

UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE

UFR DROIT ET SCIENCES POLITIQUES

Rapport dans le cadre du programme de la Clinique du droit EUCLID

En partenariat avec La Cimade

Arrêtés d'expulsion et interdictions judiciaires du territoire français : un accès effectif aux juges ?

Par Nina Fabrizi-Racine et Sophie Malliarakis

Sous la direction de Mesdames Marjolaine Roccati et Laura Petersell

La Cimade
L'humanité passe par l'autre

université
Paris|Ouest
Nanterre La Défense

membre de
uPOL
UNIVERSITÉ
PARIS LUMIÈRES

Ni l'Université ni la Cimade n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce rapport, propres à ses auteurs.

Remerciements

Nous remercions Madame Marjolaine Roccati, maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense, et Madame Laura Petersell, juriste pour la Cimade, pour leur encadrement bienveillant et leur aide dans l'établissement de ce rapport.

Nous remercions également l'équipe encadrante d'Euclid qui nous a permis de bénéficier de cette opportunité, ainsi que tous ceux et celles qui nous ont aidés à réaliser ce travail.

Abréviations

CEDH/Cour EDH : Cour européenne des Droits de l'Homme

CESDH/Convention EDH : Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme

CESEDA : Code d'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

Comex/COMEX : Commission d'expulsion

CP : Code pénal

CPP : Code de procédure pénale

CRA : Centre de rétention administrative

DDHC : Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen

ITF : interdiction du territoire français

JAP : Juge d'application des peines

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

Sommaire

INTRODUCTION.....	6
I. CONTEXTUALISATION	6
II. LES ENJEUX DE L'« ACCES EFFECTIF AU JUGE » DANS LE CADRE DE L'ARRETE D'EXPULSION ET DE L'INTERDICTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS	13
CHAPITRE 1 : LE CARACTERE NON SUSPENSIF DU RECOURS CONTRE L'ARRETE D'EXPULSION.....	25
I. LE CHOIX PROMETTEUR D'UN RECOURS DEVANT LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME	25
II. L'ALTERNATIVE D'UNE QUESTION AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL OU A LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE	38
A TITRE DE CONCLUSION PARTIELLE : ALTERNATIVES A UNE CONTESTATION JURIDICTIONNELLE	54
CHAPITRE 2 : L'ACCES EFFECTIF AU JUGE EN CAS D'INTERDICTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS	58
I. L'EFFECTIVITE DU RECOURS INDIRECTEMENT ATTEINTE	58
II. L'EXIGENCE DE LA PROPORTIONNALITE EN POSSIBLE MOTIF DE RECOURS.....	63
III. L'ACTION POSSIBLE SUR DES ELEMENTS ANNEXES A LA PEINE ELLE-MEME.....	84
CONCLUSION GENERALE	92
BIBLIOGRAPHIE	97
JURISPRUDENCES.....	98
OUVRAGES	100
ARTICLES	100
RAPPORTS.....	104
SITES INTERNET	105
TABLE DES MATIERES.....	106

INTRODUCTION

I. Contextualisation

A. Des besoins pratiques face à la « double peine »

Les années 2000 ont donné lieu à de longs débats tant entre les groupes politiques qu'entre les groupes associatifs par rapport à ce qui est appelé « la double peine¹ ». Cette appellation, critiquée par les défenseurs du système législatif en place, renvoie à deux mesures, l'une administrative, l'autre judiciaire : l'arrêté d'expulsion et l'interdiction du territoire français. Les deux mesures sont ainsi regroupées sous ce qualificatif du fait de leur utilisation. Pour l'interdiction du territoire français, le caractère de peine paraît évident, en ce qu'il s'agit effectivement d'une peine soit principale soit complémentaire prononcée par le juge pénal. Le caractère double de la peine provient de la distinction, – qualifiée par les associations de discriminatoire, – entre le ressortissant étranger et le ressortissant français : cette peine frappe non seulement le comportement illégal en question mais également l'identité nationale de la personne concernée. Désignant la superficialité de cette complémentarité, certains parlent d'une peine à laquelle seul le « jeu d'écriture législatif » aurait attribué un caractère complémentaire². L'arrêté d'expulsion serait également une « double peine » du fait de l'application pratique de cet outil administratif. En effet, ce dernier est prononcé à titre préventif – puisque se situant au niveau administratif – mais à l'examen des cas concernés, il est souvent noté que cette mesure est prononcée après une condamnation pénale³. Or l'arrêté d'expulsion connaît un régime particulier par rapport aux autres mesures d'éloignement administratives, notamment par rapport à l'accès effectif au juge, puisque le recours en excès de pouvoir possible pour contester cette mesure devant le juge administratif n'est pas suspensif.

¹ « Cependant, parler de « la » double-peine au singulier, c'est d'abord oublier que celle-ci connaît deux formes distinctes, administrative et judiciaire, et ensuite que les lois et règlements qui en organisent la pratique ont évolué au fil du temps. », dans Lilian Mathieu, « Double-peine : les fondements juridiques d'une discrimination légale », *Mouvements* 2001/1 (n 13), p. 83.

² Qu'est-ce que la double peine, Gisti 2000.

³ Qu'est-ce que la double peine, Gisti, 2000.

Si le ministre de l'Intérieur de l'époque, M. Nicolas Sarkozy, a annoncé la fin de la double peine, le régime appliqué à ces deux mesures ne semble pas avoir été réellement changé⁴ : la suppression de l'interdiction du territoire français semble inenvisageable politiquement, et l'arrêté d'expulsion peut toujours n'être l'objet que d'un recours *non suspensif* contrairement à d'autres mesures d'éloignement.

Aujourd'hui, l'association La Cimade se retrouve face à des personnes étant sous le coup soit d'un arrêté d'expulsion, soit d'une interdiction du territoire français et qui souhaiteraient poursuivre leur résidence en France, mais qui peinent à accéder à un recours juridictionnel, étant donné le cadre législatif autour de ces deux mesures. L'accès effectif au juge apparaît dès lors comme le premier moyen nécessaire pour pouvoir faire entendre ces voix, une première étape qui permettrait de pouvoir amorcer une résolution pour ces personnes assujetties à ces deux mesures. Il semblerait en effet que l'une et l'autre s'inscrivent dans un champ légal où, une fois la mesure prise, les possibilités pour les personnes de contester et de faire réexaminer leur dossier soient moindres et peu adaptées aux situations concernées. Si le débat législatif n'apparaît pas être le terrain opportun pour faire avancer ces dossiers, l'association entend produire des recours et permettre des avancées *via* la jurisprudence, que ce soit au niveau européen ou national. C'est en réponse à cette demande qu'a été pensé ce travail : la forme d'un manuel est ainsi adoptée pour pouvoir répondre à des besoins pratiques face à ces cas, d'où l'examen en fonction des critères réunis – tantôt arrêtés d'expulsion (chapitre 1), tantôt interdiction du territoire français (chapitre 2), et ce, selon les catégories de personnes concernées.

Avant de pouvoir analyser les difficultés liées à ces deux mesures par rapport à l'accès effectif au juge, il apparaît nécessaire de saisir le fonctionnement de l'une et l'autre et leur inscription dans le paysage qui leur est propre, à savoir pour l'arrêté d'expulsion le paysage des mesures administratives d'éloignement et pour l'interdiction du territoire français le paysage judiciaire des peines complémentaires et principales. Cela permettra de mieux comprendre sur quels mécanismes se joueraient les recours éventuels. Le schéma explicatif suivant permet d'avoir une vue d'ensemble plus lisible, quoique bien sûr simplifiée pour une concentration sur la question de l'accès au juge au niveau des modalités de recours possibles.

⁴ Double peine, une réforme de dupes, Gisti, 2000.

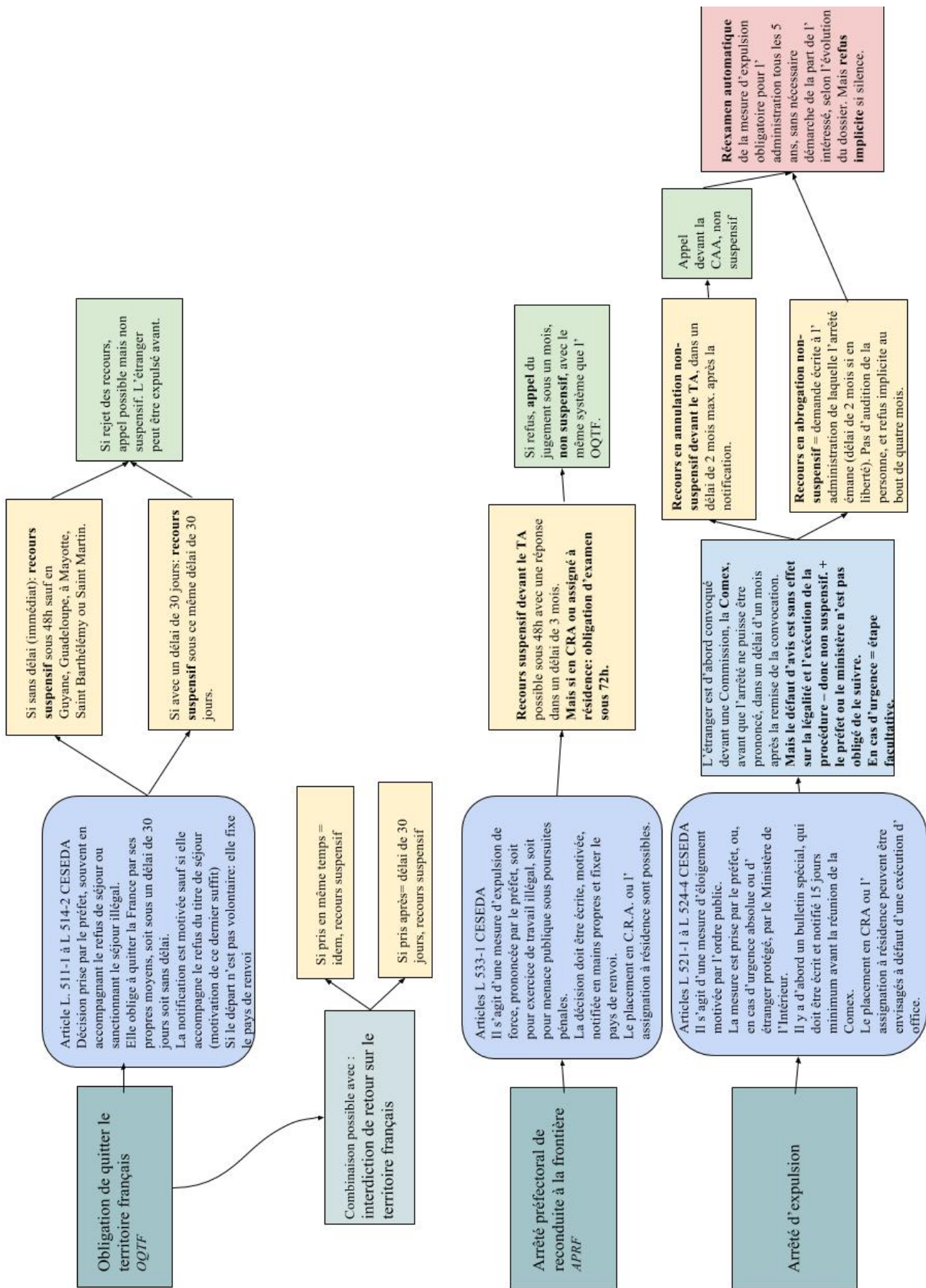


Schéma 1 : Les mesures administratives d'éloignement (état du droit en vigueur au 1^{er} juin 2016, qui va être modifié par l'entrée en vigueur, le 1^{er} nov 2016, de la loi immigration du 7 mars 2016)

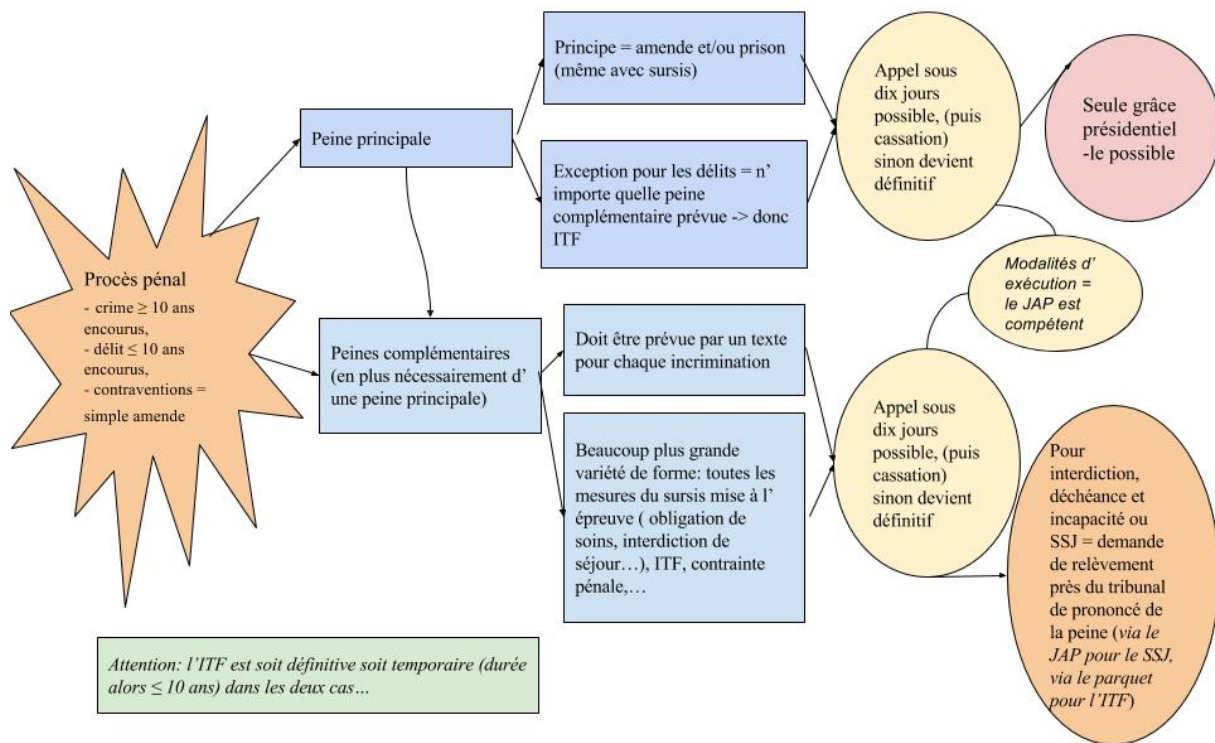


Schéma 2 : L'interdiction du territoire français dans le paysage des peines et du procès pénal

B. Le critère insaisissable de l'« ordre public »

Comme le souligne Lilian Mathieu, « [c]haque de ces procédures relève de l'exercice de la souveraineté de l'État, lui garantissant le contrôle exclusif du franchissement de ses frontières⁵. » Le critère de l'ordre public, propre ainsi à la définition que l'Etat entend lui donner ou que l'approche casuistique des magistrats modélise parfois, lie ces deux mesures à cette conceptualisation de la souveraineté étatique. A ce titre, ce critère doit répondre à une certaine gravité et une certaine proportionnalité. Mais la difficulté réside dans le trouble définitionnel que constitue cette notion : l'ordre public ne connaît pas de définition stricte, laissant ainsi l'appréciation assez libre et surtout laissant s'établir une classification des comportements. La gravité d'une infraction sera mesurée par exemple à la peine d'emprisonnement encourue, ou à l'intérêt auquel cette infraction porte atteinte. Les

⁵ Lilian Mathieu, « Double-peine : les fondements juridiques d'une discrimination légale », *Mouvements* 2001/1 (n° 13), p. 83. – En référence à : C. P. Gomès, « Les limites de la souveraineté. Les changements juridiques dans les cas d'immigration en France et aux États-Unis », *Revue française de science politique*, vol. 50, n° 3, juin 2000.

infractions de terrorisme sont exemplaires en la matière. Aussi, une certaine frilosité des Cours européennes et constitutionnelles est observée dès lors que ce type d'infractions est abordé.

Le critère lui-même s'apprécie selon la déclinaison du degré de gravité. Concernant l'arrêté d'expulsion, le ressortissant d'un Etat tiers peut en être l'objet dès lors qu'il constitue une menace grave ou très grave à l'ordre public, mais cette catégorie est assez large. Elle comprend le comportement infractionnel ou non, se restreint pour les catégories protégées en « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique » ou en condamnation pénale de plus de cinq en ferme⁶, et parfois, en comportements terroristes ou compromettant les intérêts fondamentaux de l'Etat⁷. Concernant l'interdiction judiciaire du territoire français, cette notion de trouble ou d'atteinte à l'ordre public se décline en fonction des infractions, envisagées elles-mêmes comme signe d'une menace plus ou moins grave. D'ailleurs, les catégories d'infraction s'amenuisent en fonction des catégories de personnes protégées face à cette peine. L'ordre public est souvent présenté dans une polarisation binaire entre la sécurité, garantie protectrice de la société, et la liberté⁸. Mais, au regard de la Constitution, seul l'article 11 de la Déclaration de 1789 mentionne cet ordre public⁹, et, ce faisant, il souligne également le double jeu de ce critère par rapport aux libertés, puisqu'il s'agit, comme le reprend la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, d'un « bouclier » pour protéger nos libertés¹⁰. Emanant donc principalement d'une construction jurisprudentielle au niveau constitutionnel et ne répondant à aucune définition précise, la notion d'ordre public a pourtant vu sa sauvegarde érigée en objectif à valeur constitutionnelle¹¹, de par son rôle « protecteur » comme limite à la reconnaissance d'un droit, afin de préserver les droits des autres personnes. Ce qui peut paraître étonnant, c'est cette reprise du principe de liberté développé notamment par John Stuart Mill¹² : cet auteur ne voit de limites à apporter à la liberté d'un individu justifiées que pour préserver la liberté d'autrui. En effet, ce respect de la liberté d'autrui aurait

⁶ C'est le cas par exemple pour les non-ressortissants européens qui vivent depuis plus de dix ans en France, ou marié.e à un.e Français.e, ou parent d'un enfant français ; et pour les européens vivant depuis plus de dix ans en France, il faut alors que la menace soit réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société française.

⁷ Par exemple pour les non-ressortissants européens atteint d'une maladie non-soignable dans le pays d'origine et ceux résidant habituellement en France depuis l'âge de 13 ans.

⁸ « Libertés et ordre public », *Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*, 8ème séminaire des cours constitutionnelles tenu à Erevan du 2 au 5 octobre 2003.

⁹ « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. »

¹⁰ « Libertés et ordre public », *Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*, *op.cit.*

¹¹ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, considérants 56 et 62.

¹² Voir John Stuart Mill, *De la liberté*, Folio essais, 1990 (1859), 256p.

été translatée en respect du « bon ordre, [de] la sécurité, [de] la salubrité et [de] la tranquillité publique¹³ », plus généralement en respect de la sûreté d'autrui. Dès lors, le contrôle du Conseil constitutionnel, puis du juge¹⁴, est un contrôle de proportionnalité établie entre la mesure visant cette sauvegarde de l'ordre public et les droits et libertés de la personne assujettie à cette mesure, comme cela serait exigé par l'article 34 de la Constitution¹⁵. L'absence de définition claire, et limitative, de l'ordre public ne peut qu'avoir des conséquences dans ce contrôle de proportionnalité : la proportion ne peut en effet s'envisager normalement que lorsque les deux « entités » en balance sont bien définies et bien cernées.

Or les frontières de cet ordre public peuvent être redessinées en fonction de certains contextes sociaux et politiques, ce qui rend son appréciation malléable et peut-être critiquable au regard du principe de légalité des délits et des peines. Mais cela n'a pour l'instant jamais abouti au niveau jurisprudentiel puisque sont reprises, derrière, cette appréciation de la gravité de l'atteinte à l'ordre public ou de sa menace, cette appréciation encore de l'adéquation et de la proportionnalité de l'ingérence dans les libertés justifiées par cet ordre public ainsi visé. Dès lors, le rôle du juge semble primordial afin de garantir l'examen de ces questions dans les conditions exigées par l'article 6 de la Convention EDH.

¹³ « Libertés et ordre public », *Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle, op.cit.* – Ces restrictions se retrouvent d'ailleurs au niveau de la Cour EDH qui a repris ce mécanisme de limitation en vue du respect d'un certain ordre garantissant l'exercice des libertés d'autrui (voir par exemple l'article 11 de la Convention EDH).

¹⁴ La Cour de cassation et le Conseil d'Etat reprennent cette idée, respectivement : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/etude_ordre_6618/finalites_ordre_6662/titre_2_protection_societe_6664/ordre_public_29168.html, et <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Ordre-public-et-libertes-publiques>.

¹⁵ C'est ce qui semble émaner de la Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, considérant 3 : « Il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré », expression reprise depuis par exemple dans la Décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, considérant 7.

II. Les enjeux de l'« accès effectif au juge » dans le cadre de l'arrêté d'expulsion et de l'interdiction du territoire français

L'article 13 de la Convention EDH est le seul article qui consacre le droit à l'accès effectif au juge : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. ». L'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen est considéré comme son pendant en droit interne. Déjà, comme nous le développons précédemment, l'examen de proportionnalité dans la conciliation entre ordre public et liberté, nécessite de fait l'accès à un juge, tout comme le respect des droits de la défense. Donc si l'article 13 apparaît comme le texte de référence concernant l'expression d'accès effectif au juge, nous pourrions également faire découler cette notion d'autres textes et d'autres principes. Théoriquement, l'accès effectif au juge peut se comprendre sous deux sens. Soit dans un sens strict : il s'agirait, concrètement, de voir un juge. Soit dans un sens plus large : il s'agirait alors d'observer les modalités de cet accès au juge, en interrogeant l'effectivité de cet accès dans les conditions d'applicabilité ou les critères requis. Il semblerait à ce titre que l'arrêté d'expulsion puisse être déjà abordé en termes d'accès effectif au juge au sens strict. Comme en témoigne le schéma explicatif ci-dessus, il s'agit d'une mesure d'éloignement où le recours contentieux devant le juge administratif n'est pas suspensif, ce qui entraîne une possible expulsion sans que le ressortissant étranger ait pu passer devant un juge. Au contraire, la peine d'interdiction du territoire français entraîne une approche plus large. Par définition, elle est le fruit d'un examen et d'un prononcé par un juge : la personne concernée a donc pu voir le juge. Mais il s'agira de saisir l'effectivité de cet accès possible par la suite, et également ses modalités. L'idée sous-jacente est celle de défense des droits : être devant un juge ne serait donc pas le seul élément exigible et suffisant pour assurer ce respect, encore faudrait-il que cet accès se fasse avec une capacité pour la personne concernée à défendre ses droits.

A. Arrêté d'expulsion et « accès effectif au juge » : un recours à caractère non suspensif

L'effectivité de l'accès au juge est particulièrement menacée quand il s'agit d'arrêtés d'expulsion : le recours contre cette décision administrative est en effet à caractère non suspensif. Mais avant de contester cet état du droit, il s'agit d'en délimiter les contours. Pour cela, un effort de définition s'impose : au-delà de la base légale, de quel recours et de quelle suspensivité pouvons-nous parler (I.) ? La délimitation oblige ensuite à l'analyse des causes et des conséquences, là où la théorie administrative se heurte à la réalité du droit des étrangers (II.).

1) Définition

a. Base légale

Le principe de l'effet non suspensif du recours contre une décision administrative est affirmé à l'article L4 du Code de jurisprudence administrative : « *Sauf dispositions législatives spéciales, les requêtes n'ont pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par la juridiction* »¹⁶. Cette disposition générale ne fait l'objet d'aucune mention spécifique dans le CESEDA concernant les arrêtés d'expulsion, où l'on ne trouve pas de disposition faisant état des voies et délais de recours empruntables. Seul l'article L523-1 du CESEDA dispose que « *l'arrêté prononçant l'expulsion d'un étranger peut être exécuté d'office par l'administration* ». Mais cette question de l'exécution d'office est sensiblement différente de celle de la suspensivité du recours, car elle souligne le fait qu'en cas de non-exécution de l'arrêté d'expulsion, l'Administration peut directement procéder à l'éloignement sans passer par le juge pénal¹⁷. Cependant, Jean Rivero mentionnait bien le lien entre effet suspensif et caractère exécutoire : « *c'est le refus d'attacher au recours un effet suspensif qui a déterminé dans une large mesure le caractère exécutoire de l'acte administratif* »¹⁸.

¹⁶ Les raisons explicitant cet état du droit administratif sont développés aux pages 15 et 16 de notre rapport.

¹⁷ Xavier Vandendriessche, *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 233-65 : Etrangers – Eloignement, 21 novembre 2009 – mise à jour 2016. Point VII.

¹⁸ Sébastien HOURSON, « Les recours suspensifs en matière administrative », *Droit administratif* n°5, mai 2012, étude n°9

b. Quelle suspension ?

Il s'agit de déterminer ce qu'est l'effet suspensif du recours contre un acte administratif, afin de circonscrire l'objet de notre étude. En effet, nous nous intéressons dans le cadre de ce rapport au recours au fond devant le juge administratif que constitue l'excès de pouvoir.

L'effet suspensif d'un recours au fond est à différencier de celui produit par le référé – suspension ou liberté¹⁹. La simple présentation de la requête en référé ne suffit pas à entraîner un effet suspensif ; il faut que celui-ci soit prononcé par le juge des référés – article L.521-1 du CJA. En revanche, l'effet suspensif du recours entraîne automatiquement la suspension de l'exécution de la décision administrative, et cela jusqu'à ce que le juge ait statué sur la demande du requérant²⁰.

Il convient également de distinguer caractère suspensif du recours et sursis à exécution. Dans les deux cas, il s'agit bien du même objectif : empêcher l'Administration d'exécuter sa décision en la portant, par voie de recours, devant le juge administratif²¹. Cependant, plusieurs distinctions demeurent : le sursis à exécution n'est pas automatiquement lié au recours au fond et doit être demandé par le requérant ; il est soumis à différentes conditions appréciées par le juge ; la suspension obtenue grâce au sursis à exécution n'intervient pas au même moment – lorsque le juge se prononce sur le sursis, et donc avant qu'il n'examine le fond du litige²².

Ces distinctions nous permettent de définir plus précisément ce que peut être l'effet suspensif du recours contre un acte administratif, qui se caractérise avant tout par son automaticité et sa temporalité.

c. Quel recours ?

Il s'agit enfin de préciser clairement sur quel type de recours nous allons nous concentrer.

La règle du caractère non suspensif du recours s'applique en droit administratif à la fois à la première instance, mais également à l'appel et à la cassation. Cette règle est particulièrement

¹⁹ Pour plus de détails sur la procédure de référé, voir les pages 53 et 54 de notre rapport.

²⁰ Sébastien HOURSON, « Les recours suspensifs en matière administrative », *Droit administratif* n°5, mai 2012, étude n°9

²¹ Alfred Fischer, Rapport général « Effet suspensif, sursis à exécution et exécution des décisions juridictionnelles en matière administratives », URL : http://aca-europe.eu/colloquia/1974/gen_report_fr.pdf

²² François Gazier, « Principes généraux de la procédure administrative contentieuse », *Répertoire Dalloz*, octobre 1998, actualisation 2012

ancienne, puisqu'elle est affirmée, concernant le Conseil d'Etat, dès 1806 avec l'article 3 du décret du 22 juillet.

Cependant, il s'agit bien de différencier l'effet non suspensif du recours de première instance de celui de l'appel et de la cassation : la règle de la non-suspensivité s'applique, dans le premier cas, à une décision administrative et dans le second à une décision juridictionnelle²³. De plus, la base légale concernant le caractère non suspensif de l'appel et de la cassation diffère de l'article L4 du Code de justice administrative. En effet, c'est l'article R831-2§1 de ce même code qui précise que l'opposition n'est pas suspensive. Enfin, en matière d'arrêté d'expulsion, il semble difficile de contester le caractère non suspensif de l'appel alors qu'on le refuse préalablement au recours de première instance. C'est donc sur ce dernier que nous avons choisi de limiter le propos de ce rapport.

2) Quelles sont les causes et les conséquences de l'absence de caractère suspensif du recours contre un arrêté d'expulsion ?

Les enjeux dégagés par la définition du recours à effet suspensif permettent de comprendre combien son absence quant à l'arrêté d'expulsion est problématique. Mais de quoi cette absence est-elle le nom, et quelles en sont les conséquences exactes ?

a. A l'origine

Trois explications sont permises quant au caractère non suspensif du recours contre l'arrêté d'expulsion.

La première provient de la procédure administrative contentieuse, où l'effet non suspensif du recours est de principe. Cela se justifie par ce que Maurice Hauriou appelait le « *privilège du préalable* » de l'Administration, qui a pour objectifs de ne pas paralyser l'action de la personne publique et de faire respecter le principe de légalité. Historiquement, l'Administration est en effet « *moins soucieuse de l'administré que d'administrer* »²⁴. Cependant, au vu d'un contexte actuel plus favorable à la subjectivité des droits de l'administré, des exceptions au principe de non suspensivité du recours contre une décision

²³ Sébastien HOURSON, « Les recours suspensifs en matière administrative », Droit administratif n°5, mai 2012, étude n°9

²⁴ Sébastien HOURSON, « Les recours suspensifs en matière administrative », Droit administratif n°5, mai 2012, étude n°9

administrative s'imposent. Celles-ci, obligatoirement prévues par la loi, sont délimitées par la nature même de l'acte, par les conséquences difficilement réparables de l'exécution d'une décision, ou par la gravité manifeste des effets déployés à l'égard d'un droit ou d'une liberté²⁵. Concernant les mesures d'éloignement, heureuses sont celles à avoir bénéficié de l'exception législative : les recours contre les obligations de quitter le territoire et les arrêtés de reconduite à la frontière jouissent d'un effet suspensif²⁶ – exception faite de l'outre-mer –, à la différence des recours contre la décision de placement en rétention, celle fixant le pays de renvoi, et l'arrêté d'expulsion.

Cependant, quelle est la raison justifiant une absence d'exception légale concernant les arrêtés d'expulsion, lorsque d'autres mesures d'éloignement en bénéficient ? Selon Serge Slama, maître de conférence à l'Université Paris X, l'existence de la Comex²⁷ semble la principale justification donnée par le Gouvernement. Celle-ci est composée du Président du Tribunal de Grande Instance du chef-lieu, d'un magistrat ainsi que d'un conseiller administratif²⁸. Intervenant avant la prise de décision du Préfet, la Comex procède à l'audition de l'étranger susceptible de faire l'objet d'une mesure d'expulsion afin de rendre un avis motivé sur l'opportunité de son éloignement. Ainsi, cette commission aurait la possibilité d'influencer la décision du Préfet.

L'association La Cimade souligne également une autre justification souvent évoquée afin de justifier l'absence de caractère suspensif du recours contre l'arrêté d'expulsion : celle de l'urgence de la réaction face à la menace à l'ordre public.

Cette préférence pour l'absence d'effet suspensif fait-elle de la France un pays isolé sur le plan européen ? Il semblerait que non, et que ce choix soit largement majoritaire s'agissant de l'expulsion des étrangers en situation irrégulière²⁹. En Allemagne, la situation est particulièrement stricte puisque les mesures d'expulsion ne requièrent pas de décision spécifique et ne sont qu'une modalité de l'exécution de la décision d'éloignement : aucun recours n'est donc possible contre cette décision. En Italie et au Danemark, le recours est non suspensif. La Belgique et l'Espagne se situent dans la même logique, à une exception près : l'étranger peut solliciter en parallèle de son recours au fond la suspension de l'ordre

²⁵ Ibidem.

²⁶ Articles L512-1 et L512-3 du CESEDA

²⁷ Commission d'expulsion

²⁸ Article L522-1 du CESEDA.

²⁹ Etude de législation comparée, Sénat [en ligne], consulté le 5 juin 2016. URL: https://www.senat.fr/lc/lc162/lc162_mono.html

d'expulsion. La situation européenne ne semble donc pas plus enviable que la position française.

b. En conséquence

Le caractère non suspensif du recours contre l'arrêté d'expulsion emporte une lourde conséquence pour l'étranger qui en fait l'objet. Il peut en effet être à tout moment éloigné du territoire français dès la notification de la décision préfectorale ou ministérielle d'expulsion, et cela même si un recours devant la juridiction administrative est engagé. Ce n'est que le jour où le juge se prononce au fond et dans l'hypothèse où il juge de l'illégalité de l'arrêté d'expulsion que l'étranger pourra avoir la certitude de demeurer sur le territoire.

Dans l'hypothèse où l'étranger serait expulsé avant d'avoir eu accès au juge, un recours « à distance » demeure possible. Néanmoins, cela nécessite pour l'étranger d'avoir contacté un avocat français. De plus, et comme nous l'a souligné l'association La Cimade, cette possibilité n'est réalisable que pour ceux dont la famille se trouve sur le territoire.

B. La multiplication des questions d'accès aux juges pour la peine d'interdiction du territoire français

L'interdiction judiciaire du territoire français ne semble pas interroger de la même manière la question de l'accès effectif au juge. En effet, puisqu'il s'agit d'une peine, l'intéressé a nécessairement été présenté à un juge avant le prononcé de cette mesure. Dès lors, il ne s'agit pas tant de la question de l'exécution de cette mesure sans avoir eu accès à un juge, que de la question d'une effectivité de cet accès avec les modalités *a posteriori* et les critères associés. Dans un premier temps, il conviendra d'analyser le fonctionnement de cette interdiction du territoire français par rapport à la question de l'accès effectif au juge (I). Ce tableau permettra ensuite de voir quelles sont les conséquences de cette peine aux justifications conservatrices (II).

