

**Décision n° 2011-217 QPC du 3 février 2012**

*M. Mohammed Akli B.*

*(Délit d'entrée ou de séjour irrégulier en France)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 23 novembre 2011 par la Cour de cassation (première chambre civile, arrêt n° 1252 du 23 novembre 2011) sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Mohammed Akli B. concernant la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Cette procédure a fait l'objet de trois demandes d'intervention :

- une demande de l'association « SOS soutien ô sans papiers » reçue au greffe du Conseil constitutionnel le 8 décembre 2011 ;
- une demande du « Groupe d'information et de soutien des immigrés » (GISTI), reçue au greffe du Conseil constitutionnel le 13 décembre 2011 ;
- une demande du « Comité Inter-Mouvements Auprès des Evacués » (CIMADE), enregistrée au greffe du Conseil constitutionnel le 14 décembre 2011.

Ces trois interventions ont été admises par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 6 de son règlement intérieur, lors de la séance du 15 décembre 2011.

Dans sa décision n° 2011-217 QPC du 3 février 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 621-1 du CESEDA conforme à la Constitution.

**I. – Les dispositions contestées**

L'article L. 621-1 du CESEDA dispose

*« L'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles L. 211-1 et L. 311-1 ou qui s'est maintenu en France*

*au-delà de la durée autorisée par son visa sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 €.*

*« La juridiction pourra, en outre, interdire à l'étranger condamné, pendant une durée qui ne peut excéder trois ans, de pénétrer ou de séjourner en France. L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement. »*

Cette disposition est issue de l'ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et qui a été ratifiée par le 1° de l'article 120 de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

Elle confirme la possibilité, existant avant même la première version de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, de sanctionner pénalement la présence irrégulière d'un étranger sur le territoire national. L'existence d'une telle disposition est donc une constante depuis la III<sup>e</sup> République et le décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers qui sanctionnait d'une peine d'un an d'emprisonnement l'entrée et le séjour irréguliers.

## **II. – L'examen de la constitutionnalité**

### **A. – Les griefs**

Le requérant – ainsi que les parties intervenantes – reprochaient à ces dispositions de méconnaître l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en ce qu'elles prévoient l'existence d'une peine d'emprisonnement pour un ressortissant d'un pays tiers à l'Union européenne entré et séjournant irrégulièrement en France pour le seul motif que celui-ci demeure sur le territoire sans motif justifié alors que ledit article 8 dispose que la loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires.

L'argumentation des requérants se fondait principalement sur la décision récente de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), du 6 décembre 2011 (affaire C-329/11, *M. Alexandre Achughbadian*) constatant partiellement la contrariété de la législation française avec le droit européen en vigueur.

Dans cet arrêt, la CJUE était saisie d'une question préjudicielle posée par la cour d'appel de Paris, dans une procédure pénale engagée contre un ressortissant étranger pour séjour irrégulier, et portant sur la conformité de la sanction pénale instituée avec les dispositions de la directive n° 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, dite « directive retour » (JOUE 2008, L 348, p. 98).

Cette dernière prévoit, en effet, dans l'article 15 du chapitre IV sur les rétentions à fin d'éloignement :

*« À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement 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 lorsque :*

*« a) il existe un risque de fuite, ou*

*« b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.*

*« Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise. »*

Cette disposition avait été invoquée pour contester la possibilité d'une peine d'emprisonnement sanctionnant en tant que tel le séjour irrégulier d'un étranger. Cette question avait déjà fait l'objet d'une appréciation de la CJUE dans un arrêt « El Dridi », rendu le 28 avril 2011<sup>1</sup> à propos de la législation italienne. La Cour avait jugé que *« la directive s'oppose à une réglementation d'un État membre prévoyant l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié »* (§ 29).

Dans l'arrêt du 6 décembre 2011 relatif à l'article contesté du CESEDA, la CJUE a confirmé que la directive du 16 décembre 2008 *« s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales »*, dès lors que *« celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit État membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la*

---

<sup>1</sup> CJUE (Première chambre) 28 avril 2011, *El Dridi*, Question préjudicielle, Affaire C-61/11 PPU.

*préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention* ». Elle a toutefois jugé qu'une telle législation n'est pas contraire à cette réglementation « *pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour établie par ladite directive a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non-retour.* »

Ainsi, la Cour paraît condamner l'infliction d'une peine privative de liberté sanctionnant l'irrégularité du séjour d'un étranger uniquement dans le champ d'application de la directive « retour ». Autrement dit, l'infliction d'une peine d'emprisonnement méconnaît le droit de l'Union en tant que la peine est de nature à empêcher ou simplement retarder l'éloignement effectif d'un étranger mis en œuvre en application de la directive.

