Conseil constitutionnel, à dix-huit mois, révèle l'instrumentalisation de la Directive par la France dans la mesure où elle lui a permis de cautionner une politique migratoire nationale plus dure à l'égard de l'immigration irrégulière sans avoir à en assumer la responsabilité première.

En effet, rien ne l'obligeait à imposer une privation de liberté d'une aussi longue durée, puisque la Directive, d'une part, laisse à chaque Etat membre le soin de fixer une durée déterminée dans une limite qu'elle fixe à dix-huit mois (articles 11-5 et 6) et, d'autre part, plus généralement, elle indique

s'appliquer «*sans préjudice du droit des Etats membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables [...] à condition que ces dispositions soient compatibles*» avec elle (article 4-3). De surcroît, on peut douter que les nouvelles dispositions de la loi française en matière coercitive s'inscrivent réellement dans la logique de la Directive et respectent notamment l'ordre de priorité qu'elle fixe. En effet, tandis que l'article 8-4 n'autorise qu'«*en dernier ressort*» le recours à des mesures coercitives pour procéder à l'éloignement d'un étranger qui s'y oppose en exigeant alors que ces mesures soient «*proportionnées*», ne comportent pas d'usage de la force «*allant au-delà du raisonnable*» et, enfin, soient conformes «*aux droits fondamentaux et au respect de la dignité et de l'intégrité physique*» de la personne, l'article 15-1 dispose de son côté que, «*à moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les Etats membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui a fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement en particulier lorsque [...]*».

L'importance de ces dispositions, notamment celles concernant la rétention aux fins d'éloignement (article 15) – expression qui, en dépit d'une euphémisation classique en droit des étrangers (50), ne désigne rien d'autre et quelles qu'en soient les modalités et les garanties qui l'assortissent, qu'une privation de liberté – explique qu'en l'état les trois premiers et seuls contentieux relatifs à la Directive «retour» sur lesquels la CJUE a eu à statuer portent sur leur interprétation et que, dans deux cas, la CJUE se soit prononcée en Grande Chambre (*Kadzoev* (51) et *Achughbabian* (52)) et selon les procédures préjudicielles d'urgence (*Kadzoev*) ou accélérée (*Achughbabian* (53)) prévues par les articles 104^{ter} et 104^{bis} de son règlement de procédure. Par ces arrêts particulièrement riches mais aussi complexes, la Cour

(50) Sur cette euphémisation, cf. C. TEITGEN-COLLY, «L'étranger irrégulier en Europe : quel statut ? Pour quelle justification ?», *La Lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne : quelle légalité ?*, Actes du colloque de l'Université Paris VIII, *op. cit.*

(51) CJCE, Grande Chambre, 30 nov. 2009, *Kadzoev*, aff. C-357/09 PPU ; M. NICOLELLA, *Gaz. Pal.*, n° 188-189, 7 juill. 2010, p. 42 ; F. LUTZ, «L'arrêt 'Kadzoev' : un premier test pour la Directive «Retour»», *RDUE*, n° 2, 1^{er} juin 2010, p. 331 ; J.-F. AMÉDRO, *op. cit.* ; J.-Y. CARLIER, «La circulation des personnes dans et vers l'Union européenne», *Journal de droit européen*, n° 167, 1^{er} mars 2010, p. 79 ; L. IDOT, «Droit de l'Union européenne : jurisprudence de la Cour de justice», *RSCDPC*, n° 1, 1^{er} janv. 2010, p. 244. Cet arrêt, rendu par la Cour avant la transposition de la Directive, concerne un demandeur d'asile placé en rétention en Bulgarie pendant près de trois ans en vue de son éloignement du territoire.