1) La définition pénale de l'ITF

a. Une peine complémentaire ou une peine principale, prévue par les textes

L'interdiction du territoire français peut être prononcée soit à titre de peine complémentaire soit à titre de peine principale, mais alors seulement pour les délits. Elle est prévue à l'article 131-30 de Code pénal pour une durée définitive ou temporaire (alors de maximum dix ans). Mais les ITF peuvent s'accumuler au fil des jugements pour différentes infractions. L'interdiction entraîne de plein droit la reconduite à la frontière au moment de l'exécution de la peine.

Puisqu'elle doit être prévue par la loi, cette peine est prévue pour différentes infractions selon les textes. Il s'agit principalement de l'entrée ou du séjour irrégulier en France, de la soustraction à une mesure d'éloignement, de l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irrégulier d'un étranger, du mariage ou de la reconnaissance d'enfant de complaisance, des infractions au droit du travail ou à la réglementation sur l'hébergement collectif, et des condamnations pour des infractions prévues par le Code pénal telles que : les atteintes contraires à la vie, le trafic de stupéfiants, la torture, les actes de barbarie, le viol, les agressions sexuelles, le crime contre l'humanité, le génocide, la déportation, l'esclavage, etc., le proxénétisme, l'atteinte aux biens avec violence, l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, l'usage de faux, la contrefaçon, l'entrave à la justice, la participation à un groupement illicite³⁰. Nous pouvons déjà noter la grande variété d'infractions pour lesquelles cette peine est encourue. Les catégories d'étrangers protégés voient cette peine encourue dès lors que l'infraction est d'une particulière gravité, avec une motivation et un examen spécifique de la proportionnalité en fonction des cas³¹. La protection disparaît quand l'infraction en question a été commise contre le conjoint ou les enfants de la personne.

Le régime de recours sera différent en fonction de la qualité principale ou complémentaire de la peine d'ITF prononcée.

b. Des recours de différentes natures

Les possibilités de recours sont de plusieurs natures. Tout d'abord, l'ITF, en tant que peine, peut faire l'objet d'un appel émanant soit de la défense, soit du Ministère public, sous

³⁰ <http://www.info-droits-etrangers.org/index.php?page=2-5-2>. – Le nombre d'infractions dépasse les 250.

³¹ Nous aborderons plus en détail ces catégories pp. 62 et suivantes.

dix jours après le prononcé de la peine par le juge³². S'il s'agit d'une peine prononcée par un tribunal correctionnel, l'appel pourra s'effectuer soit sur la totalité de la peine, soit sur une partie de la peine, c'est-à-dire se limiter à l'ITF par exemple (art 509 du CPP)³³. Si l'appel provient du seul prévenu, alors la Cour, conformément à l'article 515 du Code de procédure pénale, ne peut aggraver la peine. Mais, selon ce même article, l'appel incident du Ministère public, assez systématiquement joint à l'appel du prévenu en pratique, permet néanmoins à la Cour d'aggraver la peine, et, en outre, d'élargir les motifs de l'appel. Les délais de l'appel s'établissent à partir de la notification de la décision à l'intéressé, et non à compter du jour de mise à exécution de la décision. Or en cas de peine d'emprisonnement, la peine d'interdiction du territoire français est suspendue jusqu'à la fin de cette peine, et peut dès lors être mise à exécution bien plus tard : « Lorsque l'interdiction du territoire accompagne une peine privative de liberté sans sursis, son application est suspendue pendant le délai d'exécution de la peine. Elle reprend, pour la durée fixée par la décision de condamnation, à compter du jour où la privation de liberté a pris fin. »³⁴. Ce décalage participe de la complexité de l'ITF et nuance l'accès effectif au juge. Cependant, l'appel mené contre la condamnation de première instance a un effet suspensif³⁵, sauf si la détention provisoire s'applique et n'est pas suspendue³⁶. De ce fait, l'ITF connaît quant à elle un effet suspensif par cette voie de recours traditionnelle, mais sauf, encore, si une exécution provisoire est requise par le juge de première instance. Dans ce dernier cas, l'étranger peut être placé en centre de rétention administrative, voire être éloigné sans que le préfet n'ait à prendre un arrêté spécifique³⁷. La même difficulté pourra être constatée que pour l'arrêté d'expulsion dès lors que l'appel se produit après l'expulsion de l'étranger.

Après les délais classiques d'appel, à savoir 10 jours pour l'appel principal, 15 jours pour les appels incidents, la peine ne sera plus susceptible d'appel et sera considérée comme définitive. Une fois le délai d'appel forclus, un autre type de recours est prévu, : il s'agit d'un recours gracieux.

³² En effet la partie civile ne peut faire appel que des dispositions civiles, ce qui exclut de fait l'ITF. Voir l'article 497 CPP pour plus de détails sur les titulaires du droit d'appel. – En outre, le délai est prolongé de cinq jours pour les appels « incidents » (article 500 du code de procédure pénale).

³³ Article 509 CPP.

³⁴ Article 131-30 CP, alinéa 3.

³⁵ L'article 708, al. 1^{er} du CPP n'autorise l'exécution que d'une décision devenue définitive.

³⁶ Article 506 CPP, joint à l'article 460-1 CPP. Voir Cass.crim., 25 juin 1984, Bull.crim. n° 240, p.638.

³⁷ Article 555-1 à 555-3 du CESEDA. Le dernier article, 555-3, précise en effet que l'ITF entraîne de plein droit, même exécutoire, reconduite à la frontière ou placement en centre de rétention administrative.

Ce recours ne pourra être qu'un recours gracieux présidentiel si la peine est prononcée à titre principal³⁸ : ce mécanisme limite fortement l'accès effectif au juge. Toutefois, comme la qualité principale suppose qu'aucune peine d'emprisonnement n'a été prononcée, nous pourrions convenir qu'il s'agit du même mécanisme que pour les peines d'emprisonnement. La question se posera alors du caractère perpétuel de la dite peine.

Dans les autres cas, par le statut de peine complémentaire et non principale, une requête en relèvement de la peine d'ITF peut être adressée à la juridiction qui a prononcé l'ITF. L'article 702-1 CPP prévoit un minimum de six mois écoulés depuis le prononcé, sauf si la personne risque d'être remise en liberté auparavant, mais alors la requête devra être déposée alors qu'il est encore en détention. Notons que depuis 2003, certains aménagements de peine peuvent être accordés pour pouvoir établir cette requête³⁹. ceci dit, cette ITF va également entraîner un amoindrissement de l'effectivité de l'accès au juge d'application des peines concernant les aménagements de peine motivés par autre chose qu'une demande de relèvement⁴⁰. Si la requête est rejetée, un autre délai de six mois doit s'écouler avant de pouvoir réintroduire une demande. En outre, la demande de relèvement impose un critère de lieu depuis lequel se fait la demande de relèvement : elle ne pourra se faire que depuis la prison, depuis l'étranger, ou encore, par un effet de remplacement de ce critère de lieu par une mesure coercitive spatiale plus stricte, depuis l'assignation à résidence. Cette dernière peut être sollicitée par toute personne, mais il s'agit principalement de situations où la personne entre dans les catégories protégées (par exemple, elle ne peut être renvoyée dans son pays d'origine en raison de problèmes de santé), ou parce que celle-ci ne constitue plus une menace à l'ordre public(parce qu'elle a fait preuve d'amendement). Cette assignation à résidence répond aux modalités de l'acte administratif individuel susceptible de recours : la demande n'est pas suspensive, et il a été considéré que le refus d'accorder cette assignation à résidence à la demande de l'intéressé ne peut porter atteinte à la vie privée et familiale⁴¹.

Cette assignation à résidence souligne le nécessaire examen des critères exigés pour le relèvement de la peine d'ITF.

³⁸ Article 133-7 et 133-8 CP : elle peut aussi bien concerner la peine prononcée à titre complémentaire.

³⁹ Article 131-30 CP, alinéa 4.

⁴⁰ Voir chapitre II, Section 1, III, B.

⁴¹ CE, 11 juin 2004, n° 249473, *min. de l'intérieur c/ Kema Kema Beyoko* : «Considérant que les conséquences d'un éloignement du territoire sur la vie privée et familiale de M. Y résultent des décisions judiciaires d'interdiction du territoire dont il a été l'objet et non de la décision par laquelle le ministre de l'Intérieur s'est borné à prendre les mesures qu'implique l'exécution des décisions de l'autorité judiciaire ; que l'atteinte excessive portée à son droit au respect de sa vie privée et familiale ne peut donc être utilement invoquée à l'appui de cette dernière décision ».

c. Des critères de relèvement de l'ITF difficiles à atteindre en pratique

Les critères appréciés pour la demande de relèvement, témoignent d'une certaine difficulté, comme peut en témoigner déjà le critère spatial susmentionné. Une enquête de personnalité peut être ordonnée, mais il semblerait qu'elle soit loin de l'être systématiquement⁴². Les critères de relèvement sont assez vastes : les liens familiaux, le travail, l'état de santé, ou la cessation d'un risque de trouble à l'ordre public, par exemple avec l'ancienneté de l'infraction pénale ayant justifiée le prononcé de la peine sans récidive depuis. Mais cette requête relève de l'appréciation discrétionnaire des juges, qui pourront examiner semble-t-il en toute liberté la proportionnalité de la mesure au regard de ce dossier de personnalité établi, surtout peuvent apprécier cette proportionnalité au regard de l'infraction commise même si celle-ci date de plus de vingt ans par exemple, si elle est considérée comme particulièrement grave⁴³. Ces critères peuvent être d'autant plus difficile à remplir que la personne étant en détention ne saura justifier d'amélioration de liens familiaux ou de prise en charge des enfants, ou d'un travail, de même pour la cessation de trouble à l'ordre public. Ces difficultés se retrouvent si la personne réside en dehors du territoire français. Toutefois, l'assignation à résidence pourrait être accompagnée d'une autorisation spéciale de travail⁴⁴.

2) Les difficultés causales et conséquentes pour l'accès effectif au juge

a. Les justifications larges de l'interdiction du territoire français

La difficulté du critère de l'ordre public se retrouve dans l'appréciation des requêtes en relèvement de l'ITF : la cessation du trouble est en effet une des conditions énumérées ci-dessus. Or cette appréciation sera d'autant plus stricte que l'infraction commise atteint un certain seuil de gravité⁴⁵. La protection de la société française semble être une des justifications de l'ITF, comme si le prononcé individuel rejoignait l'intérêt public. La complexité donc de la demande sera celle du trouble définitionnel évoqué concernant cet

⁴² « Les pratiques inchangées de l'ITF », *Plein droit* 3/2001 (n° 50), p. 19-21.

⁴³ Cass. crim., 7 janvier 2009, 08-82.892, Publié au bulletin.

⁴⁴ L'autorisation de travail est expressément prévue par l'art L.523-4 donc elle est obligatoire quand l'assignation à résidence est liée à l'état de santé de l'étranger, mais elle n'est plus systématique quand l'assignation à résidence résulte d'un autre motif.

⁴⁵ Voir les références des deux notes ci-dessus.

ordre public. Mais à ce titre, il pourra être justement joué sur l'appréciation de cette gravité, afin de faire valoir les autres critères d'appréciation.

Cette large justification rend difficile la protection de certains individus comme les ressortissants européens. Du fait même que la mesure suppose un caractère transnational, la Cour de justice de l'Union européenne pourra être saisie pour tous ceux assujettis à une telle peine puisque la personne par définition est de nationalité étrangère et a mis en œuvre une certaine liberté de circulation. Mais ce critère d'ordre public s'il est apprécié à la fois par la Cour EDH et par la CJUE, est également admis comme exception et limite possible par ces deux cours aux droits et libertés individuelles notamment de liberté de circulation et d'aller et venir. Ces cours laissent une marge d'appréciation aux Etats à ce titre. Du fait de cette justification, l'examen des recours possible concernant le prononcé de cette peine est amoindri, et ce d'autant plus concernant l'accès effectif au juge puisque cette mesure est d'abord une peine pénale prononcée selon les modalités requises par l'article 6 de la Convention EDH.

b. Les conséquences pour l'accès effectif au(x) juge(s)

Les conséquences de ce tableau légal de l'interdiction du territoire français, en terme d'accès effectif sont plusieurs. Tout d'abord, puisqu'il s'agit d'une peine pénale, nous ne pouvons envisager cet accès effectif au même titre que l'arrêté d'expulsion : elle suppose en effet un passage devant un juge comme condition préalable à son existence. Eventuellement, l'examen pourra se faire par rapport non plus à l'accès effectif au juge en tant que tel, mais par rapport aux droits de la défense de l'article 6 de la Convention EDH afin d'apprécier indirectement l'effectivité de l'accès permis. Mais cela semblera difficile puisque la peine suit le régime des autres peines pénales sur de très nombreux points. L'examen de cet accès effectif ne pourra dès lors porter que sur les demandes de relèvement de l'ITF, ce qui complique donc les possibilités de recours imaginables. De plus, le caractère gracieux de ce recours ne suppose plus les mêmes garanties qu'un recours contentieux.

Ensuite, cette conception de la proportionnalité requise permet de nuancer et de limiter les droits prévus à la fois au niveau interne et au niveau européen : les modalités même du recours considéré, par exemple sur la nécessité d'un réexamen, semblent de fait également amoindries. Néanmoins, il sera essentiel de considérer l'accès effectif au juge au sens large afin, le cas échéant, d'imaginer de tels recours. Il conviendra également d'analyser

l'effectivité de l'accès au juge d'application des peines, dont le rôle est désormais très important en matière d'exécution des peines pénales.

Toutefois, l'accès effectif au juge semblera alors envisageable non pas contre la mesure d'interdiction du territoire français en elle-même, du fait de ces difficultés, mais contre la décision administrative fixant le pays de destination, , ou encore par l'assignation à résidence qui suspend cet effet. L'examen de l'accès effectif au juge répondrait à des considérations et une analyse non plus de droit pénal, mais de droit administratif, et rejoint en ce sens les développements relatifs auxarrêtés d'expulsion.

De ces développements introductifs, il apparaît que l'arrêté d'expulsion nécessite d'être envisagé au regard de l'accès effectif au juge dans une partie première (Chapitre 1), plus axée sur le caractère non-suspensif du recours. De manière distincte, la question de ce rapport pour l'interdiction du territoire français sera envisagée ensuite (Chapitre 2), cette fois-ci plus axée sur l'examen par le juge de la proportionnalité et sur le caractère perpétuel possible.

CHAPITRE 1 : LE CARACTERE NON

SUSPENSIF DU RECOURS CONTRE L'ARRETE

D'EXPULSION

I. Le choix prometteur d'un recours devant la Cour européenne des Droits de l'Homme

Tenant avant tout à répondre aux exigences posées par la Cimade, ce rapport examine dans un premier temps la possibilité de mettre en cause l'absence de recours suspensif contre un arrêté d'expulsion devant la Cour européenne des Droits de l'Homme. Malgré l'absence de décision concernant le cas particulier de l'arrêté d'expulsion, la jurisprudence de la Cour concernant les mesures d'éloignement ne bénéficiant pas d'un recours à effet suspensif est transposable et optimiste. La voie la plus pertinente est sans nul doute celle de l'article 13 de la Convention (A.), qui, en garantissant le droit à un recours effectif (A.1.), permet de mettre en cause l'absence de suspensivité par l'existence d'une jurisprudence établie (A.2.) et prometteuse (A.3.). En comparaison, les alternatives à l'article 13 apparaissent moins pertinentes (B.). Cependant, si l'article 1 du Protocole 7 est à exclure (B.1.), l'article 5§4 de la Convention peut être perçu comme une option relativement crédible (B.2.).

A. Un recours sur le fondement de l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme

Si l'article 13 de la Convention garantit le droit à un recours effectif, la Cour refuse de faire du caractère suspensif une obligation à la charge des Etats et relègue celui-ci au rang d'exception (1.). Néanmoins, ces exceptions paraissent être aujourd'hui en voie d'expansion, grâce à une jurisprudence établie au profit des articles 2, 3 et 4 du protocole 4 de la convention (2.) et prometteuse concernant l'article 8 de la convention (3.).

1) Le droit à un recours effectif non suspensif et ses exceptions

a. La consécration d'un droit au recours effectif sans caractère suspensif

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Par ces termes, l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme oblige les Etats parties à mettre à la disposition des justiciables un recours devant une instance nationale afin qu'elle statue sur leur grief et, s'il y a lieu, de leur permettre d'obtenir réparation⁴⁶.

Il est à souligner que cet article a, grâce à l'interprétation de la Cour, progressivement gagné en autonomie. En effet, à l'origine, c'est uniquement dans le cadre d'une violation à un droit de la convention que le requérant bénéficie d'un « recours effectif devant une instance nationale ». Cependant, la Cour a rapidement reconnu le fait que l'on ne pouvait subordonner le jeu de l'article 13 à la condition qu'il y ait bel et bien violation du droit de la Convention auquel il est affilié⁴⁷. C'est en réalité tout individu qui s'estime lésé d'un droit protégé par la Convention qui doit bénéficier d'un recours effectif. Le grief doit donc être « défendable », c'est-à-dire que le requérant doit alléguer la violation d'un article de manière plausible⁴⁸.

Cependant, les garanties offertes par l'article 13 font l'objet d'une appréciation souple par la Cour européenne. Ainsi, elle considère que « l'instance » n'a pas besoin d'être une institution judiciaire, et que seuls seront appréciés ses pouvoirs et ses garanties d'indépendance. Par ailleurs, l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, et ce même si aucun d'entre eux n'y répond en entier à lui seul. C'est dans la même logique que la Cour affirme qu'il n'y a pas obligation pour l'Etat partie de garantir le caractère suspensif des recours juridictionnels.

Cette souplesse de la Cour concernant le caractère suspensif du recours s'explique essentiellement par l'autonomie laissée aux Etats dans la mise en œuvre de l'article 13, que la Cour rappelle de façon constante : « Ni l'article 13 ni la Convention en général ne prescrivent aux États contractants une [façon] déterminée d'assurer dans leur droit interne l'application

⁴⁶ Appendice Dalloz, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Article 13

⁴⁷ Jean-François Renucci, « Droit européen des droits de l'homme : Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH » (5^{ème} éd.), Paris LGDJ, [en ligne], 2012, consulté le 2 juin 2016.

⁴⁸ Comm. EDH 20 janv. 1987, Council of Civil Service Union et a. c/ Royaume-Uni, n°11603/85.

effective de toutes les dispositions de cet instrument »⁴⁹. Plus largement, il s'agit de garantir la subsidiarité du dispositif de la Convention par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits fondamentaux⁵⁰.

b. Les raisons à l'origine d'un régime d'exception concernant l'éloignement

La Cour européenne des Droits de l'Homme a, ces dernières années, soulevé un certain nombre d'exceptions à cette absence d'obligation de suspensivité du recours juridictionnel, précisément dans le domaine des mesures d'éloignement.

La mise en place de ce régime d'exception tient premièrement à une raison intrinsèquement liée à la nature de la Cour. En effet, au nom de son caractère subsidiaire, la Cour refuse de devenir la voie privilégiée par les requérants afin d'éviter l'expulsion : nombreux sont ceux qui font une demande de mesures provisoires dès l'enclenchement du recours juridictionnel interne afin de pallier l'absence de suspensivité. Par ailleurs, cette pratique contribue à aggraver l'engorgement que connaît actuellement la Cour, ce qui n'est pas sans inquiéter ses membres⁵¹.

La seconde raison tient au traitement particulier que la Cour réserve aux actes d'expulsion et d'extradition. En effet, depuis l'arrêt Soering contre Royaume-Uni du 7 juillet 1989⁵², la Cour prend en compte les effets extraterritoriaux provoqués par les mesures d'éloignement, à savoir les risques encourus par le requérant en cas de retour dans son pays d'origine – en l'espèce le risque de violation de l'article 3 de la Convention qui prohibe les traitements inhumains et dégradants au nom du respect de la dignité humaine. Cette ligne jurisprudentielle a depuis été enrichie, la Cour mettant notamment à la charge de l'Etat l'obligation d'un examen indépendant et rigoureux en cas de risque d'atteinte à l'article 3, et cela au nom de l'article 13⁵³. L'obligation de mettre en place un recours suspensif dans un certain nombre de cas touchant aux mesures d'éloignement s'inscrit dans la juste continuité de cette ligne jurisprudentielle.

⁴⁹ Cour EDH, 6 février 1976, Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède, n° no 5614/72

⁵⁰ Cour EDH, 20 octobre 2000, Kudla c. Pologne, n°30210/96.

⁵¹ Voir opinion discordante, Cour EDH, 5e Sect., 30 juin 2011, De Souza Ribeiro c. France, Req. n° 22689/07

⁵² Cour EDH, 7 juillet 1989, Soering c. Royaume-Uni, n°14038/88

⁵³ H. Labayle et F. Sudre, Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme, RFDA 2001. 1250

2) Un premier socle d'exceptions bien établies : l'article 13 combiné aux articles 2, 3 ou 4 Protocole 4

a. Une combinaison majeure : les articles 13, 2 et 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme

« Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Au vu de l'importance de l'article 3, la Cour européenne des Droits de l'Homme a depuis un certain temps établi que la combinaison des articles 13 et 3 de la Convention permet de rendre obligatoire la présence d'un recours suspensif de plein droit. Cette combinaison vise en effet la situation où le requérant menacé d'expulsion encourt un risque de torture ou de traitements inhumains et dégradants en cas de retour dans son pays d'origine.

D'une manière générale, l'article 3 fait l'objet d'une appréciation très stricte par la Cour. Hormis le fait qu'il soit l'un des rares articles auquel il ne soit possible de déroger⁵⁴, l'interdiction de torture et de mauvais traitement est absolue : les agissements de la personne ne sauraient être pris en compte pour l'écarter⁵⁵. Par ailleurs, la date d'appréciation des mauvais traitements est celle de l'examen de l'affaire par la Cour⁵⁶. Enfin, si les actes doivent atteindre un certain niveau de gravité pour entrer dans l'objet de l'article 3, leur appréciation dépend de l'ensemble des données, de la cause, de la durée des traitements, de leurs effets, et des caractéristiques de la victime⁵⁷. Afin de les évaluer, plusieurs outils peuvent être utilisés, et le poids prépondérant des certificats médicaux est aujourd'hui à souligner⁵⁸ : la Cour européenne des droits de l'Homme ne cesse en effet de rappeler que le caractère lacunaire d'un récit peut être largement contrebalancé par la présentation d'un certificat médical attestant objectivement de la probabilité des faits relatés⁵⁹. Enfin, l'appréciation de l'article 3

⁵⁴ Art 15§2 de la Convention européenne des droits de l'homme

⁵⁵ Louis-Edmond Pettiti, « Analyse d'ensemble relative aux articles 2 et 3 de la Convention (Greffé CEDH) appliqués à l'expulsion d'étrangers mis en péril en cas de retour forcé », RSC 1998 p.169

⁵⁶ Cour EDH, 20 octobre 1991, Cruz Varas et autres c. Suède, no 15576/89

⁵⁷ Louis-Edmond Pettiti, « Analyse d'ensemble relative aux articles 2 et 3 de la Convention (Greffé CEDH) appliqués à l'expulsion d'étrangers mis en péril en cas de retour forcé », RSC 1998 p.169

⁵⁸ Marion Tissier-Raffin, « La force probante des certificats médicaux dans l'appréciation du risque de violation de l'article 3 de la CEDH (Cour EDH, 5e Sect., 5 septembre 2013, I. c. Suède et 19 septembre 2013, R.J. c. France) », 2013, mis en ligne le 26 octobre 2013, consulté le 4 mai 2016. URL : <http://revdh.org/2013/10/23/force-probante-certificats-medicaux-risque-de-violation/>

⁵⁹ Cour EDH, 5 septembre 2013, I. contre Suède, n° 61204/09 et Cour EDH, 19 septembre 2013, R.J. contre France, no 10466/11

dans le cadre des mesures d'expulsion oblige la Cour à tenir également compte des assurances diplomatiques, tout en encadrant leur usage⁶⁰.

L'appréciation de la combinaison des articles 3 et 13 fait l'objet du même degré d'exigence par la Cour, comme l'illustre parfaitement l'arrêt Gebremedhin contre France du 26 avril 2007⁶¹ : il est le premier arrêt à consacrer l'obligation de recours suspensif grâce à la combinaison de ses articles.

Les apports de cet arrêt sont particulièrement riches. En effet, est admis par la Cour l'obligation d'un **recours suspensif** contre les décisions de refus d'admission sur le territoire qui provoquent le **risque que le requérant, une fois éloigné, subisse une atteinte à l'article 3**. La possibilité de référé prévue en l'espèce par le droit français est jugée insuffisante par la Cour car celui-ci n'est pas **suspensif de plein droit**. De plus, et malgré les arguments avancés par le Gouvernement, cette obligation ne doit pas être remplie uniquement de facto, mais doit être **prévue par le droit** – la Cour reprend ici l'arrêt Conka contre Belgique de 2002. Par ailleurs, la Cour précise le fait que l'octroi de la qualité de réfugié à M. Gebremedhin par la France, s'il l'empêche d'être considéré comme « **victime** » de l'article 3, ne lui ôte en aucune cas la possibilité de contester le grief issu de la combinaison des articles 3 et 13, celui-ci étant apprécié au jour où la Cour statue. Enfin, tout en reprenant l'un des considérants de l'arrêt Chahal contre Royaume-Uni du 15 novembre 1996, la Cour consacre définitivement au point 58 de l'arrêt la notion de « **dommages irréversibles** », qui fait clairement comprendre que l'obligation de recours suspensif découlant de la combinaison entre les articles 3 et 13 a vocation à largement dépasser ce cadre.

⁶⁰ Nicolas Hervieu, « Encadrements conventionnels des expulsions d'étrangers terroristes menacés dans le pays de destination », *Combats pour les Droits de l'Homme*, [en ligne], 2012, mis en ligne le 24 janvier 2012, consulté le 10 mai 2016, URL : <https://revdh.org/2012/01/24/droits-des-etrangers-art-3-5-6-et-13-cedh-encadrements-conventionnels-des-expulsions-detrangere-terroristes-menaces-dans-le-pays-de-destination/>

⁶¹ Cour EDH, 26 avril 2007, Gebremedhin c. France, n°25389/05. Le requérant est un ressortissant érythréen ayant déposé une demande d'accès au territoire français au titre de l'asile. Mais celle-ci est rejetée par l'Administration, suite à un avis de non admission sur le territoire par l'Office française de protection des réfugiés. Un référé-liberté est alors intenté par le requérant contre ce refus. Mais sa demande de référé ayant été rejetée par le Tribunal de Cergy-Pontoise et le recours au fond contre la mesure de non admission n'étant pas suspensif, M. Gebremedhin n'a ensuite pas d'autre choix que de faire une demande de mesures provisoires devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, qu'il obtient. Ce n'est que suite à cette mesure que le Ministre de l'Intérieur décide d'autoriser le requérant à pénétrer sur le territoire français, et lui délivre une autorisation de séjour d'un mois ; sa demande d'asile est ensuite acceptée à la fin de l'année 2005.

La décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme est remarquable sur la pertinence des textes qu'elle invoque, qui démontrent que le contexte européen était favorable à cette décision. En effet, une recommandation du Conseil des ministres du 18 septembre 1998 soulignait la singularité des expulsions de demandeurs d'asile déboutés et des risques d'atteinte à l'article 3. Par ailleurs, en 2005, dans les « vingt principes directeurs sur le recours forcé », ce même conseil soulignait que le recours juridictionnel devait avoir effet suspensif lorsque des risques de torture ou de traitements inhumains et dégradants en cas d'expulsion étaient avérés. Enfin, une recommandation du Commissaire aux Droits de l'Homme du 19 septembre 2001 requerrait la suspensivité du recours en cas de risque à l'article 2 ou à l'article 3 de la Convention.

L'arrêt Gebremedhin fait depuis 2007 l'objet d'une application constante par la Cour, comme en témoigne trois arrêts de la Cour⁶².

Au-delà de cette application stricte, la Cour européenne des Droits de l'Homme a également rendu plusieurs arrêts qui permettent de souligner le fait que l'article 2, qui proclame le droit à la vie, est lui aussi une base légale susceptible d'être combinée à l'article 13 afin de rendre obligatoire la suspensivité du recours. Néanmoins, il semble qu'en l'état de la jurisprudence, invoquer l'article 2 suppose d'invoquer également l'article 3. L'arrêt M.S.S contre Belgique et Grèce du 21 janvier 2011⁶³ laisse sous-entendre cette combinaison, en estimant que le requérant dispose d'un grief défendable sous l'angle de l'article 2 ou de l'article 3 – §297 de l'arrêt – mais qu'au vu des circonstances de l'affaire, il n'y a pas lieu d'examiner ceux-ci sous l'angle de l'article 2 – §297. La Cour va cependant plus loin dans l'arrêt M. A. contre Chypre du 23 juillet 2013⁶⁴ où elle donne à l'article 2 une valeur identique à celle de l'article 3 quant à une combinaison avec l'article 13. Cependant, le fait que les trois articles soient invoqués ensemble ne permet pas de dire s'il y a une réelle autonomie de la combinaison entre les articles 2 et 13, bien que l'on voit mal pourquoi la Cour refuserait cette possibilité.

b. Une combinaison mineure : les articles 13 et 4 du Protocole 4

Bien que la consécration de l'exigence d'un recours suspensif, grâce à une combinaison entre les articles 4 du Protocole 4 et 13, soit plus ancienne que celle permise par Gebremedhin contre France, son impact jurisprudentiel est moins important car plus circonstancié.

En effet, l'article 4 du Protocole 4 concerne les cas d'expulsion collective et énonce leur interdiction. Cela signifie que les procédures d'expulsion doivent offrir du commencement à la fin des garanties suffisantes et une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle⁶⁵. Il est à noter que la Cour accorde dans l'analyse de ces deux éléments une grande importance aux intentions supposées des autorités nationales. Cependant, jusqu'à

⁶² Cour EDH, 2 février 2012, I.M c. France, n° no 9152/09 permet une nouvelle fois à la Cour d'encadrer les lacunes françaises dans le champ du droit d'asile, en condamnant l'absence de recours suspensif en matière de procédure prioritaire. L'arrêt Cour EDH, 22 avril 2014, AC et autres c. Espagne, n°30696/09 condamne pour sa part un recours suspensif limité au traitement des mesures provisoires et non au recours au fond. Enfin, l'affaire Cour EDH, 19 mars 2015, SJ contre Belgique, n°70055/10 a applique strictement la jurisprudence Gebremedhin, mais fait actuellement l'objet d'un renvoi en Grande Chambre.

⁶³ Cour EDH, 21 janvier 2011, M.S.S. contre Belgique et Grèce, n°30696/09.

⁶⁴ Cour EDH, 23 juillet 2013, M.A. c. Chypre, n°41872/10

⁶⁵ Actualité de la Convention EDH, J-F FLAUSS, AJDA 2002 P. 500

l'arrêt Conka contre Belgique du 5 février 2002⁶⁶, jamais un Etat n'avait été condamné sur le fondement de l'article 4 du Protocole 4⁶⁷.

L'arrêt Conka contre Belgique⁶⁸ s'illustre donc à plus d'un titre, puisqu'il est également celui par lequel la Cour rend obligatoire la suspensivité du recours au nom de la combinaison des articles 4 du Protocole 4 et 13 de la convention.

Cet arrêt est l'occasion pour la Cour de souligner les conditions que doit remplir l'effet suspensif du recours en cas de risque d'expulsion collective, et qui correspondent à celles qui seront ensuite appliquées par l'arrêt Gebremedhin en cas de risque de violation de l'article 3. Ainsi, la suspensivité se doit d'être obligatoire et de droit.

La jurisprudence Conka contre Belgique a depuis 2002 fait l'objet d'une application constante, bien que rare, par la Cour européenne des Droits de l'Homme. L'arrêt Hirsi Jamaa et autres contre Italie du 23 février 2012⁶⁹ sanctionne la violation de la combinaison des articles 4 du Protocole 4 et 3 et 13 de la Convention. L'arrêt Khlaifia et autres contre Italie du 1^{er} septembre 2015⁷⁰ est également une juste application de la jurisprudence Conka, mais l'affaire est à ce jour toujours pendante devant la Cour. Cette voie pourrait donc tout à fait être transposable au cas du caractère non suspensif du recours contre l'arrêté d'expulsion lorsque ce dernier est pris dans le cadre d'une expulsion collective.

3) Un second socle d'exceptions prometteur: l'article 13 combiné à l'article 8

L'arrêt De Souza Ribeiro contre France⁷¹ est une belle avancée dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en ce qui concerne l'obligation de suspensivité du

⁶⁶ Cour EDH, 5 février 2002, Conka c. Belgique, n°51564/99.

⁶⁷ Aglaé Dispa et Jean-Marc Hausman, « La notion d'expulsion collective: C'est l'intention qui compte... », *Centre des droits de l'homme* [en ligne], 2003, mis en ligne juin 2013, consulté 14 mi 2016. URL : <https://www.uclouvain.be/33166.html>

⁶⁸ Une famille tsigane avait été, parmi d'autres, expulsée de la Belgique vers la Slovaquie. Cette situation était d'autant plus critiquable qu'une demande de mesures provisoires avait été faite à la Cour européenne des Droits de l'Homme, qu'elle avait été acceptée par elle, et que la Belgique avait refusé de la respecter.

⁶⁹ Cour EDH, 23 février 2012, Hirsi Jamaa et autres c. Italie, n°27765/09.

