UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

ÉCOLE DE DROIT DE LA SORBONNE

LE DROIT PÉNAL FACE À LA MIGRATION TRANSFRONTIÈRE

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en Droit
Présentée et soutenue publiquement le 3 décembre 2018
par

Ludivine RICHEFEU

DIRECTRICE DE RECHERCHE
Madame Raphaële PARIZOT

MEMBRES DU JURY

Madame Julie ALIX (Rapporteure)
Professeure à l'Université Lille II

Monsieur Paul CASSIA
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Madame Christine LAZERGES (Présidente)
Professeure émérite à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
Présidente de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme

Madame Karine PARROT (Rapporteure)
Professeure à l'Université de Cergy-Pontoise

Maître Patrice SPINOSI
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

L'Université Paris I Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

À l'heure d'écrire ces quelques lignes, je pense tout d'abord à ma directrice de recherche, Madame Raphaële PARIZOT, qui m'a accompagnée tout au long de ce chemin vertigineux et fascinant que constitue le travail de thèse. Sous sa direction, j'ai appris, beaucoup. Je souhaiterais ainsi la remercier d'avoir été à mes côtés durant ces quelques années ; la remercier, aussi, de m'avoir accordé cette liberté propre à la recherche et de m'avoir aidée à l'apprivoiser dans les moments les plus difficiles. Je mesure la chance qui a été la mienne d'avoir pu choisir mon sujet de recherche, d'avoir pu le saisir si librement tout en étant soutenue et encouragée à développer ma pensée, à nourrir ma réflexion et à en repousser les limites.

Je tiens également à remercier Madame Julie ALIX, Monsieur Paul CASSIA, Madame Christine LAZERGES, Madame Karine PARROT et Maître Patrice SPINOSI d'avoir accepté de siéger dans le jury afin de soumettre cette recherche à l'ultime épreuve que constitue la soutenance.

Un grand merci, aussi, à Elléa, Raphaël, Christophe, Élodie, Mickaël, Anne-Sophie, Sarah, Thomas et à ma sœur, Stéphanie, d'avoir accepté de relire ce travail.

Ce temps de thèse a avant tout été un temps de vie. Mes derniers remerciements sont ainsi destinés à ma famille et à mes très chers amis. Que Marie, Charlotte, Trixie, Marion, Élodie et Pierre soient tout particulièrement remerciés de leur présence, de leur soutien et de leur formidable constance. Qu'ils soient assurés, par ces quelques mots bien dérisoires, de ma gratitude et de ma plus profonde affection.

RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS

Résumé

Centrée sur le droit pénal face à la migration transfrontière, la présente étude prend le parti d'intégrer en son sein deux formes de migration spécifiques : la migration irrégulière et la migration pour motif terroriste. Elle choisit également de faire du droit pénal son objet central. Ce choix conduit naturellement à renverser les perspectives initiales et à envisager, non les effets du droit pénal sur la migration transfrontière, mais l'inverse : les incidences de la migration transfrontière sur le droit pénal. À cet égard, migration irrégulière et migration pour motif terroriste ont en commun d'ébranler le droit pénal. Face à la migration irrégulière, le droit pénal subit une instrumentalisation : sa mobilisation n'est effectuée que dans une finalité administrative d'éloignement de la migration présente à la frontière (particulièrement dans les zones d'attente et frontalières). Plus encore, la politique de prévention contre l'immigration irrégulière développée à l'échelle de l'Union européenne a entraîné un véritable enchevêtrement de normes pénales, agissant dans de multiples espaces géographiques, dont certaines sont détournées afin d'entraver la migration en mer, et d'autres créées pour l'empêcher de se former sur terre, au sein des États tiers de départ. À l'inverse, le droit pénal apparaît absent face à la migration pour motif terroriste. Alors qu'il pourrait se saisir de ce phénomène, il semble au contraire dépassé par la montée en puissance de mesures de police administrative. De nature à anticiper d'une manière quasiment prédictive le risque terroriste porté par la migration transfrontière, ces mesures entraînent l'obsolescence du droit pénal. Penser le droit pénal face à la migration transfrontière permet enfin de révéler que la migration irrégulière et la migration pour motif terroriste sont liées par le droit, en étant envisagées sous le prisme du risque qu'elles portent en elle.

Mots-clés : contrôle administratif – contrôles d'identité – émigration forcée – EUROSUR – expulsion – FRONTEX – garde à vue – interceptions maritimes – interdiction administrative de sortie du territoire – interdiction du territoire – Maghreb – mesures de police administrative – migration irrégulière – migration pour motif terroriste – migration transfrontière – *Passenger name record* – prévention pénale – zones d'attente – zones frontalières.

CRIMINAL LAW FACED WITH CROSSBORDER MIGRATION

Abstract

This study focuses on the link between criminal law and crossborder migration and will address two specific forms of migration : irregular migration and migration with a terrorist purpose. The main focus of this study is criminal law. This choice has resulted in a reversal of the original focus ; that is to say the effects of crossborder migration on criminal law as opposed to the effects of criminal law on crossborder migration. Both irregular migration and migration with a terrorist purpose undermine criminal law. With respect to irregular migration, criminal law is used as an administrative instrument to repel migrants from national borders particularly those in waiting zones and crossborder zones. Prevention policies against irregular migration implemented at the EU level have resulted in an entanglement of criminal norms, in various geographic areas, some of them were diverted to prevent migration by sea and other were created to stop migrants trying to enter by land via third countries. On the contrary, criminal law seems absent with regards to migration with a terrorist purpose. While it could effectively tackle this phemon, it seems overwhelmed by the rise of administrative police measures. These measures are able to anticipate in a quasi-predictive manner the risk of terrorism via crossborder migration and they in fact render criminal law ineffective. Thinking criminal law in the face of crossborder migration has allowed to reveal that irregular migration and migration with a terrorist purpose are legally contected, when they are considered through the prism of the risk conveyed.

Keywords : Administrative control – identity checks - forced emigration – EUROSUR – expulsion – FRONTEX – custody - maritime interception – ban on leaving the country – ban on entering the country – Maghreb –administrative police mesures – irregular migration – migration with terrorist purpose – crossborder migration – *Passenger name record* – criminal prevention – waiting zones – border zones

TABLE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Textes, revues et publications

Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
CAAS	Convention d'Application de l'Accord de Schengen
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
TCE	Traité instituant les Communautés européennes
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne

Juridictions et institutions diverses

ANAFE	Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers
Ass. Plén	Assemblée plénière
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
FIDH	Fédération Internationale des Droits de l'Homme
FRONTEX	Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures
GISTI	Groupe d'information et de soutien des immigrés
LDH	Ligue des Droits de l'Homme
ONU	Organisation des Nations Unies

Abréviations spécifiques au champ étudié

EURODAC	Système européen de traitement des demandes d'asile
EUROSUR	Système européen de surveillance des frontières
PNR	*Passenger Name Record*
SIS	Système d'Information Schengen
VIS	Système d'Information sur les Visas

Abréviations générales

Chron.	Chronique
Comm.	Commentaire
Coord.	Coordination
Dir.	Direction
Fasc.	Fascicule
Ibid.	Même référence que ci-dessus
Infra	Voir ci-dessous
n°	Numéro

op. cit.	Ouvrage cité
p.	Page
pp. …-…	De page … à page …
prél.	préliminaire
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Somm.	Sommaire
Supra	Voir ci-dessus
t.	Tome
Vol.	Volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE. LE DROIT PÉNAL INSTRUMENTALISÉ FACE À LA MIGRATION IRRÉGULIÈRE

TITRE I. UN DROIT PENAL AU SERVICE DE L'ELOIGNEMENT DE LA MIGRATION IRREGULIERE A LA FRONTIERE

Chapitre I. La neutralisation et la résurgence du droit pénal en zone d'attente

Section prél. Une zone d'attente dérogatoire de droit commun
Section I. Une application modulée du droit pénal
Section II. Une application dévoyée du droit pénal

Chapitre II. L'extension des contrôles d'identité en zone frontalière

Section I. Une utilisation combinée des contrôles d'identité
Section II. Une utilisation discriminante des contrôles d'identité