(52) CJUE, Gde Ch., 6 déc. 2011, *Achughbabian c/ Préfet du Val-de-Marne*, aff. C-329/11 ; 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*)», 25 oct. 2011, et «Recette luxembourgeoise pour couper en trois le L 621-1 du CESEDA et sauver des gardes à vue privées de fondement légal», 7 déc. 2011, disponibles sur le site Internet du CPDH ; «Liberté, Libertés chéries – Directive 'retour' et peine d'emprisonnement», 8 déc. 2011, disponible sur le site Internet «Veille juridique sur les droits de l'homme et les libertés publiques» ; V. TCHEN, «Garde à vue et Directive 'retour'», disponible sur le site Internet «Tchen, Actualité du droit des étrangers» ; F. PICOD, «Non-conformité de la loi française par rapport à la Directive 'retour'».

(53) La Cour a refusé auparavant, au motif que le requérant n'était plus en rétention, de faire droit au traitement en urgence sollicité par la Cour d'appel de Paris, mais elle a jugé qu'il y avait lieu pour elle de statuer selon la procédure accélérée, en raison des affaires similaires pendantes devant les juridictions françaises et de la nécessité de statuer dans les plus brefs délais «*afin d'empêcher d'éventuelles privations de liberté illégales ou de réduire leur durée*».

de Luxembourg apporte une contribution essentielle à la construction du droit de l'éloignement des étrangers irréguliers, tant par l'interprétation qu'elle donne des mesures coercitives prévues par la Directive « retour » que par l'analyse à laquelle elle se livre de la pénalisation du séjour irrégulier sur le territoire. Toutefois, comme elle n'est pas seule à interpréter le droit de l'Union, se pose ici en filigrane la question récurrente du dialogue des juges.

S'agissant du recours aux mesures coercitives, la Cour a, dans sa décision *El Dridi*, expressément confirmé l'ordre de priorité défini par la directive dans les articles 8 et 15 précités, en jugeant que « *ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour risque, au regard d'une appréciation de chaque situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que [les Etats membres] peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention* ». Si, pour satisfaire à cet ordre de priorité, la loi « Besson » prévoit une alternative à la rétention avec l'assignation à résidence, elle ne respecte pas cet ordre, puisqu'elle en fait une mesure d'exception, ainsi qu'il ressort de l'article L 552-4 Ceseda, qui dispose que, « *à titre exceptionnel, le juge peut ordonner l'assignation à résidence* ». En outre, cette assignation, qui dans sa forme classique est une assignation à résider dans un périmètre donné, avec obligation de présentation périodique aux autorités de police ou de gendarmerie, laquelle peut être journalière, ainsi que la remise du passeport et de tout document d'identité et de voyage (54) – régime dont la rigueur s'accroît en cas de menace particulièrement grave pour l'ordre public (article L 561-1 Ceseda) –, voit sa durée varier selon qu'existe « *une perspective raisonnable* » d'éloignement à court terme, lorsque le départ est différé pour des raisons techniques – elle est alors d'une durée maximale de quarante-cinq jours, renouvelable une fois, d'après l'article L 561-2 Ceseda – ou sans « *perspective raisonnable* » d'exécution à court terme (article L 561-1 Ceseda). Dans ce cas et sous réserve alors que l'étranger présente « *des garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque qu'il se soustraie à son obligation* », elle peut être décidée pour six mois et « *renouvelée une fois ou plus dans la même limite de durée* » (article L 561-1 Ceseda), ce qui pourrait signifier qu'elle pourrait l'être indéfiniment... La loi prévoit en outre une nouvelle forme d'assignation à résidence, l'assignation sous surveillance électronique, qui peut être décidée pour cinq jours par l'administration, mais dont la prolongation au-delà nécessite, comme en matière de rétention administrative, l'intervention du juge judiciaire (article L 562-1 Ceseda).

Appelé à se prononcer sur la conformité à la Constitution de l'ensemble du dispositif d'assignation à résidence, le Conseil constitutionnel ne s'est penché que sur l'assignation avec perspective de retour à court terme

(54) Mais c'est alors une faculté pour l'autorité administrative.