⁷⁰ Cour EDH, 1er septembre 2015, Khlaifia et autres c. Italie, req. n° 16483/12.

⁷¹ M. De Souza Ribeiro est un ressortissant brésilien qui est entré sur le territoire guyanais à l'âge de 7 ans afin de rejoindre ses parents titulaires d'une carte de résident. Il est alors muni d'un visa touristique. Douze ans plus tard, il est interpellé lors d'un contrôle routinier et n'est pas en mesure de justifier de la régularité de son séjour sur le territoire. Il fait alors l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière et est placé en rétention. Or, au contraire du territoire métropolitain, le recours contre celui-ci n'est pas suspensif de plein droit en Guyane, selon l'article L514-2 du CESEDA. Le requérant dépose donc également un référé-suspension devant le Tribunal administratif de Cayenne, mais est expulsé avant que celui-ci ait pu statuer sur sa demande. Il rentre alors de façon irrégulière sur le territoire de Cayenne, et saisit la Cour européenne des Droits de l'Homme. Le Tribunal administratif tranche alors au fond et casse l'arrêté de reconduite à la frontière : une carte de séjour mention vie privée et familiale lui est alors délivrée.

recours juridictionnel contre une mesure d'éloignement – en l'occurrence ici, un arrêté de reconduite à la frontière. En effet, alors que la 5^e section de la Cour avait, en 2011,⁷² refusé d'énoncer cette obligation concernant la combinaison des articles 13 et 8 de la Convention, le renvoi en grande chambre permet à M. De Souza Ribeiro d'obtenir la condamnation de la France pour violation du droit à un recours effectif⁷³. Cependant, la consécration d'une nouvelle exception au principe de non suspensivité est informelle, ce qui rend difficile son application par la France.

a. De Souza Ribeiro contre France, Cour EDH, 5^e section, 30 juin 2011

Il faut souligner que l'arrêt de 2011 rendu par une chambre de la 5^e section de la Cour européenne des droits de l'Homme est une victoire pour le requérant sur le terrain de la recevabilité, mais une défaite quant à l'examen au fond⁷⁴. En effet, la Cour souligne le fait que, bien que le requérant ne soit plus victime de la violation de l'article 8 du fait de la délivrance d'un titre de séjour, il reste néanmoins possible pour elle d'examiner le grief issu de la combinaison entre les articles 8 et 13 car il faut se placer « *au moment où le requérant a été reconduit à destination du Brésil* ». Elle applique en cela le raisonnement propre à Gebremedhin c. France. Néanmoins, l'examen au fond, se situant dans la suite logique de la ligne jurisprudentielle de la Cour, reprend la notion de « *conséquences potentiellement irréversibles* ». Cette application est logique mais mène inévitablement à l'exclusion de la combinaison des articles 8 et 13 par la Cour. En effet, celle-ci souligne que « *les conséquences de l'ingérence dans les droits garantis par l'article 8 sont en principe réversibles* » (§43). La Cour se fonde alors sur le cas d'espèce pour étayer sa démonstration, soulignant que « *le lien familial n'a pas été durablement rompu suite à l'expulsion du requérant* » (§44) – en oubliant par là même que celui-ci est revenu illégalement sur le territoire guyanais pour préserver ce lien.

Une position commune de la 5^e section a été particulièrement difficile à faire émerger, ce qui explique que certains juges aient choisi d'explicitier leur désaccord via la publication d'une opinion dissidente jointe à l'arrêt. Selon eux, l'absence de conséquences « *potentiellement*

⁷² Cour EDH, 5e Sect., 30 juin 2011, De Souza Ribeiro c. France, Req. n° 22689/07.

⁷³ Cour EDH, G.C., 13 décembre 2012, De Souza Ribeiro c. France, n°22689/07.

⁷⁴ Nicolas Hervieu, « Conventionalité de la procédure française d'asile en rétention (recours effectif et droit d'asile) », *Combats pour les Droits de l'Homme*, [en ligne], 2011, mis en ligne le 19 mai 2011, consulté le 10 mai 2016, URL : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/05/19/asile-en-retention-une-audience-decisive-de-la-cour-de-strasbourg-sur-les-procedures-prioritaires-et-labsence-de-recours-suspensif-enda-cour-edh-5e-sect-im-c-france/>

irréversibles » concernant l'article 8 ne correspond pas à certaines réalités, car « *une rupture soudaine (...) peut avoir sur un individu des effets dévastateurs* »⁷⁵. Par ailleurs, l'opportunité de la solution dégagée par la 5^e section les interroge, au vu de la situation d'engorgement que connaît depuis longtemps la Cour. Cette situation est à l'heure actuelle aggravée par l'augmentation progressive des demandes de mesures provisoires. En effet, les requérants, ne bénéficiant pas de recours suspensif en interne, utilisent cette voie afin d'obtenir de la part de la Cour européenne des Droits de l'Homme une suspension de l'exécution de la mesure d'éloignement⁷⁶. Il serait donc plus judicieux, au vu de cette situation, et du caractère subsidiaire de la juridiction strasbourgeoise, que les recours bénéficient d'un caractère suspensif en interne.

Ces critiques ayant lieu dans un contexte relativement favorable à l'instauration de recours à caractère suspensif⁷⁷, il était certain que le renvoi de l'affaire De Souza Ribeiro en Grande Chambre ne manquerait pas de susciter de nombreux espoirs.

b. De Souza Ribeiro contre France, renvoi en Grande Chambre, 13 décembre 2012

Comme le soulignait le requérant, la violation de la combinaison entre les articles 8 et 13 est tout à fait susceptible d'entraîner des conséquences potentiellement irréversibles – notamment sous les angles psychologique et financier. Néanmoins, la Cour, bien qu'elle accepte de reconnaître cette violation, ne s'appuie en aucun cas sur la théorie des « conséquences potentiellement irréversibles » qu'elle avait développée depuis l'arrêt *Gebremedhin* contre France.

En effet, elle choisit de construire son raisonnement en trois temps. Tout d'abord, elle rappelle le principe du contrôle de l'entrée, du séjour et de l'éloignement des non nationaux par les Etats parties, et souligne la marge d'appréciation dont ceux-ci disposent dans la mise en œuvre de l'article 13. Ce dernier exige un « recours effectif », mais pas nécessairement suspensif. Cette règle connaît des exceptions, en cas de violation à l'article 2, 3 ou 4 du Protocole 4 ; l'article 8 n'en fait donc pas partie. En revanche, la Cour précise que « *l'article 13 de la convention combiné avec l'article 8 exige que l'Etat fournisse à la personne*

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ L'utilisation des mesures provisoires est détaillée aux pages 39 et 40 de notre rapport.

⁷⁷ JP Costa, président de la Cour, avait invité les Etats partis à prévoir « au niveau national des recours à l'effet suspensif ». Voir Nicolas Hervieu, *Les lettres d'actualités droits-libertés du CREDOF du 12 janvier 2011*, consulté le 9 mai 2016, URL : https://groupes.renater.fr/sympa/arc/droits-libertes/2011-02/msg00006/Lettre_ADL_du_CREDOF_-_12_f_vrier_2011.pdf

concernée une possibilité effective de contester la décision d'expulsion ou de refus d'un permis de séjour et d'obtenir un examen suffisamment **approfondi** et offrant des **garanties procédurales adéquates** des questions pertinentes par une instance interne compétente fournissant des gages suffisant d'indépendance et d'impartialité » (§83). Par ailleurs, cette combinaison des articles 8 et 13 impose que « **l'intervention du juge ou de l'instance nationale soit réelle** » (§92 et 93).

Enfin, la Cour fait fi de sa ligne jurisprudentielle sur un dernier point : celui de l'effectivité de droit, et non de fait⁷⁸. En exigeant une intervention « réelle » du juge, l'arrêt De Souza Ribeiro impose indirectement aux autorités préfectorales et policières de s'abstenir d'exécuter la mesure d'éloignement. Cependant, cette obligation n'a pas à être consacrée par le droit, puisque la Cour se refuse à reconnaître l'obligation d'un recours suspensif de plein droit.

Il semble difficile de délivrer une seule interprétation doctrinale d'une solution qui fait le choix d'une telle demi-teinte. Cependant, la doctrine converge sur le fait que la Cour est « restée au milieu du gué »⁷⁹. L'exigence d'une intervention « réelle » n'est pas nécessairement synonyme d'une obligation de suspensivité du recours juridictionnel. Néanmoins, pour Nicolas Hervieu, si l'absence d'une consécration formelle est une évidence, il n'en demeure pas moins que la Cour condamne bel et bien la France sur l'absence d'examen judiciaire préalable à l'éloignement en cas d'atteinte à l'article 8. Ce faisant, elle se détache en totalité de sa ligne jurisprudentielle classique concernant les « *dommages potentiellement irréversibles* »⁸⁰. Tel n'est pas en revanche l'avis du juge Pinto De Albuquerque qui, dans son opinion concordante, souligne le fait que la Cour impose la suspensivité du recours s'il y a bien des dommages irréversibles subis par le requérant dans le cadre d'une violation à l'article 8. Mais si les auteurs ne s'accordent pas sur une interprétation unique de cet arrêt, ils sont au contraire unanimes pour dénoncer le fait qu'un tel flou jurisprudentiel risque de rendre très difficile l'application de cette jurisprudence par les juges nationaux.

⁷⁸ Nicolas Hervieu, « Une progression européenne en demi-teinte de l'effectivité des recours en droit des étrangers (CEDH, G.C. 13 décembre 2012, De Souza Ribeiro c. France) », *Combats pour les Droits de l'Homme*, [en ligne], 2012, mis en ligne le 16 décembre 2012, consulté le 10 mai 2016, URL : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/12/16/une-progression-europeenne-en-demi-teinte-de-leffectivite-des-recours-en-droit-des-etrangers-cedh-g-c-13-decembre-2012-de-souza-ribeiro-c-france/>

⁷⁹ AJDA 2013 Actualité de la CEDH, L. BURGORGUE-LARSEN

⁸⁰ Nicolas Hervieu, « Une progression européenne en demi-teinte de l'effectivité des recours en droit des étrangers (CEDH, G.C. 13 décembre 2012, De Souza Ribeiro c. France) », *Combats pour les Droits de l'Homme*, [en ligne], 2012, mis en ligne le 16 décembre 2012, consulté le 10 mai 2016, URL : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/12/16/une-progression-europeenne-en-demi-teinte-de-leffectivite-des-recours-en-droit-des-etrangers-cedh-g-c-13-decembre-2012-de-souza-ribeiro-c-france/>

Par ailleurs, et au-delà de cette difficulté juridictionnelle, la condamnation de la France cause un grand embarras au législateur. En effet, depuis que Mayotte est devenue un département d'outre-mer par la loi du 1^{er} avril 2011, l'article L514-1 du CESEDA a permis d'y empêcher la pratique du référé. Seule une demande de suspension peut être faite par le requérant. Depuis la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme, le référé a été rendu possible à Mayotte. Mais cette mesure est insuffisante selon le Conseil d'Etat qui précise, dans deux décisions du 22 juillet 2015⁸¹, qu'il faut que le référé soit suspensif de plein droit afin que la jurisprudence de la Cour européenne soit respectée⁸². La loi relative au droit des étrangers de 2016 instaure donc la possibilité d'un référé-liberté à effet suspensif de plein droit, mais cela est toujours insuffisant pour de nombreuses associations⁸³. En effet, cette mesure ne concerne que le référé liberté, et celui-ci est soumis à des conditions beaucoup plus strictes que le référé-suspension. Par ailleurs, les associations soulignent qu'un certain nombre de personnes ont été éloignées malgré le dépôt en urgence d'un référé et avant que celui-ci ne soit examiné par le juge. Cela est d'autant plus grave que, dans le cadre du référé liberté, le juge ne peut enjoindre l'administration à organiser le retour dans les plus brefs délais, et ce, même si l'intérêt supérieur de l'enfant est constaté – ordonnance du Conseil d'Etat du 9 janvier 2015⁸⁴. Il semble donc aujourd'hui plus que jamais nécessaire que la Cour européenne des Droits de l'Homme précise sa jurisprudence De Souza Ribeiro, et il serait tout à fait souhaitable qu'elle le fasse dans le cas du recours non suspensif contre l'arrêté d'expulsion.

4) Une dernière possibilité offerte par l'article 13 : contester non pas l'arrêté d'expulsion mais la décision de placement en rétention

L'arrêté d'expulsion s'accompagne parfois d'une décision de placement en rétention⁸⁵, qui ne dispose pas d'un recours à caractère suspensif. Or il est important de souligner que l'article 13, qui permet, comme nous venons de le voir, d'exiger dans certains cas la suspensivité du recours, s'applique également aux situations d'incarcération. C'est le cas de l'arrêt Payet

⁸¹ CE, 22 juillet 2015, n°383034 et CE, 22 juillet 2015, n°381550.

⁸² Projet de loi relatif au droit des étrangers en France. Titre II - Dispositions relatives aux étrangers - en situation irrégulière, Le Sénat [en ligne], Consulté le 18 mai 2016, URL : <http://www.senat.fr/rap/14-716/14-71611.html>

⁸³ Rapport sur le suivi par la France de l'exécution de l'arrêt De Souza Ribeiro , ADDE, Cimade, Gisti et LDH - 11 janvier 2016, consulté le 18 mai 2016, URL : <http://www.gisti.org/spip.php?article5173>

⁸⁴ CE, juge des réf., 9 janv. 2015, n° 386865, mentionné aux tables du recueil Lebon.

⁸⁵ Ce point est également développé à la page 35 de notre rapport.

contre France du 20 janvier 2011⁸⁶ où la Cour décide au nom de l'article 13 de la Convention de sanctionner l'absence de caractère suspensif du recours contre une décision de placement en cellule disciplinaire. Il reste cependant à voir si ce choix est transposable dans le cadre d'une situation de placement en centre de rétention, ce qui est loin d'être une évidence, les faits et la situation procédurale étant extrêmement différents.⁸⁷

B. Un recours devant la Cour européenne des Droits de l'Homme sur un autre fondement est-il une perspective crédible ?

Contester l'absence de caractère suspensif du recours contre un arrêté d'expulsion par le biais de l'article 13 semble être la perspective la plus réaliste et la plus souhaitable. Mais qu'en est-il des autres dispositions de la Convention ? Peu d'alternatives apparaissent aujourd'hui crédibles. L'article 1 du Protocole 7 est de toute évidence un choix non pertinent (B.1.), et les perspectives de recours sur la base de l'article 5§4 de la Convention paraissent peu réalistes (B2).

1) L'exclusion de l'article 1 du Protocole 7

« Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, faire examiner son cas, et se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité. » Par ces termes, l'article 1 du Protocole 7, en ce qu'il oblige au caractère suspensif du recours juridictionnel, paraît être à première vue la meilleure base légale afin de faire condamner la France pour son emploi de l'arrêté d'expulsion. Cependant, plusieurs limites conditionnent son application⁸⁸. Tout d'abord, la protection offerte par cet article ne vaut que pour les étrangers en situation régulière, l'appréciation de celle-ci relevant de l'Etat national – Communication EDH 13 janvier 1993 Voulfovitch et Oulianova contre Suède. Cette première

⁸⁶ Cour EDH, 20 janvier 2011, Payet c. France, n°19606/08.

⁸⁷ Jean-Pierre Marguénaud, « L'ineffectivité du recours organisé par l'article D. 250-5 du code de procédure pénale contre les sanctions disciplinaires infligées aux détenus », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (Paris), 3, 2011, pp. 718-719, [en ligne], consulté le 5 juin 2016.

⁸⁸ Appendice Dalloz, Protocole no 7 du 22 novembre 1984, A la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Protocole no 11 du 11 mai 1994) – Art. 1er

limite n'est cependant pas insurmontable puisque dans de nombreux cas les arrêtés d'expulsion sont pris envers des étrangers se trouvant en situation régulière. Néanmoins, la portée de cet article est réduite par une seconde contrainte. L'alinéa 2 de l'article 1 permet en effet que l'expulsion soit dépourvue de recours à effet suspensif en cas de nécessité d'ordre public ou de sécurité nationale – Arrêt 12 février 2009, Nola et K. contre Russie⁸⁹. Il est donc tout à fait inapplicable en ce qui concerne les arrêtés d'expulsion, sauf à contester le caractère d'ordre public ayant motivé l'arrêté d'expulsion lui-même.

2) L'éventualité de l'article 5§4

Contrairement à l'article 1 du Protocole 7, l'article 5§4 ne semble pas a priori la base légale la plus pertinente pour contester l'absence de recours suspensif contre un arrêté d'expulsion. En effet, cet article donne le droit à tout individu qu'un tribunal statue à bref délai sur la légalité de sa détention. Cependant, il est possible pour un étranger d'être à la fois sous le coup d'un arrêté d'expulsion et d'une décision de placement en rétention. Dans cette hypothèse, un recours contre la décision de placement en rétention pourrait-il compenser l'absence de caractère suspensif du recours contre l'arrêté d'expulsion lui-même ?

Il convient alors de déterminer si les décisions de placement en centre de rétention administrative disposent d'un recours suspensif⁹⁰. Le recours devant le juge administratif – dont le délai de saisine est de 48 heures – devient suspensif « par ricochet » s'il est fait parallèlement au recours visant une obligation de quitter le territoire français, qui lui dispose d'un caractère suspensif de plein droit. A l'inverse, s'il s'agit d'un arrêté d'expulsion ou d'un arrêté de reconduite à la frontière, ce recours ne sera pas suspensif. Le recours devant le juge des libertés et de la détention – qui ne peut intervenir qu'au bout de 48 heures, en cas de prolongation de la rétention⁹¹, et qui ne dispose pas des mêmes prérogatives que le juge administratif – est dans tous les cas non suspensif, sauf à la demande du ministère public – article R552-12 et -20 du CESEDA.

⁸⁹ Cour EDH, 12 février 2009, Nola et K. c. Russie, n°2512/04

⁹⁰ François Julien-Laferrrière, Dossier 440 Contentieux du droit des étrangers, Dalloz professionnel pratique du contentieux administratif, novembre 2011.

⁹¹ L552-1 CESEDA

Comme le recours contre une décision de placement en rétention n'est pas suspensif, l'article 5§4 de la Convention européenne des Droits de l'Homme est-il une base juridique pertinente pour contester cet état du droit ?

Ce fut le choix pris par la Cour d'appel administrative de Bordeaux lorsqu'elle décida de sanctionner le 20 mars 2012⁹² l'inconventionnalité de l'article L512-3 du CESEDA qui ne prévoyait pas de caractère suspensif au recours contre une mesure de placement en rétention. Ce choix paraît à première vue logique sachant que l'article 5§4 est considéré comme une *lex specialis* par rapport à l'article 13⁹³. Cependant, cette solution fut refusée par le Conseil d'Etat⁹⁴ qui souligna que les stipulations de l'article 5§4 de la Convention n'impliquait en rien l'effet suspensif du recours contre une mesure de placement en rétention administrative. Cette solution paraît être plutôt logique lorsque l'on sait que l'article 5§4 traite du « *délai de recours* » et non pas de « *recours effectif* », comme c'est le cas pour l'article 13. C'est la raison pour laquelle il paraît plus judicieux de contester l'absence de recours suspensif contre une mesure de placement en rétention sur le biais de l'article 13 de la Convention⁹⁵.

II. L'alternative d'une question au Conseil constitutionnel ou à la Cour de Justice de l'Union européenne

La première partie de ce rapport est construite autour de la pertinence des voies de recours qui visent à contester l'absence de caractère suspensif du recours contre un arrêté d'expulsion. Intenter une action devant le Conseil constitutionnel (II-A.) ou devant la Cour de Justice de l'Union européenne (II-B.) semble être aujourd'hui un choix moins judicieux qu'un recours formé devant la Cour de Strasbourg. Néanmoins, les jurisprudences respectives de ces deux Cours demeurent riches en possibilités : elles reprennent certains éléments de la jurisprudence strasbourgeoise, font état de nouvelles possibilités et peuvent donc être sujettes à des évolutions prometteuses.

⁹² CAA Bordeaux, arrêt Merhzi, 20 mars 2012, N° 10BX01496, Inédit au recueil Lebon.

⁹³ Laurent Mortet, « Retour sur les droits de recours interne de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme (5 § 4, 5 § 5 et 5 § 1er combiné avec l'article 13) : à propos d'une curiosité de l'arrêt Géorgie c. Russie [CEDH, gde ch., 3 juil. 2014, GÉORGIE c. Russie (I), req. n° 13255/07] », *Le droit de la privation de liberté (Blog)*, mis en ligne le 7 juillet 2014, consulté le 5 mai 2016, URL : <http://ledroitdelaprivationdeliberte.blogspot.fr/2014/07/retour-sur-les-droits-de-recours.html>

⁹⁴ Conseil d'Etat, arrêt Merhzi, 4 mars 2013, n° 359428.

⁹⁵ Ce point est développé plus avant à la page 33 de notre rapport.

A. La possibilité d'une question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel

De prime abord, la possibilité d'une QPC sur le caractère non suspensif du recours paraît peu probable. En effet, malgré un fondement constitutionnel (II.-A-1-a.), les précédentes tentatives visant à contester le caractère non suspensif du recours contre une mesure d'éloignement n'ont pas été couronnées de succès (II-A-1-b.). Cependant, il est aujourd'hui possible d'envisager une contestation relativement prometteuse du caractère non suspensif du recours contre un arrêté d'expulsion devant le Conseil constitutionnel par la voie d'une QPC (II-A-2)

1) Un fondement constitutionnel : l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

« *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». L'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen pose en ces termes de manière abstraite un droit équivalent à celui défendu par l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Ce droit a bien valeur constitutionnelle puisque, depuis la Décision du 16 juillet 1971 dite Liberté d'association, le Conseil constitutionnel a intégré le préambule de la Constitution de 1958, et à travers lui la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, au bloc de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a affirmé progressivement l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme comme « clef de voûte des droits et libertés »⁹⁶. Au départ, c'est par la voie du principe d'égalité, du principe de séparation des pouvoirs ou par le biais des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République que le Conseil garantissait le droit au recours – par exemple, DC 86-224⁹⁷ ou 93-325⁹⁸. C'est seulement en 1994 que l'article 16 apparaît dans une première décision constitutionnelle⁹⁹, et le Conseil se refuse même à citer le contenu de cet article, ceci démontrant bien son hésitation.

⁹⁶ Régis Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel [en ligne], 44 / 2014, consulté le 4 mai 2016, URL : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-44/l-article-16-de-la-declaration-clef-de-voute-des-droits-et-libertes.141599.html>

⁹⁷ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987.

⁹⁸ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

⁹⁹ Décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994.

Avec la Décision 96-373¹⁰⁰, le Conseil affirme enfin que la garantie des droits ne peut être assurée que par un recours effectif au juge, recours auquel ne peut être porté d'atteintes substantielles. Il confère ensuite à l'article 16 une portée de plus en plus large, lui rattachant les principes d'indépendance et d'impartialité¹⁰¹, également le droit à un procès équitable¹⁰². L'article 16 est aujourd'hui particulièrement utilisé depuis la mise en place du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité : de 2010 à 2014, il a été invoqué plus de cent cinquante fois¹⁰³.

Cependant, cette consécration de l'article 16 s'accompagne-t-elle d'une obligation de suspensivité du recours juridictionnel ?

De prime abord, la jurisprudence du Conseil semble sur ce point particulièrement incohérente. En effet, le Conseil souligne dans une QPC du 30 juillet 2010¹⁰⁴ – Epoux P. et A., §9 – que c'est bien l'absence de recours qui est potentiellement contraire à la Constitution, et non l'existence de règles encadrant ces recours¹⁰⁵. Cependant, dans une autre décision QPC du 27 juillet 2012¹⁰⁶ – Annie M., §9 – il précise au contraire qu'il ne suffit pas que les voies de droit existent pour que le droit au recours juridictionnel effectif soit assuré ; encore faut-il que les personnes intéressées soient « effectivement mises à même de les exercer »¹⁰⁷.

Il semblerait néanmoins que plusieurs principes se dégagent de la jurisprudence du Conseil constitutionnel quant à l'obligation de suspensivité¹⁰⁸. Tout d'abord, il est à souligner qu'assigner un caractère suspensif au recours juridictionnel est un droit du législateur – 18 janvier 1985, n°84-182 DC. Cependant, celui-ci n'est pas sans limites, et le Conseil constitutionnel est soucieux de préserver l'équilibre des parties¹⁰⁹. Par ailleurs et surtout, il semblerait que le principe soit celui de l'inexistence d'une obligation de suspensivité du recours, comme le précise le Conseil dans sa décision QPC du 2 décembre 2011¹¹⁰ : « *le caractère non suspensif d'une voie de recours ne méconnaît pas, en lui-même, le droit à un*

¹⁰⁰ Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996.

¹⁰¹ Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003.

¹⁰² Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004.

¹⁰³ Régis Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel [en ligne], 44 / 2014, consulté le 4 mai 2016, URL : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-44/l-article-16-de-la-declaration-clef-de-voute-des-droits-et-libertes.141599.html>

¹⁰⁴ Décision n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010.

¹⁰⁵ Appendice Dalloz, Constitution de 1958, Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, Article 16.

¹⁰⁶ Décision n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012.

¹⁰⁷ Jérôme Roux, Fascicule 1455 « Droit constitutionnel processuel », JurisClasseur Administratif, 5 février 2016, point III.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Décision n°2014-374 QPC du 4 avril 2014.

¹¹⁰ Décision n° 2011-203 QPC du 2 décembre 2011.

recours juridictionnel effectif ». Cependant, ce principe connaît des exceptions¹¹¹. Le Conseil constitutionnel censure l'absence de recours suspensif lorsque cette absence se double d'une autre ingérence aux droits et libertés constitutionnels, notamment des droits de la défense. Ainsi, dans la décision QPC du 2 décembre 2011 dite Wathik M.¹¹², le Conseil précise que l'absence de recours suspensif eût été admise si la procédure juridictionnelle avait été contradictoire. De la même façon, dans la décision QPC n°2015-500 Sté Foot Locker France SAS, le Conseil souligne que « *la combinaison de l'absence d'effet suspensif du recours de l'employeur et de l'absence de délai d'examen de ce recours conduit (...) à ce que l'employeur soit privé de toute protection de son droit de propriété en dépit de l'exercice d'une voie de recours* ». Enfin, le Conseil précise que l'absence de caractère suspensif est à combiner avec les exigences liées au respect de l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, ce qui laisse entendre que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne serait pas sans influence sur les décisions rendues par le Conseil – Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, n°2003-467 DC.

Ainsi, de premiers indices nous sont donnés afin de déterminer dans quel contexte l'inconstitutionnalité du caractère non suspensif du recours contre l'arrêté d'expulsion pourra être prononcé par le Conseil constitutionnel.

2) Retour sur les précédentes contestations du caractère non suspensif du recours contre une mesure d'éloignement devant le Conseil constitutionnel

Les obstacles sont nombreux à une reconnaissance de l'inconstitutionnalité du caractère non suspensif du recours contre une mesure d'éloignement. La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'y est, par principe, pas favorable (1.). Et s'il s'avère particulièrement difficile d'amener le Conseil Constitutionnel à se prononcer de nouveau sur cette question (2.), il est consternant de voir celui-ci botter en touche une fois saisi (3.).

a. L'affirmation de la constitutionnalité du caractère non suspensif du recours contre une mesure d'éloignement

Malgré ces quelques exceptions au principe de non suspensivité du recours juridictionnel, la

¹¹¹ Jérôme Roux, Fascicule 1455 « Droit constitutionnel processuel », JurisClasseur Administratif, 5 février 2016, point III.

¹¹² Décision n° 2011-203 QPC du 2 décembre 2011.

jurisprudence du Conseil constitutionnel paraît être relativement stricte quant au recours contre des mesures d'éloignement et à l'absence de caractère suspensif. Sa décision de principe est rendue le 13 août 1993¹¹³ et concerne les arrêtés de réadmission. En effet, dans les considérant 89 et 91, le Conseil constitutionnel juge de la constitutionnalité de la disposition conférant un caractère non suspensif au recours juridictionnel, et dépose par là même un brevet de constitutionnalité à cet article de loi – ce qui empêche toute nouvelle contestation possible par la voie d'une QPC. Cette solution est reprise dans la décision du 13 mars 2003¹¹⁴, et cette fois-ci sur la base de l'article 73 de la constitution¹¹⁵ : un régime d'éloignement distinct, qui ne confère pas un caractère suspensif à l'introduction d'un recours contentieux, est jugé constitutionnel.

b. La difficile saisine du Conseil constitutionnel par la voie de la QPC

Si par ces décisions le Conseil constitutionnel juge de la constitutionnalité de la non suspensivité du recours, il bloque par ailleurs toute nouvelle possibilité de contestation par le biais du brevet de constitutionnalité. si la disposition contestée a été validée dans le motif et dans le dispositif de la décision constitutionnelle, seul le changement de circonstances peut permettre de contester à nouveau cette disposition¹¹⁶. Ce fut justement tout l'enjeu de la décision¹¹⁷ rendue par le Tribunal administratif de Paris le 26 janvier 2011¹¹⁸, alors qu'il avait été saisi en référé liberté à l'encontre de l'exécution d'une décision de réadmission d'un demandeur d'asile afghan vers la Grèce. Ce recours était assorti d'une demande de transmission de QPC sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, étant donné que l'article L531-2 du CESEDA ne prévoyait pas le caractère suspensif des procédures contentieuses d'urgence contre les décisions de réadmission. Or c'est justement sur cette disposition que le Conseil constitutionnel avait déposé un brevet de constitutionnalité

¹¹³Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

¹¹⁴Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

¹¹⁵Aurélien Bretonneau et Olivier Fuchs, Fascicule 70-23 : « Jugement – Contentieux de l'éloignement des étrangers », JurisClasseur Justice Administrative, 31 mai 2015, point II.

¹¹⁶Serge Slama, « Une décision de la Cour EDH condamnant la France constitue un changement de circonstances de droit permettant de surmonter un brevet de constitutionnalité. Droit à un recours effectif et liberté d'association (Art. 16 DDHC) », *La revue des droits de l'homme*, Actualités droits-libertés [en ligne], Août 2014, Consulté le 3 mai 2016, URL : <https://revdh.revues.org/866>

¹¹⁷TA Paris, réf., 26 janvier 2011, Negmatullah X.

¹¹⁸Serge Slama, « Réadmissions « Dublin II » vers la Grèce: transmission d'une QPC au Conseil d'Etat sur le droit au recours suspensif (TA Paris, réf., 26 janvier 2011, Negmatullah X.) », *Combats Pour les Droits de l'Homme (CPDH)* [en ligne], mis en ligne le 20 janvier 2011, consulté le 3 mai 2016, URL : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/01/30/readmissions-dublin-ii-vers-la-grèce-transmission-dune-qpc-au-conseil-detat-sur-le-droit-au-recours-suspensif-ta-paris-ref-26-janvier-2011-negmatullah-x/>

par sa décision du 13 août 1993¹¹⁹. Cependant, ce brevet n'avait pas été entièrement déposé, la déclaration de conformité n'ayant été évoquée que dans les motifs, et non dans le dispositif de la décision. Par ailleurs, un second argument étayait la transmission de la QPC au Conseil constitutionnel : même en cas de brevet de constitutionnalité, un changement de circonstances avait lieu grâce à l'introduction de l'article 53-1 dans la Constitution et à la condamnation par la Cour européenne des Droits de l'Homme de la Belgique et de la Grèce dans l'affaire M.S.S. du 21 janvier 2011¹²⁰. La demande de QPC a donc été transmise au Conseil d'Etat par le Tribunal administratif de Paris.

Néanmoins, en dépit de ces exceptions au brevet de constitutionnalité, il s'avère particulièrement difficile de transmettre une QPC jusqu'au Conseil constitutionnel. En effet, la jurisprudence du Conseil d'Etat¹²¹ témoigne d'une grande sévérité dans l'appréciation de ces exceptions. Alors que le tribunal administratif de Paris avait accepté de reconnaître à la fois le changement de circonstances et la faiblesse intrinsèque du brevet de constitutionnalité délivré par le Conseil constitutionnel en 1993¹²², le Conseil d'Etat a fait barrage à la transmission, ne retenant ni l'un ni l'autre des arguments. La même décision avait été rendue en 2010 dans le cadre des procédures d'asile prioritaires¹²³. Heureusement, la Cour de Cassation fait preuve sur ce point de plus de souplesse que le Conseil d'Etat. Ainsi, dans son arrêt du 20 août 2014 Association mouvement Raëlien international¹²⁴, la Cour de cassation accepta la transmission de la QPC préalablement refusée par le Conseil d'Etat¹²⁵. Elle accepta de considérer cette possibilité sur le fondement du changement de circonstances du à une modification jurisprudentielle, émanant non pas du Conseil constitutionnel lui-même mais de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Ainsi, elle obligea le Conseil constitutionnel à se prononcer de nouveau sur la question de la suspensivité dans le cadre des mesures d'éloignement.

¹¹⁹ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

¹²⁰ Cour EDH, 21 janvier 2011, M.S.S. contre Belgique et Grèce, n°30696/09.

¹²¹ CE, 21 mars 2011, M. Amoni, Gisti et Cimade, N° 346164.

¹²² Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

¹²³ Conseil d'Etat, réf., 16 juin 2010, A. Diakité, n° 340250.

¹²⁴ Cour de cassation, Chambre criminelle, n° 4789 du 20 août 2014 (14-80.394).