TITRE II. UN DROIT PENAL PREVENTIF DE LA MIGRATION AU-DELA DE LA FRONTIERE

Chapitre I. La migration entravée en mer par FRONTEX

Section I. Un détournement de la compétence pénale en haute mer
Section II. Un recours excessif à la force

Chapitre II. La migration empêchée sur terre par les États tiers

Section I. Une pénalisation de l'émigration irrégulière
Section II. Une pénalisation de l'immigration irrégulière

SECONDE PARTIE. LE DROIT PÉNAL DÉPASSÉ FACE À LA MIGRATION POUR MOTIF TERRORISTE

TITRE I. LE DROIT PENAL DESSAISI DE LA MIGRATION A CARACTERE TERRORISTE

Chapitre I. Une pénalisation écartée

Section I. Une pénalisation potentielle de la migration à caractère terroriste
Section II. Une pénalisation éclipsée par la police administrative

Chapitre II. Une pénalisation obsolète

Section I. Le droit pénal remisé dans la détection de la migration à caractère terroriste
Section II. Le droit pénal délaissé dans la répression de la migration à caractère terroriste

TITRE II. LE DROIT PENAL SUPPLANTE PAR L'EXPULSION A RAISON D'UN COMPORTEMENT TERRORISTE

Chapitre I. L'expulsion à titre de sanction de l'infraction terroriste

Section I. L'expulsion de l'étranger terroriste justifiée par sa condamnation pénale
Section II. L'expulsion du Français terroriste permise par le mécanisme de déchéance de nationalité

Chapitre II. L'expulsion en prévention de l'infraction terroriste

Section I. L'expulsion concurrente de l'action pénale
Section II. L'expulsion supplétive de l'action pénale

À ma mère,
dont le souvenir est tissé au fil de ces pages :

« Ce qui est écrit ici est vivant là-bas »

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Aussi troublant qu'impénétrable, il porte le regard haut. Lèvres et poings serrés, comme pour se rassurer : oui, il existe, et ses pas sont là pour le prouver. Des pas empêchés par la terre glaise, des pas perdus, des pas lents, mais des pas réels, des pas que cette ossature, si maigre, rend immenses. Car cet homme avance, le buste penché jusqu'à défier les lois de la gravité, le corps habité d'une tension extrême. Et le monde entier disparaît derrière lui, tant il semble « créer le vide à partir du plein »[1]. N'existe plus que lui, face à nous qui restons là, en proie à quelque vertige, à attendre, à le regarder, les sentiments emmêlés de peur et d'appréhension. Rien n'arrive, pourtant ; rien ne passe, non plus, car loin de nous quitter, face à lui, cette étrange impression de piétiner grandit. Assurément, l'*Homme qui marche* de GIACOMETTI[2] nous renvoie à nous-mêmes et, dans le même temps, à l'humanité entière, à celle qui « vient de quelque part et se dirige vers un ailleurs »[3].

2. L'humanité en mouvement – L'*Homme qui marche* réussit à dire le mouvement à travers l'immobilité la plus complète. Dépourvu d'identité, il rappelle que l'humanité *demeure en mouvement*, étrange expression « qui dit tout à la fois ce qui nous habite, nous élance et nous éloigne »[4]. Comme lui, près d'un milliard de personnes est actuellement en situation de mobilité[5]. Si la migration internationale – impliquant le franchissement d'une frontière étatique – n'est relative qu'à 25% des situations de migration[6], le nombre de migrants internationaux a triplé au cours des quarante dernières années jusqu'à concerner désormais 258 millions d'individus[7]. Depuis le début du XXI^{ème} siècle, le monde est ainsi entré dans une nouvelle ère

[1] Propos de Jean-Paul SARTRE, à propos d'Alberto GIACOMETTI : Francine AKNIN, « Problématiques du rapport au visible chez Alberto Giacometti », *Figures de la psychanalyse*, volume n° 13, n° 1, 2006, pp. 169-182.
[2] L'*Homme qui marche II* a été créé en 1961 par le sculpteur et peintre Alberto GIACOMETTI. Né en Suisse en 1901, ce dernier a obtenu de nombreux prix parmi lesquels le Grand Prix de la sculpture de la Biennale de Venise en 1962 et, un an avant sa mort en 1966, le Grand Prix national des arts en France.
[3] Expression employée par l'Unesco afin de décrire cette œuvre : http://www.unesco.org/artcollection/NavigationAction.do?idOeuvre=2919&nouvelleLangue=fr
[4] Patrick BOUCHERON, *Ce que peut l'histoire*, Leçons inaugurales du Collège de France, Fayard, 2016.
[5] Catherine WIHTOL DE WENDEN, *Atlas des migrations. Un équilibre mondial à inventer,* Autrement, 4ème édition, 2016, p. 7.
[6] Les 75% restant étant principalement des migrations internes : Catherine WIHTOL DE WENDEN, *Atlas des migrations, un équilibre mondial à inventer*, *ibid*., p. 10.
[7] Dans son rapport international sur la migration de 2017, l'ONU estime à 258 millions le nombre de personnes résidant dans un pays autre que leur pays de naissance – soit une augmentation de 49% depuis 2000 – et indique que 3,4% les habitants de la planète sont aujourd'hui des migrants internationaux. En 2017, la majorité des migrants internationaux réside dans un pays situé dans leur région de naissance. En revanche, 84% des migrants

de migration de masse, transformant la majorité des États en terres d'accueil, de transit ou d'émigration[8].

3. L'Europe, terre d'immigration – « Depuis qu'il y a des frontières, les Hommes les franchissent »[9], et les causes d'émigration sont de plus en plus nombreuses : aux crises environnementales et politiques s'ajoutent les situations de sous-développement, d'inégalité du développement humain, l'absence d'emploi, la pauvreté, les conflits armés et les épurations ethniques, les persécutions, les violations des droits de l'homme, les catastrophes naturelles[10]. Au cours des dernières années, l'Europe est ainsi devenue l'une des premières destinations migratoires au monde. Alors que ses habitants ont par le passé émigré[11], elle compte aujourd'hui environ 22 millions de ressortissants de pays tiers[12] ; de « nouveaux arrivants »[13] qui viennent principalement des régions du Maghreb et de l'Afrique de l'Ouest, du sous-continent indien et de l'Amérique du Sud[14].

---

internationaux en provenance d'Amérique latine et des Caraïbes et 72% des migrants internationaux venant d'Amérique du Nord résident en premier lieu en dehors de leur zone géographique de naissance : ONU, *International Migration Report*, 2017, p. 1.

[8] Pierre HENRY, Brigitte MARTINEZ, *Atlas des migrations*, Belin, 2013, p. 5. Les migrations se sont en effet « mondialisées », développées au-delà de l'axe Sud-Nord pour concerner toutes les régions du monde. L'axe Sud-Sud voit ainsi apparaître des migrations liées au travail et à l'asile tandis que l'axe Nord-Nord-Est est privilégié par les expatriés qualifiés et l'axe Nord-Sud par les seniors et les expatriés : voir l'ensemble des ouvrages de Catherine WIHTOL DE WENDEN : *Atlas des migrations. Un équilibre mondial à inventer*, Autrement, 4ème édition, 2016 ; *Faut-il ouvrir les frontières ?,* SciencesPo Les Presses, 2013 ; *La question migratoire au XXIe siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales,* 3ème édition, SciencesPo Les Presses, 2017 ; *La globalisation humaine*, Presses universitaires de France, 2009 ; *L'immigration*, Eyrolles, 2016 ; *Les nouvelles migrations. Lieux, hommes, politiques,* Ellipses, 2013 ; *Migrations. Une nouvelle donne*, Éditions de la maison des sciences de l'homme, 2016.

[9] Kofi A. ANNAN, « Les migrants font avancer l'humanité », *Le Monde*, 9 juin 2006.