(article L 561-2 Ceseda) pour la juger «*non manifestement incompatible avec les objectifs de la directive*» (Déc. préc., 9 juin 2011, consid. 62). Rappelant à son propos les dispositions de l'article 15 de la Directive, il en a toutefois conclu plus généralement que «*le placement en rétention n'est possible que si l'assignation à résidence n'est pas suffisante pour éviter le risque que l'intéressé se soustraie à l'obligation de quitter le territoire*», précision non inutile au regard des dispositions de la loi relatives à la rétention (*cf. infra*) et par laquelle il reprend à son compte le principe de subsidiarité de la rétention posé par la Directive. Le laconisme reste de mise au-delà, le Conseil écartant, d'une part, comme «*inopérant*» à l'encontre de l'assignation à résidence avec perspective de retour, le grief tiré de la violation de l'article 66 de la Constitution dès lors qu'elle ne comporte «*aucune privation de la liberté individuelle*» (consid. 68) et jugeant, d'autre part, non fondé le grief tenant à une violation de la liberté d'aller et venir, dès lors que la mesure d'assignation, se substituant à une mesure de rétention administrative et se trouvant «*placée sous le contrôle du juge administratif qui en apprécie la nécessité*», ne porte «*pas d'atteinte disproportionnée à cette liberté*» (consid. 79).

Déférées également au Conseil constitutionnel, les dispositions de la loi relative à la rétention administrative ont conduit ce dernier à censurer la disposition la plus grave qui autorisait la rétention dans le temps maximum autorisé par la Directive, soit dix-huit mois pour des étrangers condamnés à une peine d'interdiction du territoire pour des actes terroristes ou expulsés pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées (consid. 76). Délaissant le contrôle de la compatibilité au regard de la Directive, contrôle fondé sur l'article 88-1 de la Constitution, de la disposition permettant une prolongation de la rétention au-delà de six mois pour douze mois, soit dix-huit mois en tout – mais il est vrai qu'il était difficile de conclure à une incompatibilité manifeste dès lors que la prolongation autorisée par la loi s'inspirait directement de l'article 17 –, le Conseil constitutionnel a jugé, en poussant le laconisme à l'extrême et après avoir seulement rappelé les conditions posés par la loi pour une telle prolongation et qui sont tirées de la Directive, que les dispositions relatives à la prolongation «*apportent à la liberté individuelle une atteinte contraire à l'article 66 de la Constitution*», validant ainsi implicitement, du fait de l'annulation de la seule prolongation, la rétention pendant les six premiers mois... Pourtant, une telle validation pose question en ce qu'elle permet, d'une part, un traitement différencié entre personnes ayant des liens avec le terrorisme selon un critère de nationalité, d'autre part, une privation de liberté pour le moins excessive au regard du respect de la liberté individuelle.

Curieusement, alors que cette rétention d'exception de six mois est validée implicitement et donc sans réserve, la rétention de droit commun, dont

la loi «Besson» a permis l'allongement pour la porter à quarante-cinq jours (au lieu de trente-deux), est également validée, mais assortie d'une réserve d'interprétation. Moins laconique puisqu'il rappelle alors, à l'instar de la Directive «retour» (article 15-2), que l'étranger ne peut être maintenu en rétention «*que pour le temps strictement nécessaire à son départ, l'administration devant exercer toute diligence à cet effet*», le Conseil constitutionnel ne parvient pourtant pas à convaincre, car cette réserve, reprise d'une précédente décision (55), ne porte que sur «*la possibilité pour l'autorité judiciaire d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient*» (consid. 75). La même observation s'impose s'agissant de l'allongement du délai d'intervention du JLD au-delà de cinq jours (au lieu de deux précédemment) pour prolonger la rétention, que le Conseil justifie par les exigences de bonne administration de la justice et de protection de l'ordre public, à savoir «*un traitement plus efficace des procédures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière*», dans un contexte d'essor du contentieux de la légalité résultant de l'exigence formulée par la Directive «retour» d'édition de plusieurs décisions pour éloigner un étranger irrégulier du territoire (consid. 72), mais qui ignore tant la jurisprudence antérieure qui, depuis 1980, exige, au nom de la protection de la liberté individuelle, une intervention «dans le plus court délai possible» du juge judiciaire «gardien» de cette liberté en vertu de l'article 66 de la Constitution, que l'exigence posée par la Directive «retour» d'«*un contrôle juridictionnel accéléré qui doit avoir lieu le plus rapidement possible*» (article 15-2). En revanche, il assortit d'une réserve d'interprétation le placement en rétention intervenant à l'issue d'une garde à vue, en exigeant en vertu de ce même article 66 de la Constitution que «*l'étranger privé de sa liberté soit effectivement présenté à un magistrat du siège après l'expiration d'un délai de sept jours à compter du début de la garde à vue*» (consid. 73), appliquant ainsi aux cas de garde à vue de plus de 48 heures sa jurisprudence antérieure qui censure une rétention de sept jours sans intervention du juge judiciaire (56).