¹²⁵ Serge Slama, « Une décision de la Cour EDH condamnant la France constitue un changement de circonstances de droit permettant de surmonter un brevet de constitutionnalité. Droit à un recours effectif et liberté d'association (Art. 16 DDHC) », *La revue des droits de l'homme*, Actualités droits-libertés [en ligne], août 2014, consulté le 3 mai 2016, URL : <https://revdh.revues.org/866>

c. Un manque de courage de la part du Conseil constitutionnel

En se référant à la théorie du droit vivant, le Conseil constitutionnel a, par sa décision QPC du 8 avril 2011¹²⁶, « *botté en touche sur le fond de la question prioritaire de constitutionnalité, c'est-à-dire le recours effectif* »¹²⁷. En effet, il s'appuie sur le fait qu'un justiciable peut uniquement contester la portée effective d'une interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative si celle-ci est constante. En l'espèce, la jurisprudence de la Cour nationale du Droit d'asile voulait que le recours contre un rejet de demande d'asile classé en demande prioritaire ne dispose pas d'un caractère suspensif et ne donne pas lieu à statuer lorsque l'expulsion avait déjà eu lieu. Or, cette position de la Cour n'avait pas été jugée et validée par le Conseil d'Etat, qui demeure seul compétent pour assurer la régularité des jurisprudences rendues par les juridictions placées sous son contrôle. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel juge de son incompétence à se prononcer sur la QPC transmise par la Cour de cassation. Ainsi, rien ne sera dit quant à la constitutionnalité du caractère non suspensif d'une mesure d'éloignement. Et si cela a amené le Conseil d'Etat à réviser de lui-même sa jurisprudence quant au prononcé d'un non lieu¹²⁸, cette position du Conseil a permis de perpétuer un silence inquiétant quant à une modification possible et souhaitable de sa jurisprudence.

2) La possible clairvoyance du Conseil quant au cas des arrêtés d'expulsion

La jurisprudence du Conseil constitutionnel semble a priori peu favorable à la remise en cause de l'absence de suspensivité d'un recours juridictionnel, et ce particulièrement lorsqu'il s'agit des mesures d'éloignement. Néanmoins, il semble que la base légale de ce caractère non suspensif du recours contre l'arrêté d'expulsion (a.) ne se heurte pas aux mêmes difficultés que celles qui s'imposent aux mesures d'éloignement précédemment évoquées (b.). Cela permet aujourd'hui d'espérer la prise en compte d'une argumentation pertinente par le Conseil constitutionnel (c.).

¹²⁶ Décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011.

¹²⁷ Yehudi Pelosi, « Une avancée incertaine pour l'effectivité des recours des demandeurs d'asile « prioritaires ». Droit d'asile, droit au recours effectif et droit vivant (Constitution) », *La revue des droits de l'homme*, Actualités droits-libertés [en ligne], mars 2014, consulté le 3 mai 2016, URL : <https://revdh.revues.org/610>

¹²⁸ Ibidem.

a. La base légale

Il est étonnant de constater qu'aucune disposition du CESEDA ne mentionne la possibilité de faire un recours juridictionnel contre un arrêté d'expulsion devant le juge administratif, et ne souligne l'absence de caractère suspensif de ce recours. Le seul article tendant à s'approcher de l'énonciation de ce caractère non suspensif du recours est l'article L523-1 du CESEDA qui dispose que « *L'arrêté d'expulsion prononçant l'expulsion d'un étranger peut être exécuté d'office par l'administration* ». Cependant, exécution d'office est-elle synonyme de caractère non suspensif du recours juridictionnel ? Comme nous l'avons vu¹²⁹, ces deux notions sont sensiblement différentes, même si elles s'influencent mutuellement. A partir de ce constat, il semble donc que la base légale la plus pertinente pour contester l'absence de recours suspensif d'un arrêté d'expulsion soit l'article L4 du Code de justice administrative, qui pose de manière générale le principe du caractère non suspensif du recours contre une décision administrative.

b. Des écueils qui pourraient heureusement être évités

Les différents obstacles qui se sont érigés contre une contestation du caractère non suspensif des recours contre les mesures d'éloignement semblent en l'occurrence inapplicables au cas des arrêtés d'expulsion.

Nous avons pu constater qu'aucun brevet de constitutionnalité n'avait été déposé sur l'article L523-1 du CESEDA, ni sur l'article L4 du Code de justice administrative. Cela s'explique par le fait que ces deux articles ont pour origine des ordonnances, qui n'ont donc, en raison de leur nature, fait l'objet d'aucun contrôle de la part du Conseil. Seule les lois d'habilitation et de ratification font l'objet d'un contrôle¹³⁰, qui en l'espèce n'a pas permis de vérifier la constitutionnalité des dispositions précitées¹³¹. Il n'y a donc aucun besoin de savoir si un changement de circonstances peut permettre de contourner le brevet de constitutionnalité

¹²⁹ A ce titre, se référer aux pages 13 et 14 de notre rapport.

¹³⁰ Michel Verpeaux, « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], 19 / 2006, consulté le 12 mai 2016, URL : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-19/les-ordonnances-de-l-article-38-ou-les-fluctuations-controlees-de-la-repartition-des-competences-entre-la-loi-et-le-reglement.51898>.

¹³¹ Pour l'article L523-1 CESEDA : Ordonnance 2004-1248 2004-11-24 JORF 25 novembre 2004 ; Loi 2006-911 2006-07-24 art. 120 JORF 25 juillet 2006 (Ratification) // Pour l'article L4 CJA : Ordonnance 2000-387 2000-05-04 JORF 7 mai 2000 ; Loi 2003-591 2003-07-02 art. 31 I JORF 3 juillet 2003 (Ratification) ; DC du 26 juin 2003.

délivré par le Conseil constitutionnel, ou de vérifier si ce brevet est bien valide car présent à la fois dans les motifs et le dispositif de la décision. Le Conseil d'Etat ne pourra se prévaloir d'aucun de ces arguments pour faire jouer sa qualité de filtre afin d'éviter la transmission d'une QPC concernant les arrêtés d'expulsion, à l'inverse de la jurisprudence qu'il avait rendu en 2011 concernant les arrêtés de réadmission¹³².

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel une fois saisi, ne pourra en aucun cas « *botter en touche* » comme il l'a fait dans sa décision QPC du 8 avril 2011¹³³. En effet, en aucun cas la théorie du droit vivant ne trouvera d'application concernant les arrêtés d'expulsion, étant donné qu'il ne s'agit pas ici pour le Conseil d'analyser une interprétation jurisprudentielle constante mais bien une disposition législative.

c. L'argumentation souhaitée

Il semble que l'argumentation la plus pertinente à ce jour quant à une QPC relative au caractère non suspensif d'un arrêté d'expulsion soit la mise en avant de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. En effet, comme le souligne H. SURREL¹³⁴ : « *Les décisions QPC relatives aux droits procéduraux attestent éloquemment de la réception par le CC de la jurisprudence relative au droit à un procès équitable, ce dernier se montrant particulièrement attentif au respect du droit à un recours effectif, considérant qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789* ». Ainsi, on peut prendre l'exemple des décisions QPC du 4¹³⁵ et 11¹³⁶ avril 2014 afin de démontrer à quel point le Conseil constitutionnel s'attache à interpréter l'article 16 dans une perspective d'harmonisation avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Cependant, et malgré cette prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme par le Conseil, il semblerait que la solution la plus prudente soit celle de doubler les deux recours. En effet, un arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme rendu précisément sur la question des arrêtés d'expulsion imposerait un poids supplémentaire

132 CE, 21 mars 2011, M. Amoni, Gisti et Cimade, N° 346164

¹³³ Décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011.

¹³⁴ Hélène Surrel, « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la CEDH », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], 45 / 2014, consulté le 12 mai 2016, URL : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-45/conseil-constitutionnel-et-jurisprudence-de-la-cedh.142416.html>

¹³⁵ Décision n° 2014-374 QPC du 4 avril 2014.

¹³⁶ Décision n° 2014-390 QPC du 11 avril 2014.

sur le Conseil afin que celui-ci infléchisse sa jurisprudence.

B. La possibilité d'une question préjudicielle devant la Cour de Justice de l'Union européenne

Au vu de l'intérêt croissant du Droit de l'Union européenne pour le Droit des étrangers, la question de la conventionalité entre les normes européennes et le caractère non suspensif du recours contre un arrêté d'expulsion va se poser inévitablement. Cependant, sachant que ce caractère n'est dû ni à une législation de l'Union, ni à sa transposition par la France, un recours en annulation ou en manquement est inenvisageable. C'est donc par la voie de la question préjudicielle que cette compatibilité peut être vérifiée. D'autant que les juges internes ont plusieurs fois démontré qu'ils étaient réticents à opérer d'eux-mêmes ce contrôle¹³⁷. Actuellement, ce projet de question préjudicielle aurait tout intérêt à être dédoublée, et se concentrer, soit sur les arrêtés d'expulsion visant le ressortissant d'un Etat tiers (A), soit sur ceux visant le ressortissant de l'Union européenne (B).

1) Quelle marge de manœuvre face au caractère non suspensif du recours contre l'arrêté d'expulsion visant le ressortissant d'un Etat tiers ?

Par principe, les règles européennes n'obligent en aucun cas à la suspensivité du recours qui concerne l'éloignement du ressortissant d'un Etat tiers (a.). Cependant, et comme son homologue strasbourgeois, la Cour de Luxembourg a fait émerger un socle d'exceptions protectrices, concernant les demandeurs d'asile déboutés (b.) et les étrangers malades (c.).

a. Le droit à un recours effectif mais non suspensif

La directive 2008/115 dite « retour »¹³⁸ est l'outil européen qui s'intéresse de plus près à la question de l'éloignement des ressortissants des Etats tiers. En effet, elle a pour objet de s'adresser uniquement aux ressortissants des Etats tiers en situation irrégulière, parmi lesquels

¹³⁷ CE réf 16 juin 2010 Diakité n°340250 - absence de recours suspensif devant la CNDA concernant les procédures d'asile prioritaires - le moyen fondé sur le droit de l'Union est écarté au motif que l'incompatibilité des dispositions législatives avec les règles du droit de l'Union « n'est pas de nature à être retenu (...) qu'en cas de méconnaissance manifeste des exigences qui découlent du Droit de l'Union ».

¹³⁸ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008.

comptent les requérants déboutés de leur demande d'asile¹³⁹. Le « ressortissant d'un pays tiers » est défini comme « toute personne qui n'est ni un citoyen de l'Union au sens de l'article 17 point 1 du traité, ni une personne jouissant du droit communautaire à la libre circulation, tel que défini à l'article 2 point 5 : du code des frontières Schengen »¹⁴⁰. Pour sa part, le « séjour irrégulier » est déterminé par « la présence sur le territoire d'un Etat membre d'un ressortissant d'un pays tiers qui ne remplit pas, ou ne remplit plus, les conditions d'entrée énoncées à l'article 5 du code frontières Schengen, ou d'autres conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans cet Etat membre »¹⁴¹.

Concernant le recours contre la décision administrative permettant l'éloignement d'un ressortissant d'Etat tiers en situation irrégulière, y-a-t-il obligation de suspensivité imposée par la directive ?

Si un droit à disposer d'une voie de recours effective¹⁴² est bien garanti par la directive, en aucun cas celle-ci n'oblige à sa suspensivité. Cependant, certaines garanties sont offertes afin de garantir l'effectivité du recours. D'une part, la directive exige que le juge puisse suspendre l'exécution de la décision d'éloignement, à moins que la suspension temporaire ne soit déjà applicable en vertu de la loi nationale¹⁴³. D'autre part, la directive retour oblige au report de l'éloignement dans trois cas¹⁴⁴ :

- en cas de manquement au principe du non refoulement ;
- si l'étranger est un mineur isolé ;
- si l'étranger a exercé une voie de recours à effet suspensif.

Néanmoins, le report est clairement à distinguer d'un quelconque caractère suspensif du recours juridictionnel : il est en effet d'ordre administratif¹⁴⁵.

Ainsi, rien n'oblige à la suspensivité du recours contre une mesure d'éloignement dans le cadre du Droit de l'Union. Néanmoins, il est intéressant de souligner que le préambule de cette directive pose comme principe directeur l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi que le respect de la vie familiale¹⁴⁶. Sur ce point, la Convention européenne des droits de l'Homme

¹³⁹ §9 de la directive 2008/115

¹⁴⁰ Article 3 de la directive 2008/115

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Article 13§1 Directive 2008/115

¹⁴³ Directive 2008/115/ CE Article 13§2

¹⁴⁴ Karine Parrot et Carlo Santulli, « La directive retour, l'Union européenne contre les étrangers », Revue critique de droit international privé 2009 p.205

¹⁴⁵ Joanna Pétin, « Précisions jurisprudentielles sur la protection des étrangers dans le droit de l'Union : un acte manqué ? », L'Espace de Liberté, Sécurité, Justice (LELSJ) [en ligne], janvier 2015, consulté le 4 juin 2016, URL : <http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/05/immigration/precisions-jurisprudentielles-sur-la-protection-des-etrangers-dans-le-droit-de-lunion-un-acte-manque/>

¹⁴⁶ Directive 2008/115 §5 et article 5

est explicitement citée, ce qui dénote bien l'influence que peut avoir la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur le Droit de l'Union européenne. Il n'est donc pas étonnant que la Cour de Justice de l'Union ait fait émerger un socle d'exceptions protectrices au principe du recours non suspensif, dans la juste continuité de la jurisprudence européenne des droits de l'Homme.

b. La première exception : le cas des étrangers malades

Relativement circonstanciée, cette première exception au principe européen de non suspensivité du recours juridictionnel contre une mesure d'éloignement n'en est pas moins importante. En effet, la jurisprudence de la Cour de Justice fait à la fois émerger une catégorie protégée mais s'inspire également clairement de la jurisprudence strasbourgeoise, laissant promettre la naissance d'autres exceptions.

En ses points 52 et 53, l'arrêt Moussa Abdida du 18 décembre 2014¹⁴⁷ de la Cour de Justice de l'Union souligne avec force que les recours exercés contre un acte administratif déclarant illégal le séjour d'un ressortissant de pays tiers et énonçant une obligation de retour doivent être suspensifs si cet étranger présente un risque sérieux de détérioration de son état de santé en cas de renvoi.

Cependant, la Cour ne se contente pas simplement d'énoncer cette obligation à la charge de l'Etat membre. Elle fait également clairement référence à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Ainsi, le considérant 50 de l'arrêt fait référence à la notion d'« irréversibilité », dont nous avons déjà pu apprécier le poids dans la jurisprudence strasbourgeoise¹⁴⁸. Par ailleurs, la Cour de Justice de l'Union aurait très bien pu exiger un report de l'exécution de la mesure d'éloignement, disposition au cœur même de la directive retour, et non un recours à effet suspensif¹⁴⁹. L'influence de la Cour européenne des Droits de l'Homme est donc plus que latente. Enfin, dans le choix des bases légales citées par l'arrêt, la Cour de Justice rappelle explicitement les arrêts de la Cour de Strasbourg, à la fois concernant

¹⁴⁷ CJUE, Cour, arrêt du 18 décembre 2014, Abdida, Affaire C-562/13.

¹⁴⁸ Nicolas Klausser, « Étrangers malades et droit de l'Union européenne : Entre accroissement et restriction des garanties juridiques. Droits des étrangers (Directives 2004/83/CE et 2008/115/CE) », *La revue des droits de l'homme*, Actualités droits-libertés [en ligne], janvier 2015, consulté le 3 mai 2016, URL : <http://revdh.revues.org/1044#tocto2n4>

¹⁴⁹ Joanna Pétrin, « Précisions jurisprudentielles sur la protection des étrangers dans le droit de l'Union : un acte manqué ? », L'Espace de Liberté, Sécurité, Justice (LELSJ) [en ligne], janvier 2015, consulté le 4 juin 2016, URL : <http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/05/immigration/precisions-jurisprudentielles-sur-la-protection-des-etrangers-dans-le-droit-de-lunion-un-acte-manque/>

l'éloignement de l'étranger malade, mais plus largement sur l'obligation de suspensivité du recours – Gebremedhin contre France¹⁵⁰ en tête.

Après avoir constaté l'influence de la Cour européenne des Droits de l'Homme sur cet arrêt, que peut-on prédire quant son possible élargissement ? Les opinions doctrinales demeurent à ce sujet mitigées. Selon Nicolas Klausser¹⁵¹, « *Il est important de souligner que l'esprit de la directive « retour » ne tend pas en faveur d'un tel recours, et que ce dernier ne devrait s'appliquer qu'aux étrangers malades. Autrement dit, cet argumentaire démontre le particularisme de la situation des étrangers malades, qui se trouvent à la lisière juridique du droit d'asile et du droit au séjour* ». Néanmoins, l'arrêt Abdoulaye Amadou Tall¹⁵² rendu par la Cour de Justice en 2015, et qui affirme avec force la suspensivité du recours en cas de risque de torture ou de traitements inhumains ou dégradants, laisse présager le contraire.

c. La seconde exception : le cas des demandeurs d'asile déboutés

Le traitement particulier des demandeurs d'asile déboutés face au recours juridictionnel est le résultat de deux facteurs : d'une part l'influence de la jurisprudence strasbourgeoise, d'autre part l'intérêt croissant que le Droit de l'Union porte à la question de l'asile.

Sur le premier point, l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union du 17 décembre 2015 dit Abdoulaye Amadou Tall fait figure de parfaite illustration. A première vue, la Cour précise uniquement que l'absence de recours suspensif contre une décision de ne pas poursuivre l'examen d'une demande d'asile n'est pas contraire au droit à un recours effectif car son exécution ne conduit pas à l'éloignement du requérant¹⁵³. Mais là où l'arrêt devient particulièrement intéressant, c'est à son paragraphe 58, lorsque la Cour souligne : « *À cet égard, il découle de la jurisprudence de la Cour que, en tout état de cause, un recours doit nécessairement revêtir un effet suspensif lorsqu'il est exercé contre une décision de retour dont l'exécution est susceptible d'exposer le ressortissant en cause de pays tiers à un risque sérieux d'être soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements*

¹⁵⁰ Cour EDH, 26 avril 2007, Gebremedhin c. France, n°25389/05.

¹⁵¹ Nicolas Klausser, « Étrangers malades et droit de l'Union européenne : Entre accroissement et restriction des garanties juridiques. Droits des étrangers (Directives 2004/83/CE et 2008/115/CE) », *La revue des droits de l'homme*, Actualités droits-libertés [en ligne], janvier 2015, consulté le 3 mai 2016, URL : <http://revdh.revues.org/1044#tocto2n4>

¹⁵² CJUE, Cour, 17 déc. 2015, Tall, C-239/14.

¹⁵³ Marion Tissier, « L'absence de recours suspensif contre une décision de ne pas poursuivre l'examen d'une demande d'asile ultérieure, dont l'exécution ne conduit pas à l'éloignement du requérant, n'est pas contraire au droit à un recours effectif », *Journée d'Actualité des Droits Européens (JADE)* [en ligne], mise en ligne le 17 mars 2016, consulté le 15 mai 2016, URL : <http://jade.u-bordeaux.fr/?q=node/1060>

inhumains ou dégradants, assurant ainsi, à l'égard de ce ressortissant de pays tiers, le respect des exigences des articles 19, paragraphe 2, et 47 de la Charte (voir, en ce sens, arrêt *Abdida*, C-562/13, EU:C:2014:2453, points 52 et 53) ». Elle reprend alors sa jurisprudence antérieure *Moussa Abdida* du 18 décembre 2014 qui concernait uniquement les étrangers malades, mais qui laissait sous-entendre plus largement que tout risque à l'équivalent de l'article 3 de la CEDH était considéré comme obligeant à un effet suspensif du recours juridictionnel. Ainsi, par cette confirmation jurisprudentielle, la Cour de Luxembourg s'inscrit dans la juste lignée de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Par ailleurs, la législation européenne, de par l'étendue des textes qui concernent ce qu'il convient désormais d'appeler le droit européen de l'asile, a réservé un traitement particulier à un certain nombre de recours utilisés par les demandeurs déboutés.

C'est le cas des recours contre les **décisions de transfert dites Dublin**, qui sont par principe non suspensifs. Cependant, les articles 5 et 27§3 du règlement Dublin du 26 juin 2013 précisent que, dans le cadre d'une décision de transfert, soit les demandeurs sont autorisés à rester sur le territoire de l'Etat concerné jusqu'à la décision de l'organe de recours sur la décision de transfert, soit l'organe de recours doit être habilité à suspendre le transfert – d'office ou sur demande. Plus encore, l'alinéa 3 de l'article 5 souligne que si la suspension est demandée par le requérant, celui-ci ne saurait être éloigné avant que le juge ait statué sur la première demande, à savoir celle de la suspension du transfert¹⁵⁴.

Par ailleurs, et bien que la **décision de refus d'attribution de l'asile** soit distincte de la mesure d'éloignement, il convient de rappeler que celle-ci bénéficie d'un recours à effet suspensif. Cette garantie est apportée par l'article 46§5 de la directive concernant les procédures d'asile¹⁵⁵, mais l'alinéa 6 permet d'y apporter des exceptions, notamment en cas de demande manifestement infondée ou de réouverture de dossier. Néanmoins, l'alinéa 7 de ce même article prévoit un socle de garanties minimales. En effet, à son paragraphe a) est précisé que : « *le demandeur bénéficie de l'interprétation et de l'assistance juridique nécessaires et se voit accorder au moins une semaine pour préparer sa demande et présenter à la juridiction les arguments qui justifient que lui soit accordé le droit de rester sur le territoire dans l'attente de l'issue du recours* ». Une juridiction doit donc trancher sur le droit du demandeur d'asile à rester sur le territoire, et un délai minimal d'une semaine est accordé à

¹⁵⁴ « Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration », Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne - Conseil de l'Europe [en ligne], 2014, consulté le 13 mai 2016, URL : http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_FRA.pdf

¹⁵⁵ Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale

celui-ci à défaut d'effet suspensif du recours contre la décision de refus d'attribution de l'asile.

Qu'il soit question des demandeurs d'asile ou des étrangers malades, la jurisprudence et les actes pris par les institutions de l'Union européen se veulent aujourd'hui protecteurs et assurent le caractère suspensif du recours contre une mesure d'éloignement. L'espoir est donc permis quant à la possibilité des questions préjudicielles posées dans le cas d'arrêtés d'expulsion pris dans ces deux situations bien particulières.

2) Quelle marge de manœuvre face au caractère non suspensif du recours contre l'arrêté d'expulsion visant le ressortissant de l'Union européenne ?

Vue la protection accordée à la citoyenneté de l'Union et au droit de circulation par le Droit européen, il paraît indispensable de clore cette section en vérifiant si le principe de non suspensivité du recours contre un arrêté d'expulsion s'applique également dans ce cas particulier ou si une question préjudicielle pourrait à ce sujet être pertinente. Malheureusement, il est à constater qu'en l'état actuel du droit, l'expulsion d'un citoyen de l'Union est possible (a.), même si elle est plus sévèrement appréciée (b.). En outre, la qualité de citoyen européen ne permet en aucun cas d'échapper au principe de non suspensivité du recours contre un arrêté d'expulsion, malgré un socle extrêmement minimal de garanties (c).

a. Une expulsion possible, mais sévèrement appréciée

Comme le dispose l'article L521-5 du CESEDA, « *Les mesures d'expulsion prévues aux articles L. 521-1 à L. 521-3 peuvent être prises à l'encontre des ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, ou d'un membre de leur famille, si leur comportement personnel représente une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société.* ».

Néanmoins, l'article L521-5 laisse sous-entendre que l'appréciation opérée par l'autorité administrative compétente dans le cas de l'expulsion d'un citoyen UE doit être relativement différente. Elle doit en effet prendre en compte l'ensemble des circonstances relatives à leur situation, notamment la durée du séjour et l'intégration sociale et culturelle dans la société

française. Cette idée d'une appréciation plus rigoureuse de l'expulsion du ressortissant de l'Union se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour de Justice, par la définition restrictive qu'elle donne de la menace à l'ordre public. L'arrêt Bouchereau de 1977¹⁵⁶ a posé la formule désormais classique d'une menace « *réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société* ». La Cour a également eu l'occasion de préciser que l'existence d'une condamnation pénale ne pouvait à elle seule motiver une mesure d'ordre public¹⁵⁷, et les juridictions internes ont souligné que la mesure devait être proportionnée au comportement du citoyen européen concerné¹⁵⁸. Par ailleurs, la Cour de Justice a rappelé par son arrêt du 22 mai 2012 P.I contre Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid¹⁵⁹ qu'une distinction était indispensable dans l'appréciation de l'ordre public entre droit au séjour permanent et séjour de plus de dix ans¹⁶⁰. Par la même, la Cour a précisé son approche restrictive de la notion de « *raisons impérieuses de sécurité publique* » qui vise les citoyens européens ayant passé dix années sur le territoire de l'Etat membre d'accueil.

b. Une absence de droit à un recours suspensif mais une garantie minimale : l'intervention d'une autorité de contrôle

L'arrêt Commission contre République Fédérale d'Allemagne rendu par la Cour de Justice de l'Union le 27 avril 2006¹⁶¹ est une belle illustration de l'absence de garantie quant à la suspensivité d'un recours contre une mesure d'expulsion visant un ressortissant européen. En effet, dans cette affaire était en cause l'exécution immédiate des décisions d'expulsion à l'égard de citoyens européens sans qu'il s'agisse de cas d'urgence. Dans ce cadre, l'avocat général¹⁶² rappelle que les articles 8 et 9 de la directive 64/221 disposent que la décision de refus de renouvellement de séjour ou celle d'éloignement du territoire n'ont pas l'obligation d'être assorties d'un recours à caractère suspensif.

¹⁵⁶ CJUE, Cour, 27 oct. 1977, Bouchereau, C-30/77.

¹⁵⁷ CJUE, Cour, 7 juin 2007, Commission / Pays-Bas, C-50/06.

¹⁵⁸ CAA Marseille, 3e ch., 28 mai 2003, n° 99MA02010.

¹⁵⁹ CJUE, Cour, 22 mai 2012, I, C-348/09.

¹⁶⁰ Myriam Benlolo-Carabot, « *Raisons impérieuses de sécurité publique* », protection contre l'éloignement et espace de liberté, sécurité, et justice», *Combats pour les droits de l'homme (CPDH)* [en ligne], mis en ligne le 2 juin 2012, consulté le 14 mai 2016, URL : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/06/02/expulsion-des-citoyens-de-lue-interpretation-strict-de-la-menace-a-lordre-public-cjue-gc-22-mai-2012-p-i-c-oberburgermeisterin-der-stadt-remscheid/>

¹⁶¹ CJUE, Cour, 27 avr. 2006, Commission / Allemagne, C-441/02.

¹⁶² Conclusion de l'avocat général présentée le 2 juin 2005

On peut s'étonner de voir une base légale datant de 1964 permettre aux Etats d'être exempts d'une quelconque obligation quant à la suspensivité du recours, même si celle-ci offre aux ressortissants européens un socle de garanties minimales. En effet, comme le faisait valoir la Commission, dont l'argument est repris par la Cour, l'intervention d'une autorité compétente différente de celle ayant arrêté la décision est nécessaire dans le cas de l'expulsion d'un citoyen européen faisant l'objet d'une décision d'expulsion dont le recours n'est pas de caractère suspensif¹⁶³. Cette autorité se doit d'être indépendante et doit rendre son avis avant que la seconde ne prenne sa décision. Par ailleurs, et comme le faisait valoir l'avocat général dans ses conclusions, l'accès au recours doit respecter le principe de non discrimination. Ainsi émerge un socle extrêmement étroit de garanties censées pallier l'absence de recours à caractère suspensif lorsqu'une mesure d'expulsion concerne un ressortissant de l'Union. Cette piste s'avère donc peu pertinente face à la possibilité d'une question préjudicielle quant aux arrêtés d'expulsion visant les ressortissants des Etats tiers.

A titre de conclusion partielle : Alternatives à une contestation juridictionnelle

Cette première partie rassemble l'ensemble des possibilités ayant été estimées pertinentes dans la perspective d'une contestation juridictionnelle du caractère non suspensif du recours contre un arrêté d'expulsion. Si la juridiction strasbourgeoise est sans nul doute la plus à même de répondre aux attentes de la Cimade, les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour de Justice de l'Union conservent leur importance. D'une part, il semble que les obstacles qui se sont dressés face aux précédentes contestations menées devant le Conseil Constitutionnel ne trouvent pas à s'appliquer au cas de l'arrêté d'expulsion. D'autre part, il s'avère que la jurisprudence de la Cour du Luxembourg s'est grandement inspirée de celle de leur homologue strasbourgeois, et qu'elle a développé des exceptions autonomes. Les opportunités sont donc nombreuses, et prometteuses.

Néanmoins, en l'attente d'une contestation, quelles possibilités pratiques s'offrent à celui qui serait soumis à un arrêté d'expulsion dont le recours ne dispose pas d'effet suspensif ?

¹⁶³ §121 à 126 de l'arrêt du 27 avril 2006 Commission contre Allemagne, C-441/02.

L'alternative est-elle celle d'un autre juge, ou celle d'un type différent de recours à intenter devant la juridiction administrative ?

La possibilité de référer de la légalité ou de l'exécution d'un arrêté d'expulsion au juge judiciaire, dans l'espoir de disposer d'un recours à effet suspensif, ne semble pas être une alternative pertinente. En effet, selon les arrêts du Tribunal des Conflits du 20 juin 1994 et de la Cour de Cassation du 18 décembre 1996, le juge judiciaire ne peut être compétent, ni de la légalité, ni de l'exécution forcée d'un arrêté d'expulsion, qui ne sauraient constituer une voie de fait. En outre, même si l'étranger se trouve en rétention et qu'il peut disposer d'un recours devant le Juge des libertés et de la détention, celui-ci ne revêt en aucun cas un caractère suspensif.

En revanche, et selon l'article 32 de la Convention de Genève de 1951, une personne disposant du statut de réfugié se voit reconnaître le droit de pouvoir contester la décision d'expulsion dont elle fait l'objet, sauf cas d'urgence absolue. C'est la raison pour laquelle le droit français – article R733-21 du CESEDA – prévoit que la Cour nationale du Droit d'asile examine les requêtes qui lui sont adressées par les réfugiés étant visés par une mesure d'expulsion, et formule un avis sur le bien-fondé de cette mesure¹⁶⁴. Cet avis est rendu dans un délai d'une semaine, délai pendant lequel l'étranger ne peut être éloigné du fait de l'exécution de l'arrêté d'expulsion.

Outre ce cas très circonscrit, une autre voie existe : celle de la demande de mesures provisoires auprès de la Cour européenne des Droits de l'Homme, en vertu de l'article 39 de son règlement. Particulièrement efficaces, ces mesures d'urgence ne s'appliquent qu'en cas de risque imminent de dommage irréparable. Il est néanmoins tout à fait pertinent d'emprunter cette voie en matière d'expulsion, lorsque sont en jeu les articles 2¹⁶⁵, 3¹⁶⁶ ou 8¹⁶⁷ de la Convention. La Cour dispose ainsi de la possibilité d'ordonner la suspension de la mesure d'expulsion, pendant toute la durée de la procédure ou pour un temps plus limité. Il est particulièrement judicieux d'intenter cette procédure dès le prononcé de l'arrêté d'expulsion

¹⁶⁴ Nicole GUIMEZANES, « Expulsion », Dalloz Répertoire de droit international – janvier 2009, actualisation 2015.

¹⁶⁵ Notamment Cour EDH, 11 juillet 2000, Jabari contre Turquie, n°40035/98 – risque de lapidation pour adultère.

¹⁶⁶ Notamment Cour EDH, 1^{er} juillet 2003, Abraham Lunguli contre Suède, n°3692/02 ; Cour EDH, 3 novembre 2009, Abdollahi contre Turquie, n° 23980/08 ; Cour EDH, 1^{er} septembre 2010, Y.P. et L.P. C. contre France, n°32476/06.

¹⁶⁷ Cour EDH, 11 juillet 2002, Amrollahi contre Danemark, n°56811/00 et Cour EDH, 6 décembre 2005, Eskinazi et Chelouche contre Turquie, n° 14600/05.

afin d'empêcher son exécution, comme ce fut le cas dans les arrêts Gebremedhin contre France du 26 avril 2007 et MSS contre Belgique et Grève du 21 janvier 2011.

Outre ces différentes possibilités qui passent par la saisine d'une juridiction alternative, existe-t-il d'autres moyens afin de contourner l'absence de caractère suspensif du recours contre un arrêté d'expulsion ? Cela demeure envisageable par l'emploi de certains moyens mis à la disposition de l'ordre administratif.

Dans le cas où l'étranger n'a pas encore été expulsé, notons tout d'abord que, ni le recours contre la décision fixant le pays de renvoi, ni celui contre l'avis de la commission d'expulsion ne revêtent un caractère suspensif¹⁶⁸. Par contre, il reste toujours loisible au juge administratif de prononcer un sursis à exécution¹⁶⁹ et au requérant de faire une demande en référé. Cette dernière possibilité est la plus usitée, bien qu'elle diffère du caractère suspensif du recours par son automaticité et sa temporalité¹⁷⁰. Tout d'abord, il est à souligner que le référé suspension est à préférer au référé liberté lorsqu'il n'y a pas de nécessité dans les 48 heures, étant donné que ses conditions sont plus faciles à remplir – il s'agit d'un « *doute sérieux* » quant à la légalité de la décision administrative contestée et non d'une « *atteinte manifestement grave et illégale* » à une liberté fondamentale¹⁷¹. En outre, il est important de préciser que la condition d'urgence requise en matière de référé est présumée remplie par le Conseil d'Etat, en matière de recours contre un arrêté d'expulsion¹⁷². Enfin, le fait que l'expulsion ait été mise à exécution ne fait pas disparaître cette appréciation¹⁷³.

