

Droit pénal de la police des étrangers

Marion LCAZE

Maître de conférences à l'Université de Bordeaux (ISCJ – EA 4601)

1. La période couverte par la présente chronique a été, en droit de la police des étrangers comme en de nombreux autres domaines, profondément marquée par la crise sanitaire. Celle-ci n'aura toutefois pas empêché l'adoption de l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, conformément à l'article 52 de la loi n°2018-778 habilitant le gouvernement à opérer une nouvelle codification du CESEDA «à droit constant et sous réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes, harmoniser l'état du droit, remédier aux erreurs et insuffisances de codification et abroger les dispositions, codifiées ou non, obsolètes ou devenues sans objet »¹. Bien que l'ordonnance s'inscrive dans une volonté d'une meilleure lisibilité et d'une plus grande sécurité juridique, on peut déjà observer que la forte instabilité de la matière n'a pas épargné le nouveau texte, qui a déjà connu plusieurs rectifications ou modifications, parfois même avant son entrée en vigueur le 1^{er} mai 2021. Il est en outre permis de redouter qu'il subisse prochainement de nouveaux bouleversements en raison de l'évolution annoncée du droit de l'Union européenne². Quoiqu'il en soit de sa pérennité, cette recodification impose un travail d'identification des équivalences entre anciennes et nouvelles dispositions que les tables de concordance publiées au journal officiel ne suffisent pas toujours à effectuer³. Elle supposera en outre d'inclure à l'analyse des décisions et de leur portée l'observation de la version de la disposition appliquée, et de s'interroger sur la pérennité des solutions dégagées sur le fondement des anciens textes. Il n'est pas certain, en effet, que le CESEDA nouveau reprenne exactement le droit positif antérieur, ni qu'il apporte toujours les corrections qu'aurait imposé une parfaite intégration

¹ Le délai de vingt-quatre mois prévus par cet article a été dépassé mais demeure dans la limite de la prorogation de quatre mois accordée par l'article 14 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020. Notons que le projet de loi *ratifiant l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* a été déposé le 17 mars 2021 à l'Assemblée nationale mais n'a, à l'heure où nous écrivons ces lignes, pas encore été adopté.

² V. not., outre plusieurs propositions de règlements, la proposition de directive 2018/0329 *relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier* ».

³ V. le JO du 30 décembre 2020, comprenant les tables des parties législatives et réglementaires. Il est alors utile et complémentaire de se référer aux tables de concordance diffusées par le GISTI ; v. <http://www.gisti.org/spip.php?article6544>.

du droit de l'Union européenne. Sans entrer dans l'étude des titres de séjour ou des aspects purement administratifs des mesures d'éloignement, les seuls aspects relatifs au droit pénal permettent en effet déjà d'en douter. Comme cela a été développé dans les précédentes chroniques, le législateur français avait été contraint de renoncer, sinon au droit pénal, du moins au recours à l'emprisonnement pour sanctionner certaines irrégularités de la situation administrative de l'étranger. Plusieurs incriminations demeurent toutefois, qui ont été réorganisées par l'ordonnance du 16 décembre 2020 (I) et complétées par la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 *relative à la gestion de la crise sanitaire* pour répondre aux difficultés engendrées par le refus qu'ont pu opposer des étrangers à la réalisation d'un test de dépistage du coronavirus, parfois nécessaire à la mise en œuvre de leur reconduite à la frontière (II).

I. La répression de l'irrégularité de la situation administrative de l'étranger

Ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020

2. Dans la nouvelle codification du CESEDA, c'est le livre VIII qui est consacré aux contrôles et sanctions. Annoncé comme reprenant « *pour l'essentiel le périmètre* » de l'ancien livre VI⁴, celui-ci comprend les différentes incriminations réprimant l'irrégularité de la situation administrative de l'étranger ressortissant d'un pays tiers, réorganisées (A), sans toutefois résoudre le persistant problème de la détermination du domaine de la condition préalable d'épuisement des mesures administratives coercitives (B).

A. Recodification des comportements sanctionnés

3. **Réorganisation.** Une rapide lecture de la table de concordance entre les ancien et nouveau CESEDA permet d'observer que la réorganisation des incriminations a pris la forme d'un éclatement de certains articles essentiels. De façon plus générale, le plan du nouveau code améliore sans doute la lisibilité de l'articulation des différentes incriminations puisque le Titre II du livre VIII, consacré aux « sanctions » adopte une présentation plus chronologique des situations susceptibles de donner lieu à l'engagement de la responsabilité des étrangers ressortissants d'un Etat tiers, étant envisagées la méconnaissance des obligations relatives à l'entrée en France (Chapitre I), puis celle des obligations relatives au séjour en France (Chapitre II) et enfin les manquements à l'exécution des décisions d'éloignement (Chapitre IV). L'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour des étrangers est pour sa part régie par le Chapitre III⁵. Il n'est pas possible de mener ici une analyse exhaustive des nouvelles dispositions, mais il paraît utile de présenter la nouvelle organisation des incriminations essentielles (2), après avoir dit un mot sur les utiles précisions apportées quant à la nature de certaines sanctions propres à la matière (1).

⁴ V. Rapport au Président de la République *relatif à l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*.

⁵ Sur ce chapitre, nous observerons simplement qu'il réunit désormais l'aide à l'entrée, au séjour et à la circulation (section 1), qualifiant dans l'intitulé de sa section 3 les « exemptions » qui lui sont propres de « *conditions d'exercice des poursuites pénales* » et donc d'immunités procédurales, et les hypothèses de mariage ou reconnaissance d'enfant à fins d'obtention d'un titre de séjour ou la nationalité française (section 2).

1. Précisions sur la nature de certaines sanctions spécifiques

4. Sont respectivement intégrées aux deux premiers chapitres les sanctions encourues par les entreprises de transport ayant méconnu la réglementation sur l'entrée des étrangers sur le territoire⁶ ou failli à leur obligation de réacheminement⁷, et la contribution forfaitaire de l'employeur ayant occupé un étranger en situation irrégulière⁸.