En bref, le Conseil constitutionnel centre son contrôle de constitutionnalité sur le droit interne, sans se préoccuper véritablement de la compatibilité de la loi «Besson» avec la Directive «retour». Sans doute la meilleure preuve en est donnée par la réponse qu'il apporte au grief d'inconstitutionnalité soulevé par les parlementaires, tenant à l'erreur manifeste de transposition des articles 15 et 16 de cette directive par l'article 624-1 du Cesda, qui sanctionne par une peine de trois ans d'emprisonnement la tentative faite par un étranger de se soustraire à l'exécution d'une mesure de refoulement ou d'éloignement, ainsi que son retour sur le territoire après une

(55) CC n° 2003-484 DC, consid. 66, 20 nov. 2003.

(56) CC n° 79-109 DC, 9 janv. 1980.

interdiction de retour, une expulsion ou une reconduite à la frontière de moins de trois ans. Alors même que ceux-là appuyaient leur recours, ainsi que le Conseil n'hésite pas à le préciser, sur un arrêt de la CJUE aux termes desquels la Directive «retour» s'oppose à une réglementation prévoyant l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif de son maintien sur le territoire en violation d'un ordre de le quitter, le Conseil juge, de façon pour le moins surprenante, que *«les dispositions contestées n'ont pas pour objet de transposer la directive; et que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 88-1 de la Constitution est inopérant»* (consid. 83).

C'est assez dire ici l'absence de dialogue des juges et de sérieux d'un contrôle de constitutionnalité qui ignore la garantie la plus essentielle de la Directive «retour» s'agissant des mesures coercitives, à savoir le principe de leur gradation et, en conséquence, le caractère subsidiaire, voire exceptionnel de la rétention.

Pourtant, la CJUE, qui a privilégié dans les trois arrêts qu'elle a rendus, une interprétation de la Directive protectrice de liberté individuelle, s'est attaché à le rappeler. Ainsi, dans sa décision *Kadzoev*, elle encadre la durée de la rétention en jugeant que la durée maximale de la rétention (18 mois) doit inclure toute période de détention accomplie avant l'application de la mesure de rétention – ce qui en l'espèce conduit à la libération immédiate de l'intéressé –, ainsi que la période pendant laquelle l'exécution de la reconduite à la frontière est suspendue du fait de l'exercice de recours juridictionnels. En revanche, elle exclut – c'est là le seul point de sa décision défavorable aux étrangers – le placement des demandeurs d'asile en centre fermé, car il ne s'agit pas d'une rétention aux fins d'éloignement au sens de l'article 15. La Cour précise également la notion de *«perspective raisonnable d'éloignement»* (article 15-4) au regard de laquelle doit s'apprécier la durée de la rétention, en indiquant qu'une telle perspective doit être réelle et *«n'existe pas lorsqu'il paraît peu probable que l'intéressé soit accueilli dans un pays tiers»* eu égard aux différents délais fixés aux articles 15-5 et 6. Elle exclut en outre tout dépassement du délai maximal de rétention, même pour des motifs de préservation de l'ordre public (absence de documents d'identité, de logement, de moyens de subsistance, agressivité...). Enfin, le contrôle de l'application de la Directive doit se faire en prenant en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment celle relative à l'article 5,1,f, qui exige la proportionnalité de la privation de liberté à l'objectif poursuivi.