Par ailleurs, dans le cas où l'étranger a déjà été expulsé, une dernière possibilité lui est offerte par l'ordre administratif. En effet, l'arrêté d'expulsion peut faire l'objet d'une demande d'abrogation par l'étranger, mais est également réexaminé automatiquement par l'Administration tous les cinq ans. Clémence Richard – responsable régionale « Défense des étrangers menacés d'expulsion » à la Cimade – nous a précisé que cette obligation de réexamen automatique était « *tout à fait fictive* ». Néanmoins, notons que cette obligation de

¹⁶⁸ Nicole GUIMEZANES, « Expulsion », Dalloz Répertoire de droit international – janvier 2009, actualisation 2015.

¹⁶⁹ Conseil d'Etat, 29 juin 1990, Engin, n° 115900.

¹⁷⁰ Serge Slama : Le référé n'est pas suspensif par nature, et ce n'est qu'au moment où le juge des référés décide de la suspension que celle-ci produit ses effets.

¹⁷¹ Groupe d'information et de soutien des immigré(e)s, « Se servir d'un référé devant la juridiction administrative », *GISTI*, Collection Les notes pratiques, [en ligne], juin 2015, consulté le 4 avril 2016, URL.

¹⁷² CE 29 septembre 2001 n°231204 : « *eu égard à son objet et à ses effets, une décision prononçant l'expulsion porte, en principe, par elle-même atteinte de manière grave et immédiate à la situation de la personne qu'elle vise et crée dès lors une situation d'urgence* ».

¹⁷³ Groupe d'information et de soutien des immigré(e)s, « Se servir d'un référé devant la juridiction administrative », *GISTI*, Collection Les notes pratiques, [en ligne], juin 2015, consulté le 4 avril 2016.

réexamen peut se retourner contre l'Administration car elle est susceptible de recours, comme c'est le cas pour le rejet de la demande d'abrogation faite par le requérant¹⁷⁴. La décision explicite ou implicite rejetant l'abrogation peut ainsi faire l'objet d'une saisine du juge administratif dans un délai de deux mois, l'étranger se situant hors du territoire français bénéficiant en outre de deux mois supplémentaires. Une dernière tentative de rappeler au juge qu'il est de son devoir de statuer sur la légalité de l'expulsion de l'étranger.

¹⁷⁴ François Julien-Laferrière, Dossier 440 Contentieux du droit des étrangers, Dalloz professionnel pratique du contentieux administratif, novembre 2011.

CHAPITRE 2 : L'ACCES EFFECTIF AU JUGE

EN CAS D'INTERDICTION DU TERRITOIRE

FRANÇAIS

Comme nous l'expliquions en introduction, l'interdiction du territoire français se distingue de l'arrêté d'expulsion en ce qu'il s'agit d'une peine prononcée par un juge. Par définition, l'accès au juge est donc une condition de son prononcé, et dès lors ne pose pas de problème dans le sens premier et strict de l'accès effectif au juge. Ceci dit, les modalités de cet accès permettent-elles d'en contester l'effectivité, au niveau européen ou au niveau interne ? Tout d'abord, l'effectivité du recours est indirectement atteinte (I) par différentes modalités de prononcé de la peine et de ses critères de relèvement, ce qui pourrait laisser présager d'autres actions indirectement liées à l'accès effectif au juge. Ensuite, l'exigence de proportionnalité, inhérente à la peine, pourrait permettre d'examiner l'accès effectif au juge devant les juridictions européennes (II). Enfin, d'autres actions plus pratiques (III), dans une optique alternative aux recours sur la peine elle-même, pourraient permettre de prévenir les problèmes rencontrés par les étrangers.

I. L'effectivité du recours indirectement atteinte

L'effectivité du recours est indirectement atteinte par les modalités prises en matière du prononcé de la peine (A) ; mais cette effectivité du recours est mise à mal par les critères requis pour le relèvement (B), qui dans leur application continuent de constituer un obstacle *a priori* disproportionné.

A. Un recours pour l'instant impossible sur le terrain du droit au contradictoire

Le caractère effectif du recours est modulé par les difficultés pratiques : le choix du contradictoire, concernant l'appel, apparaît impossible dans les faits mais il ne peut pour

autant faire l'objet d'un recours (1). De même, la question du contradictoire en première instance ne saurait qu'être écartée (2).

1) L'écart nécessaire de la question du contradictoire en première instance

De même, la question du contradictoire en première instance devrait être écartée d'emblée, car elle serait infructueuse dans le système légal actuel.

En effet, le fait que la personne puisse se voir prononcer une peine qui n'a pourtant pas été l'objet de débat, ni dans les réquisitions du parquet, ni dans la plaidoirie de l'avocat de la défense, pourrait être critiqué quant à l'impossibilité d'exercer le droit au contradictoire, sauf en cas d'appel. Or nous venons d'en voir les possibles conséquences, et le risque constitué par un tel appel.

Mais cette critique ne connaît pas d'écho juridique, puisque l'exigence en droit pénal est plus précise. Le principe de légalité des délits et des peines, admis tant au niveau interne qu'au niveau international, exige simplement que les peines soient prévues par les textes pour les infractions. C'est-à-dire qu'il suffit donc de préciser ce que la personne jugée encourt de manière textuelle et non de le préciser à l'oral dès le départ. C'est justement le rôle de l'avocat que de prévenir les possibilités de peine prononçables à l'encontre de son client d'où l'idée d'un guide d'information à l'encontre des avocats pénalistes, que nous développerons par la suite³⁰⁴.

2) Le recours impossible sur le choix du contradictoire en appel, absent dans les faits

Théoriquement, le prévenu ou l'accusé peut faire appel sur un aspect du jugement ou des peines prononcées. En droit, l'appel peut se limiter à cet aspect selon le choix de la personne concernée³⁰⁵, la cour (d'assises) d'appel ne pourra alors aggraver le sort de cet individu. Toutefois, l'appel incident³⁰⁶ du parquet peut permettre d'élargir cet appel ce qui confère au

³⁰⁴ Voir pp. 84 et suivantes.

³⁰⁵ Voir l'article 380-3 du code de procédure pénale pour l'accusé (matière criminelle), et 515 du code de procédure pénale pour le prévenu (matière délictuelle).

³⁰⁶ L'article 500 du code de procédure pénale permet aux autres parties d'interjeter appel dans un délai supplémentaire de 5 jours, si une partie a fait appel.

contraire à la cour d'appel la possibilité d'aggraver les peines³⁰⁷. Dans les faits, il semblerait que le parquet interjette un appel incident quasi systématiquement.

Pour autant, aucun recours ne saurait être envisagé à cet égard puisqu'il s'agit de l'intérêt des personnes en cause. En effet, remettre en cause cette possibilité d'appel incident, c'est remettre en cause les intérêts des parties au procès ; or le Ministère public a pour intérêt non pas la défense du prévenu mais la répression ou la réparation au nom de la société civile. De ce fait, il est logique que pour lui, comme pour la partie civile en matière de dommages et intérêts, soit admise la possibilité d'un appel face à une sanction jugée insatisfaisante à leurs yeux. Remettre en cause la capacité du ministère public de faire des appels incidents serait donc remettre en cause le principe même du parquet comme partie au procès, ce qui jusque-là n'a pas pu aboutir³⁰⁸.

A ce titre, et dans ce cadre plus général de peine pénal et de la procédure d'appel, l'ITF ne saurait faire l'objet d'un quelconque recours sur ce seul choix du contradictoire en appel.

B. Les critères requis pour le relèvement de l'ITF, contestables vis à vis du droit au procès équitable

Sur le terrain des critères, il semblerait que d'autres types de recours puissent être envisagés, qui viendraient améliorer l'effectivité de l'accès au juge. C'est le cas par rapport à l'exigence de situation requise en préalable d'une demande de relèvement, à l'égard de la personne condamnée (1). Ce ne serait pas le cas cependant pour les autres critères exigés (2) : ces derniers semblent peu propices à l'heure actuelle à tout recours juridictionnel.

1) Les critères de recevabilité de la requête en relèvement d'ITF, obstacles effectifs

La question du lieu depuis lequel on peut demander le relèvement est posée par deux problèmes.

³⁰⁷ Article 515 du code de procédure pénale.

³⁰⁸ Rappelons en effet que le parquet n'a pas été reconnu comme un magistrat au sens de l'article 5, mais pour autant il ne s'agissait jusqu'alors pas de remettre en cause sa qualité de partie elle-même : au contraire, c'est du fait de sa qualité de partie au procès, dans cette perspective, que le parquet ne pouvait tenir lieu de magistrat au sens de l'article 5. Si un choix serait fait au niveau de la Cour EDH ce serait donc plus en faveur d'un parquet reconnu comme une partie et non un juge impartial... – Bien sûr la question de l'égalité des armes serait une toute autre question.

Tout d'abord, l'appel pénal a, par principe, un effet suspensif. Mais, dès lors que la juridiction a jugé en première ou deuxième instance que la personne pouvait être sujette à une ITF³⁰⁹, il est possible pour le juge du siège d'ordonner des mesures exécutoires³¹⁰, et ce, même pour les catégories protégées de l'éloignement. Cela entraîne nécessairement des difficultés, puisque l'effectivité du recours ne saurait être entière : placée en centre de rétention administrative ou reconduite à la frontière, la personne ne connaît pas les mêmes conditions pour pouvoir exercer son recours³¹¹. Nous pourrions donc considérer que ces mesures nuisent à l'article 6 (droit au procès équitable y compris la présomption d'innocence) et l'article 13 (recours effectif). Ceci dit, un tel recours ne saurait conduire à une condamnation de la France, puisque la détention provisoire est en principe autorisée, et que, de ce fait, il semblerait que la Cour EDH ne considère pas que de telles mesures exécutoires violent la Convention EDH, sauf à prouver une atteinte ou un risque d'atteinte à un article de la Convention EDH, comme le risque de torture en cas de retour dans le pays d'origine³¹².

Ensuite, le lieu est encore une donnée problématique au moment de la demande de relèvement de l'ITF. L'article L 541-2 du CESEDA prévoit en effet des conditions strictes pour pouvoir demander le relèvement : par principe, être résident hors de France, , sauf si, par exception, la personne est détenue ou assignée à résidence. Ces conditions impliquent des situations assez problématiques. Un arrêt de 2007 rendu par la cour de cassation en témoigne³¹³ : le requérant travaillait et vivait en France depuis six ans. La cour d'appel a considéré que c'était « *une charge disproportionnée, rompant le juste équilibre qui doit exister entre le souci légitime d'assurer l'exécution des décisions de justice et le droit d'accès au juge*³¹⁴ », renvoyant même au respect de l'article 13 Conv EDH malgré les précisions d'une loi, dès lors qu'une loi ne saurait priver un individu de ses droits fondamentaux. En pratique, nous pouvons donc constater des « conséquences procédurales qui lui nuisent incontestablement³¹⁵ ». Comme le note Martine Herzog Evans³¹⁶, la Cour de Cassation a

³⁰⁹ Les sanctions pénales concernées comportent les interdictions prévues par l'article 131-10 du code pénal, et l'article 131-11 du code pénal déjà mentionné permet de faire connaître à ces peines le régime de peine principale.

³¹⁰ Article 367 du code de procédure pénale (matière criminelle) et article 471 du code de procédure pénale (matière délictuelle).

³¹¹ Voir les développements concernant l'arrêté d'expulsion et le caractère non-suspensif du recours. (préciser num page ou partie précise dans la table des matières)

³¹² Nous aborderons cette question au niveau de la décision fixant le pays de renvoi.

³¹³ Crim., 13 juin 2007, pourvoi n° 06-86065, Bull. crim. N°162.

³¹⁴ Arrêt de la Cour d'appel de Paris, 10^e chambre, 14 juin 2006, repris par la Cour de cassation.

³¹⁵ Martine Herzog-Evans, « Relèvement de l'interdiction du territoire : la violation de l'article 8§1 exception à la règle de la présence à l'étranger », *AJ Pénal*, 2007, n° 10, p. 435.

³¹⁶ *Ibid.*

finalement jugé irrecevable la demande du requérant parce qu'il n'y avait pas violation de l'article 8. Or le terrain argumentatif semblait plutôt se situer sur le terrain de l'article 6.

Est-ce à entrevoir ici une possibilité de recours dès lors qu'une atteinte à l'article 8 est envisageable en corrélation de cette problématique de l'article 13 sur ce terrain de l'exigence de résider hors de France en tous les cas ? Pierrette Poncela range en ce sens cette décision dans la continuité de décisions précédentes de la cour de cassation, en ce qu'il serait clair, selon elle, qu'il faille faire valoir une violation de l'article 8 pour pouvoir prétendre à une réponse favorable de la part de la chambre criminelle de la cour de cassation³¹⁷.

L'articulation entre l'article 13, l'article 8 et tout de même l'article 6 apparaîtrait donc comme un moyen de pouvoir nuancer cette condition préalable à la demande de relèvement déjà devant la Cour de Cassation, mais même devant la Cour EDH si la Cour de Cassation refuse un tel argumentaire finalement, – ou devant le Conseil constitutionnel, mais ce dernier semblerait moins propice en la matière. Une telle perspective rendrait indirectement l'accès effectif au juge plus réalisable sans contrevenir (trop) à la situation personnelle du requérant potentiel. Cette piste est d'autant plus intéressante qu'elle éviterait ainsi de passer par des mesures encore coercitives pour pouvoir faire valoir ses droits, au niveau de l'ITF.

2) L'impossibilité d'un recours sur les autres critères

Quant à eux, les autres critères requis pour l'appréciation du juge face à la demande de relèvement ne pourraient *a priori* ouvrir la piste de recours. Il s'agit simplement des critères de « personnalité », puisqu'un dossier de personnalité est alors préparé et nécessairement examiné et pris en compte pour justifier du refus du relèvement. Mais la personnalité recouvre de vastes critères : cela peut être le travail, les liens familiaux, les signes de changements de comportements et de réinsertion, etc.... En effet, ces derniers correspondent en pratique aux critères classiques d'aménagement de peines, alors même qu'il s'agit ici non pas d'aménager mais de supprimer la peine. En outre, ces critères ne sont limitativement énumérés nulle part dans le Code pénal³¹⁸, il s'agit donc bien d'une demande tout à fait casuistique, tout comme

³¹⁷ Pierrette Poncela, « Relèvement d'une interdiction du territoire français : faut-il résider hors de France, Crim. 13 juin 2007, n°06-86.065 », dans sa « Chronique de l'exécution des peines », *RSC 2008*, p. 415 : « La Chambre criminelle a en effet déjà eu l'occasion d'affirmer que toute décision de relèvement d'ITF doit prendre en compte la nécessité d'un « juste équilibre entre, d'une part les impératifs de sûreté publique, de prévention des infractions et de protection de la santé publique, et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée et familiale » (Crim. 25 mai 2005, Bull. crim. N°158) ».

³¹⁸ En effet, ni l'article 132-21 du code pénal, qui prévoit la possibilité d'une demande de relèvement, ni les articles 702-1 et 703 CPP qui en précisent les modalités ne prévoient de critères spécifiques d'appréciation.

l'appréciation opérée ensuite. Les critères sont laissés assez flous, mais ils restent de ce fait assez permissifs dans un sens comme dans l'autre, – c'est-à-dire dans un sens de refus comme d'accord, – et ce pour une demande de relèvement. Les critères ne sauraient donc être considérés comme contrevenant à des règles ou des exigences quelconques, même pas de légalité des délits et des peines puisque l'on se situe au niveau du relèvement et non du prononcé de la peine.

A ce titre, il convient d'écarter cette possibilité actuellement.

II. L'exigence de la proportionnalité en possible motif de recours

L'interdiction du territoire français une peine qui vient limiter la liberté d'aller et venir, même dans l'espace européen, même parfois à l'égard des catégories de personnes dite de protection relative. A ce titre de peine, elle doit respecter la question de la proportionnalité. Dès lors, la question de l'accès effectif au juge porte également sur l'effectivité ou non de l'examen de cette proportionnalité. L'exigence de proportionnalité permettrait dans un premier temps d'interroger le caractère perpétuel de la peine et l'effectivité du recours gracieux qui en découle (A). Dans un deuxième temps, le principe de la liberté de circulation au niveau de l'Union européenne permettrait également de pouvoir apprécier le respect de cette exigence (B). Dans un troisième temps, la position du Conseil constitutionnel concernant la proportionnalité et l'égalité du traitement mérite l'attention (C).

A. L'interdiction du territoire français perpétuelle et l'effectivité du recours gracieux devant la CEDH

La possibilité de recours supposerait au préalable un revirement concernant le champ d'application de la jurisprudence européenne relative aux peines perpétuelles, qui pour l'instant apparaît restreint (1). Ensuite, cela nécessite d'interroger la faculté du recours

Seule précision à l'article 702-1 CPP : « Lorsque la demande est relative à une déchéance, interdiction ou incapacité prononcée en application de l'article L. 626-6 du code de commerce, la juridiction ne peut accorder le relèvement que si l'intéressé a apporté une contribution suffisante au paiement du passif du débiteur. La juridiction peut accorder, dans les mêmes conditions, le relèvement des interdictions, déchéances et incapacités résultant des condamnations pour banqueroute prononcées en application des articles 126 à 149 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes. »

gracieux à constituer le possible espoir requis en la matière (2). Mais c'est peut-être par une jonction avec l'article 8 (3) plus renforcé qu'un tel recours prendrait plus de consistance.

1) Le champ d'application restreint de la jurisprudence CEDH relative aux peines perpétuelles

L'interdiction du territoire français peut être prononcée à titre définitif comme certaines interdictions de profession par exemple. Ce caractère définitif peut rendre la peine perpétuelle.

Si la perpétuité a été envisagée par la Cour EDH, c'est par le prisme de la peine d'emprisonnement et de l'article 3 de la Convention EDH, que ce soit dans l'arrêt *Vinter contre Royaume-Uni*³¹⁹, ou dans l'arrêt *Bodein contre France*³²⁰. La Cour précise dans le premier arrêt que la peine perpétuelle « n'est pas en soi prohibé[e] par l'article 3 ni par aucune autre disposition de la Convention et n'est pas incompatible avec celle-ci », cependant « là où le droit national ne prévoit pas la possibilité d'un réexamen, une peine de perpétuité réelle méconnaît les exigences découlant de l'article 3 de la Convention³²¹ » – raisonnement qu'elle confirme dans le second arrêt mentionné. Cette appréciation conduit à considérer donc la perpétuité comme une atteinte éventuelle à l'interdiction de traitements inhumains ou dégradants, d'une part, non pas en tant que telle mais par la nécessité pour la personne de maintenir un certain espoir de sortie. D'autre part, elle semble coordonner l'interdiction de peine incompressible *de jure et de facto*³²², à la gravité de la peine d'emprisonnement. En effet, si la Cour n'aborde la question que par ce prisme, et surtout eu égard à l'article 3, il semble que cela soit justifié par la privation de liberté extrême que constitue l'emprisonnement. De ce fait, l'interdiction du territoire français ne semblerait pas répondre à ce critère, le champ d'application y étant conçu comme relativement restreint.

Cependant, l'interdiction du territoire français constitue une privation de liberté, celle d'aller et venir, au même titre que l'interdiction de séjour : cette privation ne peut certes pas atteindre le seuil de gravité de l'article 3, mais cette sanction est souvent envisagée devant la Cour EDH sous l'angle de l'article 8 concernant la vie privée et familiale, ce en tout cas pour

³¹⁹ Cour EDH, Grande Chambre, 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 66069/09.

³²⁰ Cour EDH, 13 novembre 2014, *Bodein c. France*, req. n° 40014/10.

³²¹ Cour EDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, *op.cit.*, §106.

³²² Cour EDH, *Bodein c. France*, *op.cit.*, §54.

des étrangers de deuxième génération³²³. L'intérêt de l'article 3 pour l'efficacité d'un recours est qu'il apparaît indérogeable, contrairement à l'article 8, c'est-à-dire que lui est accordé un caractère primordial du fait des enjeux que de telles pratiques impliquent³²⁴.

Toutefois, pourrions-nous tout de même considérer qu'à défaut d'être indérogeable, l'article 8 exige un examen de proportionnalité de la mesure relativement strict ?

A ce titre, nous pourrions convenir que certes l'interdiction définitive du territoire français ne constituerait pas une atteinte disproportionnée à l'article 8 en tant que telle au moment du prononcé, mais que ceci dit, après des années, l'impossibilité d'établir un recours sur ce point serait contraire au respect de cet article. Il s'agirait d'établir un raisonnement parallèle entre les deux articles.

L'exigence de proportionnalité requise ressort de la jurisprudence européenne au regard de l'article 8 concernant la nécessité d'une certaine gravité par rapport aux liens du requérant assujetti à une mesure d'éloignement avec le pays en cause, et par rapport à son âge³²⁵. Ainsi la Cour reconnaît que par rapport à la situation de certaines personnes, l'atteinte ne saurait être justifiée même pour une durée limitée³²⁶. Cette jurisprudence est respectée par rapport aux catégories de personnes protégées établies en droit interne. Néanmoins, nous pourrions envisager un recours dès lors que la situation de la personne, par rapport à ces critères de liens familiaux, a évolué et donc qu'elle change le rapport de proportionnalité initialement établi – ce d'autant plus si le risque de récidive, de trouble à l'ordre public, venait à être amoindri du fait du comportement de la personne, qui par exemple, n'a fait l'objet d'aucune condamnation pénale depuis. Dès lors, le caractère définitif pourrait contrevenir à la Convention EDH eu égard à cette exigence de proportionnalité, c'est-à-dire que la perpétuité

³²³ Une peine incompressible de jure est une peine qui, selon les textes juridiques, selon le droit, est déjà théoriquement incompressible. La notion d'incompressibilité de facto renvoie à la question des conséquences pratiques du système juridique, c'est-à-dire comment une peine, dans les faits, devient incompressible, alors même que parfois le texte juridique prévoit une possibilité mais somme toute que théorique alors. Brigitte Jarreau, « L'éloignement des étrangers : interdiction définitive du territoire français (arrêts Ezzouhdi et Abdouni des 13 et 27 février 2001) », in Actes de la huitième Session d'information (arrêts rendus en 2001), Cahiers du CREDHO n° 8. Y est dit « Cette absence d'opposition de principe aux mesures d'éloignement du territoire a maintes fois été rappelée par la Cour. » A l'occasion de ces examens, la Cour a pu analyser l'ITF par rapport aux trois critères établis pour justifier la limite à l'article 8 : elle est prévue par la loi ; son but est légitime puisqu'il s'agit de la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales et la protection de la santé ; enfin, c'est sur la question de la nécessité dans la société démocratique que la Cour opère un contrôle de proportionnalité

³²⁴ Ainsi, l'article 3 ne peut se voir attribuer d'exceptions au titre de l'article 15 de la Convention EDH par exemple.

³²⁵ Cour EDH, Grande Chambre, 23 juin 2008, *Maslov c. Autriche*. – En l'espèce, il s'agissait d'un ressortissant bulgare établi en Autriche depuis l'âge de six ans, avec des liens et des attaches en Autriche et non en Bulgarie, et dont les infractions justifiant la mesure d'interdiction du territoire avaient été commises durant sa minorité, et surtout n'atteignaient pas un seuil de gravité suffisant aux yeux de la Cour. La violation de l'article 8 avait été admise par seize voix contre une.

³²⁶ *Ibid.* : une peine d'interdiction du territoire d'une durée de dix ans, et non définitive, avait été prononcée à l'encontre du requérant.

pourrait devenir une atteinte excessive aux droits et libertés de l'intéressé. Ce biais permettrait d'élargir l'application du raisonnement concernant la peine perpétuelle, dans une acception plus souple que pour l'article 3, puisque là il ne s'agirait pas de considérer que le caractère perpétuel sans possibilité légale de recours contreviendrait à la Convention en tant que tel, mais ce s'il se trouve face à une situation changée. Or un tel examen nécessite tout de même, *in fine*, la garantie d'un réexamen de la situation pour pouvoir être mis en œuvre.

Ceci dit, un tel recours paraît assez peu probable au vu de la marge d'appréciation bien plus large laissée aux Etats par la Cour EDH concernant les interdictions du territoire, ce qui limiterait *a priori* une telle évolution du champ d'application.

2) Le recours gracieux présidentiel comme seul impossible espoir

Si et seulement si le raisonnement proposé ci-dessus est tenu pour valide, il conviendrait dans un deuxième temps d'examiner les possibilités de recours prévues comme étant respectueuses du « droit à l'espoir³²⁷ ». La Cour européenne pointe l'incompressibilité *de jure* et *de facto*, comme cause de violation de la Convention³²⁸. Face à cela, il est donc nécessaire d'examiner les possibles espoirs, concrétisés et garantis par des manières d'empêcher ce caractère définitif, incompressible tant en droit qu'en fait³²⁹. Or concernant la peine d'emprisonnement, le raisonnement de la Cour laisse déjà perplexe.

Certes, elle considère dans un premier temps que le recours en grâce présidentielle ne constitue pas un mode d'élargissement suffisant, puisque qu'elle n'est « qu'une faveur accordée de manière discrétionnaire par le président de la République³³⁰ ». Tout comme la suspension pour motif médical, elle ne constitue pas « un mécanisme qui correspond à la notion de « perspective d'élargissement » pour des motifs légitimes d'ordre pénologique³³¹ ». De cette analyse, nous pourrions retenir concernant l'ITF que le mécanisme prévu pour celle

³²⁷ Damien Roets, « Du droit à l'espoir des personnes condamnées à la réclusion à perpétuité », in *Revue de Science Criminelle* 2013, p. 649. – Sandra Raulin, « Une occasion manquée de préciser la portée de l'arrêt Vinter dans une affaire concernant la France », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 décembre 2014, consulté le 3 mai 2016.

³²⁸ Cour EDH, *Bodein c. France*, *op.cit.*, § 54.

³²⁹ En *fait*, c'est-à-dire dans la pratique laissée effectivement par un droit qui certes octroie des possibilités mais que théoriques à ces réexamens. Autrement dit, c'est la question du réel examen de l'application du droit et de ses conséquences, et de sa nécessaire prise en compte afin d'évaluer la compatibilité du droit aux exigences de la Cour EDH.

³³⁰ Cour EDH, *Bodein c. France*, *op.cit.*, § 59.

³³¹ *Idem*.

prononcée à titre principal, qui n'est justement qu'un recours en grâce présidentielle, ne satisfait pas à l'exigence de la Cour EDH.

Mais, dans un second temps, la Cour admet le mécanisme d'examen possible auprès du Tribunal d'application des peines³³² comme satisfaisant à ses exigences, en considérant que ce système permet « un réexamen judiciaire de la période de sûreté perpétuelle, ouvert au ministère public et au condamné, dans la perspective de contrôler si des motifs légitimes justifient toujours le maintien en détention³³³ ». Si elle semble revenir quelque peu sur ce qu'elle affirmait dans l'arrêt Vinter³³⁴, la Cour strasbourgeoise n'exige pas pour autant un réexamen obligatoire, mais seulement une possibilité pour le requérant, et pour le tribunal. Elle n'examine dès lors pas les modalités de ce réexamen. Comme le regrette Sandra Raulin³³⁵, la Cour n'a pas précisé la notion d'incompressibilité *de facto*. Selon l'auteur, cela conduit à « rendre vain » ce « droit à l'espoir³³⁶ ». En effet, de ce fait, l'appréciation du tribunal requis est laissée tout à fait libre, puisque le tribunal peut *dans les faits* entraîner un caractère définitif et incompressible de la peine. Cette analyse entraîne *a fortiori* pour l'ITF une certaine inadéquation d'un tel recours, puisque le système de relèvement auprès du tribunal semble correspondre au cadre pour l'instant établi par la Cour EDH.

Cette notion d'incompressibilité *de facto* est en effet intéressante puisqu'il s'agit de considérer les modalités d'appréciation par les juges, notamment les critères : dès lors qu'une infraction est jugée particulièrement grave et dangereuse, il semblerait que la dynamique actuelle soit de considérer l'auteur et sa dangerosité³³⁷. Or ce dernier critère répond à un facteur pour lequel il est particulièrement difficile d'apporter une preuve contraire au niveau juridique, puisqu'elle est prise ou constatée par des experts psychiatriques, et surtout elle est envisagée en référence au passé pénal³³⁸. Pour les ITF prononcées à l'égard d'infractions à la législation sur les étrangers, cela ne pose pas de problème en ce que la dangerosité n'apparaît

³³² Il s'agissait en l'espèce de l'article 720-4 du CPP qui prévoit la possibilité pour le Tribunal d'application des peines d'octroyer à la fin de la période de sûreté un aménagement de peines.

³³³ *Ibid.*, § 60.

³³⁴ Elle n'entendait ni « dicter la forme (administrative ou judiciaire) que doit prendre un tel réexamen » ni de « dire à quel moment ce réexamen doit intervenir », dans l'arrêt Vinter, *op.cit.*, §120.

³³⁵ Sandra Raulin, « Une occasion manquée de préciser la portée de l'arrêt Vinter dans une affaire concernant la France », *op.cit.*

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ Geneviève Giudicelli-Delage considère ainsi que le glissement d'une « dangerosité personnelle » propre à celui qui commet une infraction à une « dangerosité personnifiée » liée alors à la nature de l'infraction aboutit à une évaluation de plus en plus objective de la dangerosité des individus, dans « Un monde (simple)ment habitable... », in *La dangerosité saisie par le droit pénal* sous la direction de G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges, Paris, Presses Universitaires de France, « Les voies du droit », 2011, 320 pages.

³³⁸ Pour plus de considérations doctrinales sur la notion de dangerosité dans le droit pénal, voir : Geneviève Giudicelli-Delage, Christine Lazerges, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, Presses Universitaires de France, « Les voies du droit », 2011, 320 pages.

pas comme un critère pris en compte par les juges, face à la gravité très moindre de l'infraction. Quant aux ITF prononcées à l'égard d'infractions comme le terrorisme ou la traite d'humains, au contraire, cette dynamique pénale actuelle peut poser problème, puisque le comportement passé semble induire des exigences plus grandes par les juges, surtout une appréciation de l'individu qui s'inscrit dans cette prise en compte du critère de la dangerosité.

De toute manière, la Cour EDH semble avoir validé les systèmes de rétention de sûreté³³⁹, où la dangerosité est un critère problématique. Le chemin est long avant qu'un regard favorable de la Cour pour notre cas soit porté sur la notion d'incompressibilité *de facto* et, *a fortiori*, sur les modalités et les critères de relèvement. Malgré l'argumentation de l'Observatoire international des prisons, appelant à la « la récusation d'une orientation pénologique dominée par l'élimination du risque³⁴⁰ », le « droit à l'espoir » consacré par la Cour EDH demeure pour l'instant une possibilité uniquement théorique. Aussi, « [i]l ne fallait pas s'attendre à ce qu'elle aille un pouce au-delà³⁴¹ ». Nous voyons donc que cette jurisprudence exclurait nécessairement les ITF définitives prononcées à titre complémentaire de ce type de recours, puisqu'aucune obligation positive d'interprétation ne pèse sur les Etats.

3) La jonction nécessaire avec l'article 8 de la Convention EDH dans une situation le justifiant

Toutefois, en se tournant vers la jurisprudence concernant les mesures d'éloignement, il peut être considéré aux yeux des juges strasbourgeois qu'un examen de proportionnalité doit être établi obligatoirement dès lors que la condamnation pénale remonte à longtemps, et que la personne a depuis entretenu des liens réguliers avec une personne de nationalité française comme partenaire de vie ou avec sa famille résident dans le pays prononçant l'interdiction du territoire : elle-même a pu constater que malgré 147 condamnations pénales, l'atteinte au respect de la vie privée et familiale par l'éloignement hors du territoire était disproportionnée³⁴².

³³⁹ Cour EDH, 21 octobre 2010 Grosskopf contre Allemagne. – Et pour la France, voir l'article de Raphaële CEDH, *X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in Giudicelli-Delage, G., Lazerges, Ch., *La dangerosité saisie par le droit pénal*.

³⁴⁰ Cour EDH, *Bodein c. France*, *op.cit.*, §52.

³⁴¹ Maud Léna, « La perpétuité réelle française ne constitue pas une peine inhumaine ou dégradante », *Dalloz actualité*, 17 novembre 2014.

³⁴² Cour EDH, arrêt du 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, Requête n° 12313/86 : en l'espèce, le requérant avait été condamné à 147 infractions, mais avait par ailleurs de forts liens familiaux en Belgique, puisque toute sa famille proche y vivait, qu'il y vivait depuis vingt ans et qu'il n'était retourné que deux fois dans son pays d'origine et ce pour de simples vacances.