[10] Catherine WIHTOL DE WENDEN, « Les flux migratoires légaux et illégaux **»,** *CERISCOPE Frontières***,** 2011, [en ligne], consulté le 29/06/2018, URL : http://ceriscope.sciences-po.fr/content/part4/les-flux-migratoires-legaux-et-illegaux ; Catherine WIHTOL DE WENDEN, « La géographie des migrations contemporaines », *Regards croisés sur l'économie*, volume 8, n° 2, 2010, pp. 49-57 ; voir également : Communication de la Commission du 3 décembre 2002 au Conseil et au Parlement européen, *Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers* [COM(2002) 703 final ;

[11] Entre la fin du XIXème et le début du XXème siècle, des millions d'européens ont quitté leur terre natale : le nouveau monde avait besoin de main-d'œuvre et les nouveaux modes de transports facilitaient le départ. Cette émigration constitue la première grande vague massive de migration à l'échelle planétaire : Pierre HENRY, Brigitte MARTINEZ, *Atlas des migrations*, *op. cit.,* p. 6.

[12] Soit 4,2 % de la population de l'Union : EUROSTAT, *Statistiques sur la migration et la population migrante*, données au 1er janvier 2017, extraites en mars 2018.

[13] Selon l'expression d'Hannah ARENDT, « We Refugees », *in The Jew as Pariah. Jewish Identity and Politics in the Modern Age*, New York, Grove Press, 1978, p. 55 : « Tout d'abord, nous n'aimons pas que l'on nous traite de "réfugiés". Nous nous baptisons "nouveaux arrivants" ou "immigrés". […] Jusqu'à présent le terme de réfugié évoquait l'idée d'un individu qui avait été contraint à chercher refuge en raison d'un acte ou d'une opinion politique. Or, s'il est vrai que nous avons dû chercher refuge, nous n'avons cependant commis aucun acte répréhensible, et la plupart d'entre nous n'ont même jamais songé à professer une opinion politique extrémiste. Avec nous, ce mot "réfugié" a changé de sens. On appelle de nos jours "réfugiés" ceux qui ont eu le malheur de débarquer dans un nouveau pays complètement démunis et qui ont dû recourir à l'aide de comités de réfugiés ».

[14] Organisation des Nations Unies, *World Population Prospects. The 2010 Revision*, 2011. Voir également : ONU, *International Migration Report*, 2017.

4. La migration constitue le principal moteur de la croissance démographique du continent[15], un facteur essentiel du développement humain[16]. Elle est d'ailleurs considérée par certains comme un bien public mondial[17], dans le contexte d'une mondialisation qui « promeut l'interdépendance aux dépens de la souveraineté, […] se joue des frontières, […] renforce les métissages, […] incite à la déterritorialisation, […] densifie les communications et favorise la mobilité »[18]. La migration est donc un « fait social ordinaire »[19] sur lequel le droit pénal, dont l'objet est « de déterminer les actes antisociaux, de désigner les personnes pouvant en être déclarées responsables et de fixer les peines qui leur sont applicables »[20], ne semble avoir aucune prise. En portant le regard « plus loin »[21], l'on constate toutefois rapidement qu'un « paradoxe fondateur sous-tend la thématique migratoire »[22] . Tout, dans notre monde, semble avoir le droit de circuler librement : les marchandises, les capitaux, les idées… tout, à l'exception des Hommes. La migration des personnes, qui constitue l'unique objet de notre recherche[23], est en effet loin d'être considérée comme un droit **(I)**. Inégalement répartie entre les États[24], elle est perçue comme le principal « problème » actuel au sein de l'Union européenne[25]. La légitimité des migrations internationales est donc fragile, contestée dans ce qu'elles peuvent « susciter [comme] tensions politiques, économiques ou sociales »[26]. La tendance des États à restreindre l'immigration au sein de leur territoire est de plus en plus palpable. Dans ce cadre, si la migration n'est pas considérée en elle-même comme un *acte antisocial* de nature à déclencher une répression pénale, les restrictions qui lui sont imposées

---

[15] Catherine WIHTOL DE WENDEN : *Atlas des migrations. Un équilibre mondial à inventer*, *op. cit.*, p. 30.
[16] Programme des Nations Unies pour le développement, *Lever les barrières. Mobilité et développement humain,* Rapport mondial sur le développement humain, 2009.
[17] Catherine WIHTOL DE WENDEN : *Atlas des migrations. Un équilibre mondial à inventer*, *op. cit.*, p. 7.
[18] Bertrand BADIE, « Migrations dans la mondialisation », *Revue Projet*, volume 311, n° 4, 2009, p. 23.
[19] *Ibid.*
[20]Frédéric DESPORTES, Francis LE GUHENEC, *Droit pénal général,* Economica, 16ème édition, 2009, p. 3, n° 5.
[21] Jean-Claude AMEISEN, présentation de l'émission « Sur les épaules de Darwin », France inter.
[22] Catherine WIHTOL DE WENDEN, *Le droit d'émigrer*, CNRS éditions, 2013, p. 8.
[23] L'étude ne s'intéressera donc pas à la circulation des capitaux, des marchandises, des fonds divers.
[24] L'Allemagne est le premier pays d'immigration au sein de l'Union : parmi ses 81,7 millions d'habitants, 7,6 millions sont des étrangers. La France est cinquième avec 4 millions d'étrangers, l'Espagne seconde (5 millions d'étrangers), le Royaume-Uni troisième (4,9 millions d'étrangers) et l'Italie quatrième. Par ailleurs, la Grèce abrite 10% d'étrangers, tandis que la Finlande n'en compte que 2% : Catherine WIHTOL DE WENDEN : *Atlas des migrations. Un équilibre mondial à inventer*, *op. cit.*, p. 30.
[25]Interrogés afin d'identifier selon eux les deux principaux problèmes auxquels l'Union doit faire face actuellement, les citoyens de l'Union ont répondu l'immigration (58%) et le terrorisme (25%). La situation économique et le chômage sont évoqués par seulement 21% et 17% d'entre eux : Commission européenne, eurobaromètre standard 84, automne 2015.
[26] Organisation des Nations Unies, Division de la population du Département des affaires économiques et sociales, rapport sur les migrations internationales à l'échelle des régions, des pays et du monde pour les années 1990 et 2000, à consulter à l'adresse suivante : http://www.unpopulation.org

par les États constituent peut-être des brèches par lesquelles le droit pénal peut s'introduire **(II)** et nous inviter à penser son action *face à* la migration **(III)**.

I. La migration transfrontière : un droit ?

5. La frontière est soumise à des sens multiples qui renversent la simplicité apparente de la notion de migration transfrontière **(A)** et révèlent l'obstacle qu'elle constitue pour la migration **(B)**.

A. L'apparente simplicité de la notion de migration transfrontière

6. Migration transfrontière – Inspirée du latin *migratio*, la migration désigne le « passage d'un bout à un autre »[27]. Dérivée de *migrare*, elle signifie « s'en aller d'un lieu, changer de résidence, sortir », voire « transgresser »[28]. Dès le XVI[ème] siècle, le mot *migratio* se substitue au terme plus ancien de *transmigratio* et renvoie au « déplacement d'une population qui quitte son pays pour un autre »[29]. Naturellement, la migration se définit aujourd'hui comme le « déplacement d'une personne ou d'un groupe de personnes, soit entre pays, soit dans un pays entre deux lieux situés sur son territoire »[30]. Elle contient ainsi l'idée de mouvement, raison pour laquelle l'immigration *lato sensu* – c'est-à-dire l'immigration sédentarisée, définitivement installée ou en transit sur le territoire – est écartée de la présente étude[31]. L'objet de cette dernière, la « migration transfrontière », conduit également à l'exclusion de la migration interne ayant trait au déplacement effectué à l'intérieur d'un territoire. Le préfixe *trans* renvoie en effet à l'idée de *traversée*, de passage, de franchissement d'une frontière étatique. Cette migration transfrontière, encore appelée « internationale », naît ainsi d'une *é*migration – « action visant à quitter son État de résidence pour s'installer dans un État étranger »[32] – et prend fin par une *im*migration, désignant le fait de « se rendre dans un État

[27] Sylvie MAZZELA, *Sociologie des migrations*, Que sais-je ?, 2014, p. 12.
[28] *Ibid.*
[29] *Ibid.*
[30] ORGANISATION INTERNATIONALE POUR LES MIGRATIONS, *Glossaire de la migration*, série dédiée au droit international de la migration, n° 9, 2007.
[31] À ce titre, nous n'étudierons pas le droit pénal de l'immigration irrégulière *lato sensu*, composé des délits de maintien irrégulier, de mariage et de paternité de complaisance *etc.*, de nombreuses études ayant effectué une parfaite analyse de ce domaine. Voir particulièrement : Céline CHASSANG, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, thèse soutenue le 6 décembre 2013 à l'Université Paris Ouest Nanterre, sous la direction du Professeur Élisabeth FORTIS.
[32] *Ibid.*

dont on ne possède pas la nationalité avec l'intention de s'y installer »[33]. Le passage de la frontière, ces mouvements d'entrée et de sortie, occuperont ainsi la présente étude. Autrement dit, il s'agira de s'intéresser à la migration qui vient tout juste de s'achever par l'entrée sur le territoire étatique, à celle qui est encore en cours – qui a émigré mais qui n'a pas encore immigré *stricto sensu* – et à celle qui est seulement imminente, qui s'apprête à émigrer. La notion de migration transfrontière est donc étroitement liée au passage de la frontière.