5. Comme auparavant, l'employeur qui a occupé un travailleur étranger en situation de séjour irrégulier doit acquitter une « *contribution forfaitaire représentative des frais d'éloignement du territoire français de cet étranger* ». La nature administrative de la sanction ne fait guère de doute dès lors qu'il est toujours précisé qu'elle s'impose « *sans préjudice des poursuites judiciaires qui peuvent être engagées à son encontre et de la contribution spéciale prévue à l'article L. 8253-1 du code du travail* ». L'absence de modification du cumul de ces sanctions n'est pas surprenante dès lors que le Conseil constitutionnel⁹ et le Conseil d'Etat¹⁰ ont clairement affirmé sa conformité au principe *ne bis in idem*. Les deux contributions peuvent donc s'ajouter à la peine qui peut être prononcée sur le fondement des infractions du code du travail¹¹, non dupliquées dans le CESEDA.

6. S'agissant de la sanction des entreprises de transport, on observera que le nouveau texte¹² précise que l'amende encourue est de nature administrative, ce qui ne paraissait pas évident à la seule lecture des anciennes dispositions et de la décision n°2019-810 QPC, qui avait, quoique sans formellement viser l'article 8 de la DDHC, paru y voir des sanctions pénales en appréciant la constitutionnalité des anciens articles L625-1 et L625-5 au regard des « *principes de proportionnalité et d'individualisation des peines* » (§13) et de celui selon lequel « *nul n'est punissable que de son propre fait* » (§14). Il est alors certainement heureux -quoique peut-être discutable sur le fond- que l'ambiguïté soit levée, et que le texte soit désormais explicitement conforme à la procédure relative au prononcé de ladite amende par le ministre de l'Intérieur, sous le contrôle des juges administratifs¹³.

2. Réorganisation des incriminations

7. Il a souvent été dit, à juste titre, que certaines dispositions de l'ancien CESEDA étaient devenues difficilement lisibles à force de modifications, ajouts ou autres incises au sein d'articles visant des situations et comportements distincts. C'était à n'en pas douter le cas, par exemple, de l'ancien article L. 624-1-1, incriminant la soustraction à différentes mesures d'éloignement *lato sensu* ou de refus d'entrée, ou bien poursuivant cette finalité, et sans doute

⁶ Art. L821-6 et s.

⁷ Art. L821-10 et s. Notons que le Conseil constitutionnel a jugé cette obligation de réacheminement conforme à la Constitution, s'agissant des aspects dont il a estimé devoir connaître en érigeant en « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « *force publique* » nécessaire à la garantie des droits ; v. Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021.

⁸ V. Article L822-2 du CESEDA.

⁹ Décision n° 2016-621 QPC du 30 mars 2017.

¹⁰ V. CE, 13 mars 2019, n° 408567,§7.

¹¹ Article L8256-2 et L8256-3 du code du travail.

¹² Article L821-10 du CESEDA.

¹³ V. not. CE, 11 décembre 2020, n°427744, relatif à une amende de 5000€ infligée à la société Air France, et les conclusions de Mme Sophie Roussel, rapporteur public.

est-il plus clair, malgré les difficultés engendrées par toute nouvelle numérotation, que ces différents comportements et situations se trouvent aujourd’hui disséminées dans sept articles distincts, répartis au sein du nouveau plan. C’est celui-ci que nous suivrons pour une rapide présentation des différentes incriminations du nouveau CESEDA sanctionnant l’irrégularité de la situation administrative de l’étranger ressortissant d’un pays tiers.

8. Incriminations sanctionnant le manquement aux obligations relatives à l’entrée et au séjour en France. Le chapitre I du titre II du livre VIII regroupe les incriminations sanctionnant l’entrée irrégulière depuis une frontière extérieure¹⁴ de l’Union ou de l’espace Schengen¹⁵ et la méconnaissance d’une décision de refus d’entrée¹⁶. Sont également sanctionnés des comportements qui s’apparentent à un défaut de coopération de l’étranger¹⁷ tel que le refus de se soumettre aux opérations de relevé des empreintes digitales et de prise de photographie requises pour le franchissement des frontières¹⁸, et la soustraction à la mesure de surveillance que constitue le placement en zone d’attente¹⁹ ou à la mesure de refus d’entrée par la soustraction aux modalités de transport permettant l’exécution d’office de celle-ci²⁰.

9. Incriminations relatives au séjour irrégulier. Le chapitre II, dont la section 2 est relative à la contribution forfaitaire de l’employeur ayant occupé un étranger en situation irrégulière²¹, ne connaît qu’une seule incrimination²². Celle-ci sanctionne le refus de se soumettre aux opérations de relevé d’empreintes digitales et de prise de photographies « *dans le cas prévu au 3° de l’article L. 142-1* »²³, relatif aux traitements automatisés de données à caractère personnel des étrangers sollicitant des visas ou des titres de séjour, ayant fait l’objet d’une décision d’éloignement ou bénéficiant de l’aide au séjour.

10. Incriminations de manquement à l’exécution d’une mesure d’éloignement. Se trouvent désormais au sein de chapitre IV les incriminations sanctionnant différents comportements désignés comme constituant un manquement à l’exécution d’une mesure d’éloignement.

¹⁴ Rappelons que le délit d’entrée depuis une frontière intérieure de l’Union a disparu depuis la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, à la suite de l’arrêt CJUE, Gr. Ch., 7 juin 2016, n° C-4715, *Affum contre préfet du Pas-de-Calais*. V. chron. *RPDP* n°3-2018.

¹⁵ Article L821-1, reprenant l’ancien article L621-2 à l’exception des cas d’entrée en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte, à La Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin ou à Saint-Pierre-et-Miquelon, désormais regroupées dans un titre III consacré aux « dispositions applicables à l’Outre-mer », aux art. L831-1 et suivants.

¹⁶ Art. L821-5, ancien art. L624-2 al.1.

¹⁷ V. plus longuement *infra*, sur le devoir de coopération.