Ceci dit, la Cour EDH semble hésiter quant à l'équilibre opéré entre les liens visés par l'article 8 et le but légitime des Etats. Dans un arrêt de 1992³⁴³, face à un passé pénal reconnu comme plus lourd que le cas d'espèce précédemment évoqué, la Cour reconnaît une violation de l'article 8 car la personne a été française pendant longtemps, née en France, qu'elle y vit depuis une quarantaine d'années, qu'elle ne parle pas la langue officielle du pays d'origine, et que la situation de la conjointe subirait un impact considérable face à une telle expulsion. Mais dans un arrêt de 1996³⁴⁴, la Cour ne reconnaît pas une telle violation pour un étranger ayant grandi depuis ses huit ans en France, parce qu'il a conservé la nationalité d'origine, qu'il a des liens autres que ceux de la simple nationalité, et surtout que l'infraction d'origine pèse « lourd dans la balance³⁴⁵ ». Il faut attendre l'arrêt *Boultif* contre Suisse en 2001³⁴⁶, pour que la Cour pose des critères plus stables : « *la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant, la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé, la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période, la nationalité des diverses personnes concernées, la situation familiale du requérant, par exemple la durée de son mariage, et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple, le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation familiale, la naissance d'enfants légitimes et, le cas échéant, leur âge*³⁴⁷ », tout en prenant également en considération l'impact sur l'époux ou l'épouse. L'affaire *Üner contre Pays-Bas*³⁴⁸ permet en outre de concevoir des critères décisifs : « D'une part, il n'a vécu que très peu de temps avec sa compagne et son premier fils et n'a jamais vécu avec le second. D'autre part, la Cour a estimé que les infractions pour lesquelles il avait été condamné, à savoir un homicide involontaire et des violences volontaires, « étaient d'une nature très grave »³⁴⁹. »

Si nous pouvons considérer que désormais la gravité de l'infraction semble être le « critère prédominant³⁵⁰ », il semblerait que l'atteinte à l'article 8 puisse *a contrario* être plus

³⁴³ Cour EDH, arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France*, Requête n° 12083/86.

³⁴⁴ Cour EDH, arrêt du 24 avril 1996, *Boughanemi c. France*, Requête n° 22070/93.

³⁴⁵ *Ibid.*, §44.

³⁴⁶ Cour EDH, 2^e section, arrêt du 2 août 2001, *Boultif c. Suisse*, Requête n° 54273/00.

³⁴⁷ *Ibid.*, §52.

³⁴⁸ Cour EDH, Grande Chambre, arrêt du 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, Requête n° 46410/99.

³⁴⁹ Céline Chassang, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, Thèse pour le doctorat en droit, présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2013, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, §489.

³⁵⁰ Henri Labayle, « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale », in H. Fulchiron (Dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999, p. 99. – Voir également

facilement marquée dès lors que l'infraction n'est pas considérée comme aussi grave que les différentes infractions mentionnées dans les arrêts ci-dessus. Or l'ITF définitive prononcée à titre principal répond *a priori* à des faits pour lesquels le tribunal n'a pas estimé la peine d'emprisonnement comme étant proportionnée. Nous pourrions dès lors établir qu'*a fortiori*, une ITF de ce type ne saurait justifier une atteinte à l'article 8 pour toute personne qui peut témoigner d'une situation personnelle répondant aux critères évoqués, même si au moment des faits elle n'appartenait pas à une catégorie protégée³⁵¹.

De ce fait, nous pourrions en déduire que si depuis le prononcé de la peine d'ITF définitive à titre principal la personne a établi de forts liens en France, que sa famille y réside, la proportionnalité devrait retenir plus fortement l'attention du juge français, et ce même si la peine est définitivement prononcée³⁵² : c'est la violation d'un droit fondamental qui est en jeu. Toutefois, il convient de nuancer cette possibilité avec ce qui a pu être constaté dans l'affaire *De Souza Ribeiro contre France*, quant au choix en demi-teinte des juges strasbourgeois³⁵³.

Ainsi, un recours auprès de la Cour EDH³⁵⁴ serait envisageable pour l'ITF définitive si la Cour admet l'examen du caractère perpétuel de la peine au regard d'un autre article de la convention que l'article 3. Il faudrait qu'elle élargisse le champ d'application de sa jurisprudence actuelle à toute peine entraînant une privation de liberté, au sens plus large que l'emprisonnement, prononcée à titre définitif.

Si la Cour admet les mêmes critères d'appréciation suite à un tel élargissement, alors cela permettrait d'ouvrir, pour les ITF définitives prononcées à titre principal, la question du « droit à l'espoir » par rapport à la grâce présidentielle. Mais cela ne fonctionnerait pas pour les ITF complémentaires étant donné l'état de la jurisprudence actuelle, même pour l'emprisonnement à perpétuité – à moins que la Cour ne revienne sur l'incompressibilité *de*

Isabelle Huet, « La double peine et la Convention européenne des droits de l'homme », in P. Lambert, C. Pettiti (Dir.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 63 ; et dans ce même recueil, Michel Puéchavy, « Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », pp. 84-85.

³⁵¹ Cela pourrait peut-être être mis en avant à l'occasion d'un arrêté de reconduite à la frontière pris à l'encontre d'un étranger pris sur le territoire français, ou d'un arrêté d'expulsion, ou de poursuites pour infraction à l'ITF. Mais comme la reconduite à la frontière est « de plein droit », il semblerait qu'aucun recours n'y serait pertinent.

³⁵² *A fortiori*, un tel recours pourrait être envisagé dès le départ, mais il semblerait que la catégorie protégée pourrait suffire à jouer ce rôle en droit interne. Ce qui nous intéresse ici est le cas justement où la personne connaît une évolution de sa situation, de telle sorte que des années plus tard il entrerait dans les conditions de la catégorie protégée.

³⁵³ Voir les développements précédents, pp. 29 et suivantes.

³⁵⁴ Rappelons toutefois que « [m]algré l'influence bénéfique que peut avoir la cour de Strasbourg, il faut rappeler que ses décisions n'ont ni force exécutoire – et peuvent dès lors être ignorées par les États condamnés –, ni effet suspensif – ce qui permet l'exécution de l'éloignement avant même que la cour se soit prononcée, d'autant qu'il faut en moyenne de trois à quatre années pour qu'elle rende sa décision. » comme le rappelle le guide du Gisti. Toutefois, la Cour peut demander la prise de mesures provisoires comme la suspension aux Etats.

facto. Il faudrait en sus joindre les deux possibilités évoquées ici, à savoir cette jurisprudence concernant les peines perpétuelles et la protection de l'article 8 dans un cas le justifiant, pour pouvoir peut être permettre le regard européen souhaité par rapport à la violation de l'article 13 joint à l'article 8 par la peine perpétuelle que constituerait une ITF définitive prononcée à titre principal sans possibilité de recours effectif autre que l'appel classique sous 10 jours.

B. La liberté de circulation et la proportionnalité au niveau de la CJUE

Le cadre de l'Union européenne peut permettre d'interroger tout d'abord la légitimité du maintien de cette peine concernant les ressortissants européens en priorité (1) : à défaut d'une suppression, *a priori* inenvisageable pour l'instant, cela permettrait d'exiger un examen de proportionnalité plus strict, surtout en matière de peine d'interdiction définitive du territoire français (2).

1) Les catégories protégées au niveau de l'Union européenne comme requérants privilégiés

La compétence de la Cour de justice de l'Union européenne repose sur le caractère transnational que suppose la peine de l'interdiction du territoire français, puisqu'il s'agit d'une atteinte à la liberté de circulation entre les pays de l'Union européenne. Qu'importe que cela concerne un ressortissant d'un pays tiers ou un ressortissant d'un pays membre de l'Union européenne. Ceci dit, les développements ci-dessous apparaissent plus forts encore dès lors qu'il s'agit de ressortissants européens.

En effet, au niveau de l'Union européenne, l'interdiction du territoire est admise par principe pour les ressortissants européens. La liberté de circulation est un principe érigé par le Traité de Maastricht en attribut de la citoyenneté européenne. Elle est rappelée à l'article 20 du TFUE³⁵⁵. Mais l'article 21 du même traité permet une réserve admise par les limitations et les conditions prévues. Si la citoyenneté européenne forme « le statut fondamental des ressortissants des Etats membres³⁵⁶ », pour autant, elle n'est pas inconditionnelle. Les motifs

³⁵⁵ 1° pour la citoyenneté européenne en surplus de la citoyenneté nationale, et 2° pour la liberté de circulation.

³⁵⁶ CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*.

d'ordre public et de sécurité publique, prévus à l'article 45§3 et 52 du TFUE³⁵⁷, permettent de déroger au principe. Certes, « les circonstances qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre³⁵⁸ », mais certaines infractions ne semblent pas poser de problème de ce côté-là, comme celle de terrorisme par exemple³⁵⁹. En effet, alors que le Conseil d'Etat pose une question préjudicielle, quant à savoir s'il est possible de prononcer des interdictions partielles de résidence à l'égard d'un ressortissant espagnol, la Cour répond surabondamment en validant cette possibilité d'une part, mais en ajoutant encore que la gravité du comportement de l'individu peut aussi impliquer la mesure plus radicale d'éloignement total du territoire d'autre part³⁶⁰, alors même que telle n'était pas la question.

Or au niveau français, généralement les catégories protégées de l'éloignement³⁶¹, supposent, comme justification d'un prononcé d'interdiction du territoire français, un trouble à l'ordre public plus grave avec l'exigence, par exemple, d'une motivation particulière. Les catégories protégées se déclinent selon deux types de protection. L'une est dite absolue selon l'article 131-30-2 du code pénal³⁶². L'autre est relative selon l'article 131-30-1 du même code³⁶³, où la décision doit alors être motivée et proportionnée. Ces deux protections disparaissent si l'infraction a été commise à l'égard du conjoint ou de l'enfant de la personne concernée par l'ITF, ou si l'étranger a porté atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation,

³⁵⁷ L'article 52 dispose : « Les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique » ; et l'article 45 §3 précise : « Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique »

³⁵⁸ CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74, *Van Duyn*.

³⁵⁹ A noter : les ressortissants européens ne peuvent être poursuivis pour des faits d'entrée et de séjour irréguliers.

³⁶⁰ CJCE, 26 novembre 2002, aff. C-100/01, *Ministère de l'Intérieur c/ Aitor Oteiza Olazabal*.

³⁶¹ C'est à la personne qui comparait devant le tribunal d'apporter les éléments prouvant qu'elle appartient à une de ces catégories protégées.

³⁶² Au niveau interne, est protégé sauf s'il a commis une infraction grave : l'étranger ayant sa résidence habituelle en France depuis l'âge de 13 ans, l'étranger ayant sa résidence régulière en France depuis plus de 20 ans ; l'étranger ayant sa résidence régulière en France depuis plus de 10 ans et qui justifie de plus de 4 ans de mariage avec un Français ou avec un étranger présent en France depuis l'âge de 13 ans, l'étranger parent d'enfant français et qui réside régulièrement en France depuis plus de 10 ans ; l'étranger malade dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi, sauf circonstance humanitaire exceptionnelle.

³⁶³ En outre, l'interdiction du territoire français doit être motivée et proportionnée pour : les parents d'enfant français ; les conjoints de Français qui justifient d'une vie commune supérieure ou égale à 3 ans ; les étrangers ayant leur résidence régulière en France depuis plus de 10 ans (depuis plus de 15 ans s'ils ont été étudiants durant cette période), les étrangers titulaires d'une rente accident du travail ou de maladie professionnelle servie par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente est égal ou supérieur à 20 %. Il s'agit alors d'une protection relative.

en cas de terrorisme, d'infractions en matière de groupes de combat dissous ou d'infractions en matière de fausse monnaie.

C'est bel et bien vis-à-vis de ces catégories protégées que peut être envisagé un recours justement dû à cette exigence de proportionnalité et d'adéquation de la mesure que posent le Traité et la jurisprudence de la Cour de justice. La question de la proportion apparaît tantôt au regard du degré de gravité de l'infraction, qui justifierait la levée de la protection, tantôt au regard de la motivation qui doit souligner en quoi la mesure est proportionnée eu égard à la situation personnelle de la personne³⁶⁴, ou encore au regard du lien entre l'auteur et les victimes. Notons que ce dernier lien peut être considéré comme un facteur de proportionnalité, puisqu'il est envisagé par le Code pénal comme une circonstance aggravante³⁶⁵. Les catégories protégées présentent en ce sens un intérêt particulier pour un recours auprès de la Cour de justice, qui devra, de fait, se montrer plus rigoureuse quant au contrôle d'adéquation avec le droit européen, plus particulièrement sur la justification au regard de l'ordre public et de la sécurité publique au titre de l'article 52 du TFUE. Mais encore une fois, ce report sur le critère de l'ordre public, peu clair et précis, permettrait de considérer que toute infraction pénale est par définition un trouble à l'ordre public.

2) La proportionnalité exigée pour limiter cette liberté au centre éd'un recours

Les catégories protégées de l'éloignement requièrent une motivation spéciale de la part de celui qui prononce la peine d'ITF et doivent bénéficier d'un examen plus strict concernant la proportionnalité de la mesure. De ce fait, la condition de proportionnalité nécessaire peut être remplie au moment du prononcé de la peine, et venir justifier une peine même définitive. Nous ne pouvons contester cette proportionnalité en ce que les exigences françaises concernant les catégories protégées (motivation particulière, trouble grave à l'ordre public, etc.) répondent aux exigences européennes – la marge d'appréciation des Etats est assez large en la matière semble-t-il. Toutefois, la question de la proportionnalité entre ordre public et respect des droits fondamentaux pourrait justifier un recours car les facteurs retenus pour justifier le caractère de proportionnalité de la peine d'ITF peuvent perdre de leur consistance

³⁶⁴ D'ailleurs la Cour de cassation a pu invalider des arrêts ayant justifié la levée de l'infraction au seul regard de la gravité de l'infraction pour les catégories de protection relative, en matière correctionnelle en tout cas. A ce dernier titre, la gravité de l'infraction serait donc la seule condition pour lever la protection dès lors qu'il s'agit de matière criminelle ? – Voir par exemple, Crim., 12 janvier 2000, Bull. crim. n° 22 ; Crim., 27 avril 2000, Bull. crim. n° 172 ; Crim., 11 janvier 2001, pourvoi n° 00-82609.

³⁶⁵ Notamment pour les violences volontaires par exemple.

après un certain moment. En effet, la situation de la personne peut évoluer. C'est d'ailleurs la raison qui permet de concevoir une possibilité de relèvement de l'ITF. Le décalage entre la proportion et l'adéquation initiales et celles observées au moment où la personne cherche à être relevée de la peine, serait un terrain opportun.

« Les mesures d'ordre public ou de sécurité publique y sont définies comme devant être fondées « *exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet* ». Par ailleurs, il est précisé que « *la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures* »³⁶⁶. »

De ce fait, il semblerait donc que la seule infraction pénale ne suffit pas pour motiver une mesure d'éloignement : si l'ITF constitue non pas une simple mesure d'éloignement mais une peine effectivement attribuée selon le comportement initial du prévenu, le principe de liberté de circulation propre à l'Union européenne, s'il exige dans la mesure d'éloignement une proportion par rapport au comportement actuel de la personne en écartant la seule existence de condamnations pénales, suppose que le même mécanisme puisse être appliqué dès lors qu'il ne semble plus correspondre au comportement de l'individu. Ainsi, il s'agirait de faire prévaloir le principe de réhabilitation possible des condamnés, normalement admis par ailleurs en droit national.

La demande de relèvement est, rappelons-le, facultative et surtout requiert que la personne prouve par elle-même qu'elle ne répond plus à ce qui justifiait la proportionnalité de la mesure. Nous pourrions envisager d'établir un recours auprès de la CJUE sur le fait que la charge de la preuve³⁶⁷ pèse sur l'individu, notamment et même s'il répond à une des catégories protégées, alors que le principe est celui de la liberté de circulation pour les ressortissants européens. Puisque cette dernière est le principe, il conviendrait que l'exception reste et demeure à la charge de l'Etat quant à prouver qu'elle est justifiée. C'est à l'Etat de prouver qu'il y a atteinte à l'ordre public, et que la mesure est adaptée et proportionnée. Ainsi nous pourrions estimer qu'une exigence de proportionnalité devrait être retenue, pour qu'en matière d'ITF définitive, le réexamen soit obligatoire avec une analyse nécessaire de l'Etat pour prouver qu'elle est encore proportionnée et adéquate, et non l'inverse.

³⁶⁶ Adèle Dencour, Emmanuelle Andres, « La France crispée sur son ordre public », *Plein droit* 2/2001 (n° 49), p. 24-27.

³⁶⁷ Nous ne parlons pas ici du fait que c'est au requérant de dire et montrer qu'il appartient à une catégorie protégée. En effet, cela ne saurait être remis en question de manière générale puisque l'on ne peut exiger de l'Etat le don d'ubiquité, – sauf à démontrer que le juge ne pouvait ignorer qu'il appartenait à une catégorie protégée, mais cela ne saurait s'inscrire correctement dans les textes. Nous parlons ici de la preuve d'une proportionnalité changée.

A cet égard, il n'est pas anodin que la deuxième proposition de la commission Chanet eût été de limiter le recours à l'ITF définitive, étant donné sa gravité, aux crimes encourant la réclusion ou la détention criminelle à perpétuité³⁶⁸, « proposition qui n'a pas été suivie d'effet³⁶⁹ ». La gravité de l'infraction aurait pu permettre en effet, puisqu'elle justifie un emprisonnement à perpétuité, de justifier cette ITF définitive, plus que pour des infractions plus minimales. Qu'en est-il donc pour des recours au niveau interne ?

C. Egalité et proportionnalité des peines rejetées par le Conseil constitutionnel

Lors d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)³⁷⁰, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 786 al. 3 du Code de procédure pénale³⁷¹ était conforme à la constitution : décision claire prise par le Conseil (1) qui vient valider le mécanisme de l'ITF définitive prononcée à titre principal mais qui reste potentiellement prometteuse par la redirection suggérée par le Conseil lui-même pour élaborer le recours : il n'était en effet pas saisi des dispositions générales relatives à l'ITF mais par le seul biais de

³⁶⁸ Christine Chanet (présidente), *Les peines d'interdiction du territoire – Commission de réflexion*, Rapport publié à la Documentation française, rendu le 18 novembre 1998. – La commission Chanet est une commission de réflexion missionnée par Elizabeth Guigou, alors Garde des Sceaux, en juillet 1998. Dans sa lettre développant et invitant Madame Chanet à organiser une telle réflexion, après avoir rappelé un contexte d'événements douloureux montrant les conséquences du prononcé de l'ITF, et les engagements internationaux de la France, la Ministre de la Justice écrit : « C'est la raison pour laquelle, à la suite de la mission confiée par M. Le Premier ministre à M. Galabert, Conseiller d'Etat, relative aux « grévistes de la faim » de Lyon, j'ai décidé de mettre en place une commission interministérielle qui devra mener un travail de réflexion et d'étude sur le prononcé des peines d'interdiction du territoire à l'égard de ces étrangers ayant des liens familiaux et privés forts avec la France. La documentation Française : Les Peines d'interdiction du territoire : Commission de réflexion présidée par Christine Chanet Je vous charge de diriger les travaux de cette commission qui procédera à l'audition de magistrats, de fonctionnaires et d'associations, comme de personnalités particulièrement intéressées par l'application de la loi pénale dans ce domaine. Ce travail de réflexion et d'étude que je souhaite voir aboutir avant le 15 novembre de cette année, permettra de formuler des propositions au Gouvernement relatives à l'action publique dans le domaine de l'application des peines d'interdiction du territoire. » (Cette lettre constitue l'incipit du rapport. Cette commission a donc rendu ce travail dans ce cadre et élabore, tout au long, des séries de propositions visant à palier les écueils constatés.

³⁶⁹ Céline Chassang, *L'étranger et le droit pénal*, op.cit., §153.

³⁷⁰ Décision n° 2015-501 QPC du 27 novembre 2015. La QPC était transmise par la Cour de cassation le 23 septembre 2015 concernant un étranger condamné à une peine d'interdiction du territoire français définitive et principale.

³⁷¹ L'article en question dispose : « La demande en réhabilitation ne peut être formée qu'après un délai de cinq ans pour les condamnés à une peine criminelle, de trois ans pour condamnés à une peine correctionnelle et d'un an pour les condamnés à une peine contraventionnelle.

Ce délai part, pour les condamnés à une amende, du jour où la condamnation est devenue irrévocable et, pour les condamnés à une peine privative de liberté, du jour de leur libération définitive ou, conformément au dernier alinéa de l'article 733, du jour de leur libération conditionnelle lorsque celle-ci n'a pas été suivie de révocation. A l'égard des condamnés à une sanction pénale autre que l'emprisonnement ou l'amende, prononcée à titre principal, ce délai part de l'expiration de la sanction subie. »

l'article prévoyant la réhabilitation. Face à cette décision, il conviendrait de voir si des approches alternatives sont possibles (2).

1) Une décision claire prise par le Conseil, potentiellement prometteuse

La décision du Conseil suit une argumentation en deux temps : par rapport au principe d'égalité devant la loi et la justice, puis par rapport au principe de proportionnalité des peines. Si la décision du Conseil laisse une certaine porte ouverte, présageant une rupture d'égalité potentiellement prometteuse (a) ;, de par son argumentation, la question de la proportionnalité semble moins intéressante pour un autre recours (b).

a. Une rupture d'égalité prometteuse sur le terrain de l'ITF et de la réhabilitation judiciaire

Tout d'abord, il s'agissait d'un recours, sous la forme d'une QPC, devant le Conseil constitutionnel, concernant une rupture d'égalité entre l'ITF définitive prononcée à titre complémentaire, et celle à titre principal, sur le terrain de la réhabilitation judiciaire. En effet, les requérants ont choisi d'aller devant le conseil constitutionnel non pas sur le terrain de la différenciation entre la grâce présidentielle (seul recours gracieux possible contre l'ITF à titre de peine principale) et la demande de relèvement (recours gracieux supposant des conditions restrictives de recevabilité), mais sur un terrain qui devait correspondre aux peines en général : celui de la réhabilitation judiciaire.

L'ITF complémentaire dépend du mécanisme de réhabilitation mis en place par rapport à la peine principale : c'est-à-dire une amende ou plus généralement une peine d'emprisonnement. Ces dernières connaissent en effet une date d'« expiration » comme exigée à l'article 786 al.3 du Code de procédure pénale. Or l'ITF, si elle est définitive, ne peut par définition pas connaître de date d'expiration. Pourtant l'ITF, si elle est finalement érigée au statut de peine principale, ne peut désormais plus connaître d'une telle extinction par dépendance à une peine d'emprisonnement ou d'amende. Mais le Conseil écarte très clairement le grief tiré d'une méconnaissance du principe d'égalité.

Ceci dit, il convient de reprendre une précision du Conseil constitutionnel, à son considérant 5 : « *Considérant, en premier lieu, que les dispositions contestées sont relatives à la computation du délai à l'issue duquel une demande en réhabilitation judiciaire peut être formée ; que le Conseil constitutionnel n'est pas saisi des dispositions instituant la peine* »

d'interdiction définitive du territoire français ; que, dès lors, le grief tiré de ce que le troisième alinéa de l'article 786 du code de procédure pénale méconnaîtrait le principe d'égalité devant la loi et la justice au motif que l'interdiction définitive du territoire français ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'un étranger est inopérant. »

De ce passage, le Conseil semble laisser la porte ouverte à un tel recours dès lors qu'il serait saisi également des dispositions instituant la peine elle-même, et non pas seulement la disposition relative à la réhabilitation judiciaire. Cette perspective semble corroborée par la formulation du considérant 6 lorsque le Conseil explique que la différence de traitement « est en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit », c'est-à-dire, au vu de la précédente précision, au seul regard de la loi concernant la réhabilitation judiciaire.

Le Conseil écarterait-il donc un tel moyen dès lors qu'il serait saisi des dispositions de l'ITF également ? Claire Saas estime que cette décision écarte l'argument sans en saisir le contexte procédural : « le requérant entendait bien contester le régime de l'exécution, non le principe même de l'interdiction du territoire français, ce qui était impossible à l'étape procédurale où il se trouvait³⁷². » De ce fait, un tel recours nécessite d'être formé à l'étape procédurale adéquate, c'est-à-dire au moment du prononcé, et non au moment de la demande de réhabilitation.

Il s'agirait alors d'établir un recours sur la rupture d'égalité produite par la jonction des deux dispositions, à savoir sur les dispositions relatives à la réhabilitation judiciaire et sur les dispositions relatives à l'ITF, avec le même argumentaire, mais dans l'élargissement nécessaire de la saisine comme le suggère le Conseil Constitutionnel.

b. La question de la proportionnalité, une piste moins prometteuse

Le Conseil écarte également le grief qui est fait à l'art L.783a16 du CPP tiré de la méconnaissance du principe de proportionnalité des peines, mais dans une argumentation qui semble hermétique à tout autre recours. En effet, le Conseil admet d'emblée sa compétence comme limitée au seul rôle de s'assurer qu'il n'y a aucune « disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue³⁷³ ». Ceci dit, il admet la prise en compte du régime juridique d'exécution de la peine, ce qui lui permet de statuer sur la question. Mais la Haute juridiction

³⁷² Claire Saas, « Interdiction définitive du territoire français prononcée à titre principal : une peine perpétuelle faute de réhabilitation – Conseil constitutionnel 27 novembre 2015 », *AJ pénal* 2016, p. 142.

³⁷³ Décision n°2015-501, *op.cit.*, considérant 8.

constate d'une part qu'il s'agit d'une variation due à la nature de l'infraction, laissant donc par principe le soin au législateur de l'évaluation. D'autre part, il mentionne les différentes autres possibilités adjointes à la peine d'interdiction du territoire français ainsi prononcée³⁷⁴, pour finalement en conclure qu'il n'y a pas de violation au principe de proportionnalité.

Certes, cette solution semble correspondre à la prise de position de la Cour de Cassation³⁷⁵, mais elle pourrait contrevenir éventuellement à la jurisprudence de la CEDH ou de la CJUE si les recours précédemment évoqués, – concernant les exigences de proportionnalité, que ce soit en terme de peine perpétuelle ou en terme de peine contrevenant aux principes fondateurs de l'Union européenne de liberté de circulation et d'obligation étatique à justifier de la constante proportionnalité³⁷⁶, – venaient à être fructueux. Toutefois, cette jurisprudence traite de la réhabilitation judiciaire, c'est-à-dire un mécanisme très peu mis en pratique. Il s'agirait plutôt de concevoir un tel recours comme une étape nécessaire pour pouvoir ensuite établir des recours au niveau de la rupture d'égalité induite par d'autres articles du Code de Procédure Pénale, comme celle du relèvement ou celle des aménagements de peine³⁷⁷.

2) Des approches alternatives possibles ?

a. L'absence de proportionnalité dans l'application stricte du régime de la peine principale sur la peine complémentaire venant se substituer à l'amende ou l'emprisonnement

Plus généralement, le régime de peine principale est appliqué aux peines complémentaires quand celles-ci sont érigées au rang de peine principale. Si la volonté était

³⁷⁴ Considérant 11 : « Considérant, d'autre part, que lorsqu'une personne a été condamnée à titre principal à une peine autre que l'emprisonnement ou l'amende, sans limite de durée et imprescriptible, elle ne peut ni former une demande en réhabilitation judiciaire ni bénéficier d'une réhabilitation légale ou d'un relèvement ; que, dans cette hypothèse, le condamné peut toutefois être dispensé d'exécuter la peine s'il est gracié ; que sa condamnation peut être effacée par l'effet d'une loi d'amnistie ; qu'en application de l'article 789 du code de procédure pénale, il peut bénéficier d'une réhabilitation judiciaire s'il a rendu des services éminents à la France ; qu'il bénéficie des dispositions du troisième alinéa de l'article 769 du code de procédure pénale, qui prévoit le retrait du casier judiciaire des fiches relatives à des condamnations prononcées depuis plus de quarante ans, dès lors que l'intéressé n'a pas été condamné à une nouvelle peine criminelle ou correctionnelle ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées ne sont pas manifestement contraires au principe de proportionnalité des peines. »

³⁷⁵ Crim., 7 janvier 2009, pourvoi n° 08-82892. – La Cour y estime que même la peine complémentaire d'ITF définitive est imprescriptible. Elle précise en outre que « seules les peines susceptibles de recevoir une exécution forcée sont atteintes par la prescription », or ce ne peut pas être le cas de l'ITF.

³⁷⁶ Voir le chapitre II, I., A et B, concernant les recours près la Cour EDH ou la CJUE envisagés.

³⁷⁷ Voir dans cette section, pp. 70 et suivantes.

celle d'une meilleure individualisation et d'une loi plus adaptée, il semblerait que l'effet inverse soit produit par l'exclusion du mécanisme de relèvement. Il est paradoxal de constater que lorsque la peine d'ITF est prononcée à titre définitif, il est plus compliqué d'en « sortir » que lorsqu'elle est prononcée à titre de peine complémentaire à l'incarcération, alors même que cette peine traduit une perception de l'infraction commise comme proportionnellement moins grave que celle ayant entraîné une peine d'emprisonnement.

Le rapport de la commission Chanet parle d'ailleurs d'une « perversion du système³⁷⁸ », puisque la peine supposée plus clémentaire s'avère, dans les faits, beaucoup plus dure que la peine d'emprisonnement : les personnes encourant ces peines préféreraient même une peine d'emprisonnement – cette perversion provient en ce sens également des avocats qui pensent obtenir une peine plus clémentaire dès lors que la prison est évitée³⁷⁹. Nous pourrions donc considérer que le principe de proportionnalité n'est pas atteint, au regard de l'effet de la peine, contrairement à ce qu'indiquerait en corollaire de l'article 130-1 du Code pénal³⁸⁰, car c'est supposément en faveur de l'individu, de la personnalisation, et de l'adéquation proportionnelle de la peine, qu'a été imaginé ce mécanisme consistant à sortir de la dualité amende/prison pour les peines principales. Or l'effet inverse est ici obtenu, ce qui permet de considérer que, eu égard à la politique pénale du législateur, le principe de proportionnalité de la peine n'est pas respecté lorsque l'interdiction du territoire français, est érigée en peine principale..

Cette voie est renforcée par l'article 131-11 du Code pénal, celui là-même qui confère à la juridiction pénale la compétence de prononcer pour les délits une peine complémentaire de l'article 131-10 (dont l'ITF) à titre principal. Son deuxième alinéa prévoit en effet que la juridiction puisse « *fixer la durée maximum de l'emprisonnement ou le montant maximum de l'amende dont le juge d'application des peines pourra ordonner la mise à exécution en tout ou partie [...] en cas de violation par le condamné des obligations ou interdictions résultant des peines prononcées. [...] L'emprisonnement ou l'amende [...] ne peuvent excéder les peines encourues pour le délit pour lequel la condamnation est prononcée, ni celles prévues par l'article 434-41³⁸¹.* » Ces précisions permettent donc de concevoir réellement la peine

³⁷⁸ Rapport de la commission Chanet, *op.cit.* – Cité par Céline Chassang, *L'étranger et le droit pénal, op.cit.*

³⁷⁹ Voir le chapitre II, III., B. concernant l'action de formation et d'information à l'égard des avocats.

³⁸⁰ La loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales a en effet instauré ce nouvel article ainsi : « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions :

1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ;

2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion. »

³⁸¹ Ce dernier article est celui qui érige en infraction la violation de la peine complémentaire d'interdiction.

complémentaire érigée au rang de peine principale comme s'y substituant à la *faveur* initialement du condamné : la peine de prison est tout de même prévue *in fine* si le condamné ne respecte pas cette *faveur*. C'est bien la preuve que l'idée était de permettre une proportionnalité plus adéquate et moins répressive, plus adaptée à la personne jugée comme ayant commis un délit.

Ceci dit, un tel recours impliquerait finalement que le législateur prévoit un régime différencié pour toutes ces peines pénales complémentaires érigées à titre de peines principales, puisqu'il s'agirait de convenir alors que la peine principale ne peut avoir le même régime si elle était initialement peine complémentaire ou si elle est toujours et dès le départ conçue comme une peine principale. Il convient en outre de rappeler que le Conseil Constitutionnel a pu estimer que « le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ne saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions ; il n'implique pas davantage que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction³⁸². » Il ne faudrait donc pas se situer sur le terrain de l'individualisation, mais bien de la proportionnalité et de l'égalité.

b. Egalité et proportionnalité face aux aménagements de peine méconnues par les règles de compétence

Plus encore, une QPC, via le filtre de la Cour de Cassation, permettrait de résoudre des situations problématiques perçues notamment en matière d'aménagements de peine pour les personnes sous le coup d'une interdiction du territoire français. Dans le cas de l'ITF, complémentaire (surtout définitive), la répartition des compétences, entre le juge du prononcé de la peine et le juge d'application des peines, limite l'effectivité de l'accès au juge en matière d'aménagements de peine.

Un cas de suspension de peine³⁸³ peut ainsi mériter l'attention. Condamné à trente ans de réclusion criminelle pour des infractions terroristes, un individu est atteint de sclérose en

³⁸² Cons. Const. DC du 9 août 2007, n° 2007-554, décision rendue par rapport à la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, et l'article 132-24 CP qui dispose que « les peines peuvent être personnalisées selon les modalités prévues à la présente section. »

³⁸³ La suspension de peine pour motif médical est prévue à l'article 720-1-1 du code de procédure pénale. Elle relève de la compétence des juridictions d'application des peines (soit le juge, soit le tribunal). Le premier alinéa dispose : « Sauf s'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction, la suspension peut également être ordonnée, quelle que soit la nature de la peine ou la durée de la peine restant à subir, et pour une durée qui n'a pas à être déterminée, pour les condamnés dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le

plaques. Le tribunal d'application des peines a accepté la suspension de peine pour raisons de santé à deux conditions : s'il obtient le relevé de son interdiction définitive du territoire français et s'il exécute sa libération en dehors de son département d'origine, lié à la commission de l'infraction.