7. Frontière – La frontière représente *ce qui sépare*. Depuis l'Antiquité, plusieurs termes ont permis de désigner cette idée de séparation, de démarcation : les Grecs utilisaient les mots *horos, peras*, *eskhatos*, quand les Latins usaient plutôt de *limes* ou de *terminus.* En français, l'idée de séparation s'est modifiée au gré des époques et l'on a parlé tour à tour de *confins*, de *fins*, de *marches*, de *bornes* et de *limites*. La ligne de séparation crée alors, autant en français qu'en latin, l'idée d'une fin : la fin d'un voyage, d'une épopée, d'une odyssée. C'est au XIV^{ème} siècle que les mots ont véritablement changé, entraînant dans le même temps une profonde modification de la signification du terme « frontière ». Ce dernier apparaît alors en France, au sein d'un acte royal officiel pour désigner une zone militaire fortifiée face à l'ennemi[34]. La ligne de séparation change de sens, représentant non plus la fin d'un voyage, mais le début d'une confrontation avec l'ennemi : *front* désigne en effet *ce qui se présente par-devers soi, ce qui fait face*[35]. En langage militaire, le front est un « point de collision, de confrontation avec l'ennemi »[36], il est un ordre de bataille, d'organisation militaire des troupes[37]. Le lien entre migration et frontière révèle ainsi autant l'idée d'une séparation que celle d'une confrontation. Une séparation entre nous, les ressortissants nationaux, et eux, ceux que l'on nomme étrangers. Cette séparation engendre nécessairement une confrontation : la frontière constitue un obstacle pour celui qui est étranger ou que l'on considère étranger. Elle incarne un dispositif de surveillance et de contrôle de la migration, de la circulation et des déplacements de personnes[38]. Mais existe-t-il une seule frontière, une seule définition, universelle, de cette notion ? Rapidement, la recherche se heurte à une évidence : le mot « frontière » fait partie de ces termes

[33] *Ibid.*
[34] Jérôme ESNOUF, *Un monde sans frontières ?,* Abeille et Castor, 2013, p. 86.
[35] *Ibid.*
[36] *Ibid.*
[37] *Ibid.*
[38] Étienne TASSIN, « La traversée des frontières. L'Europe entre identités et migrations », *Raison publique*, vol. 19, n° 2, 2014, § 35.

dont il est nécessaire de « renverser la fausse simplicité »[39]. Car loin d'être unique, la frontière est au contraire multiple et polysémique[40].

8. Frontières multiples – La frontière d'hier, celle des *limes* romains ou de la monarchie européenne, ressemble peu à celle d'aujourd'hui, à *celles* d'aujourd'hui. Car la frontière – cette « limite du territoire d'un État »[41] – se multiplie, si bien qu'il est désormais impossible d'identifier une frontière-ligne unique qui borderait le territoire étatique. Pour les Hommes, les frontières ne disparaissent pas, elles « ne se réduisent […] pas, mais traversent plutôt un processus de remplacement et de transformation »[42]. Avec la mondialisation, l'accélération des déplacements et le développement des transports internationaux, la frontière s'est rétractée et s'est étendue tout en même temps. Elle s'est diffusée, propagée en-deçà et au-delà du territoire, au sein de zones et de bulles frontalières fictives créées au cœur même de ce dernier – au sein des aéroports notamment. La solidité des frontières matérielles et linéaires est alors « minée »[43] par de nouvelles frontières qui s'ajoutent à celles déjà existantes. Plus encore, de nouvelles frontières remplacent ou, au contraire, se superposent aux anciennes. Si le tracé des frontières françaises borde notre État, il délimite ainsi – par endroits du moins – un second territoire : celui de l'Union européenne[44].

9. Frontières de l'Union européenne – L'Union européenne est actuellement composée de vingt-huit États, dont certains bordent les frontières extérieures de cet espace. Ces dernières sont nées à la suite de l'instauration de la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, dont les premières dispositions ont été adoptées par le Traité de Rome[45] qui a institué la Communauté économique européenne et établi un marché commun. La libre circulation des personnes était néanmoins restreinte aux travailleurs et aux prestataires de

[39] Étienne BALIBAR, « Qu'est-ce qu'une frontière ? », *in* Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, volume 1, *Un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté,* Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 521.
[40] *Ibid.,* pp. 527-528.
[41] Jean SALMON, « Frontière », *in Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Buylant, 2001.
[42] Paolo CUTTITTA, « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », *Cultures & Conflits*, 68, 2007, n° 61-84, § 19.
[43] *Ibid*., § 18.
[44] Dans son *Dictionnaire*, Jean SALMON précise que « dans le droit de l'Union européenne, on distingue les frontières intérieures (entre pays de la Communauté) et les frontières extérieures (entre les pays de la Communauté et les pays-tiers) » : Jean SALMON, « Frontière », *in Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*
[45] Traité instituant la communauté économique européenne, signé le 25 mars 1957 à Rome, entré en vigueur le 1er janvier 1958.

services, jusqu'à ce que les Accords de Schengen[46] créent un « espace Schengen »[47] entraînant la suppression des contrôles aux frontières internes de cet espace, pour toutes les personnes. Les frontières intérieures se sont alors effacées pour se reporter aux frontières des États membres situés aux confins de cet espace, formant les frontières extérieures de l'Union. Le littoral français de la mer Méditerranée, de l'Atlantique et de la mer du Nord symbolise ainsi les frontières extérieures de l'Union et de l'espace Schengen. Ce cadre nous empêche de penser la migration transfrontière avec un regard unique rivé aux frontières françaises. Il nous oblige au contraire à considérer la migration également au regard des frontières extérieures de l'Union européenne, et à intégrer par conséquent le droit de l'Union au sein de la présente étude. Cette extension est d'autant plus importante que les questions de migration et de droit pénal font désormais partie intégrante du droit de l'Union. Après une longue évolution[48], le Traité de Lisbonne les a en effet « européanisées ». Depuis, l'Union et les États membres exercent une compétence partagée concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice[49], dont relèvent les questions de migration et de droit pénal.

[46] Accord de Schengen du 14 juin 1985 et Convention d'application de cet accord, signée le 19 juin 1990 et entrée en vigueur le 26 mars 1995. Il s'agissait alors d'une coopération intergouvernementale établie entre la France, l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas.

[47] Cet espace comprend aujourd'hui vingt-six États, dont vingt-deux sont membres de l'Union européenne.

[48] Voir notamment : Catherine HAGUENAU-MOIZARD, Fabienne GAZIN, Jocelyne LEBOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, 2016, pp. 13 et suivantes ; Daniel FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne,* Larcier, 2ème édition, 2014, pp. 32 et suivantes.