¹⁸ Article L821-2 ; v. ancien art. L. 611-3, alinéa 2.

¹⁹ Article L821-4 ; v. ancien art. L. 624-2, alinéa 1.

²⁰ Article L821-5 ; v. ancien art. L. 624-2, alinéa 1. Notons que l’article, ainsi que d’autres dispositions répressives, est applicable aux citoyens de l’Union européenne et aux membres de leur famille faisant l’objet d’interdiction administrative du territoire, d’un refus de séjour ou d’une mesure d’éloignement dans les conditions spécifiques prévues par le livre II. V. article L270-1.

²¹ V. *supra*.

²² Rappelons que le simple séjour irrégulier ne constitue plus une infraction depuis la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012.

²³ Article L822-1 ; v. ancien art. L. 611-3, alinéa 2.

11. La première section est consacrée au « *défaut de coopération et d'exécution de la décision d'éloignement* », consacrant ainsi un **devoir de coopération** de l'étranger, qui apparaît à l'article 15 de la directive « retour »²⁴ relatif aux conditions de placement en rétention mais semble devoir être consacré plus largement par la proposition de directive destinée à la remplacer. Le défaut de coopération des intéressés est en effet désigné comme l'un des deux principaux « *problèmes* », avec le défaut de coopération des pays d'origine, faisant obstacle à un « *retour effectif* » des étrangers en situation irrégulière²⁵. Sont ainsi sanctionnés le refus de se soumettre aux opérations de relevé des empreintes digitales et de prise de photographie dans le contexte d'une décision prononçant l'éloignement²⁶ ainsi que la non-présentation des documents de voyage ou, à défaut de ceux-ci, l'absence de communication des renseignements permettant l'exécution d'une interdiction administrative du territoire, d'une décision d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'une obligation de quitter le territoire français ou la communication de renseignements erronés sur son identité²⁷.

12. Cette même section contient également le délit **de maintien irrégulier sur le territoire français**²⁸, dont on se souvient qu'il ne peut, conformément aux critères initialement dégagés par la CJUE dans les arrêts *El Dridi* et *Achughbadian* de 2011²⁹, être constituée que si l'étranger frappé par une mesure emportant reconduite à la frontière (interdiction administrative du territoire français, une obligation de quitter le territoire français, décision de mise en œuvre une décision prise par un autre État, expulsion ou peine d'interdiction du territoire français) « *après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention ou d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement* ». Non exigée par d'autres incriminations, et en particulier par celle de soustraction à une mesure d'éloignement sur laquelle nous reviendrons³⁰, la condition d'épuisement préalable des mesures administratives coercitives poursuivant l'éloignement ne semble toujours pas pleinement intégrée par la pratique. Celle-ci semble, en particulier continuer à recourir à cette incrimination pour fonder des gardes à vue sans toujours vérifier cette condition préalable. Un arrêt rendu le 9 juin 2021 par la chambre criminelle en témoigne, rappelant, au visa de la directive 2008/115/CE que « *cette infraction n'est [...] caractérisée que lorsque l'administration a mis en œuvre toutes les mesures de contrainte dont elle dispose* » et cassant la décision d'une cour d'appel qui avait cru pouvoir juger régulières « *les poursuites pénales [...] engagées avant l'expiration du délai maximal de rétention administrative* » au motif que ce délit était bien sanctionné d'une peine d'emprisonnement, et avait ensuite condamné l'étranger³¹.

²⁴ Article L824-1 ; v. ancien art. L.624-1-1 et L. 624-2

²⁵ Proposition de directive du parlement européen et du conseil *relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, COM/2018/634 final.

²⁶ Article L824-2 ; v. ancien art. L. 611-3.

²⁷ Article L824-1 ; v. ancien art. L. 624-1-1.

²⁸ Article L824-3 ; ancien art. L.624-1.

²⁹ CJUE, 1^{ère} ch., 28 avril 2011, *Hassen El Dridi*, C-61/11 PPU et CJUE, Gr. Ch., 6 décembre 2011, A. *Achughbadian c/ Préfet du -Val-de-Marne*, C 329/11.

³⁰ V. *infra*.

³¹ Cass. crim., 9 juin 2021, n° n° 20-80.533 ; *AJ pénal*, sept. 2021, p. 420. Notons que l'arrêt est rendu sur le fondement des anciennes dispositions quoique postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 16 décembre 2020, la question de la détermination du texte applicable -sans enjeu ici- n'étant aucunement évoquée.

13. La seconde section du chapitre IV est consacrée à la sanction de la **méconnaissance des mesures prises pour l'exécution d'office d'une mesure d'éloignement**. Elle contient toute une série d'incriminations autrefois regroupées dans les articles L. 624-1, L. 624-3 et L. 624-4 de l'ancien CESEDA. Le plan du nouveau code est sans doute plus clair puisqu'il permet d'identifier immédiatement les comportements consistant en une soustraction aux obligations issues d'une décision d'assignation à résidence (sous-section 1), à une mesure de rétention administrative (sous-section 2), ceux consistant à se soustraire à une décision d'éloignement (sous-section 3) ou à pénétrer de nouveau sur le territoire après avoir fait l'objet d'une mesure d'éloignement (sous-section 4). Si cette dernière sous-section aurait sans doute pu trouver sa place dans le chapitre II, le choix opéré par l'ordonnance peut s'entendre au regard de la jurisprudence de la CJUE, qui distingue l'hypothèse de l'entrée irrégulière assimilée au séjour irrégulier³², et la rapproche de celle d'un maintien après épuisement de la procédure administrative poursuivant l'éloignement pour juger la prévision d'une peine d'emprisonnement possible en cas de « *nouvelle entrée* »³³. On observera par ailleurs que l'effort de ventilation des différentes situations au sein de textes d'incrimination distincts n'est pas toujours abouti. Alors que la première sous-section permet de donner à chaque comportement un fondement qui lui est propre (ne pas rejoindre le lieu désigné pour l'assignation à résidence dans les délais ou la quitter sans autorisation³⁴, absence de respect de l'obligation de présentation aux services de police³⁵, des prescriptions liées au placement sous surveillance électronique³⁶ ou des interdictions de se trouver en relation avec certaines personnes³⁷), l'article unique de la troisième sous-section³⁸ punit à la fois : la soustraction au placement ou au maintien en centre de rétention administrative, pudiquement qualifié de « *mesure de surveillance* » et donc le refus d'intégration ou l'évasion, la tentative et la complicité par aide ou assistance de l'infraction ou de sa préparation, et une forme aggravée du délit³⁹.