La Cour se montre également très protectrice dans sa décision *El Dridi*, puisqu'elle neutralise la pénalisation du séjour irrégulier par la législation italienne. Toutefois, cette protection semble être davantage une conséquence que la cause de sa jurisprudence pour qui observe que la censure de la législation italienne est fondée en l'espèce sur la violation des *«principes*

d'effet utile et de coopération loyale», qui renvoient à «*l'instauration d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement*». Dès lors, ce ne serait pas la pénalisation des étrangers en situation irrégulière «*en tant que telle qui serait condamnée*» par la Cour, mais uniquement «*sa prétention à l'efficacité*» (57). Ainsi, si la Cour n'entend pas remettre en cause la compétence pénale des Etats-membres, elle affirme que les Etats «*ne sauraient appliquer une réglementation, fût-elle en matière pénale, susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile*» (point 55). Les principes de proportionnalité et d'efficacité qui doivent gouverner le choix d'une mesure coercitive commandent ainsi le rejet de la pénalisation du séjour irrégulier, dans la mesure où la condamnation à une peine d'emprisonnement relativement longue retarde d'autant l'exécution de la décision de retour prise à son encontre. Cependant, alors que la France s'était efforcée de minimiser la portée de cette jurisprudence au motif qu'elle concernait la seule législation italienne, la Cour, par son arrêt *Achughbabian* du 6 décembre 2011, l'a rappelée à l'ordre à l'issue du renvoi préjudiciel de la Cour d'appel de Paris, qui a soulevé d'office la question de la compatibilité de l'article L 621-1 du Ceseda avec la Directive «retour».

Conduite à préciser sa jurisprudence *El Dridi*, la Cour de Luxembourg a alors estimé qu'il y avait lieu de distinguer les étapes de la procédure et a jugé qu'une garde à vue est possible, mais seulement afin de vérifier la régularité de la situation de l'étranger interpellé; en revanche, une fois celle-là vérifiée, doit être prise une décision de retour, dont l'édiction fait entrer l'étranger dans le champ de la Directive «retour»: ce dernier ne peut plus alors faire l'objet d'une mesure d'emprisonnement, car cette mesure n'est pas au nombre des mesures coercitives prévues par la Directive; en revanche, une de ces mesures coercitives peut être édictée à son encontre, dont un placement en rétention, sous réserve que soient respectés les principes de proportionnalité et 'efficacité' énoncés par l'article 15-1 de la directive et qu'elle soit en conséquence l'ultime recours, puisqu'il s'agit de la mesure la plus sévère. On observera cependant que la circulaire du ministre de la Justice et des Libertés du 13 décembre 2011 visant à préciser la portée de ce dernier arrêt de la CJUE ne fait pas état de cet ordre de priorité (58). La balle est désormais dans le camp du Conseil constitutionnel, qui doit statuer le 3 février 2012 sur la Question prioritaire de constitutionnalité portant sur le même sujet, transmise le 3 septembre 2011 par le Tribunal de grande instance de Paris à la Cour de cassation, puis à lui; on pourra alors voir si le dialogue s'est noué en la matière entre le juge constitutionnel et celui de l'Union.

(57) En ce sens, cf. L. D'AMBROSIO, *op. cit.*

(58) Circulaire sur 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», n° 11-04-C39.