Ces deux conditions révèlent deux difficultés juridiques. En effet, le relèvement de l'ITF permettrait l'application de cet aménagement de peine ici essentiel étant donné l'état de santé de la personne, qui nécessite un traitement lourd et particulier. Mais, le relevé de l'interdiction du territoire français ne dépend pas du juge d'application des peines mais du juge du prononcé de la peine³⁸⁴. Ce mécanisme montre donc un hiatus dans l'attribution des compétences entre juge de la condamnation et juge d'application des peines : certes, puisqu'il s'agit d'une peine prononcée et rendue définitive, cette dernière ne saurait permettre une alternative sans revenir finalement sur la condamnation initiale, mais en l'occurrence le relèvement est dépendant de l'aménagement de peines, puisque si le juge accorde un tel relèvement, ce sera pour les raisons de santé *a priori*. En même temps, l'aménagement de peines est dès lors soumis au relèvement : l'interdépendance des mesures constate donc un enchevêtrement complexe de compétences, défavorable pour la personne alors même qu'il s'agit d'une personne gravement malade³⁸⁵.

En outre, si l'intéressé obtient le relèvement de son interdiction du territoire français, l'aménagement devra s'effectuer en dehors de son département d'origine, c'est-à-dire qu'à l'interdiction du territoire se substituerait l'interdiction de séjour. Toutes deux des interdictions spatiales, nous pouvons comprendre que le principe est gardé mais il est adapté

pronostic vital ou que leur état de santé physique ou mentale est durablement incompatible avec le maintien en détention. La suspension ne peut être ordonnée en application du présent article pour les personnes détenues admises en soins psychiatriques sans leur consentement. » – Il existe également des suspensions de peine pour raisons familiales (720-1 CPP). – Il s'agit dans tous les cas d'un aménagement de peine consistant à suspendre l'exécution de la peine en détention, qui ne peut être octroyé durant la période de sûreté. Il fait l'objet d'un examen par le juge, ce dernier ayant la compétence alors d'ordonner des mesures du sursis mise à l'épreuve prévues aux articles 132-44 et 132-45 du code pénal, dont l'interdiction de séjour.

³⁸⁴ Rappelons également qu'il s'agit d'un recours gracieux, donc les juges ne sont pas tenus de répondre à la demande – même négativement.

³⁸⁵ Toutefois, cette pratique judiciaire n'entre pas nécessairement en contradiction avec la jurisprudence européenne, en ce que cette dernière a estimé qu'une personne détenue pouvait rester en détention tant que son état de santé n'est pas incompatible avec cette dernière. Or pour cela, il convient d'examiner les conditions de santé, et les soins qu'elles exigent. Si ces soins peuvent être prodigués au sein de la détention (CEDH, *Kudla c. Pologne*, Grande Chambre, du 26 octobre 2000, § 94.), et qu'aucune atteinte à sa dignité ne peut être constatée, la Cour de Strasbourg n'exige en aucun cas que le pays concerné accède nécessairement à la demande d'aménagement de peines : la lecture *a contrario* de l'arrêt CEDH, *Serifis c. Grèce* 2 novembre 2006, permet de considérer que malgré la gravité de la sclérose en plaques, si les autorités grecques avaient fourni les soins adaptés, et ce non tardivement, la solution retenue aurait pu être différente. En outre, une violation de l'article 5§4 a été reconnue par la Cour EDH sur le droit de statuer à bref délai sur la légalité de la détention.

alors à la personne³⁸⁶. Cette « adaptation » est donc établie par le juge d'application des peines, paradoxalement compétent pour exiger une interdiction de séjour mais non pour relever une interdiction du territoire français.

Cette décision a été annulée par la Chambre d'application des peines en octobre 2014 au motif que le tribunal ne pouvait pas rajouter une condition à celles exigées pour la suspension de peines.

Il est intéressant de comparer ce mécanisme à celui de la libération conditionnelle, autre aménagement de peine : l'article 729-2 du Code de procédure pénale³⁸⁷ prévoit que si, par principe, une libération conditionnelle est subordonnée au fait que la mesure d'ITF soit levée (al. 1) ; par exception, le juge ou le tribunal d'application des peines peut ordonner la suspension de l'exécution de l'ITF pour accorder une libération conditionnelle (al.2). Même, « [à] l'issue de cette durée, si la décision de mise en liberté conditionnelle n'a pas été révoquée, l'étranger est relevé de plein droit de la mesure d'interdiction du territoire français. Dans le cas contraire, la mesure redevient exécutoire³⁸⁸ ». Suspension de peine et libération conditionnelle sont deux aménagements de peine, la libération conditionnelle pouvant également être ordonnée pour des motifs de santé³⁸⁹. Or pour la libération conditionnelle, le relèvement ne fait pas non plus partie des conditions d'octroi de cet aménagement, pourtant, contrairement à ce qui se passe pour la suspension de peine, le législateur a précisé la compétence du JAP dans une disposition légale spécifique. Cela laisse penser que malgré cette décision de la Chambre d'application des peines, rien ne garantit une telle interprétation où le relèvement ne serait pas nécessaire³⁹⁰. En outre, cela interroge quant à l'applicabilité d'une telle interprétation à d'autres types de suspension, comme celle pour motif familial prévue également pour des cas hors du commun, puisque justement rien n'est précisé.

³⁸⁶ les dispositions légales concernant l'interdiction de séjour (articles 131-31 et suivants) succèdent directement celles concernant l'interdiction du territoire français (articles 131-30 et suivants) dans le code pénal. Ceci dit, les deux ne suivent pas le même régime, en ce que l'ITF court à compter de la fin de la détention tandis que l'interdiction de séjour s'applique à compter du commencement de la peine d'emprisonnement. Cela peut être justifié par la question des aménagements de peine : un aménagement de peine à l'extérieur suppose la suspension de l'ITF, tandis qu'il n'exige pas nécessairement la suspension de l'interdiction de séjour, au contraire.

³⁸⁷ Après l'entrée en vigueur de la loi du 23 novembre 2003.

³⁸⁸ Article 729-2, al.2, CPP.

³⁸⁹ Article 729, 3°, CPP.

³⁹⁰ dans ce même arrêt, la Chambre d'application des peines a refusé l'octroi de la suspension de peine sur le motif médical en lui-même, considérant que la maladie dégénérative n'était pas incompatible avec le régime de détention. Sur ce point, la Cour de Cassation a cassé l'arrêt le 22 juin 2016 sur le motif que la Chambre n'avait pas apprécié si, dans les faits, la compatibilité était avérée, c'est-à-dire si les soins correspondaient aux nécessités du cas médical en question. Cette affaire est donc actuellement en attente d'un nouvel examen par la Chambre d'application des peines spécialisée.

Le fait que le JAP n'ait pas *légalement*³⁹¹ la même possibilité en matière de suspension de peines peut donc être signe d'une rupture d'égalité et de proportionnalité. Cette situation complexe, rencontrée par d'autres personnes, pourrait permettre de mettre en exergue cette absence de proportionnalité et cette rupture d'égalité qui, en l'espèce, ne semble pas justifiées au regard de la situation de la personne répondant pourtant aux catégories protégées désormais.

c. Pas de prise en compte du mariage avec un Français effectué entre la commission supposée de l'infraction et la condamnation à une peine d'ITF

La question de la proportion peut encore être examinée au regard de l'impossible prise en compte d'un changement de la situation en matière d'ITF puisqu'un mariage contracté *a posteriori* ne saurait entraîner une protection contre l'ITF selon les articles 131-30-1 2^o³⁹² et 131-30-2 3^o³⁹³ du Code pénal³⁹⁴. Même si cela aurait pu être mis en place pour éviter les mariages « frauduleux » par correspondance à l'article L 623-1 du CESEDA³⁹⁵ concernant les mesures d'éloignement³⁹⁶, cela entraîne une impossibilité pour celui qui, par exemple, a commis un délit il y a trois ans, mais depuis s'est marié, a changé de situation personnelle,

³⁹¹ Dans le sens où ce n'est pas prévu par les textes.

³⁹² « 2° Un étranger marié depuis au moins trois ans avec un conjoint de nationalité française, à condition que ce mariage soit antérieur aux faits ayant entraîné sa condamnation, que la communauté de vie n'ait pas cessé depuis le mariage et que le conjoint ait conservé la nationalité française. »

³⁹³ « 3° Un étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans et qui, ne vivant pas en état de polygamie, est marié depuis au moins quatre ans avec un ressortissant français ayant conservé la nationalité française, à condition que ce mariage soit antérieur aux faits ayant entraîné sa condamnation et que la communauté de vie n'ait pas cessé depuis le mariage ou, sous les mêmes conditions, avec un ressortissant étranger relevant du 1° »

³⁹⁴ Céline Chassang, *L'étranger et le droit pénal*, *op.cit.*, §106 : « on observe s'agissant de l'ITF que le mariage doit être antérieur aux faits ayant entraîné la condamnation de l'étranger, non postérieur. Dès lors, l'étranger qui se marie après avoir commis une infraction ne peut en aucun cas être protégé contre l'ITF. Les protections contre l'éloignement visées par l'infraction de mariage de complaisance sont donc, en réalité, la protection contre l'obligation de quitter le territoire français et la protection contre l'expulsion, mais pas, semble-t-il, la protection contre l'interdiction du territoire français. »

³⁹⁵ Pour rappel, l'article L 623-1 du CESEDA dispose : « Le fait de contracter un mariage ou de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende. Ces peines sont également encourues lorsque l'étranger qui a contracté mariage a dissimulé ses intentions à son conjoint.

Ces mêmes peines sont applicables en cas d'organisation ou de tentative d'organisation d'un mariage ou d'une reconnaissance d'enfant aux mêmes fins.

Elles sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 750 000 Euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée. »

³⁹⁶ Céline Chassang, *L'étranger et le droit pénal*, *op.cit.*, p. 427, avec un renvoi également à ses développements sur les mariages de complaisance.

d'être protégé contre l'ITF, ce même si ce mariage n'avait pas pour but de le protéger contre l'ITF. A ce titre, une rupture d'égalité pourrait être admise par rapport au fait que pour les autres catégories protégées, le changement de situation³⁹⁷, par exemple en termes de santé, entre la commission du délit et la peine d'ITF, entraîne la protection. Même, il s'agirait d'une présomption de mariage frauduleux indirectement admise, ce qui va à l'encontre du principe de présomption d'innocence. L'accès au juge avec une appréciation de la situation réelle est ainsi impacté par un tel refus de reconnaissance de la situation maritale³⁹⁸.

Là où un tel recours ne paraît pas souhaitable, c'est que cela inviterait peut-être le législateur à introduire dans l'infraction du CESEDA le but de ne pouvoir se voir appliquer d'ITF, même si, certes, cela ferait peser la charge de la preuve sur l'accusation.

III. L'action possible sur des éléments annexes à la peine elle-même

A défaut de recours concernant la peine elle-même, d'autres actions paraissent envisageables pour limiter cette peine dans la pratique : par rapport aux décisions administratives prises pour l'exécution de la peine d'ITF (A) ; et concernant la formation des différents acteurs (B) dont il semble que l'absence d'information influe considérablement sur l'effectivité de l'accès au juge.

A. L'action envisageable par rapport aux décisions administratives

L'ITF entraîne de plein droit la reconduite à la frontière, mais pour cela une décision fixant le pays de renvoi est prise en conséquence (1), qui peut permettre un recours juridictionnel selon les cas. Plus généralement, nous pourrions questionner la nécessité de l'ITF par rapport à l'existence de l'arrêté d'expulsion (2), même si un recours sur ce point – de non nécessité d'une ITF puisqu'il y a la mesure d'arrêté d'expulsion possible – ne saurait à

³⁹⁷ Nous parlons ici d'un changement de situation opéré entre le moment de la commission du délit et celui du jugement, et non, comme dans le cas du recours près la CEDH d'un changement de situation intervenant *a posteriori*, et même longtemps après, du jugement.

³⁹⁸ La contradiction est d'autant plus grande qu'il est exigé que la communauté de vie n'ait pas cessé depuis le mariage, c'est-à-dire qu'on exige que la réalité de ce mariage soit encore d'actualité, là où l'actualité, dès lors qu'il s'agit de reconnaître un nouveau mariage, est écartée...

notre sens entraîner des changements si positifs que cela, eu égard à l'objectif de ce rapport. Rappelons en effet que ce dernier entend intervenir dans le cadre de la Cimade tant pour limiter l'ITF que l'arrêté d'expulsion via ces recours ici imaginés.

1) La décision fixant le pays de renvoi prise pour l'exécution de l'ITF

Selon les dispositions de l'ITF, la préfecture peut directement intervenir pour renvoyer la personne, avec la seule notification d'un arrêté fixant le pays de destination. A ce titre, il ne s'agit pas d'un arrêté de reconduite à la frontière qui pourrait vraisemblablement faire l'objet d'un recours administratif. Néanmoins, cet arrêté nécessite une décision fixant le pays de renvoi, pays fixé selon les modalités précisées à l'article L513-2 du CESEDA : « L'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement est éloigné : 1° A destination du pays dont il a la nationalité, sauf si l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou la Cour nationale du droit d'asile lui a reconnu le statut de réfugié ou lui a accordé le bénéfice de la protection subsidiaire ou s'il n'a pas encore été statué sur sa demande d'asile ; 2° Ou à destination du pays qui lui a délivré un document de voyage en cours de validité ; 3° Ou à destination d'un autre pays dans lequel il est légalement admissible. ». Cet article du CESEDA suppose que la personne concernée puisse faire un recours contre cette décision préfectorale fixant le pays de destination, dès lors que le renvoi dans ce pays entraînerait une violation de l'article 3 de la Convention EDH relatif à l'interdiction des actes de torture ou des traitements inhumains ou dégradants³⁹⁹.

Plus encore, dans cette reconnaissance théorique d'une interdiction à renvoyer dans un pays violant des droits garantis conventionnellement, il semblerait que l'assignation à résidence puisse être envisagée quand le renvoi dans le pays peut entraîner un non respect du *ne bis in idem*⁴⁰⁰. A fortiori, l'assignation à résidence ou le recours suspensif seraient donc une exigence dite « protectrice » afin de ne pas permettre la violation de la Convention par l'éloignement.

A ce titre, le système légal semble déjà prendre en compte le respect de certains droits – l'interdiction de la torture et traitements inhumains ou dégradants, le droit à ne pas être jugé

³⁹⁹ L 513-2 du CESEDA, dernier alinéa : «Un étranger ne peut être éloigné à destination d'un pays s'il établit que sa vie ou sa liberté y sont menacées ou qu'il y est exposé à des traitements contraires aux stipulations de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. »

⁴⁰⁰ C'est le cas d'Oier Oa, assigné à résidence à la sortie de prison, car, sous ITF, l'Espagne, pays de renvoi en tant que ressortissant espagnol, veut le juger pour les mêmes faits (appartenance à une association de malfaiteurs en vue d'organiser une action terroriste).

deux fois pour les mêmes faits... – en interdisant, théoriquement, le renvoi dans des pays qui entraînerait la violation de ces droits. Mais il est paradoxal que l'assignation à résidence, mesure coercitive, contribuant par ailleurs à l'exécution de l'éloignement, devienne « positive ».

Mais, comme en dispose l'article L513-3 du CESEDA⁴⁰¹ : « *Le recours contentieux contre la décision fixant le pays de renvoi n'est suspensif d'exécution, [...] que s'il est présenté en même temps que le recours contre la mesure d'éloignement qu'elle vise à exécuter.* » Or cela paraît contrevenir à la précision de l'article L513-2 mentionnée, concernant la violation de l'article 3 Conv EDH. Selon cette précision, le requérant a à charge d'établir la menace de violation de l'article 3 dans ce pays de renvoi, et pour cet examen, il est nécessaire d'exercer un recours contre la décision, sans pour autant que la personne ne remette en cause la mesure d'éloignement elle-même. Ainsi, un tel recours n'aurait pas d'effet suspensif alors même que l'article 3 est reconnu comme entraînant des effets irréversibles, et qu'il est indérogeable. Cela est *a fortiori* à étendre à toute contestation relative aux droits fondamentaux, qui ne sont même pas mentionnés par l'article L513-2 du CESEDA – comme le droit à la vie par exemple.

Le Conseil d'Etat⁴⁰² a considéré que ces dispositions étaient valides concernant l'obligation de quitter le territoire français, puisque l'effet suspensif du recours contre une telle mesure déteint sur la décision fixant le pays de renvoi⁴⁰³. Il a toutefois noté que lorsque ces deux mesures ne sont pas prises simultanément, il convient d'accorder au recours contre la décision fixant le pays de destination les modalités suspensives : « En revanche, lorsque l'administration notifie la décision fixant le pays de renvoi postérieurement à l'obligation de quitter le territoire français, il ne saurait être fait grief à l'étranger de ne pas avoir contesté simultanément ces deux décisions. Dès lors, dans cette hypothèse, l'étranger conserve la possibilité de contester la décision fixant le pays de renvoi dans les conditions prévues aux articles L. 512-1 et L. 512-3, alors même que la mesure d'éloignement et, le cas échéant, la mesure de placement en rétention, auraient déjà été contestées et que le recours formé contre

⁴⁰¹ Nous prenons l'article dans sa version à venir au 1^{er} novembre 2016, car la loi n°2016-274 du 7 mars 2016 a élargi la notion, passant de « obligation de quitter le territoire français et arrêté de reconduite à la frontière » à « la mesure d'éloignement. »

⁴⁰² Conseil d'Etat, 14 décembre 2015, n°393591, publié au recueil Lebon.

⁴⁰³ *Id.* : « Lorsque la décision fixant le pays de renvoi est notifiée à l'intéressé simultanément à l'obligation de quitter le territoire, il appartient à l'étranger souhaitant bénéficier de l'effet suspensif d'exécution du recours prévu à l'article L. 512-1 de contester en même temps l'obligation de quitter le territoire français et la décision distincte, conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 513-3. »

ces décisions aurait été rejeté par le tribunal administratif. L'exercice de cette voie de recours revêt alors un caractère suspensif et l'obligation de quitter le territoire français ne peut faire l'objet d'une exécution forcée tant que le tribunal administratif n'a pas statué sur ce recours. Le délai de recours court, dans les conditions prévues à l'article L. 512-1, à compter de la notification à l'intéressé de la décision fixant le pays de renvoi. L'exercice de cette voie de recours n'a pas pour effet de prolonger ni de rouvrir le délai de recours contentieux contre l'obligation de quitter le territoire notifiée avant la décision fixant le pays de renvoi⁴⁰⁴. ». Or pour l'ITF, d'une part, les mesures exécutoires ou le caractère définitif de l'arrêt entraînent l'impossibilité de recours suspensif qui saurait déteindre sur cette décision ; d'autre part, le décalage entre les possibilités de recours contre l'ITF et la mise à exécution entraînant une décision fixant le pays de renvoi⁴⁰⁵ susciterait la même analyse. En outre, la personne assujettie à une ITF ne saurait avec pertinence faire un recours contre l'arrêté de reconduite à la frontière puisque cet arrêté est établi de plein droit.

Nous pourrions donc envisager un recours à ce titre, soit au niveau constitutionnel⁴⁰⁶ par rapport à la rupture d'égalité, ou par rapport à la violation de l'interdiction de la torture que cela peut entraîner ; soit au niveau de la Cour EDH, en liant l'article 13 et l'article 3, ou autres droits fondamentaux, de la Convention EDH, eu égard à ce caractère non-suspensif dans ces situations-là. Il s'agirait de contester le vide juridique à cet endroit du recours non suspensif contre la décision fixant le pays de destination, vide juridique qui peut entraîner la violation des droits fondamentaux des personnes assujetties à l'interdiction du territoire français. En effet, aucun accès au juge n'est garanti avant l'éloignement⁴⁰⁷, puisque le recours n'est pas suspensif, alors qu'il s'agit d'examiner la situation éventuellement anticonventionnelle du requérant si la mesure d'éloignement était effectuée.

⁴⁰⁴ Conseil d'Etat, 14 décembre 2015, *op.cit.*

⁴⁰⁵ C'est par exemple le décalage entre le prononcé de la peine, avant l'emprisonnement, et l'exécution de la peine, après l'emprisonnement.

⁴⁰⁶ En effet, la Décision n° 2016-728 DC du 3 mars 2016 relative à cette loi n'analyse la loi que dans les limites de la saisine effectuée par les députés *a priori*, or cette saisine ne se concentre que sur les articles 20 et 40 de la loi, et aucun contrôle constitutionnel n'a été fait sur cet article, et ce non plus dans sa version de 2006, comme en témoigne la Décision n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006 concernant la loi relative à l'immigration et à l'intégration.

⁴⁰⁷ Le référé-liberté pourrait répondre à de telles situations mais il ne s'agit que d'une possibilité conditionnée aux moyens financiers de la personne, des compétences de l'avocat, et de la décision du Conseil d'Etat d'accueillir ou non le référé, décision elle-même insusceptible de recours.

2) L'arrêté d'expulsion supprimant la nécessité de l'ITF ?

L'ITF fait « double emploi avec l'expulsion⁴⁰⁸ ». La Cour EDH a d'ailleurs assimilé ces deux mesures dans son arrêt rendu en grande chambre *Maaouia c. France* du 5 octobre 2000⁴⁰⁹ : toutes deux y ont été considérées comme des mesures de police préventive⁴¹⁰. Cette même Cour a pu estimer que concernant l'article 8, donc dans une situation où l'étranger aurait des liens familiaux en France, l'atteinte peut être justifiée selon trois critères cumulatifs : l'ingérence doit être prévue par la loi, elle doit poursuivre un but légitime et doit être nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire proportionnée au but légitime poursuivi⁴¹¹. La nécessité semble ici étonnante puisque l'arrêté d'expulsion a un champ d'application bien plus large que l'ITF et entraîne également l'éloignement. La mesure administrative a l'avantage de pouvoir permettre à la personne en question de remettre plus facilement en cause la décision au moment de l'exécution (dans le cas d'un décalage entre le moment du prononcé et le moment de l'exécution, à la sortie d'une peine d'emprisonnement).

Toutefois, il nous semble qu'une telle approche ne serait pas nécessairement opportune, puisqu'elle tendrait à conférer un pouvoir presque pénal à la juridiction administrative : certes, on peut considérer qu'elle l'a déjà avec l'existence même de l'arrêté d'expulsion, mais cet argumentaire, tendant à effacer la peine de l'ITF face à l'existence de la mesure administrative d'expulsion, émanant d'une association comme la Cimade, avaliserait un tel dispositif. Ce qui nous semble peu adéquat. En effet, une telle piste pourrait *in fine* participer de l'extension des pouvoirs de l'Intérieur sur le pouvoir judiciaire. Cela contribuerait ainsi à étendre arbitrairement, puisque sans contrôle *a priori* du juge, la notion de « trouble à l'ordre public ». Or l'ITF, malgré toutes les difficultés que nous avons pu mentionnées jusque-là, a l'avantage, en tant que peine pénale, d'être tout de même prononcée dans un cadre qui permet théoriquement certaines protections des droits de la défense. A ce titre, promouvoir la disparition de l'ITF via une telle consécration de l'arrêté d'expulsion semble peu propice, en fait, à une réelle protection des individus concernés. Il convenait cependant de mentionner cette piste, sans que, de ce fait, elle soit nécessairement à développer.

⁴⁰⁸ Didier Liger, « La réforme de la double peine », *AJ Pénal*, 2004, n° 3, p. 106. – Voir également notre introduction. – Le schéma d'ailleurs proposé par Céline Chassang à la page 106 de sa thèse (*op.cit.*) permet en effet de voir le parallélisme des deux mesures, pour ceux qui n'en seraient pas déjà convaincus.

⁴⁰⁹ Cour EDH, Grande Chambre, 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, Requête n° 39652/98.

⁴¹⁰ *Ibid.*, §39.

⁴¹¹ Céline Chassang, *L'étranger et le droit pénal*, *op.cit.*, § 484, renvoie ainsi, par exemple, à l'arrêt de la Cour EDH, du 21 juin 1988, Affaire *Berrehab c. Pays-Bas*, Requête n° 10730/84, paragraphes 24 à 29.

B. L'action de formation pour les différents acteurs

Enfin, il semblerait que pour une effectivité de l'accès au juge, notamment au travail présentenciel et au moment du procès pénal lui-même, il faille établir une action de terrain, d'information et de formation : tout d'abord à l'égard des intervenants « pénalistes » (1), et ensuite à l'égard des personnes assujetties non informées (2).

1) Réaliser un guide et des formations à destination des intervenants « pénalistes »

L'une des difficultés de l'ITF est son statut ambigu entre mesure d'éloignement et peine pénale. En effet, les mesures d'éloignement sont plus connues des publicistes que des pénalistes⁴¹², notamment concernant toutes les procédures contentieuses à leur égard. Mais la peine pénale relève de la « compétence » de l'avocat pénaliste.

Or l'interdiction du territoire définitive à titre principal, par exemple, peut être prononcée en comparution immédiate, puisqu'elle est applicable en matière délictuelle exclusivement, et pour des faits qui ne « mériteraient » pas de la détention au regard des juges du prononcé. De même, l'interdiction du territoire français à titre de peine complémentaire interpelle peu l'avocat par rapport à la peine d'emprisonnement prononcée.

A ce titre, il est nécessaire que les avocats pénalistes aient connaissance des conséquences d'un prononcé d'ITF définitive, surtout à titre principal et qu'ils puissent avoir tous les arguments nécessaires pour éviter le prononcé de cette peine, notamment pour soulever directement l'appartenance de la personne à une catégorie protégée, lors de leur plaidoirie⁴¹³, — avant qu'il ne soit nécessaire de former appel pour ce faire, étant donné les risques de l'appel (cf : partie II).

Pour cela, il pourrait être opportun de réaliser un guide d'information à leur égard, disponible dans les maisons du barreau, et surtout dans les locaux de préparation des comparutions immédiates. Cela peut prendre la forme d'un simple livret avec les dispositions applicables, et les exemples d'argumentaire ayant fonctionné, ou d'un guide peut être plus

⁴¹² Bien sûr, certains pénalistes connaissent le droit des étrangers, ou tout du moins l'ITF par exemple du fait de leur face à face régulier avec ce type de mesures dans le suivi des personnes, mais cela reste, semble-t-il, assez peu commun.

⁴¹³ En effet, c'est au requérant de montrer les éléments lui permettant de l'inscrire dans une catégorie protégée.

conséquent, avec plus de détails quant à la procédure et au fond avec les différents recours possibles.

Dans cette optique, il serait également intéressant de former et sensibiliser d'autres acteurs que les seuls avocats, des acteurs qui interviennent tout au long de la chaîne pénale. Les magistrats du siège et du parquet, parfois éloignés des conséquences de leurs propres décisions et argumentaire, puisqu'ils n'interviennent parfois qu'au moment du prononcé, pourraient en effet être la visée de telles actions, d'autant plus qu'ils sont particulièrement importants dans le prononcé de l'ITF, surtout les magistrats du siège. Les juges d'application des peines, étant donné les difficultés de l'octroi des aménagements de peines dans ces conditions de l'ITF, pourraient également constituer un public nécessitant une telle formation. Également, les services pénitentiaires d'insertion et de probation, premiers interlocuteurs pour informer les détenus de leurs droits et les aider dans leurs démarches, constitueraient un public tout à fait pertinent. Ces derniers accompagnent normalement, malgré leur surcharge de travail, les détenus et de ce fait pourraient constituer le premier relai d'une action visant à favoriser la protection, et surtout l'élaboration de recours, contre l'ITF.

2) Réaliser un guide d'informations pour les personnes directement concernées

De même, face à des ITF prononcées à titre complémentaire d'une peine d'emprisonnement par exemple, les détenus⁴¹⁴ semblent souvent faire peu de cas de cette peine, puisqu'ils ne la vivent finalement qu'à la sortie de la détention, quelques temps avant, donc quand il est trop tard pour faire une demande de relèvement et qu'elle puisse aboutir. Face à cette problématique, il pourrait être intéressant pour la Cimade, de réaliser un guide concentré sur cette question, de le rendre disponible dans les bibliothèques des établissements pénitentiaires ou de suivre le modèle du *Guide du prisonnier* réalisé par l'Observatoire international des prisons. Cela permettrait aux personnes détenues soumises à une telle ITF d'enclencher la demande de relèvement plus tôt et avec les informations adéquates. Ce guide ou livret préciserait bien sûr qu'une demande de relèvement peut désormais être introduite depuis l'article 82 de la Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, avant le délai de six mois si la personne sort de prison avant les six mois normalement requis. Cela permettrait donc de plus garantir l'accès effectif au juge dans la procédure de relèvement. Bien sûr, cela ne changerait pas la question des critères, sans doute plus difficile à remplir tout en étant en

⁴¹⁴ Nous ne mentionnons pas bien sûr, la question des CRA déjà bien développée par la Cimade.

détention. Néanmoins, cela permet de faire prévaloir pour le relèvement un changement de situation, notamment marital, qui serait intervenu entre le moment de la commission du délit et le moment du jugement.

Ces actions plus pratiques pallieraient ainsi certaines difficultés dues à ce régime particulier de l'ITF en attendant des recours fructueux.

Conclusion générale

L'accès effectif au juge ne semble aujourd'hui pas garanti tant pour l'arrêté d'expulsion que pour l'interdiction du territoire français, mais ce de manière très différente.

Pour l'arrêté d'expulsion, la critique principale et essentielle se situe au niveau de la non suspensivité du recours, phénomène que ne connaissent désormais plus les autres mesures d'éloignement administrative.

La Cour européenne des Droits de l'Homme est aujourd'hui la juridiction devant laquelle un recours serait particulièrement prometteur. L'article 13 de la Convention garantit un droit au recours effectif. Certes, cet article ne consacre pas le principe de l'obligation de suspensivité du recours de manière indépendante : il convient de l'invoquer toujours en l'associant à un autre droit de la convention. De cette manière, de nombreuses exceptions ont vu le jour, sous la forme de différentes combinaisons.

La première des combinaisons possibles associe les articles 13, 2 et/ou 3 de la Convention. Les deux derniers consacrent respectivement le droit à la vie et l'interdiction de torture et de traitements inhumains et dégradants. La combinaison avec l'article 3 s'inscrirait dans la lignée de l'arrêt Gebremedhin du 26 avril 2007, d'application désormais constantes. L'article 2 paraît pour le moment n'être invoqué que lorsqu'il est jumelé à l'article 3 dans le cadre d'une combinaison avec l'article 13. L'arrêt MSS contre Belgique sous-entend cette possibilité, et l'arrêt M. A. contre Chypre de 2013 la consacre tout à fait. La seconde combinaison, certes rare mais constante, a été consacrée par l'arrêt Conka contre Belgique du 5 février 2002, et concerne l'article 4 du protocole 4 associé à l'article 13. L'article 4 du protocole concerne les cas d'expulsion collective et énonce leur interdiction. La combinaison certainement la plus prometteuse, mais aussi la moins assumée par la Cour, est celle qui concerne l'article 8 – droit au respect de la vie privée et familiale – associé à l'article 13. L'arrêt De Souza Ribero contre France en Grande Chambre rendu le 13 décembre 2012 a pris une position clairement contraire à celle de la 5^e section, qui avait refusé la pertinence de la combinaison. Mais il aurait nécessité une plus grande clarté. En effet, tout en refusant de reconnaître l'obligation de suspensivité du recours dans le cadre des articles 8/13, la Cour oblige à un examen « *suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates* » et à ce que « *l'intervention du juge ou de l'instance nationale soit réelle* ».

Dans le cadre de cette analyse du contentieux de la CEDH, nous avons écarté la possibilité de faire un recours sur la base de l'article 1 du Protocole 7. Il est, du fait des exceptions qu'il permet, inapplicable à notre cas. De la même façon, l'article 5§4 de la Convention ne semble pas une base légale pertinente, mis à part dans une optique de contestation de la décision de placement en rétention administrative – cette décision intervenant parfois en parallèle de l'arrêté d'expulsion.

L'étude du contentieux de l'Union européenne s'est révélé également encourageante. Si la directive retour garantie le droit à disposer d'une voie de recours effective sans obliger à la suspensivité de celle-ci, un certain nombre d'exceptions ont été soulevé par la CJUE : la première exception concerne le cas des étrangers malades avec l'arrêt Moussa Abdida du 18 décembre 2014 et la seconde exception concerne le cas des demandeurs d'asile déboutés.

Ce relatif optimisme pourrait toucher nos juridictions internes. L'étude du contentieux constitutionnel montre qu'il y a là matière à espérer de possibles modifications jurisprudentielles de la part du Conseil, sur le fondement de l'article 16 de la DDHC. Les décisions rendues par les juridictions européennes ne sauraient en effet le laisser indifférent. Aucun brevet de constitutionnalité n'a jamais été déposé sur la base légale du caractère non suspensif de l'arrêté – base légale qui est soit l'article L4 du CJA soit l'article L523-1 du CESEDA. Plus largement, les stratégies d'évitement que le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel avaient mis en place pour ne pas à avoir à se prononcer sur l'absence de caractère suspensif des autres mesures d'éloignements ne peuvent pas trouver à s'appliquer concernant l'arrêté d'expulsion. Encore, le Conseil constitutionnel prend de plus en plus en compte la jurisprudence de la Cour EDH. Il reconnaît l'obligation de suspensivité du recours quand cette carence se double d'une atteinte à un autre droit fondamental comme en témoigne la QPC du 2 décembre 2011 WATHIK M ou encore la QPC Scté Foot Locker.

La meilleure alternative serait donc de doubler les deux recours – près le Conseil constitutionnel et près la CEDH – comme le suggérait d'ailleurs Serge Slama.