14. Si la mise en œuvre des dispositions nouvelles révélera peut-être des conséquences des modifications rédactionnelles qui ont pu intervenir à l'occasion de cette réorganisation, il nous semble d'ores et déjà falloir souligner que les nouveaux articles réprimant la soustraction à une mesure d'éloignement ne résolvent en rien les difficultés apparues sur le fondement de l'ancien texte réprimant la soustraction à une mesure de reconduite à la frontière.

B. Emprisonnement et nécessaire épuisement préalable de la procédure administrative

15. **Rappels des critères *El Dridi* et *Achughbajian***. Ainsi que nous l'avons brièvement rappelé, l'exigence d'épuisement préalable des mesures administratives coercitives attachée au délit de maintien irrégulier résulte de l'intégration législative des conditions posées par la

³² V. CJUE [GC], 7 juin 2016, C-4715, préc.

³³ V. CJUE 1^{er} octobre 2015, C-290/14, *Celaj*, §64.

³⁴ Article L824-4.

³⁵ Article L824-5.

³⁶ Article L824-6.

³⁷ Article L824-7.

³⁸ Article L821-12.

³⁹ Article L824-8 ; v. anciens art. L624-1-1 al. 3 et L. 624-2 al. 1.

CJUE dans les arrêts *El Dridi* et *Achughbabian*. Tardivement prévue par la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012, cette condition préalable n'avait toutefois intégré l'article L. 624-1 alors en vigueur qu'au sein de l'alinéa 1^{er}, l'alinéa 2 du même article laissant alors demeurer la sanction par une peine d'emprisonnement de celui « *qui se sera soustrait ou qui aura tenté de se soustraire à l'exécution d'une mesure* » sans mention d'une telle condition. Justifiée par l'idée d'une légitime gradation répressive entre comportement passif de maintien et comportement actif de soustraction⁴⁰, la distinction paraissait toutefois hasardeuse au regard des exigences européennes. Un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 1^{er} avril 2015⁴¹ confirma cette lecture et balaya la distinction s'agissant de la condition relative à la procédure préalable⁴² : saisie sur le fondement du délit de soustraction à une mesure d'éloignement pour un refus d'embarquer, hypothèse typique de soustraction active, la Cour de cassation affirma clairement que l'article L.624-1, sans distinction d'alinéa, disposait que l'étranger « *ne peut être poursuivi du chef de soustraction à l'exécution d'une décision de reconduite à la frontière que si ces mesures administratives ont pris fin sans qu'il ait été procédé à son éloignement* ». Loin d'en tirer les conclusions qui s'imposaient, le législateur, dans les réformes ultérieures, ne fit que déplacer l'incrimination de soustraction, en la modifiant à la marge⁴³. L'ordonnance du 16 décembre 2020 s'inscrit ainsi dans une continuité, qui laisse demeurer de sérieux doutes sur la compatibilité avec le droit de l'Union européenne du délit de soustraction à l'exécution d'une mesure d'éloignement (1), et plus largement d'autres incriminations sanctionnant le manquement à l'exécution d'une décision d'éloignement (2).

1. Soustraction à l'exécution d'une mesure d'éloignement

16. Il paraissait sans doute politiquement peu probable que l'ordonnance du 16 décembre 2020 remédie à ce qui paraît bien constituer, sinon une incrimination, du moins une peine contraire au droit de l'Union européenne. On aurait toutefois pu l'espérer dès lors que la réforme a été annoncée comme une « *refonte (...) à droit constant, sous la réserve de modifications rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle de l'ensemble des dispositions du code* ». Malheureusement, le nouvel article L. 824-9, comme l'article L. 824-10 relatif aux décisions prises par un autre Etat, de remise ou de transfert, n'intègrent pas davantage la condition d'épuisement préalable de la procédure administrative coercitive que l'ancien texte⁴⁴. Celle-ci paraît pourtant bien s'imposer, même s'il ne semble pas exister de décision de la Cour de cassation sur la question depuis l'arrêt précité du 1^{er} avril 2015. On observera toutefois que l'arrêt du 9 juin 2021, quoique rendu au visa de l'article L. 624-1, et

⁴⁰ V. plus longuement la chronique *RPDP* n°3-2018.

⁴¹ Cass. crim., 1^{er} avril 2015, n°13-86.418, Publié au bulletin.

⁴² S'agissant de la définition de la soustraction permettant la garde à vue, un autre arrêt cette fois rendu par la première chambre civile semble en revanche adopter la distinction en cassant la décision jugeant la mesure régulière « *sans préciser quels éléments de la procédure auraient établi que l'intéressé, soit avait été préalablement soumis à une mesure régulière de placement en rétention ou d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement, soit s'opposait à l'exécution de cette mesure, le premier président a violé le texte susvisé* » ; v. Chambre civile 1, 28 mai 2015, 14-20.313, Publié au bulletin.

⁴³ V plus longuement, et notamment sur l'exclusion de la peine d'emprisonnement, un temps envisagée lors des débats ayant précédé l'adoption de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 en raison d'un problème de conformité à la directive retour, la chronique publiée dans le n°3-2018 de cette revue.