[49] Article 4.2*, j)* du TFUE. En matière pénale, l'Union devient une « véritable source de droit pénal » (Xavier PIN, *Droit pénal général*, 10ème édition, collection Cours, Paris, Dalloz, 2018, p. 82, n° 77. Certains affirment qu'il s'agit d'une « métamorphose européenne » : Jean PRADEL, Geert CORSTENS, Gert VERMEULEN*, Droit pénal européen,* 3e édition, Dalloz, 2009, n° 724, p. 753). Voir également Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Christine LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, volume 28, Paris, *Société de législation comparée*, 2012. Le législateur européen peut désormais établir, « par voie de directives » à effet direct, des « règles minimales » relatives aux incriminations et aux sanctions pénales (paragraphe 83 du TFUE) ainsi qu'à certains aspects de la procédure pénale (article 82.2 du TFUE). Le droit pénal substantiel propre à l'Union est néanmoins limité par l'article 83.1 TFUE aux « eurocrimes », c'est-à-dire aux « infractions pénales et […] sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière », parmi lesquels figurent le terrorisme et la traite des êtres humains. En matière migratoire, le TFUE attribue également une compétence à l'Union européenne en précisant que celle-ci « développe une politique commune de l'immigration visant à assurer, à tous les stades, une gestion efficace des flux migratoires, un traitement équitable des ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans les États membres, ainsi qu'une prévention de l'immigration illégale et de la traite des êtres humains et une lutte renforcée contre celles-ci » (article 79.1 TFUE). La prévention et la lutte contre l'immigration irrégulière constituent donc des objectifs assignés à l'Union qui s'inscrivent naturellement dans la volonté d'offrir aux citoyens de l'Union un espace de liberté, de sécurité et de justice dépourvu de frontières intérieures. À cette fin, les institutions adoptent, là encore par le biais de directives, des règles communes minimales aux fins de lutter contre l'immigration irrégulière. Si l'Union exerce ici une compétence d'harmonisation permettant aux États membres de légiférer sur les questions non couvertes par les directives, le Traité de Lisbonne a renforcé les moyens d'action de l'Union en instaurant, comme en matière pénale, une procédure législative ordinaire pour l'adoption d'une mesure visée en matière d'immigration irrégulière (article 79.2 TFUE).

10. Polysémie – Outre la nécessité de prendre en considération le droit de l'Union européenne, les frontières extérieures révèlent la « polysémie »[50] du terme frontière, qui ne revêt pas un sens identique pour l'ensemble des individus. Au-delà de leur réalité physique et politique, les frontières différencient les individus en opérant une distinction entre les ressortissants nationaux et les étrangers. Elles incarnent ainsi des dispositifs de surveillance et de contrôle de la migration, de la circulation et des déplacements de personnes[51] selon leur nationalité, voire leur catégorie sociale. Pour le citoyen de l'Union, les frontières ne constituent pas un obstacle à ses déplacements. Il n'est même jamais confronté à elles lorsqu'il voyage à l'intérieur du territoire de l'Union. À l'inverse, pour le ressortissant d'un État africain ou du Moyen-Orient, la frontière incarnera un mur, l'obstacle fondamental l'empêchant d'entrer dans un État étranger, voire de sortir de son propre pays. Loin de constituer un droit, la migration fait en effet l'objet de plusieurs restrictions.

B. Les restrictions à la migration

Si certains textes internationaux semblent consacrer un droit à la migration, ce dernier se révèle rapidement asymétrique **(1)**, s'attachant uniquement à établir le droit d'émigrer et de revenir dans son propre pays. Plus encore, la migration est conditionnée **(2)** par les États, qui sont libres de restreindre l'entrée des étrangers sur leur territoire ou, plus largement, toute migration qui représenterait une menace pour l'ordre public.

1. Un « droit de migrer » asymétrique

11. Philosophes – La migration a été rêvée comme un droit par les humanistes de la Renaissance et des Lumières[52]. Francisco DE VITORIA fut parmi les premiers à avoir tenté de définir un droit à la migration, fondant le *ius migrandi* sur un principe de fraternité universelle[53]. Quelque temps après, GROTIUS justifiait le droit de tout pays de commercer sur toutes les mers du monde. Posant les fondements du droit international, il qualifiait les espaces maritimes de

[50] Étienne BALIBAR, « Qu'est-ce qu'une frontière ? », *op. cit.*, pp. 527-528.
[51] Étienne TASSIN, « La traversée des frontières. L'Europe entre identités et migrations », *Raison publique*, volume 19, n° 2, 2014, § 35.
[52] Mireille DELMAS-MARTY, « Le durcissement du contrôle des migrations », in *Sens et non-sens de l'humanisme juridique*, Chaire d'Études juridiques comparatives et internationalisation du droit du Collège de France, 12 janvier 2011, disponible en ligne : https://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/course-2011-01-19-14h00.htm
[53] Francisco DE VITORIA, *De Indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, in Ernest Nys (dir.), Classics of international Law, Carnegie Institution of Washington, Washington, 1917.

« patrimoine commun de l'humanité », qui devaient selon lui échapper à toute souveraineté étatique[54]. En 1625, il devint plus sensible à la dimension individuelle du droit à la migration[55]. Dans son *Traité du droit de la guerre et de la paix*, il reprit alors les principes des Anciens : « [c]hacun est libre de choisir l'État dont il veut être membre »[56], « [n]ul n'est contraint de demeurer membre d'un État malgré lui »[57]. Les droits d'émigration et d'immigration, d'entrée et de sortie, étaient posés. Puis, KANT vint apporter sa contribution à la définition du concept de citoyen du monde en rattachant son droit cosmopolitique, supranational, au principe d'hospitalité universelle. Ses écrits invoquent le droit de tout Homme « de s'offrir à faire partie de la société […], en vertu de la possession commune de la surface de la terre », et précisent qu'« il ne s'agit pas de philanthropie, mais de droit, et en ce sens hospitalité signifie le droit qu'a tout étranger de ne pas être traité en ennemi dans le pays où il arrive »[58].

12. Asymétrie – Malgré ce socle philosophique, le « droit » de migrer a toujours souffert d'une asymétrie certaine. Jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle[59], l'émigration était particulièrement entravée, bien plus encore que l'immigration au sein d'un État étranger[60]. Alors que des territoires entiers accueillaient les Européens, le droit de quitter son pays était strictement limité aux élites et aux personnes dont l'État souhaitait se délester : délinquants, prostituées, personnes sans emploi, mendiants. La grande majorité de la population active était contrainte de demeurer sur le territoire, les États concernés considérant qu'elle représentait une ressource militaire, fiscale et agricole bien trop grande pour autoriser son départ[61].

13. Asymétrie renversée – Aujourd'hui, l'asymétrie du « droit » de migrer est renversée. Rares sont en effet les États qui, depuis la chute du Mur de Berlin, interdisent ou limitent strictement la sortie de leur territoire. Au contraire, ils tendent de plus en plus à établir des

---

[54] Voir aussi John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Garnier-Flammarion, Deuxième édition corrigée, 1992.
[55] François HERAN, Leçon inaugurale du collège de France, prononcée le 5 avril 2018, disponible en ligne : https://www.college-de-france.fr/site/francois-heran/inaugural-lecture-2018-04-05-18h00.htm
[56] Établi par le jurisconsulte TRYPHONIN : Hugo GROTIUS, *Traité du droit de la guerre et de la paix,* volume 2, Pierre de Coup, 1724, p. 306.
[57] Établi par CICERON : *Ibid.*
[58] Emmanuel KANT, *Projet de paix perpétuelle,* Jansen et Perronneau, 1796, p. 42.
[59] Et même jusque dans les années 1970 pour certains pays, tels que l'Égypte et la Turquie. De son côté, la Corée du Nord interdit encore l'émigration de ses ressortissants : Catherine WIHTOL DE WENDEN, « Le droit d'émigrer », *op. cit.,* pp. 17-18.
[60] Voir Alan DOWTY, *Closed Borders : The contemporary Assault on Freedom of Movement*, New Haven, Yale University Press, 1987.
[61] *Ibid*., p. 16. Cette restriction de l'émigration avait conduit VOLTAIRE à écrire, dans l'article « Égalité » de son *Dictionnaire philosophique* : « On a prétendu dans plusieurs pays qu'il n'était pas permis à un citoyen de sortir de la contrée où le hasard l'a fait naître ; le sens de cette loi est visiblement : " Ce pays est mauvais et si mal gouverné que nous défendons à chaque individu d'en sortir, de peur que tout le monde n'en sorte". Faites mieux : donnez à tous vos sujets envie de demeurer chez vous et aux étrangers d'y venir ».