En outre, l'arrêt de la Cour ne condamne pas le principe de l'existence d'une peine réprimant le séjour irrégulier. C'est ce qu'a relevé « *d'emblée* » la CJUE en jugeant que « *la directive 2008/115 ne porte que sur le retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un État membre et n'a donc pas pour objet d'harmoniser dans leur intégralité les règles nationales relatives au séjour des étrangers. Par conséquent, cette directive ne s'oppose pas à ce que le droit d'un État membre qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoit des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction aux règles nationales en matière de séjour* » (§ 28).

## **B. – L'argument tiré de la jurisprudence de la CJUE**

### **1. – La distinction des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité**

Depuis l'entrée en vigueur de la QPC, le Conseil constitutionnel a, à plusieurs reprises, réaffirmé sa position issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse selon laquelle le contrôle de constitutionnalité des lois n'inclut pas le contrôle de leur conformité aux engagements internationaux de la France. D'abord, dans la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 sur la loi relative aux jeux en lignes, le Conseil a, après un long développement pédagogique sur l'articulation entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité, conclu que « *dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 ou de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France (...)* que, par suite, la demande tendant à contrôler la compatibilité de la loi déférée

*avec les engagements internationaux et européens de la France, en particulier avec le droit de l'Union européenne, doit être écartée »<sup>2</sup>.*

Ensuite, le Conseil a confirmé cette orientation dès qu'il a eu à examiner, dans le cadre d'une QPC, un grief tiré de la méconnaissance des engagements internationaux ou européens de la France. Dans sa décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, le Conseil a jugé *« qu'un grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité ; que, par suite, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité des dispositions contestées avec les engagements internationaux de la France ; que l'examen d'un tel grief relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires »<sup>3</sup>.*

Enfin, dans la décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, le Conseil était spécifiquement appelé à statuer sur la conformité à la Constitution d'une disposition de transposition d'une directive de l'Union. Il a jugé *« qu'en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne »* et que dès lors *« il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne »<sup>4</sup>.* Ce faisant, il a confirmé sa jurisprudence *« économie numérique »* en matière de transposition des directives (décisions n°s 2004-496 DC du 10 juin 2004, 2004-497 DC du 1<sup>er</sup> juillet 2004 ; 2004-498 et 2004-499 DC du 29 juillet 2004).

Des limites claires ont donc été posées par le Conseil constitutionnel entre le contrôle de conventionnalité (qui relève des juridictions administratives et judiciaires) et le contrôle de constitutionnalité : une loi contraire à un engagement international de la France n'est pas pour autant contraire à la Constitution. Dans le cadre du contrôle *a posteriori* des lois prévu par l'article 61-1 de la Constitution, la séparation des deux contrôles est renforcée puisque le Conseil constitutionnel a jugé que l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne figure pas au nombre des droits et libertés que la

<sup>2</sup> Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 16.

<sup>3</sup> Décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre (Indemnité temporaire de retraite outre-mer)*, cons. 11.

<sup>4</sup> Décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D. (Transposition d'une directive)*, cons. 3.

Constitution garantit et, par suite, ne peut être invoquée dans le cadre d'une QPC<sup>5</sup>.

## **2. – La décision du Conseil constitutionnel**

Ni le requérant ni les parties intervenantes ne demandaient au Conseil constitutionnel de revenir sur cette jurisprudence. 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.

Toutefois, le Conseil a considéré qu'un tel glissement du raisonnement de conventionnalité, fondé sur la « directive retour », vers la constitutionnalité, fondée sur la nécessité des peines, ne se justifiait pas. Il a refusé de lier les deux contrôles et a examiné, dans un premier temps, le grief fondé sur la jurisprudence de la CJUE et, dans un second temps, le grief tiré de la nécessité des peines.

La présente QPC illustre que les deux contrôles – conventionnel et constitutionnel – ne sont pas de même nature. Le raisonnement de la Cour, fondé sur les stipulations de la « directive retour », ne se confond pas avec la notion de nécessité des peines, qui constitue la norme de contrôle du Conseil constitutionnel.