⁴⁴ Ancien art. L624-1-1.

donc du délit de maintien irrégulier, paraissait bien correspondre à une hypothèse de soustraction au sens de la distinction souhaitée par le législateur. La lecture des faits, quoique très succinctement rappelés, indique en effet que l'intéressé se trouvait « *détenu* » au moment des faits reprochés et avait fait l'objet d'une mesure de rétention n'étant pas arrivée à son terme, ce qui suggère qu'il s'y soit soustrait. Par ailleurs, et peut-être surtout, la motivation de la Cour de cassation, tout en renvoyant à l'article L. 624-1 énonce que « *l'infraction, passible d'une peine d'emprisonnement, de soustraction à une mesure d'éloignement (...) ne peut être constituée que si cet étranger a fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention ou d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement* ». Peut-être ne s'agit-il que d'une maladresse rédactionnelle, mais cela pourrait également être lu comme un discret rappel de la solution énoncée le 1^{er} avril 2015, et annoncer une prochaine décision la réaffirmant s'agissant du délit de soustraction. Le déplacement de celui-ci dans une section distincte du délit de maintien irrégulier n'a en effet aucune autre conséquence qu'expressive de l'attachement du droit interne à l'existence d'un délit puni d'emprisonnement, et en cela indispensable au placement en garde à vue des étrangers⁴⁵ frappés d'une décision de reconduite à la frontière⁴⁶. Il faut alors certainement espérer que la Cour de cassation soit bientôt confrontée à l'application des nouvelles dispositions et puisse, à cette occasion, préciser la portée qu'elle entend donner à des exigences européennes à ce jour inchangées⁴⁷.

2. Incertitudes quant au domaine de la condition préalable d'épuisement des mesures administratives coercitives

17. Au-delà des délits de soustraction, d'autres textes de cette même section 2 relative à la méconnaissance des mesures prises pour l'exécution d'office d'une décision d'éloignement pourraient en effet être concernés par l'exigence d'épuisement des mesures administratives coercitives. D'un point de vue strictement pénal, les différents délits sanctionnant les manquements à l'exécution d'une décision d'éloignement paraissent, dans l'ensemble⁴⁸ satisfaisant à l'exigence de proportionnalité. S'agissant des mesures de surveillance, en particulier, on observe que le non-respect des obligations qui y sont attachées est puni d'un an d'emprisonnement⁴⁹, alors que le fait de ne pas rejoindre cette résidence est puni de 3 ans

⁴⁵ On se souvient que la Cour de cassation s'était fermement opposée, dans la période de transition entre l'arrêt *Achughbadian* et la loi du 31 décembre 2012, à ce que le délit de séjour irrégulier non encore abrogé permette un placement en garde à vue ; v. Avis n° 9002 du 5 juin 2012 de la Chambre criminelle et Civ. 1, 5 juillet 2012, pourvois n° 11-30.371, 11-19.250 et 11.30-530.

⁴⁶ L'enjeu véritable réside en effet en pratique bien davantage dans la possibilité d'un placement en garde à vue de l'étranger, encore souvent préférée à la retenue à fins de vérification d'identité de l'étranger (art. L813-1 et s. du CESEDA, ancien art. L. 611-1-1) que dans l'exercice des poursuites sur ce fondement. Celle-ci, lorsqu'elles donnent lieu au prononcé d'une peine d'emprisonnement, peuvent toutefois avoir un intérêt dans la perspective d'un éloignement, les dernières réformes ayant œuvré dans le sens d'une facilitation de l'exécution de la mesure de reconduite à la frontière en permettant que la rétention -voire l'éloignement- succède immédiatement à l'emprisonnement. V. *infra*.

⁴⁷ Pour un jugement, frappé d'appel à ce jour, reprenant la solution dégagée le 1^{er} avril 2015 sur le fondement du nouveau CESEDA, v. T. Corr. Rouen, 16 juin 2021, n°1142/21.

⁴⁸ On pourrait mettre de côté le refus de présenter les documents de voyage ou de fournir des renseignements de l'article L824-1, puni de 3 ans d'emprisonnement, ce qui paraît lourd comparé à d'autres manquements, tel le refus de se soumettre aux opérations de relevé d'empreintes digitales ou le maintien irrégulier, punis de seulement un an d'emprisonnement (v. art. L824-2 et s.).

⁴⁹ Article L824-5, Article L824-6 et Article L824-7.

d'emprisonnement⁵⁰, peine également encourue en cas de soustraction à la rétention administrative en l'absence de circonstance aggravante⁵¹. Si l'on intègre les critères dégagés par la Cour de Justice, toutefois, ces dispositions ne sont pas sans poser de sérieuses questions quant au respect de l'exigence de proportionnalité invoquée par l'arrêt *El Dridi*, comme de « l'effet utile » de la directive retour au fondement de l'arrêt *Achughbavian*⁵². Le droit de l'Union européenne, comme d'ailleurs les dispositions nationales encadrant le recours à ces mesures, semblent en effet imposer une gradation de la coercition administrative, articulée avec la répression pénale. De la sorte, la conséquence du non-respect des mesures attachées à l'assignation à résidence pourrait n'être d'abord qu'un renforcement des contraintes attachées à celle-ci (placement sous surveillance électronique par exemple) ou un placement en rétention administrative, le droit pénal ne pouvant intervenir qu'en dernier recours, en cas d'épuisement des mesures administratives coercitives. Peut-être cela est-il difficilement envisageable pour le délit d'évasion d'un centre de rétention, et sans doute l'argument fondé sur la proportionnalité s'est-il effacé au profit de celui de l'effet utile dans la jurisprudence de la CJUE, mais cela ne paraît pas de nature à renverser l'analyse. Une telle approche serait en effet certainement plus à même de satisfaire à l'objectif européen d'un prompt éloignement qu'un emprisonnement, plusieurs fois jugé contraire à la directive retour lorsque l'ensemble des mesures poursuivant cet objectif n'ont déjà été mises en œuvre et épuisées. Il faut toutefois reconnaître que le droit et les pratiques internes s'attachent à combattre l'argument fondé sur l'« effet utile » de la directive, le CESEDA et les circulaires gouvernementales œuvrant pour permettre une articulation efficace entre détention et rétention⁵³, voire une mise en œuvre l'éloignement immédiatement à l'issue de la peine privative de liberté⁵⁴. Il n'est par ailleurs pas exclu que la question évolue prochainement au niveau européen puisque la proposition de réforme de la directive retour mentionne expressément la possibilité d'un recours à l'emprisonnement, quoique sans prévoir d'incriminations et en affichant les mêmes objectifs⁵⁵.