La dérive de la procédure française d'éloignement au regard de la Directive «retour»

La dérive concerne ici la décision de retour, qui constitue la première mesure qui doit être prise par les Etats membres aux fins d'éloignement d'un étranger en situation irrégulière. Cette décision doit être en principe assortie d'un délai de retour volontaire. Bien qu'il n'apparaisse pas de prime abord comme essentiel du fait de la brièveté qui peut être sienne – le délai minimal est en effet de sept jours –, le DRV constitue en lui-même et par les effets que la Directive y attache une véritable garantie pour l'étranger concerné. La loi du 16 juin 2011 ne lui donne pourtant pas toute sa portée, pas plus d'ailleurs qu'elle n'assortit la nouvelle interdiction de retour qu'elle institue des garanties qu'elle exigerait.

La transposition de l'article 7 de la Directive a conduit le législateur français à restructurer la procédure d'éloignement pour faire de l'OQTF, procédure instituée lors de la réforme du 24 juillet 2006 mais qui n'a pas atteint, loin s'en faut, l'objectif qui lui était assigné (59), la décision de retour de droit commun, les mesures de reconduite à la frontière étant désormais l'exception. Comme l'exige la Directive en son article 7-1, l'OQTF est assortie, à l'instar des anciennes OQTF, d'un délai de retour volontaire de trente jours à compter de sa notification. Ce délai peut, mais «à titre exceptionnel» et non plus «si nécessaire», comme le prévoit l'article 7-2 de la Directive, être prorogé (article L 511-1, II). Toutefois la loi, en donnant compétence au préfet pour en décider au vu de «la situation personnelle de l'étranger», sans autre précision, notamment sans se référer aux «circonstances propres à chaque cas telles que la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux» que la Directive invitait à prendre en compte (article 7-2), lui laisse un pouvoir d'appréciation quasi discrétionnaire. En outre, pendant ce délai, le préfet peut astreindre l'étranger à se présenter aux services de police ou aux unités de gendarmerie pour y indiquer ses «diligences dans la préparation de son départ» (article L 513-4 Ceseda), obligation envisagée parmi d'autres par la Directive (article 7-3), mais dont la loi ne précise pas les motifs, à la différence de la Directive, laquelle envisage des obligations de ce type seulement en cas de «risque de fuite» (article 7-4), tandis que son décret d'application va jusqu'à autoriser une présentation trois fois par semaine, ainsi que la remise de son passeport et des documents d'identité et de voyage (article R 513-3 Ceseda). En outre, sous réserve de l'avoir préalablement informé de cette possibilité, le préfet peut supprimer le délai de retour ou sa prorogation volontaire lorsque

(59) Le rapport de la «Commission Mazeaud» – Commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'asile et d'immigration –, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, juillet 2008, souligne «l'afflux des requêtes en raison tant de son régime contentieux que du volontarisme qui a marqué la pratique préfectorale en la matière» (p. 48) et l'effet d'éviction des autres contentieux.

l'étranger se trouve pendant ce délai dans une des situations justifiant son refus (article L 511-1, II, dernier alinéa).