Le Conseil sera peut-être confronté un jour à l'examen d'une disposition législative que la CJUE aura jugé contraire à des dispositions du droit de l'Union trouvant leur équivalent dans les droits et libertés que la Constitution garantit. Dans une telle hypothèse, la recherche de cohérence entre la jurisprudence de la CJUE et celle du Conseil constitutionnel serait importante à l'instar de la cohérence que le Conseil s'efforce de rechercher entre sa jurisprudence et celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Telle n'était toutefois pas la question qui était posée dans la présente QPC. Il n'y a pas d'incohérence à ce que le Conseil constitutionnel considère l'article L. 621-1 du CESEDA conforme au principe de nécessité des peines tandis que la

---

<sup>5</sup> Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, préc., cons. 19.

CJUE juge que, dans certaines hypothèses, sa mise en œuvre méconnaît les exigences de la « directive retour ».

Ainsi, il appartient aux instances nationales de tirer, le cas échéant, toutes les conséquences de l'arrêt de la CJUE : pour le Parlement, en modifiant la disposition pour la rendre compatible, dans les hypothèses où elle ne le serait pas, avec les objectifs de la directive ; pour les juges nationaux en écartant son application, dans les mêmes hypothèses, pour faire prévaloir le droit européen.

Le Conseil a donc rejeté le grief tiré de la méconnaissance du droit de l'Union européenne dans des termes repris de ses décisions précédentes (décisions n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, cons. 11 et 12, et n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, M. Alain C. et autre - cons. 11). Il a rappelé, ce faisant qu'il appartient aux juridictions judiciaires et administratives d'assurer, dans le cadre de leurs compétences, le respect des engagements internationaux de la France. Le Conseil a d'ailleurs mentionné la directive dans les visas de sa décision, à l'instar de précédents visas<sup>6</sup>.

### **C. – Examen de la disposition contestée au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la nécessité des peines**

La question de l'existence d'une peine pour réprimer l'entrée et le séjour irrégulier d'un étranger en France ne posait guère de difficultés sur le plan constitutionnel. Le Conseil constitutionnel juge en effet de manière constante, au moins depuis la décision « sécurité et liberté »<sup>7</sup>, que la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur. Dans cette logique, le Conseil ne sanctionne que l'erreur manifeste d'appréciation, autrement dit la « *disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* » (v. par ex. la décision n° 2010-66 QPC du 26 novembre 2010<sup>8</sup>).

Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est particulièrement restreint puisqu'il n'a conduit qu'à de très rares censures dont le caractère manifestement disproportionné ne faisait aucun doute. Il a ainsi censuré :

<sup>6</sup> Décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, M. Kamel D. (*Transposition d'une directive*).

<sup>7</sup> Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 13.

<sup>8</sup> Cons. n° 4 : « Considérant [...] que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose : "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires..." ; que l'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité des dispositions législatives soumises à son examen aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que, si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ».

– l’amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d’une personne et fixée, en toute hypothèse, à un montant égal à celui des revenus divulgués (Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, cons. 16 et 17)

– le fait de qualifier d’acte terroriste le « *simple comportement d’aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière* » (Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. 7 à 9).

Dans ses observations, le Premier ministre soulignait que cette peine est « *en cohérence avec les autres sanctions pénales poursuivant le même objectif de lutte contre l’immigration irrégulière* » qui vont de trois ans (délit de soustraction à une mesure d’éloignement de l’article L. 621-2 du CESEDA) jusqu’à cinq ans (délit d’aide à l’entrée, au transit ou au séjour irrégulier de l’article L. 623-1 du même code).

De fait, cette peine de cinq ans n’a jusqu’à présent pas fait l’objet d’une censure de disproportion par le juge constitutionnel (v. par ex. les décisions n°s 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l’autorité publique ou chargées d’une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, à propos de la répression de l’aide au séjour irrégulier, cons. 10 et 11, et 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l’immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, à propos de la peine de cinq ans prévue pour la répression du mariage de complaisance, cons. 43).

En l’espèce, la peine – un an d’emprisonnement – n’a pas été jugée manifestement disproportionnée à l’objectif poursuivi par le législateur – la lutte contre l’immigration irrégulière – sur lequel il n’appartient pas au juge constitutionnel de se prononcer. En effet, le Conseil constitutionnel juge de manière constante que le Parlement reste libre de déterminer lui-même la peine, y compris pour lui donner le caractère dissuasif qu’il souhaite, dès lors qu’elle n’est pas manifestement disproportionnée à l’objectif poursuivi.

L’article L. 621-1 du CESEDA a donc été déclaré conforme à la Constitution.