18. S'il faudra attendre que la Cour de cassation soit amenée à les appliquer pour mesurer les conséquences des modifications rédactionnelles issues des nouveaux textes, et peut-être leur compatibilité avec le droit de l'union européenne, il paraît intéressant de revenir

⁵⁰ Article L824-4.

⁵¹ Article L824-8.

⁵² V. *supra* et plus longuement la chronique *RPDP* n°3-2018.

⁵³ En cas de rétention succédant immédiatement à l'emprisonnement, les délais de recours contre les décisions administratives sont réduits afin de permettre une reconduite à la frontière rapide. Quoique discutable au regard du droit à un recours effectif, la brièveté des délais de recours a été jugée conforme à la Constitution au terme d'un raisonnement peu convaincant en ce qu'il adopte une approche globale intégrant à la fois le délai du recours ouvert à l'intéressé et le délai laissé au juge pour rendre sa décision. Sur Cons. const. 1^{er} juin 2018, n° 2018-709 QPC et le recul du Conseil dans la décision n° 2018-741 QPC du 19 oct. 2018, v. not. plus longuement M. LACAZE, « L'apport mesuré de la QPC en droit des étrangers », *L'apport de la QPC à la protection des droits et libertés, un bilan*, dir. K. Foucher, Dalloz, *Thèmes et commentaires*, Actes, 2020, p. 185 et s.

⁵⁴ V. la circulaire du 16 août 2019 sur l'expulsion des personnes étrangères détenues, NOR INTV1919916J : « En principe, le temps d'incarcération doit permettre aux services compétents de mener les travaux d'identifications : le placement dans les structures administratives doit rester résiduel ».

⁵⁵ V. Proposition de directive COM/2018/634 final préc., « , qui « ne devrait pas empêcher les États membres d'appliquer des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, ainsi que des sanctions pénales, y compris des peines d'emprisonnement, en ce qui concerne les infractions aux règles en matière de migration, à condition que ces mesures soient compatibles avec les objectifs de la présente directive, ne compromettent pas son application et garantissent le plein respect des droits fondamentaux ».

rapidement sur le problème du devoir de coopération de l'étranger dans le contexte spécifique de la crise sanitaire.

II. Crise sanitaire et défaut de coopération de l'étranger

19. Quoique la crise sanitaire ait été à l'origine de profondes restrictions des possibilités de franchissement des frontières, celles-ci n'ont toutefois pas été considérées comme un obstacle juridique à la privation de liberté des étrangers en attente d'éloignement, pas plus que les conditions sanitaires dans lesquelles se déroulait la rétention⁵⁶. La réouverture progressive des frontières s'est accompagnée d'une reprise des reconduites à la frontière. Celles-ci étaient cependant souvent conditionnées, par les Etats de destination ou par les entreprises de transport, à la soumission de l'étranger à des obligations spécifiques, et en particulier à la production d'un test PCR négatif. Face au refus de certaines personnes de se soumettre à ce test, des poursuites ont été engagées sur le fondement du délit de soustraction à une mesure d'éloignement. Difficiles d'accès en raison d'une faible diffusion sur les plateformes institutionnelles officielles comme sur celles des éditeurs juridiques, les décisions des juges du fond sont souvent méconnues, et celles rendues en la matière ne font pas exception. L'ère des réseaux sociaux facilite toutefois la communication d'informations par des acteurs de terrain, institutionnels ou avocat et donc la connaissance de certaines pratiques. S'il faut sans aucun doute se méfier de la subjectivité des analyses, de la véracité des informations que l'on peut y trouver et plus largement du miroir déformant que ces réseaux constituent, il reste qu'ils peuvent être un canal de diffusion de décisions de justice vérifiables, et une source d'influence des décisions politiques et législatives. C'est ainsi que des décisions relatives à des poursuites consécutives à des refus de se soumettre à des tests PCR, sur le fondement du délit de soustraction à une mesure d'éloignement ont pu y être diffusées (A) avant que le législateur n'intervienne pour renverser la solution (B) retenue par certaines juridictions de fond, qui avaient jugé le texte inapplicable à l'hypothèse.

A. Refus de test PCR et droit antérieur à la loi du 5 août 2021

20. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 *relative à la gestion de la crise sanitaire*, il n'existait pas de disposition spécifique à l'hypothèse d'un obstacle sanitaire à la mise à exécution d'une mesure d'éloignement en raison du comportement volontaire de l'intéressé. Confronté à des refus de se soumettre à la réalisation de test de détection de la COVID-19, le ministère public engagea des poursuites à l'encontre d'étrangers ayant manifesté leur opposition à la réalisation de ces tests sur le fondement du délit de soustraction à une mesure d'éloignement. Alors que certaines juridictions ont, semble-t-il, prononcé des condamnations sur ce fondement, d'autres ont jugé le délit inapplicable à cette hypothèse. Cela

⁵⁶ V. not. CE, 7 mai 2020, n°440255, Étrangers atteints du covid-19 au CRA de Vincennes ; CA de Rouen, 28 octobre 2020, n° 20/03407 ; CA de Rouen, 5 janvier 2021, n° 21/00024 ; comp. CEDH, 4^{ème} s., 25 juin 2019, n°10112/16. Observons que la Cour européenne a constaté une violation de l'article 3 de la CESDH en raison des conditions de détention d'une personne à Malte, qui avait notamment été transféré dans des locaux où des demandeurs d'asile avaient été placés en quarantaine Covid-19 ; v. CEDH, 11 mars 2021, n°6865/19, *Feilazoo c/ Malte*.

fut notamment le cas de la Cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 22 avril 2021 dont la motivation paraît mériter d'être analysée⁵⁷.

