

# COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE

## Service des Rétentions Administratives

### ORDONNANCE

N° 11/00407

Le vingt neuf Décembre deux mille onze à 14H

Nous, Madame Anne VIDAL, Conseiller, à la Cour D'Appel d'Aix en Provence, délégué par le Premier Président par ordonnance en date du 21 OCTOBRE 2011.

Assisté(e) de Madame Isabelle PANIGUTTI, Greffier

Vu les articles L 551-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA);

Vu l'ordonnance rendue le 28 Décembre 2011, par le Juge des Libertés et de la Détention du Tribunal de Grande Instance de MARSEILLE, décidant le maintien de :

**Monsieur Keli K''''''''** né le '''' Avril 1979 à TUNIS (13000) de nationalité Tunisienne

dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire jusqu'au 17 JANVIER 2012 A 16H15 au plus tard ;

Vu l'appel interjeté le 28 décembre 2011 à 17h21 à par l'intéressé(e).

**Monsieur Keli K''''''''** étant présent(e) à l'audience et assisté(e) de Me **Florence BOUYAC**, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE, commis d'office, ainsi que par Mme KOKORIAN interprète en langue ARABE qui prête serment à l'audience.

Le Ministère Public ayant été régulièrement avisé, n'est pas représenté. Le Préfet régulièrement avisé est représenté par M. ZAIDI, présent. **PROCÉDURE**

**L'examen de la procédure suivie établit que Monsieur Keli K''''''''**; objet d'un arrêté préfectoral ordonnant sa reconduite à la frontière n°11131758M en date du 23 décembre 2011, notifié le même jour, ne pouvait quitter le territoire national avant le 17 janvier 2012, délai nécessaire à la délivrance d'un titre de circulation trans-frontière ;

**Monsieur Keli K''''''''** a comparu et a été entendu(e) en ses explications ; Il indique être né le 16 avril et non le 6 avril 1979 et se nommer Kefi K'''''''' et non Keli K'''''''' comme indiqué dans l'ordonnance du Juge des Libertés et de la Détention.

Son avocat a été régulièrement entendu. Il soulève l'irrégularité du placement et du maintien en garde à vue de M. Kefi K'''''''' , au regard de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 et de l'arrêt du 6 décembre 2011 de la CJUE, considérant qu'un étranger soupçonné de séjour irrégulier ne peut être placé en garde à vue.

Le représentant de la Préfecture soutient au contraire que la mesure de garde à vue prise à l'encontre de M. Kefi K'''''''' , avant toute mesure d'éloignement, est conforme à la législation nationale en ce qu'elle qualifie le séjour irrégulier de délit, au sens de l'article L 621 du CESEDA, et prévoit comme sanction une peine d'emprisonnement, mais est également compatible avec les exigences de la directive européenne 2008/115/CE qui ne concerne que la procédure de retour.

#### **MOTIFS DE LA DÉCISION**

Attendu qu'aux termes des articles 63 et 67 du code de procédure pénale, la garde à vue ne peut être mise en place que dans les cas où la loi prévoit une peine d'emprisonnement ;

Qu'il est constant que M. Kefi K'''''''' a été placé en garde à vue pour la seule infraction de séjour irrégulier, au visa des dispositions de l'article L 621-1 du CESEDA et que l'intéressé invoque donc à juste

titre l'application de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, au regard du considérant 41 de la décision de la CJUE du 6 décembre 2011 qui prévoit que ne sont soustraits du champ d'application de la directive que les ressortissants de pays tiers ayant, outre le délit de séjour irrégulier, commis un ou plusieurs délits ;

Qu'aux termes des considérants 37 et 38 de cette décision, l'infliction et l'exécution d'une peine d'emprisonnement au cours de la procédure de retour prévue par la directive ne contribuent pas à la réalisation de l'éloignement que cette procédure poursuit, alors que, suivant les normes et les procédures communes énoncées aux articles 6, 8, 15 et 16 de la directive, un ressortissant d'un pays tiers doit prioritairement faire l'objet d'une procédure de retour et peut, s'agissant d'une privation de liberté, tout au plus faire l'objet d'un placement en rétention

Que selon le considérant 46 de cette décision, si les Etats membres liés par la directive ne sauraient prévoir une peine d'emprisonnement pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans des situations dans lesquelles ceux-ci doivent être éloignés et peuvent tout au plus être soumis à une rétention, en vue de la préparation et de la réalisation de leur éloignement, cela n'exclut pas la faculté pour les Etats membres d'adopter ou de maintenir des dispositions, le cas échéant de caractère pénal, réglant la situation dans laquelle les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement du ressortissant ;

Que s'il est indiqué, dans les conclusions du représentant de la préfecture, que M. Kefi K'''''''' a déjà fait l'objet d'une procédure de retour le 26 août 2009, il n'est pas justifié que les mesures coercitives de l'article 8 de la directive ont été utilisées et épuisées, notamment à raison de l'expiration de la durée maximale de la rétention ;

Que, dans cette situation, il ressort que le simple séjour irrégulier en l'absence d'épuisement des mesures coercitives de la directive retour n'est pas punissable et que le placement en garde à vue sur le seul fondement de cette infraction est irrégulier, par application de l'article 62-2 du code de procédure pénale ;

Que cette irrégularité affecte nécessairement l'ensemble de la procédure subséquente et que l'ordonnance déférée sera donc réformée ;

#### **PAR CES MOTIFS**

Statuant publiquement, contradictoirement, en dernier ressort, après débats en audience publique.

En la forme, déclarons recevable l'appel formé par **Monsieur Keli K''''''''**.

Au fond, le disons bien fondé et infirmons l'ordonnance du Juge des Libertés et de la Détention délégué en date du 28 Décembre 2011.

L'intéressé(e) est avisé(e) qu'il/elle peut se pourvoir en cassation contre cette ordonnance dans un délai de 2 mois à compter de cette notification, le pourvoi devant être formé par déclaration au greffe de la Cour de Cassation, signé par un avocat au Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation.

Le Greffier Le Président délégué