En effet, si l'OQTF assortie d'un délai de retour volontaire est affirmée comme étant le principe, en réalité la loi autorise qu'il y soit fait exception dans les trois cas au demeurant prévus par la Directive « retour » (article 7-4), à savoir en cas de menace pour l'ordre public, de refus de titre de séjour fondé sur le caractère manifestement infondé ou frauduleux de la demande et de risque de fuite (articles L 511-1, II, 1, 2 et 3 Cesda). La loi toutefois donne une définition si large de la notion de risque de fuite que l'OQTF sans délai est susceptible en pratique de devenir le principe. En effet, si la loi énonce six circonstances que le Conseil constitutionnel a qualifiées de « *critères objectifs* » de risque de fuite exigés par la Directive (article 3-7) non manifestement incompatibles avec elle (Conseil constitutionnel, 9 juin 2011, consid. 48), de toute évidence, certaines de ces circonstances (comme par exemple la non-sollicitation d'un titre de séjour) ne peuvent faire présumer un tel risque et on peut raisonnablement penser que la Cour de Luxembourg, si elle venait à être saisie jugerait, cette notion de risque de fuite trop extensive pour être compatible avec la Directive « retour ». Dès lors, la réserve faite par la loi à « *des circonstances particulières* » de nature à écarter ce risque prend toute son importance. A ces hypothèses d'OQTF sans délai s'ajoutent en outre deux cas antérieurs de mesures de reconduite à la frontière également sans délai, à savoir le cas de menace pour l'ordre public et le travail illégal (article L 533-1 Cesda). Alors que la loi retient une définition beaucoup plus stricte de la menace à l'ordre public au sens de la directive du 29 avril 2004 à propos de l'éloignement des ressortissants communautaires – à savoir que constitue une telle menace « *une menace réelle et suffisamment grave pour un intérêt réel fondamental de la société* » –, la menace à l'ordre public autorisant la reconduite à la frontière sans délai correspond à une liste très large d'infractions pénales (60), dont certaines, comme le délit d'occupation illégale d'un terrain public ou privé (article L 322-4-1 Code pénal), méritent attention, le législateur n'ayant pas caché sa volonté de contourner la jurisprudence de certaines juridictions judiciaires (61). Quant au travail illégal comme motif de reconduite à la frontière sans délai, son incompatibilité avec la Directive « retour » est patent, quoi qu'en ait pensé le Conseil d'Etat dans son avis précité du 21 mars (62), le travail

(60) Trafic de stupéfiants, traite des êtres humains, proxénétisme, exploitation de la mendicité, vol dans un transport collectif, extorsion de fonds, occupation illégale d'un terrain public ou privé.

(61) Juridictions « *qui considèrent que l'occupation d'un campement n'est pas susceptible de porter atteinte au bon ordre, à la sécurité, à la salubrité et la tranquillité publiques, qui sont pourtant des éléments constitutifs de l'ordre public* », in Rapport de l'Assemblée nationale, n° 2 814, 16 sept. 2010.

(62) En ce sens, cf. TA Marseille, 7 juin 2011, n° 1103848, cité par S. SLAMA, 12 juin 2011, disponible sur le site Internet de CPDH.

sans autorisation n'entrant dans le champ d'aucune des exceptions énoncées à l'article 7-4 de la Directive (63).

La loi du 16 juin 2011 transpose également l'article 11 de la Directive «retour» en instituant l'interdiction de retour sur le territoire français (ITRF) (article L 511-1, III Cesda), décision qui relève de la compétence discrétionnaire du préfet et doit être motivée en tenant compte de la durée de la présence de l'étranger en France, de la nature et de l'ancienneté de ses liens avec la France, des décisions antérieures d'éloignement dont il a pu faire l'objet et, enfin, de la menace à l'ordre public que sa présence représente (article L 511-1, III, al. 7). L'interdiction qui entraîne son signalement aux fins de non-admission dans le système d'information Schengen, dont l'étranger doit être informé (article L 511-1, III, al. 2) et qui s'oppose à son retour dans cet espace, implique également reconduite d'office à la frontière. D'une durée variable de deux à cinq ans, selon les circonstances qui la fondent (OQTF avec ou sans délai de départ volontaire, non-respect du délai de départ volontaire ou d'une précédente IRTF), cette interdiction du territoire, dont la constitutionnalité a été mise en doute devant le Conseil constitutionnel, a été considérée par ce dernier, contre toute attente au vu de sa jurisprudence antérieure (64), non pas comme une sanction administrative, mais, au terme d'un complet revirement, comme une mesure de police non assujettie comme telle au principe de nécessité et de proportionnalité et au respect des droits de la défense et donc du contradictoire. Cette solution est critiquable au regard de la finalité répressive qui lui est assignée et qui a conduit à y voir «*un bannissement*» (65). On pourrait dès lors facilement imaginer que la Cour européenne des droits de l'homme, compte tenu de sa conception autonome et extensive de la matière pénale, aille dans ce sens si elle était appelée à en connaître, voire la CJUE, au regard des exigences du procès équitable consacrées par la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Enfin, à l'instar de la Directive «retour», la loi française prévoit l'éventuelle abrogation de cette mesure à l'initiative de l'administration ou sur demande de l'étranger, sous réserve, en principe du moins, qu'il ait quitté le territoire, mais elle n'en précise pas les motifs, sauf pour l'abrogation de plein droit qui doit intervenir en cas d'exécution d'une OQTF dans le délai imparti; toutefois, l'abrogation peut alors être refusée «*au regard des circonstances particulières tenant à la situation ou au comportement de l'intéressé*» (article L 511-1, III, al. 8 et 9).