CA de Douai, 4^{ème} ch., 22 avril 2021, n°231/2021

21. En l'espèce, un étranger avait été condamné le 16 novembre 2017 pour proxénétisme aggravé en récidive et traite des êtres humains à une peine de 8 années d'emprisonnement et à une interdiction définitive du territoire français, peine complémentaire dont il avait en vain demandé le relèvement. La préfecture avait réservé un vol à destination du Nigeria pour le 27 octobre 2020, c'est-à-dire le jour-même de la fin de l'exécution de la peine privative de liberté. L'éloignement ne put avoir lieu en raison du refus de l'intéressé de se soumettre au test PCR préalable à l'embarquement. La préfecture tenta par la suite à plusieurs reprises de procéder à la reconduite à la frontière, mais l'étranger refusa à chaque fois de se soumettre au test PCR, ce qui le conduisit à être placé en garde à vue et à faire l'objet d'un rappel à la loi le 9 décembre 2020, et à un nouveau placement en garde à vue le 22 décembre 2020, après un nouveau refus empêchant son embarquement sur un vol réservé pour le lendemain. Renvoyé devant le tribunal correctionnel, il explique son opposition par des craintes liées à la réalisation du test et invoque son droit à refuser un acte impliquant l'intrusion corporelle d'un objet à visée médicale, et donc une violation de son intégrité physique. Il fait également valoir que la réalisation d'un test PCR n'est pas imposée par le Nigeria, qui privilégie la mise en quatorzaine des personnes en provenance de l'étranger. Le 23 décembre 2020, tribunal correctionnel de Boulogne relaxe le prévenu au motif que le principe d'interprétation stricte de la loi pénale ne permet pas de sanctionner un tel comportement, non expressément visé par la loi, et que le refus, même réitéré, de se soumettre à un test de dépistage relève de la liberté individuelle et ne peut constituer un moyen de faire échec à une mesure d'éloignement. Le ministère public interjette appel de la décision, soulignant le caractère définitif de la décision ayant prononcé la peine d'interdiction du territoire français et estimant le refus opposé comme guidé par la volonté de se soustraire à son exécution. Il souligne également que le test n'est pas imposé, les poursuites « *ne permettant que de tirer les conséquences juridiques de son refus* ». La cour d'appel de Douai confirme la relaxe le 22 avril 2021, au terme d'une motivation fondée sur deux arguments.

22. La Cour d'appel commence par rappeler la définition du délit alors prévu par l'article L.624-1-1 du CESEDA, et fait sienne l'interprétation du texte comme sanctionnant une « *action positive d'opposition à la mise en œuvre de la mesure* », le comportement devant être volontaire. Elle souligne ensuite que le refus de se soumettre à la réalisation d'un test de dépistage préalable à la mise en œuvre d'une mesure de reconduite à la frontière « *n'est pas réprimée de façon autonome* », avant de rappeler que l'article L111-4 du code de la santé publique « *dispose qu'aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* », l'article 16-3 du code civil ne prévoyant d'exception qu'en cas de nécessité médicale pour l'intéressé ou dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. La Cour en déduit que chacun demeure libre de refuser de se soumettre à un test supposant l'introduction d'un objet dans le corps et admet en conséquence que le refus de l'intéressé constituait « *l'expression libre d'un choix au*

⁵⁷ CA de Douai, 4^{ème} ch., 22 avril 2021, n°231/2021.

regard des droits ci-dessus garantis », le test n'étant pas nécessaire à sa santé ni à celle d'autrui. L'exercice de ce droit ne pouvait, alors, « être assimilé à un acte positif d'opposition ». Elle ajoute que la réalisation du test n'étant qu'un acte préparatoire à l'éloignement, réalisé en amont du déplacement, le refus opposé ne pouvait être considéré comme une opposition « à l'exécution même de la mesure » en raison du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Faute d'incrimination autonome d'un tel refus, la relaxe est confirmée.

23. On peut regretter que n'ait pas été davantage étudiée la question de la source de cette exigence d'un test PCR, à savoir si elle est ou non imposée par le Droit du pays de destination ou simplement par la compagnie aérienne assurant le trajet prévu. Il est vrai, toutefois, que le ministère public lui-même n'avait apparemment pas invoqué l'assimilation légale à la soustraction du refus de se soumettre aux « modalités de transport qui lui sont désignées » et que l'argument premier, fondé sur l'inviolabilité du corps humain, justifiait de ne pas entrer dans ses considérations. Si, en effet, le refus de se soumettre à un test PCR s'inscrit dans le champ de la liberté légalement garantie d'accepter ou non des actes de nature médicale, il fallait exclure qu'un tel refus puisse être pénalement sanctionné. L'argument du ministère public relatif à l'absence d'imposition contrainte de l'acte paraissait, à cet égard, de nature à réduire à néant la portée juridique de l'inviolabilité du corps humain, et donc de l'article L111-4 du code de la santé publique, ce qui ne paraît guère possible en l'absence d'une loi spéciale y dérogeant, comme c'est le cas de certaines infractions autonomes⁵⁸. On observera néanmoins que le Conseil d'Etat n'avait pas été convaincu par des arguments similaires et avait vu dans le refus de se soumettre à un test PCR une « soustraction » à l'exécution du transfert et une « fuite » au sens du règlement 604/2013 dit *Dublin III*, une telle assimilation n'étant cependant possible que si l'intéressé avait été informé dans une langue qu'il comprend des conséquences de son refus⁵⁹.

24. Sans attendre une éventuelle décision de la Cour de cassation, le législateur intervint pour créer un délit autonome dans la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 *relative à la gestion de la crise sanitaire*.