restrictions à l'entrée, limitant ainsi l'immigration *stricto sensu* en leur sein[62]. Cette difficulté se remarque encore à la lecture de l'article 13.2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, qui reconnaît la possibilité pour « [t]oute personne […] de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays »[63]. Si ce texte consacre le droit à l'émigration, il limite le droit d'entrée au ressortissant national. Il en est de même du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'Homme, dont l'article 2 stipule que « [t]oute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien »[64] avant de limiter le droit de circuler librement et de choisir sa résidence au sein d'un État au fait de s'y « trouve[r] régulièrement »[65]. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques reprend cette consécration et cette restriction[66], en ajoutant que « [n]ul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer *dans son propre pays* »[67]. Le droit de migrer contemporain demeure donc toujours asymétrique, séparé en deux branches inégales : l'une relative au droit de « quitter tout pays, y compris le sien », qui octroie un droit à l'émigration au ressortissant national et à l'étranger ; la seconde, bien plus restrictive, qui n'admet un droit d'entrée que pour le ressortissant national. Jamais, les textes internationaux ne proclament le droit d'entrer dans un pays autre que le sien[68]. En cela, ils incarnent *le pas suspendu de la Cigogne* : « [j]e peux lever le pied au-dessus de la ligne, mais je ne peux pas le déposer de l'autre côté »[69]. L'une des raisons de ce déséquilibre peut être découverte dans l'asymétrie morale[70] existant entre l'émigration et l'immigration *stricto sensu* : « les restrictions imposées à l'entrée servent à défendre la liberté et le bien-être, la politique et la culture d'un groupe de personnes engagées les unes vis-à-vis des autres », tandis que « les restrictions imposées à la sortie substituent la coercition à l'engagement »[71]. Le droit à l'émigration vise ainsi à offrir aux individus la possibilité d'échapper aux persécutions et au

[62] En France, aucune restriction à l'entrée des étrangers n'a été édictée pendant le XIX^{ème} siècle. Les premières mesures sont apparues à la toute fin du XIX^{ème} pour « répondre à la demande de protection contre la concurrence étrangère » dans le milieu économique : Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 7ème édition, 2013, p. 106, n° 115.
[63] Article 13.2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, adoptée à Paris le 10 décembre 1948.
[64] Article 2.2 du Protocole 4 à la Convention européenne des droits de l'Homme.
[65] Article 2.1 du Protocole 4 à la Convention européenne des droits de l'Homme.
[66] Articles 12.1 et 12.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976.
[67] Article 12.4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
[68] Jean-Yves CARLIER, « Existe-t-il un droit à la migration ? La cigogne et la maison », in François CREPEAU, Delphine NAKACHE, Idil ATAK, *Les migrations internationales contemporaines. Une dynamique complexe au coeur de la globalisation,* Les Presses de l'Université de Montréal, pp. 389-408.
[69] *Le pas suspendu de la cigogne* est un film de Théo ANGELOPOULOS, présenté durant l'année 1991. La phrase citée y est prononcée par un douanier qui lève un pied au-dessus de la frontière, alors matérialisée par une ligne blanche. Voir Jean-Yves CARLIER, « Existe-t-il un droit à la migration ? La cigogne et la maison », *op. cit.*
[70] Mickaël WALZER, *Spheres of Justice : A Defense of Pluralism and Equality*, Oxford, Robertson, 1983, p. 40.
[71] *Ibid.,* pp. 39-40.

régime totalitaire que leur État leur fait subir[72]. Dans ce contexte, « [l]e droit de quitter son pays n'implique pas le droit correspondant d'entrer dans un pays donné. Les deux questions [de l'émigration et de l'immigration] ne sont pas symétriques : le départ met fin aux droits que peut faire valoir un individu contre une société, tandis que l'entrée instaure de tels droits. Le contrôle à l'entrée est essentiel à l'idée de souveraineté car, en son absence, une société est dépourvue de contrôle sur son caractère fondamental »[73]. Les États sont seulement tenus de laisser partir et entrer leurs ressortissants ; ils ne sont pas contraints d'admettre de manière illimitée les étrangers se présentant à leurs frontières[74] et peuvent ainsi conditionner le franchissement de ces dernières.

2. La migration transfrontière conditionnée

14. Admission des restrictions – Le contrôle des frontières étatiques concerne de manière générale l'individu de nationalité étrangère et aboutit à l'établissement d'une police spéciale[75] visant à restreindre les droits et libertés de ce dernier en raison de sa nationalité étrangère, pour la sauvegarde des intérêts dont l'État a la charge[76]. Parce qu'elle renvoie à la maîtrise des frontières et du territoire national, la police des étrangers s'affirme comme un élément du noyau dur des compétences réservées aux autorités étatiques. En droit français, les restrictions apportées par cette police spéciale aux droits et libertés des étrangers sont depuis longtemps admises par le Conseil constitutionnel qui juge qu'« aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; que leurs conditions d'entrée et de séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant aux autorités publiques des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques »[77]. La Cour européenne des droits de

[72] Antoine PECOUD, Paul DE GUCHTENEIRE, « Introduction : Le scénario "migrations sans frontières" », *in* Antoine PECOUD, Paul DE GUCHTENEIRE, *Migrations sans frontières. Essai sur la libre-circulation des personnes*, Éditions Unesco, 2009, p. 22.
[73] Alan DOWTY, *Closed Borders : The contemporary Assault on Freedom of Movement*, New Haven, Yale University Press, 1987, p. 14.
[74] *Ibid.*
[75] La police spéciale est instituée dans des domaines où le législateur pense que la police générale poursuit des finalités et contient des modalités d'action limitées, qui ne lui permettraient pas de faire face à certains désordres spécifiques en raison de leur champ d'application matériel ou géographique. Voir : Benoît PLESSIX, *Droit administratif général,* LexisNexis, 2ème édition, 2018, p. 814, n° 644 ; Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif,* LGDJ, 11ème édition, 2017, p. 322, n° 484.
[76] François JULIEN-LAFFERRIERE « Réflexions partielles sur l'apport de la Cour européenne des droits de l'Homme à la garantie de quelques droits des étrangers », *in L'Homme dans la société internationale, Mélanges en hommage au professeur Paul TAVERNIER*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 756.
[77] Conseil constitutionnel, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n° 2.

l'Homme a de son côté reconnu la conformité à la Convention du régime de police spéciale applicable à l'étranger. Dans son arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, elle a ainsi jugé que « d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol »[78]. L'exercice du contrôle de l'entrée des étrangers sur leur territoire est donc une composante essentielle de la souveraineté des États et des missions de maintien de l'ordre et de la cohésion sociale leur incombant.

15. Régularité de la migration – Dans ce cadre, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France (CESEDA)[79] évoque les conditions d'entrée de l'étranger en France[80], par renvoi aux « conventions internationales et règlements en vigueur ». Le développement de l'intégration de l'Union européenne ayant conduit à harmoniser à l'échelle européenne les règles relatives à l'entrée sur le territoire des États membres, l'article 7 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)[81] pose les conditions d'entrée, sur le territoire d'un État membre, d'un étranger *au sens du droit de l'Union* – c'est-à-dire, depuis l'abolition des frontières internes et la consécration d'une citoyenneté de l'Union européenne[82], du ressortissant d'un État tiers. Selon cet article, le ressortissant d'un État tiers souhaitant séjourner sur le territoire des États membres pour une durée « n'excédant pas 90 jours sur toute période de 180 jours », doit remplir « les conditions d'entrée […] suivantes : a) être en possession d'un document de voyage en cours de

---

[78] Cour européenne des droits de l'Homme, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, § 67. Voir aussi : *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, n° 53441/99, § 42 ; *Üner c. Pays-Bas*, 18 octobre 2006, n° 46410/99, § 54.

[79] L'ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 a abrogé l'ordonnance du 2 novembre 1945 et créé le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et des demandeurs d'asile (CESEDA). L'ensemble des dispositions relatif à l'entrée et au séjour des étrangers a ainsi été repris dans ce Code spécifique.