* *
*

(63) Il ne constitue en effet ni un cas de risque de fuite, ni une demande de titre frauduleuse, ni une atteinte à l'ordre public. Cf. S. SLAMA, «Contrariété à la Directive 'retour' des reconduites à la frontière 'autonomes' de l'article L 533-1 du Cesda», 6 sept. 2011, disponible sur le site Internet du CPDH.

(64) CC n° 93-325 DC, 13 août 1993, consid. 49 et suiv.

(65) Cf. l'avis précité de la CNCDH, 5 juil. 2010.

Ainsi, tant avant sa transposition qu'après, la Directive «retour» n'est pas sans effet sur la situation des étrangers en situation irrégulière en France, puisqu'elle a conduit à revoir le dispositif mis en place en matière d'éloignement.

Ce sont d'abord les juges administratifs et judiciaires qui, saisis de mesures de reconduite à la frontière, ont permis, avant même la transposition de la Directive «retour», aux étrangers concernés de tirer profit de certaines garanties qu'elle énonce, puis ont contraint le législateur à revoir les décisions de retour afin qu'elles soient compatibles avec elle. De son côté, la Cour de justice de l'Union a dû préciser les conditions d'emploi des mesures les plus rigoureuses que sont les privations de liberté, en distinguant les champs respectifs de la garde à vue et de la rétention administrative; ce faisant, elle a mis en cause la pénalisation du séjour irrégulier. L'impact est de taille et le chantier ouvert par la Directive «retour» immense. A l'exception du Conseil constitutionnel, qui s'est pour le moment borné à entériner la loi «Besson» sans s'interroger sérieusement sur sa compatibilité avec la Directive «retour», les juges en sont les artisans, car ils sont les premiers conduits à prendre acte des lacunes et des contradictions des normes issues d'ordres juridiques distincts pour tenter de construire ce que les Etats ne veulent ou ne peuvent pas construire, en l'occurrence un statut de l'étranger irrégulier. Car tel est l'enjeu, pour les juges désormais appelés non pas simplement à mettre en œuvre la politique de lutte contre l'immigration irrégulière, mais à contribuer à la définition d'un statut de l'étranger en situation irrégulière qui prenne acte de ses droits, droits universels consacrés notamment par les instruments fondateurs de l'Europe (la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux). La Directive «retour» le fait parfois et devient alors, contre toute attente, un instrument de protection des irréguliers, mais elle ne le fait pas toujours, loin s'en faut – ainsi, quand elle n'exclut pas la rétention des mineurs, quand elle donne un nouveau visage au bannissement par l'interdiction de retour ou encore quand elle autorise la rétention administrative jusqu'à un an et demi pour le seul fait/méfait d'avoir, par l'immigration le plus souvent, défendu un droit à une vie décente.

La confrontation inéluctable mais à peine ébauchée de la Directive «retour» avec les grands instruments européens de protection des droits de l'homme devrait contraindre les juges à définir d'autres équilibres. A moins que la nouvelle donne démographique en Europe, les mutations de l'économie mondiale et le changement climatique n'imposent plus vite au pouvoir politique une autre appréhension des étrangers dits irréguliers et les forcent à penser autrement la question migratoire. Sait-on jamais?