⁵⁸ V. not. art. Article 706-56 C. proc. pén. pour le refus de prélèvement ADN, dont la Cour de cassation a récemment jugé qu'il n'était pas en lui-même contraire à l'article 8 de la Convention européenne ; v. Cass. crim., 22 septembre 2021, n°20-80.489 FS- B et, précédemment, Cass. crim. 15 janv. 2019, FS-P+B, n° 17-87.185 ; comp. CEDH 22 juin 2017, *Aycaguer c/ France*, n° 8806/12. On observera par ailleurs que la Chambre criminelle semble, plus largement, peu encline à limiter les atteintes à l'inviolabilité du corps humain dans un contexte pénal, un autre arrêt ayant exclu que le droit à l'autonomie personnelle interdise le recours à une intervention médicale sans le consentement du suspect pour apporter la preuve de sa participation à une infraction ; v. Cass. crim., 31 mars 2020, 19-85.756, Publié au bulletin.

⁵⁹ CE, réf., 10 avril 2021, n°450931.

B. Etat du droit depuis la loi du 5 août 2021

25. C'est par un amendement gouvernemental au projet de loi *relatif à la gestion de la crise sanitaire*, déposé devant le Sénat le 23 juillet 2021⁶⁰, qu'a été ajouté à l'article L.824-9 du CESEDA réprimant la soustraction à différentes mesures d'éloignement un alinéa prévoyant que « *Cette peine [3 ans d'emprisonnement] est également applicable en cas de refus, par un étranger, de se soumettre aux obligations sanitaires nécessaires à l'exécution d'office de la mesure dont il fait l'objet* ». Quoique la présentation de l'amendement souligne que « *les juridictions judiciaires (différentes Cours d'appel) et le Conseil d'Etat (10 avril 2021) ont déjà assimilé le refus de se faire tester à une obstruction à une mesure d'éloignement* », il paraît probable que ce soient plutôt les décisions de relaxe telles celle de la Cour d'appel de Douai précédemment étudiée qui aient motivé son dépôt. Si, en effet, la possibilité d'appliquer le délit de soustraction à un tel refus n'avait pas été jugée fragile juridiquement, une telle précision législative aurait été inutile. Peut-être faut-il voir, alors, dans son adoption la reconnaissance législative de la pertinence de la motivation développée. Quoiqu'il en soit, le désormais alinéa 3 de l'article L.824-9 permet sans véritable doute de réprimer le refus de se soumettre à un test PCR. Il paraît en effet d'autant moins probable que la distinction dégagée par la Cour d'appel de Douai entre actes préparatoires à l'exécution et exécution de la mesure prospère devant la Cour de cassation que la *ratio legis* est clairement celle, malgré une rédaction plus large qui soulève d'autres questions, d'une réponse à ces refus de test.

26. Devant le Conseil constitutionnel saisi d'un recours *a priori* des sénateurs invoquaient une atteinte au principe de légalité pénale de la disposition, trop imprécise et qui pourrait inclure une obligation vaccinale et qui ne prendrait pas en compte d'éventuelles contre-indications médicales à certains tests, même douloureux ou intrusifs. Des députés invoquaient pour leur part une atteinte à l'inviolabilité du corps humain et la disproportion de la peine encourue⁶¹. Pour intéressantes et délicates que puissent paraître les questions soulevées, elles furent rapidement balayées par le Conseil constitutionnel, qui émit simplement une réserve d'interprétation, peu utile au regard des principes d'intentionnalité des délits issu de l'article 121-3 alinéa 1 du code pénal et de présomption d'innocence, selon laquelle il appartient au juge pénal saisi de poursuites de « *vérifier la réalité du refus opposé par l'étranger poursuivi et l'intention de l'intéressé de se soustraire à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement* », sans laquelle le principe de proportionnalité des peines pourrait être méconnu⁶². S'agissant des autres griefs, le Conseil répond péremptoirement que les « *dispositions contestées ne comportent aucun procédé attentatoire à l'intégrité physique et à la dignité des personnes*⁶³ » et que le texte « *ne méconnaît aucune autre exigence constitutionnelle*⁶⁴ ».

Seule une faible motivation est consacrée aux critiques, pourtant sérieuses, relatives au principe de légalité et à l'exigence de clarté et de précision de la loi pénale d'une incrimination ouverte de droit commun, désignant simplement des « *obligations sanitaires* », non limitées au

⁶⁰ Amendement n°252.

⁶¹ Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021, §90.

⁶² §95.

⁶³ §97.

⁶⁴ §98.

contexte de pandémie qui a justifié l'adoption de la loi dont elle est issue, et ne comportant aucun renvoi à des textes définissant lesdites obligations. Si le Conseil constitutionnel invoque les travaux parlementaires pour estimer que l'expression « obligations sanitaires », « *doit s'entendre des tests de dépistage de la covid-19* »⁶⁵, il reste que cette restriction du champ de l'incrimination ne repose sur aucun texte et qu'il est incertain qu'elle fasse partie de la réserve d'interprétation précitée. Plus que discutable eu égard au principe de légalité pénale, l'absence de désignation desdites obligations est même utilisée par le Conseil comme argument, pour écarter la violation du principe d'inviolabilité du corps humain. En l'absence de prévision légale des « obligations sanitaires » visées, il n'est pas faux, en effet, que les « *dispositions contestées ne comportent aucun procédé attentatoire à l'intégrité physique* ». La *ratio legis* clairement exprimée lors de la présentation de l'amendement n'est donc pas pleinement intégrée par le Conseil constitutionnel, alors même que celle-ci était clairement relative à des tests PCR qui impliquent indéniablement un acte intrusif constitutif d'une atteinte à l'intégrité physique. Sans doute la nécessité d'une telle atteinte aurait-elle pu être justifiée dans certaines circonstances et sous certaines conditions. L'importance des problèmes soulevés et leur large portée aurait toutefois mérité, sinon une solution différente, du moins une motivation véritable, et sans doute quelques réserves. En y renonçant, le Conseil constitutionnel laisse sans doute un espace pour de futures QPC, des contestations nourries étant par ailleurs prévisibles devant les juridictions qui auront à appliquer le texte, qu'il s'agisse de refus de test PCR ...ou de toute obligation, de quelque nature ou gravité que ce soit, qui aurait pour objectif affiché de protéger la santé publique.

Octobre 2021

⁶⁵ §95.