[80] Article L. 211-1 du CESEDA. S'il souhaite exercer une activité professionnelle, l'intéressé doit également présenter les documents nécessaires à cet exercice. Voir : Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit*., pp. 108-110, n° 117- 119 ; Pierre MAYER, Vincent HEUZE, *Droit international privé*, LGDJ, 11ème édition, 2014, p. 677-679, n° 997-1000.

[81] Ce texte remplace le règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 *établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).*

[82] Consacrée par le Traité de Maastricht, cette citoyenneté est octroyée à toute personne possédant la nationalité d'un État membre (article 9 du Traité sur l'Union européenne ; article 20 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Venant « s'ajouter » à l'une des nationalités du territoire de l'Union, elle gomme l'extranéité des ressortissants des États membres : ces derniers peuvent entrer et séjourner librement sur n'importe quel territoire de l'Union (article 20.1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; article 45.1 de la Charte des droits fondamentaux), aussi facilement que s'ils « change[aient] de région au sein d'un même État » : Marie GAUTIER, « L'immigration intracommunautaire », *in* Catherine GAUTHIER, Marie GAUTIER (dir.), *L'immigration légale : aspects de droits européens*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 39.

validité autorisant son titulaire à franchir la frontière […] ; b) être en possession d'un visa en cours de validité si celui-ci est requis […] ; c) justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et disposer de moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans leur pays d'origine ou le transit vers un pays tiers dans lequel leur admission est garantie, ou être en mesure d'acquérir légalement ces moyens ». La restriction principale à la migration transfrontière est ainsi relative à l'entrée des étrangers sur le territoire, qui doivent justifier de la *régularité* de leur situation en présentant les documents requis à cet effet. Le ressortissant d'un pays tiers à l'Union souhaitant entrer en France doit en effet détenir des documents d'identité, un titre de séjour, un visa, et justifier de moyens financiers suffisants pour subvenir à ses besoins sur le territoire. À défaut, il fera l'objet d'une décision de refus d'entrée en France, ou son entrée sur le territoire en contravention aux règles précédemment citées sera qualifiée d'irrégulière. Il pourra alors se voir infliger une mesure de police administrative entraînant son éloignement[83]. Dans ce contexte, l'absence d'un droit complémentaire, d'un droit « miroir » à l'immigration sur le territoire d'un autre État, le droit de quitter son pays « ne saurait être […] un droit humain général que l'on puisse exercer en pratique »[84]. Il apparaît même « vide de sens »[85] tant le droit à l'émigration est inextricablement lié au droit d'entrer dans un pays étranger. Plus encore, à côté de ces règles de police spéciale consacrées aux seuls étrangers, des restrictions plus générales ont été établies afin d'empêcher la migration transfrontière des individus, étrangers ou non, dont la présence sur le territoire comporte une menace pour la sécurité publique.

16. Exception d'ordre public – L'entrée de l'étranger sur le territoire d'un État membre peut être refusée au regard des risques que celle-ci est susceptible de représenter pour l'ordre public, sans considération de sa situation régulière. La restriction à l'entrée n'est plus uniquement relative à la régularité de la situation de l'étranger, mais embrasse également la dangerosité que peut comporter pour l'ordre public sa présence sur le territoire. L'article 2.4 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'Homme stipule ainsi que « L'exercice de ces droits [d'émigration, de circulation et d'intallation sur le territoire d'un État au sein

[83] Selon les règles établies par la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.
[84] Ann DUMMETT, « The transnational migration of people seen from within a natural law tradition », *in* Brian BARRY, Robert GOODIN (eds.), *Free movement. Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money*, Routledge, 1992, p. 173.
[85] Antoine PECOUD, Paul DE GUCHTENEIRE, « Introduction : Le scénario "migrations sans frontières" », *op. cit.,* p. 23.

duquel l'individu se trouve régulièrement] ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». L'article 7 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 reprend plus particulièrement l'exception d'ordre public en précisant que pour être autorisé à entrer sur le territoire d'un État membre, le ressortissant d'un pays tiers ne doit pas « être considéré comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales de l'un des États membres et, en particulier, ne pas avoir fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans les bases de données nationales des États membres pour ces mêmes motifs »[86]. La dernière restriction à l'entrée établie par l'article 7 du règlement (UE) 2016/399 révèle encore ce glissement du critère de régularité à celui de dangerosité en étant relative au ressortissant d'un pays tiers « signalé aux fins de non-admission dans le SIS »[87]. Le « SIS », ou Système d'information Schengen, a été pensé comme une mesure compensatoire à la création d'un espace de libre circulation. Il s'inscrit dans le cadre de la coopération opérationnelle policière et judiciaire établie en matière pénale à l'échelle de l'Union. L'objectif est simple : répertorier les individus[88] disparus[89], recherchés pour qu'ils apportent leur concours dans le cadre d'une procédure judiciaire, en vue d'une arrestation aux fins de remise ou d'extradition[90], ou encore les ressortissants des pays tiers signalés aux fins de non admission et d'interdiction de séjour[91]. Ces signalements introduits aux fins de non-admission ou d'interdiction de séjour sont fondés sur « la menace *pour l'ordre public ou la sécurité publique ou pour la sécurité nationale* que peut constituer la présence d'un ressortissant d'un pays tiers sur le territoire d'un État membre »[92].

17. Interdiction d'entrée de l'étranger – En droit français, le CESEDA s'appuie naturellement sur les restrictions autorisées par le règlement (UE) 2016/399 afin de permettre la délivrance d'une interdiction administrative du territoire à l'encontre d'un étranger au sens

[86] Article 7*, e)* du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016.
[87] Article 7*, d)* du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016.
[88] Le Système est également relatif à certains objets et véhicules : voir articles 36 et 38 de la Décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II).
[89] Chapitre VI de la décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007.
[90] Chapitre V de la décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007.
[91] Chapitre IV du règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre *2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)*.
[92] Article 24.2 du règlement (CE) n° 1987/2006, nous soulignons.

du droit de l'Union, « lorsque sa présence en France constituerait une menace grave pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales de la France »[93]. Ici, la migration transfrontière ne fait pas l'objet d'une régulation, elle n'est pas acceptée sous certaines conditions (détenir notamment les documents administratifs requis) mais *refusée* en raison du risque qu'elle représente pour l'ordre public. La police administrative n'est pas alors destinée à édicter des règles relatives à l'entrée en France, mais à empêcher cette entrée par des mesures spécifiques lorsqu'elle comporte un risque pour l'ordre public général. Celui-ci étant davantage définissable par ses caractères que par son contenu[94], le droit positif établit cinq buts à l'ordre public général, parmi lesquels figure la sécurité publique[95]. Or, les interdictions d'entrée sur le territoire décidées en raison de la dangerosité de l'individu pour l'ordre public poursuivent principalement cet objectif d'assurer la sûreté et la sécurité du territoire. En cela, la restriction relative à la préservation de l'ordre public est plus spécifique que celle édictée par la police spéciale des étrangers. Alors que cette dernière établit des règles qui conditionnent toute entrée d'un ressortissant d'un pays tiers sur le territoire, la restriction en cas de menace pour l'ordre public ne concerne que certaines migrations seulement, celles qui portent en elles cette menace, et permet de refuser l'entrée en France d'un individu qui possède pourtant les documents d'identité et de voyage requis à cet effet. Mais la restriction de la migration transfrontière en cas de menace pour l'ordre public revêt également un champ d'application plus étendu que les conditions de police spéciale liées à l'entrée des étrangers en France, en étant susceptible de s'appliquer autant à l'encontre de l'étranger ressortissant d'un pays tiers, qu'à l'égard du citoyen de l'Union ou, même, du ressortissant national.