Concernant l'ITF, la question semble plus multiple, car, comme nous avons pu le rappeler, il s'agit d'une peine pénale, par définition prononcée par un juge auquel l'individu a eu, de fait, accès.

Déjà, l'effectivité de l'accès à ce juge pénal semble indirectement amoindrie. Cependant, sur le terrain du droit au contradictoire, nous ne saurions imaginer un recours pertinent concernant le fait que le juge puisse prononcer la peine en première instance sans que celle-ci n'ait été mentionnée par les débats, puisque le principe de légalité des délits et des peines exige simplement que la peine soit prévue par un texte pour le délit ou le crime en

question : tel est le cas. De même, nous ne saurions être optimistes concernant la limitation de l'appel : en effet, s'il est prévu que l'individu puisse choisir ce sur quoi il interjette appel, le mécanisme de l'appel incident permet au Ministère public, comme il l'utilise quasiment toujours dans les faits, d'élargir l'appel à l'ensemble. Ce mécanisme ne saurait pour autant être invalidé, puisqu'il apparaît tout à fait justifié juridiquement, et autant constitutionnel que conventionnel. La question se poserait plus par rapport aux critères des demandes de relèvement. Un recours sur les critères d'appréciation du juge, avec le dossier de personnalité, est voué à l'échec. Ceci dit, le critère préalable, d'être en dehors du territoire, ou par exception, assigné à résidence, ou incarcéré, pourrait donner lieu à un recours, a priori fructueux, près la Cour de Cassation, avec l'article 8 de la Convention EDH, comme semble le suggérer l'arrêt du 13 juin 2007 rendu par cette même cour.

Mais plus encore, la question de l'accès effectif au juge en matière d'interdiction du territoire français semble plus pertinente dès lors qu'elle interroge les mécanismes de relèvement. En effet, l'interdiction du territoire français peut être prononcée à titre définitif, et à ce titre, être considérée comme une peine perpétuelle. La Cour EDH a entendu développer une jurisprudence à l'encontre des peines perpétuelles mais pour l'instant d'emprisonnement. Ceci dit, si une ouverture du champ d'application de cette jurisprudence se produit, un recours pourrait être imaginé pour l'ITF prononcée à titre principal, en ce que cette cour n'a pas reconnu au recours gracieux présidentiel la qualité de recours effectif, ou tout du moins, de mécanisme suffisant pour garantir la non perpétuité. Mais tel ne serait sans doute pas le cas concernant l'ITF définitive prononcée à titre complémentaire. Il serait sans doute nécessaire de lier ce recours à une atteinte à l'article 8 de la Convention, selon l'état jurisprudentiel actuel concernant les mesures d'éloignement. La perpétuité va à l'encontre en effet de la proportionnalité, et c'est sur ce terrain que pourrait encore être envisagé un recours près la CJUE. Nous avons ici essayé d'imaginer une piste sur ce point, en se fondant sur le fait que la liberté de circulation était, par principe, un droit rattaché à la citoyenneté européenne. De ce fait, toute exception à cette liberté, toute limite apportée, se doit d'être proportionnelle et particulièrement encadrée : la longue durée voire la perpétuité de l'ITF contrevient en ce sens au principe européen, puisque n'est pas exigé par la suite un examen de la proportionnalité. Cette piste, peut-être hasardeuse, gagnerait cependant dans un contexte favorable à être avancée auprès de la Cour afin de garantir une justification et un examen motivé de la situation après certains laps de temps, pour protéger la teneur et la consistance de ce principe européen.

D'un point de vue interne, le Conseil constitutionnel a pu certes débouté un requérant concernant l'examen de la réhabilitation judiciaire, mécanisme très particulier, mais parce qu'il n'était pas saisi des dispositions relatives à l'ITF. Cette argumentation sonne *in fine* prometteuse, quant à un recours concernant les ruptures d'inégalité observables entre ceux contre lesquels est prononcée une ITF et ceux non. D'ailleurs, des pistes alternatives pourraient y être soulevées, notamment par rapport à l'octroi de certains aménagements de peine, où les règles de compétence, presque silencieuses, peuvent nuire à la politique pénale visant une politique de réinsertion, car le JAP ne serait pas compétent pour lever une ITF dans certains cas pourtant similaires à d'autres. En ce sens, si la pratique peut montrer parfois déjà un détour de ces limites, un recours permettrait peut être un prononcé clair et net de la part de la Cour de Cassation ou du Conseil constitutionnel, qui permettrait de garantir toujours une égalité de traitement sur ce point. En outre, la non prise en compte du mariage avec un ressortissant français entre le moment de la commission supposée du délit et le moment du jugement, contrairement à ce qu'il se passe pour les mesures d'éloignement administratives, pourrait être attaquée comme étant une présomption de mariage frauduleux, et donc une présomption de culpabilité.

Ces pistes réfléchies, il semblerait que déjà l'action associative pourrait porter sur ce que l'on pourrait considérer comme des éléments « annexes » à l'ITF. En premier lieu par rapport à la décision fixant le pays de renvoi : en effet, les mécanismes prévus pour un recours contre la dite décision ne semblent pas adaptés à une combinaison de cette décision avec une ITF, notamment lorsque cette dernière est mise à exécution bien après les délais d'appel concernant la mesure. En effet, aucun recours suspensif n'y est réellement garanti dans ce quasi silence de la loi. Or une telle décision, comme il est prévu par les textes, peut contrevenir aux droits conventionnellement garantis et indérogeables comme l'interdiction de la torture. A ce titre, le mécanisme pourrait être propice à l'élaboration d'un recours près la Cour EDH. Ensuite, dans une optique plus pratique, un problème noté concernant l'ITF tient au manque d'information et de formation : l'élaboration de guides d'information auprès des différents acteurs pénaux, que ce soit les avocats, les magistrats ou les CPIP, pourrait permettre que ces derniers réalisent non seulement les conséquences de cette peine, malgré leurs perspectives initiales d'y voir parfois une peine plus douce qu'un court emprisonnement, mais également la nécessité d'accompagner assez vite, et avant la mise à exécution, la personne assujettie dans des démarches de demandes de relèvement. De même, un guide près des prisonniers assujettis à une ITF pourrait leur permettre de mieux comprendre les

mécanismes et les démarches propres à l'ITF que ce soit pour les aménagements de peines, mais surtout pour le relèvement afin qu'ils préparent ce dernier avant leur sortie.

Telles sont les pistes imaginées et trouvées avec l'état du droit et de la jurisprudence actuel. Ce rapport ne prétend bien sûr pas être exhaustif, mais nous espérons tout de même que ce travail permettra d'avancer pour le droit des étrangers, et pour le respect des droits de ces étrangers.

Bibliographie

Codes

Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, 2016.

Code de justice administrative, 2016.

Code pénal, 2016.

Code de procédure pénale, 2016.

Conventions

Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et ses protocoles additionnels

Traités

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Traité de l'Union européenne.

Directives

Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative au retour des étrangers en situation irrégulière.

Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Lois et ordonnances

Loi n°2016-274 du 7 mars 2016 relative aux droits des étrangers en France

Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales

Loi 2006-911 2006-07-24 art. 120 JORF 25 juillet 2006 (Ratification)

Ordonnance 2004-1248 2004-11-24 JORF 25 novembre 2004

Loi 2003-591 2003-07-02 art. 31 I JORF 3 juillet 2003 (Ratification)

Ordonnance 2000-387 2000-05-04 JORF 7 mai 2000

Jurisprudences

Pour les développements relatifs à l'arrêté d'expulsion

Cour EDH, 6 février 1976, Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède, n°5614/72.

Comm. EDH 20 janv. 1987, Council of Civil Service Union et a. c/ Royaume-Uni, n° 11603/85.

Cour EDH, 7 juillet 1989, Soering c. Royaume-Uni, n°14038/88

Cour EDH, 20 octobre 1991, Cruz Varas et autres c. Suède, n°15576/89

Cour EDH, 11 juillet 2000, Jabari contre Turquie, n°40035/98

Cour EDH, 20 octobre 2000, Kudla c. Pologne, n°30210/96.

Cour EDH, 5 février 2002, Conka c. Belgique, n°51564/99.

Cour EDH, 11 juillet 2002, Amrollahi contre Danemark, n°56811/00

Cour EDH, 1^{er} juillet 2003, Abraham Lunguli contre Suède, n°3692/02

Cour EDH, 6 décembre 2005, Eskinazi et Chelouche contre Turquie, n° 14600/05.

Cour EDH, 26 avril 2007, Gebremedhin c. France, n°25389/05.

Cour EDH, 12 février 2009, Nola et K. c. Russie, n°2512/04.

Cour EDH, 3 novembre 2009, Abdollahi contre Turquie, n° 23980/08

Cour EDH, 1^{er} septembre 2010, Y.P. et L.P. C. contre France, n°32476/06.

Cour EDH, 21 janvier 2011, M.S.S. contre Belgique et Grèce, n°30696/09.

Cour EDH, 20 janvier 2011, Payet c. France, n°19606/08.

Cour EDH, 5e Sect., 30 juin 2011, De Souza Ribeiro c. France, Req. n° 22689/07. – Opinion discordante.

Cour EDH, G.C., 13 décembre 2012, De Souza Ribeiro c. France, n°22689/07.

Cour EDH, 2 février 2012, I.M c. France, n° no 9152/09

Cour EDH, 23 février 2012, Hirsi Jamaa et autres c. Italie, n°27765/09.

Cour EDH, 23 juillet 2013, M.A. c. Chypre, n°41872/10

Cour EDH, 5 septembre 2013, I. contre Suède, n° 61204/09

Cour EDH, 19 septembre 2013, R.J. contre France, n°10466/11.

Cour EDH, 22 avril 2014, AC et autres c. Espagne, n°30696/09

Cour EDH, 19 mars 2015, SJ contre Belgique, n°70055/10

Cour EDH, 1er septembre 2015, Khlaifia et autres c. Italie, req. n° 16483/12.

CJUE, Cour, 27 oct. 1977, Bouchereau, C-30/77.

CJUE, Cour, 27 avr. 2006, Commission / Allemagne, C-441/02.

CJUE, Cour, 7 juin 2007, Commission / Pays-Bas, C-50/06.

CJUE, Cour, 22 mai 2012, I, C-348/09.

CJUE, Cour, arrêt du 18 décembre 2014, Abdida, Affaire C-562/13.

CJUE, Cour, 17 déc. 2015, Tall, C-239/14.

Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987.
Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.
Décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994.
Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996.
Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003.
Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004.
Décision n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010.
Décision n° 2011-203 QPC du 2 décembre 2011.
Décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011.
Décision n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012.
Décision n° 2014-374 QPC du 4 avril 2014.
Décision n° 2014-390 QPC du 11 avril 2014.

CE, 29 juin 1990, Engin, n° 115900.
CE, 29 septembre 2001 n°231204.
CE, 21 mars 2011, M. Amoni, Gisti et Cimade, N° 346164.
CE, réf., 16 juin 2010, A. Diakité, n° 340250.
CE, arrêt Merhzi, 4 mars 2013, n° 359428.
CE, 22 juillet 2015, n°383034
CE, 22 juillet 2015, n°381550
CE, juge des réf., 9 janv. 2015, n° 386865.

CAA Marseille, 3e ch., 28 mai 2003, n° 99MA02010.
CAA Bordeaux, arrêt Merhzi, 20 mars 2012, N° 10BX01496.

TA Paris, réf., 26 janvier 2011, Negmatullah X.

Cour de cassation, Chambre criminelle, n° 4789 du 20 août 2014 (14-80.394).

Pour les développements relatifs à l'interdiction du territoire français

Cour EDH, 13 novembre 2014, *Bodein c. France*, req. n° 40014/10.
Cour EDH, Grande Chambre, 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 66069/09.
Cour EDH, 21 octobre 2010 Grosskopf contre Allemagne.
Cour EDH, Grande Chambre, 23 juin 2008, *Maslov c. Autriche*.
Cour EDH, Grande Chambre, arrêt du 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, Requête n° 46410/99.
Cour EDH, 2^e section, arrêt du 2 août 2001, *Boultif c. Suisse*, Requête n° 54273/00.
Cour EDH, *Kudła c. Pologne*, Grande Chambre, du 26 octobre 2000.
Cour EDH, Grande Chambre, 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, Requête n° 39652/98.
Cour EDH, arrêt du 24 avril 1996, *Boughanemi c. France*, Requête n° 22070/93.
Cour EDH, arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France*, Requête n° 12083/86.

Cour EDH, arrêt du 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, Requête n° 12313/86

CJCE, 26 novembre 2002, aff. C-100/01, *Ministère de l'Intérieur c/ Aitor Oteiza Olazabal*.

CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*.

CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74, *Van Duyn*.

Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-501 QPC du 27 novembre 2015.

Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010.

Conseil constitutionnel, Décision du 9 août 2007, n° 2007-554.

Conseil constitutionnel, Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.

Conseil constitutionnel, Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981.

Conseil d'Etat, 14 décembre 2015, n°393591,

Conseil d'Etat, 11 juin 2004, n° 249473, *min. de l'intérieur c/ Kema Kema Beyoko*.

Cass. crim., 7 janvier 2009, pourvoi n° 08-82.892.

Cass. Crim., 13 juin 2007, pourvoi n° 06-86065.

Ouvrages

Céline Chassang, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, Thèse pour le doctorat en droit, présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2013, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 652 p.

Geneviève Giudicelli-Delage, Christine Lazerges (Dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, Presses Universitaires de France, « Les voies du droit », 2011, 320 pages.

Articles

Pour les développements relatifs à l'arrêté d'expulsion

Myriam Benlolo-Carabot, « Raisons impérieuses de sécurité publique », protection contre l'éloignement et espace de liberté, sécurité, et justice», *Combats pour les droits de l'homme (CPDH)* [en ligne], mis en ligne le 2 juin 2012, consulté le 14 mai 2016, URL : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/06/02/expulsion-des-citoyens-de-lue-interpretation-strict-de-la-menace-a-lordre-public-cjue-gc-22-mai-2012-p-i-c-oberburgermeisterein-der-stadt-remscheid/>

Aurélie Bretonneau et Olivier Fuchs, Fascicule 70-23 : « Jugement – Contentieux de l'éloignement des étrangers », *JurisClasseur Justice Administrative*, 31 mai 2015, point II.

Alfred Fischer, Rapport général « Effet suspensif, sursis à exécution et exécution des décisions juridictionnelles en matière administratives », URL : http://aca-europe.eu/colloquia/1974/gen_report_fr.pdf

Aglaé Dispa et Jean-Marc Hausman, « La notion d'expulsion collective: C'est l'intention qui compte... », *Centre des droits de l'homme* [en ligne], 2003, mis en ligne juin 2013, consulté 14 mai 2016. URL : <https://www.uclouvain.be/33166.html>

Etude de législation comparée, Sénat [en ligne], consulté le 5 juin 2016. URL : https://www.senat.fr/lc/lc162/lc162_mono.html

Régis Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], 44 / 2014, consulté le 4 mai 2016, URL : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-44/l-article-16-de-la-declaration-clef-de-voute-des-droits-et-libertes.141599.html>

François Gazier, « Principes généraux de la procédure administrative contentieuse », *Répertoire Dalloz*, octobre 1998, actualisation 2012.

Groupe d'information et de soutien des immigré(e)s, « Se servir d'un référé devant la juridiction administrative », *GISTI*, Collection Les notes pratiques, [en ligne], juin 2015, consulté le 4 avril 2016, URL : http://www.gisti.org/IMG/pdf/np_referes_2015.pdf

Nicole Guimezanes, « Expulsion », *Dalloz Répertoire de droit international* – janvier 2009, actualisation 2015.

Nicolas Hervieu, « Encadrements conventionnels des expulsions d'étrangers terroristes menacés dans le pays de destination », *Combats pour les Droits de l'Homme*, [en ligne], 2012, mis en ligne le 24 janvier 2012, consulté le 10 mai 2016, URL : <https://revdh.org/2012/01/24/droits-des-etrangers-art-3-5-6-et-13-cedh-encadrements-conventionnels-des-expulsions-detrangers-terroristes-menaces-dans-le-pays-de-destination/>

Nicolas Hervieu, « Conventionalité de la procédure française d'asile en rétention (recours effectif et droit d'asile) », *Combats pour les Droits de l'Homme*, [en ligne], 2011, mis en ligne le 19 mai 2011, consulté le 10 mai 2016, URL : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/05/19/asile-en-retention-une-audience-decisive-de-la-cour-de-strasbourg-sur-les-procedures-prioritaires-et-labsence-de-recours-suspensif-cnda-cour-edh-5e-sect-im-c-france/>

Nicolas Hervieu, *Les lettres d'actualités droits-libertés du CREDOF* du 12 janvier 2011, consulté le 9 mai 2016, URL : https://groupes.renater.fr/sympa/arc/droits-libertes/2011-02/msg00006/Lettre_ADL_du_CREDOF_-_12_fevrier_2011.pdf

Nicolas Hervieu, « Une progression européenne en demi-teinte de l'effectivité des recours en droit des étrangers (CEDH, G.C. 13 décembre 2012, De Souza Ribeiro c. France) », *Combats pour les Droits de l'Homme*, [en ligne], 2012, mis en ligne le 16 décembre 2012, consulté le 10 mai 2016, URL : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/12/16/une->

[progression-europeenne-en-demi-teinte-de-leffectivite-des-recours-en-droit-des-etrangers-cedh-g-c-13-decembre-2012-de-souza-ribeiro-c-france/](http://www.cedh-g-c-13-decembre-2012-de-souza-ribeiro-c-france/)

Sébastien Hourson, « Les recours suspensifs en matière administrative », *Droit administratif* n°5, mai 2012, étude n°9.

Nicolas Klausser, « Étrangers malades et droit de l'Union européenne : Entre accroissement et restriction des garanties juridiques. Droits des étrangers (Directives 2004/83/CE et 2008/115/CE) », *La revue des droits de l'homme*, Actualités droits-libertés [en ligne], janvier 2015, consulté le 3 mai 2016, URL : <http://revdh.revues.org/1044#tocto2n4>

H. Labayle et F. Sudre, *Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme*, RFDA 2001. 1250

Louis-Edmond Pettiti, « Analyse d'ensemble relative aux articles 2 et 3 de la Convention (Greffe CEDH) appliqués à l'expulsion d'étrangers mis en péril en cas de retour forcé », *RSC* 1998 p.169

« Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration », Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne - Conseil de l'Europe [en ligne], 2014, consulté le 13 mai 2016, URL : http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_FRA.pdf

Jean-Pierre Marguénaud, « L'ineffectivité du recours organisé par l'article D. 250-5 du code de procédure pénale contre les sanctions disciplinaires infligées aux détenus », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (Paris), 3, 2011, pp. 718-719.

Laurent Mortet, « Retour sur les droits de recours interne de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme (5 § 4, 5 § 5 et 5 § 1er combiné avec l'article 13) : à propos d'une curiosité de l'arrêt Géorgie c. Russie [CEDH, gde ch., 3 juil. 2014, GÉORGIE c. Russie (I), req. n° 13255/07] », *Le droit de la privation de liberté* (Blog), mis en ligne le 7 juillet 2014, consulté le 5 mai 2016, URL : <http://ledroitdelapriationdeliberte.blogspot.fr/2014/07/retour-sur-les-droits-de-recours.html>

Karine Parrot et Carlo Santulli, « La directive retour, l'Union européenne contre les étrangers », *Revue critique de droit international privé* 2009 p.205

Yehudi Pelosi, « Une avancée incertaine pour l'effectivité des recours des demandeurs d'asile « prioritaires ». Droit d'asile, droit au recours effectif et droit vivant (Constitution) », *La revue des droits de l'homme*, Actualités droits-libertés [en ligne], mars 2014, consulté le 3 mai 2016, URL : <https://revdh.revues.org/610>

Joanna Pétin, « Précisions jurisprudentielles sur la protection des étrangers dans le droit de l'Union : un acte manqué ? », *L'Espace de Liberté, Sécurité, Justice (LELSJ)* [en ligne], janvier 2015, consulté le 4 juin 2016, URL : <http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/05/immigration/precisions-jurisprudentielles-sur-la-protection-des-etrangers-dans-le-droit-de-lunion-un-acte-manque/>

Rapport sur le suivi par la France de l'exécution de l'arrêt De Souza Ribeiro, ADDE, Cimade, Gisti et LDH - 11 janvier 2016, consulté le 18 mai 2016, URL : <http://www.gisti.org/spip.php?article5173>

Jean-François Renucci, « Droit européen des droits de l'homme : Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH » (5^{ème} éd.), Paris LGDJ, [en ligne], 2012, consulté le 2 juin 2016. URL: <https://books.google.fr/books?id=SZTABQAAQBAJ&pg=RA1-PR66&lpg=RA1-PR66&dq=autonomie+de+l'article+13+CEDH&source=bl&ots=uPwVN-Pw-q&sig=9nbuDcwRY54UO2VPjpcIglbnuNg&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwi5y5GT-ePMAhVBExoKHbRsDTIQ6AEILzAD#v=onepage&q=autonomie%20de%20l'article%2013%20CEDH&f=true>

Jérôme Roux, Fascicule 1455 « Droit constitutionnel processuel », JurisClasseur Administratif, 5 février 2016, point III.

Serge Slama, « Réadmissions « Dublin II » vers la Grèce: transmission d'une QPC au Conseil d'Etat sur le droit au recours suspensif (TA Paris, réf., 26 janvier 2011, Negmatullah X.) », Combats Pour les Droits de l'Homme (CPDH) [en ligne], mis en ligne le 20 janvier 2011, consulté le 3 mai 2016, URL : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/01/30/readmissions-dublin-ii-vers-la-grece-transmission-dune-qpc-au-conseil-detat-sur-le-droit-au-recours-suspensif-ta-paris-ref-26-janvier-2011-negmatullah-x/>

Serge Slama, « Une décision de la Cour EDH condamnant la France constitue un changement de circonstances de droit permettant de surmonter un brevet de constitutionnalité. Droit à un recours effectif et liberté d'association (Art. 16 DDHC) », *La revue des droits de l'homme*, Actualités droits-libertés [en ligne], Août 2014, Consulté le 3 mai 2016, URL : <https://revdh.revues.org/866>

Hélène Surrel, « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la CEDH », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel [en ligne], 45 / 2014, consulté le 12 mai 2016, URL : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-45/conseil-constitutionnel-et-jurisprudence-de-la-cedh.142416.html>

Marion Tissier-Raffin, « La force probante des certificats médicaux dans l'appréciation du risque de violation de l'article 3 de la CEDH (Cour EDH, 5e Sect., 5 septembre 2013, I. c. Suède et 19 septembre 2013, R.J. c. France) », 2013, mis en ligne le 26 octobre 2013, consulté le 4 mai 2016. URL : <http://revdh.org/2013/10/23/force-probante-certificats-medicaux-risque-de-violation/>

Marion Tissier-Raffin, L'absence de recours suspensif contre une décision de ne pas poursuivre l'examen d'une demande d'asile ultérieure, dont l'exécution ne conduit pas à l'éloignement du requérant, n'est pas contraire au droit à un recours effectif », Journée d'Actualité des Droits Européens (JADE) [en ligne], mise en ligne le 17 mars 2016, consulté le 15 mai 2016, URL : <http://jade.u-bordeaux.fr/?q=node/1060>

Xavier Vandendriessche, JurisClasseur Administratif, Fasc. 233-65 : Etrangers – Eloignement, 21 novembre 2009 – mise à jour 2016. Point VII.

Michel Verpeaux, « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », Cahiers du Conseil constitutionnel [en ligne], 19 / 2006 , consulté le 12 mai 2016, URL : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n->

Pour les développements relatifs à l'interdiction du territoire français

Adèle Dencour, Emmanuelle Andres, « La France crispée sur son ordre public », *Plein droit* 2/2001 (n° 49), p. 24-27.

Martine Herzog-Evans, « Relèvement de l'interdiction du territoire : la violation de l'article 8§1 exception à la règle de la présence à l'étranger », *AJ Pénal*, 2007, n° 10, p. 435.

Isabelle Huet, « La double peine et la Convention européenne des droits de l'homme », in P. Lambert, C. Pettiti (Dir.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

Brigitte Jarreau, « L'éloignement des étrangers : interdiction définitive du territoire français (arrêts Ezzouhdi et Abdouni des 13 et 27 février 2001) », in Actes de la huitième Session d'information (arrêts rendus en 2001), Cahiers du CREDHO n° 8.

Henri Labayle, « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale », in H. Fulchiron (Dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999.

Maud Léna, « La perpétuité réelle française ne constitue pas une peine inhumaine ou dégradante », *Dalloz actualité*, 17 novembre 2014.

Didier Liger, « La réforme de la double peine », *AJ Pénal*, 2004, n° 3.

Lilian Mathieu, « Double-peine : les fondements juridiques d'une discrimination légale », *Mouvements* 2001/1 (n 13), p. 83-87.

Pierrette Poncela, « Relèvement d'une interdiction du territoire français : faut-il résider hors de France, Crim. 13 juin 2007, n°06-86.065 », dans sa « Chronique de l'exécution des peines », *RSC* 2008.

Sandra Raulin, « Une occasion manquée de préciser la portée de l'arrêt Vinter dans une affaire concernant la France », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 décembre 2014, consulté le 3 mai 2016.

Damien Roets, « Du droit à l'espoir des personnes condamnées à la réclusion à perpétuité », in *Revue de Science Criminelle* 2013.

Claire Saas, « Interdiction définitive du territoire français prononcée à titre principal : une peine perpétuelle faute de réhabilitation – Conseil constitutionnel 27 novembre 2015 », *AJ pénal* 2016.

Rapports

« Libertés et ordre public », *Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*, 8ème séminaire des cours constitutionnelles tenu à Erevan du 2 au 5 octobre 2003.

Christine Chanet (présidente), *Les peines d'interdiction du territoire – Commission de réflexion*, Rapport publié à la Documentation française, rendu le 18 novembre 1998.

Sites internet

<http://www.gisti.org>

<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>

Table des matières

INTRODUCTION.....	6
I. CONTEXTUALISATION	6
A. Des besoins pratiques face à la « double peine ».....	6
B. Le critère insaisissable de l'« ordre public ».....	10
II. LES ENJEUX DE L'« ACCES EFFECTIF AU JUGE » DANS LE CADRE DE L'ARRETE D'EXPULSION ET DE L'INTERDICTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS	13
A. Arrêté d'expulsion et « accès effectif au juge » : un recours à caractère non suspensif.....	14
1) Définition.....	14
a. Base légale	14
b. Quelle suspension ?	15
c. Quel recours ?.....	15
2) Quelles sont les causes et les conséquences de l'absence de caractère suspensif du recours contre un arrêté d'expulsion ?	16
a. A l'origine	16
b. En conséquence	18
B. La multiplication des questions d'accès aux juges pour la peine d'interdiction du territoire français.....	18
1) La définition pénale de l'ITF	19
a. Une peine complémentaire ou une peine principale, prévue par les textes.....	19
b. Des recours de différentes natures	19
c. Des critères de relèvement de l'ITF difficiles à atteindre en pratique	22
2) Les difficultés causales et conséquentes pour l'accès effectif au juge	22
a. Les justifications larges de l'interdiction du territoire français.....	22
b. Les conséquences pour l'accès effectif au(x) juge(s).....	23
CHAPITRE 1 : LE CARACTERE NON SUSPENSIF DU RECOURS CONTRE L'ARRETE D'EXPULSION.....	25
I. LE CHOIX PROMETTEUR D'UN RECOURS DEVANT LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME	25
A. Un recours sur le fondement de l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.....	25
1) Le droit à un recours effectif non suspensif et ses exceptions.....	26
a. La consécration d'un droit au recours effectif sans caractère suspensif	26
b. Les raisons à l'origine d'un régime d'exception concernant l'éloignement.....	27
2) Un premier socle d'exceptions bien établies : l'article 13 combiné aux articles 2, 3 ou 4 Protocole 4	28
a. Une combinaison majeure : les articles 13, 2 et 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme	28
b. Une combinaison mineure : les articles 13 et 4 du Protocole 4.....	30
3) Un second socle d'exceptions prometteur: l'article 13 combiné à l'article 8	31

a. De Souza Ribeiro contre France, Cour EDH, 5 ^e section, 30 juin 2011	32
b. De Souza Ribeiro contre France, renvoi en Grande Chambre, 13 décembre 2012	33
4) Une dernière possibilité offerte par l'article 13 : contester non pas l'arrêté d'expulsion mais la décision de placement en rétention.....	35
<i>B. Un recours devant la Cour européenne des Droits de l'Homme sur un autre fondement est-il une perspective crédible ?</i>	<i>36</i>
1) L'exclusion de l'article 1 du Protocole 7	36
2) L'éventualité de l'article 5§4.....	37
II. L'ALTERNATIVE D'UNE QUESTION AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL OU A LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE	38
<i>A. La possibilité d'une question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel</i>	<i>39</i>
1) Un fondement constitutionnel : l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.....	39
2) Retour sur les précédentes contestations du caractère non suspensif du recours contre une mesure d'éloignement devant le Conseil constitutionnel	41
a. L'affirmation de la constitutionnalité du caractère non suspensif du recours contre une mesure d'éloignement.....	41
b. La difficile saisine du Conseil constitutionnel par la voie de la QPC.....	42
c. Un manque de courage de la part du Conseil constitutionnel	44
2) La possible clairvoyance du Conseil quant au cas des arrêtés d'expulsion.....	44
a. La base légale	45
b. Des écueils qui pourraient heureusement être évités	45
c. L'argumentation souhaitée	46
<i>B. La possibilité d'une question préjudicielle devant la Cour de Justice de l'Union européenne</i>	<i>47</i>
1) Quelle marge de manœuvre face au caractère non suspensif du recours contre l'arrêté d'expulsion visant le ressortissant d'un Etat tiers ?.....	47
a. Le droit à un recours effectif mais non suspensif.....	47
b. La première exception : le cas des étrangers malades.....	49
c. La seconde exception : le cas des demandeurs d'asile déboutés	50
2) Quelle marge de manœuvre face au caractère non suspensif du recours contre l'arrêté d'expulsion visant le ressortissant de l'Union européenne ?.....	52
a. Une expulsion possible, mais sévèrement appréciée	52
b. Une absence de droit à un recours suspensif mais une garantie minimale : l'intervention d'une autorité de contrôle	53
A TITRE DE CONCLUSION PARTIELLE : ALTERNATIVES A UNE CONTESTATION JURIDICTIONNELLE	54
 CHAPITRE 2 : L'ACCES EFFECTIF AU JUGE EN CAS D'INTERDICTION DU TERRITOIRE	
FRANÇAIS	58
I. L'EFFECTIVITE DU RECOURS INDIRECTEMENT ATTEINTE	58
<i>A. Un recours pour l'instant impossible sur le terrain du droit au contradictoire.....</i>	<i>58</i>
1) L'écart nécessaire de la question du contradictoire en première instance.....	59

2) Le recours impossible sur le choix du contradictoire en appel, absent dans les faits.....	59
<i>B. Les critères requis pour le relèvement de l'ITF, contestables vis à vis du droit au procès équitable</i>	60
1) Les critères de recevabilité de la requête en relèvement d'ITF, obstacles effectifs.....	60
2) L'impossibilité d'un recours sur les autres critères	62
II. L'EXIGENCE DE LA PROPORTIONNALITE EN POSSIBLE MOTIF DE RECOURS	63
<i>A. L'interdiction du territoire français perpétuelle et l'effectivité du recours gracieux devant la CEDH</i>	63
1) Le champ d'application restreint de la jurisprudence CEDH relative aux peines perpétuelles	64
2) Le recours gracieux présidentiel comme seul impossible espoir.....	66
3) La jonction nécessaire avec l'article 8 de la Convention EDH dans une situation le justifiant.....	68
<i>B. La liberté de circulation et la proportionnalité au niveau de la CJUE</i>	71
1) Les catégories protégées au niveau de l'Union européenne comme requérants privilégiés.....	71
2) La proportionnalité exigée pour limiter cette liberté au centre d'un recours.....	73
<i>C. Egalité et proportionnalité des peines rejetées par le Conseil constitutionnel</i>	75
1) Une décision claire prise par le Conseil, potentiellement prometteuse	76
a. Une rupture d'égalité prometteuse sur le terrain de l'ITF et de la réhabilitation judiciaire	76
b. La question de la proportionnalité, une piste moins prometteuse	77
2) Des approches alternatives possibles ?.....	78
a. L'absence de proportionnalité dans l'application stricte du régime de la peine principale sur la peine complémentaire venant se substituer à l'amende ou l'emprisonnement.....	78
b. Egalité et proportionnalité face aux aménagements de peine méconnues par les règles de compétence	80
c. Pas de prise en compte du mariage avec un Français effectué entre la commission supposée de l'infraction et la condamnation à une peine d'ITF	83
III. L'ACTION POSSIBLE SUR DES ELEMENTS ANNEXES A LA PEINE ELLE-MEME	84
<i>A. L'action envisageable par rapport aux décisions administratives</i>	84
1) La décision fixant le pays de renvoi prise pour l'exécution de l'ITF.....	85
2) L'arrêté d'expulsion supprimant la nécessité de l'ITF ?.....	88
<i>B. L'action de formation pour les différents acteurs</i>	89
1) Réaliser un guide et des formations à destination des intervenants « pénalistes »	89
2) Réaliser un guide d'informations pour les personnes directement concernées.....	90
CONCLUSION GENERALE	92
BIBLIOGRAPHIE	97
JURISPRUDENCES.....	98
OUVRAGES	100
ARTICLES	100
RAPPORTS.....	104
SITES INTERNET	105

TABLE DES MATIERES..... 106