18. Interdiction d'entrée du citoyen de l'Union – L'article L. 214-1 du CESEDA[96] autorise ainsi l'infliction d'une mesure d'interdiction du territoire à l'encontre du ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, « dès lors qu'il ne réside pas habituellement en France

[93] L'article L. 214-2 du CESEDA.
[94] Benoît PLESSIX, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 809, n° 641.
[95] Aux côtés de la sécurité figurent la tranquillité et la salubrité publiques qui portent sur le bon ordre matériel d'abord. L'ordre public général est ensuite composé de la moralité publique et la dignité des personnes humaines ensuite : Benoît PLESSIX, *Droit administratif général, op. cit.*, pp. 808-805, n° 641-643 ; Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif,* op. cit., pp. 318-321, n° 479-483. Voir également : *L'ordre public*, Archives de philosophie du droit, tome 58, Dalloz, 2015, 474 pages ; Paul BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962, 286 pages ; Charles-André DUBREUIL (dir.), *L'ordre public,* Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011, Paris, Cujas, 342 pages ; Marie-Joëlle REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux,* Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, 436 pages.
[96] Créé par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*.

et ne se trouve pas sur le territoire national, […] lorsque sa présence en France constituerait, en raison de son comportement personnel, du point de vue de l'ordre ou de la sécurité publics, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société ». Si des précautions particulières sont prises dans le contenu de l'évaluation de la menace, cette disposition autorise l'application d'une mesure de police à l'encontre d'un citoyen de l'Union, ayant pour effet de refuser à ce dernier l'entrée sur le territoire national alors même qu'il bénéficie du droit à la libre circulation sur l'ensemble du territoire de l'Union[97].

19. Interdiction de sortie du ressortissant national – La restriction du droit à la migration s'étend également aux ressortissants nationaux. L'interdiction de refuser l'entrée d'un ressortissant national au sein de son pays conduit néanmoins à déplacer cette restriction qui ne concerne dès lors plus l'entrée, mais la sortie du territoire. L'article 12.3 du Pacte international sur les droits civils et politiques stipule que « [l]es droits mentionnés ci-dessus [droit de circulation et de sortie du territoire dont bénéficie « toute personne »] ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte ». La menace portée par la sortie du territoire envisagée par un ressortissant national autorise donc l'infliction de mesures tendant à empêcher son émigration. L'article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure prévoit ainsi la possibilité d'interdire la sortie du territoire à « [t]out Français […] lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette :1° Des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ; 2° Ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français ». L'existence d'une menace pour l'ordre public fonde la restriction imposée au droit de quitter son pays afin d'empêcher l'individu concerné de commettre un acte de terrorisme à son retour sur le territoire. La migration transfrontière n'est donc pas le fait de l'étranger seulement. L'établissement d'une catégorisation faisant référence à la *migration*, et non à l'*étranger* ou à l'*immigration*, découle de cette constatation que les restrictions relatives au passage de la frontière ne sont pas réservées

[97] Cette restriction est conforme au droit de l'Union. Si la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil *relative au droit de circulation des citoyens de l'Union* octroie à ces derniers le « droit de quitter le territoire d'un État membre en vue de se rendre dans un autre État membre » (article 4), mais également le droit d'entrer sur le territoire cet autre État membre (article 5), elle précise toutefois que « les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique » (article 27.1).

à la personne de nationalité étrangère. Si la frontière différencie, sépare l'étranger du ressortissant national, la protection de l'ordre public général érige également celle-ci en obstacle pour toute personne s'y confrontant, sans considération de sa nationalité.

20. La migration comme remède – L'ensemble des hypothèses précitées révèlent toutes que la migration transfrontière peut être restreinte lorsqu'il est établi qu'elle comporte en elle-même une menace pour l'ordre public. Toutefois, si la migration peut constituer la menace pour l'ordre public, elle peut également en être le remède. La migration ne subit pas ici une restriction, elle est au contraire forcée afin de sauvegarder l'ordre public. La migration-remède à une menace pour l'ordre public s'incarne principalement dans la mesure de police administrative qu'est l'expulsion. Selon l'article L. 521-1 du CESEDA, celle-ci peut être « prononcée si la présence en France d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public ». Il ne s'agit donc plus de restreindre la migration transfrontière mais de l'imposer pour « sauvegarder l'ordre public » en opérant le départ forcé d'une personne dont le comportement « révèle une menace future pour la sécurité des biens et des personnes »[98]. N'est plus en cause ici le droit à la migration mais le droit, pour l'individu concerné, de demeurer sur un territoire au sein duquel il s'est établi, d'y « choisir sa résidence »[99]. La migration est donc perçue comme la solution permettant de gérer, par l'éloignement, la menace portée par la présence de l'étranger sur le territoire. Le recours au départ forcé de l'individu comporte toutefois une restriction puisque seul l'étranger est susceptible de faire l'objet d'une mesure d'expulsion. Plusieurs conventions internationales interdisent en effet l'expulsion des ressortissants nationaux[100], interdiction qui constitue la conséquence principale de l'attribution de la nationalité : l'État qui accorde souverainement sa nationalité à un individu « marque sa volonté et son engagement à ne pas l'exclure du territoire »[101]. En revanche, tout comme en matière d'interdiction d'entrée, le citoyen de l'Union est susceptible de faire l'objet d'une telle mesure, la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 précisant que « les États membres peuvent restreindre la liberté

[98] Vincent TCHEN, « Étrangers – Expulsion. – Interdiction judiciaire du territoire », *Jurisclasseur de droit international*, 9 février 2017, mise à jour janvier 2018, n° 2.
[99] Article 13.1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.
[100] L'article 3.1 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme stipule que « [n]ul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est le ressortissant ». Voir aussi : article 22.5 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969 ; article 22 de la Charte arabe des droits de l'homme du 15 septembre 1994. La Cour de justice des communautés européennes a par ailleurs rappelé dans son arrêt *Van Duyn* qu'« un principe de droit international [...] s'oppose à ce qu'un Etat refuse à ses propres ressortissants le droit d'avoir accès à son territoire et d'y séjourner » : 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, aff. C- 41/74, pt. 22, *Rec.* p. 1337.
[101] Anne-Lise DUCROQUETZ, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, thèse sous la direction du Professeur Patrick Meunier, Lille II, 2007, p. 30, n° 36.

de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique »[102]. La menace pour l'ordre public doit néanmoins être établie de manière plus rigoureuse puisque « le comportement de la personne concernée doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société »[103]. Le droit ne considère donc pas la migration transfrontière uniquement comme le catalyseur d'une menace pour l'ordre public. Si elle fait l'objet de restrictions afin de préserver et de sauvegarder la sécurité publique, elle est également perçue comme une solution, comme un remède à la présence sur le territoire d'un étranger dont le comportement révèle une menace pour l'ordre public. La migration transfrontière est duale : elle peut constituer un risque lorsqu'elle est spontanée, mais, forcée, elle s'incarne comme la solution idéale pour sauvegarder la sécurité publique

21. Les restrictions apportées au franchissement des frontières révèlent l'impossibilité d'établir l'existence d'un véritable droit à la migration. Surtout, elles nous engagent à réfléchir sur leur contenu et sur leurs conséquences au-delà du droit à la migration. La logique du pénaliste émerge alors, faisant apparaître de multiples questionnements : les restrictions établies à la migration transfrontière revêtent-elles un lien avec le droit pénal ? Si la police des étrangers impose des restrictions à la migration transfrontière à caractère irrégulier, que se passe-t-il lorsque ces dernières sont violées, lorsque l'individu concerné entre sur le territoire alors qu'il n'y est pas autorisé ? Comment est interprétée la restriction relative à la menace pour l'ordre public ? Quel est son contenu ? Comment cette menace est-elle évaluée ? La réponse à ces questions est d'importance car c'est peut-être dans ces interstices, dans ces brèches du droit à la migration creusées par les restrictions d'ordre public spécial et général que se glisse le droit pénal. S'établirait alors un lien, qui transformerait la migration transfrontière en un objet pour le droit pénal.

II. La migration transfrontière : un objet pour le droit pénal

22. Ordre public et droit pénal – Nous l'avons vu, la migration transfrontière est profondément liée à la notion d'ordre public. Or, si celle-ci est prépondérante au sein du droit

[102] Article 27.1 de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil de l'UE *relative au droit de circulation des citoyens de l'Union*.
[103] Article 27.2 alinéa 2 de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004.

administratif, elle n'est pas sans nouer une relation certaine avec le droit pénal[104]. L'ordre public repose en effet sur « deux piliers »[105] : la prévention des infractions pénales d'abord et leur répression ensuite. L'ordre public est ainsi protégé par la police administrative dont l'objectif est de prévenir les troubles à l'ordre public et de rétablir cet ordre en faisant cesser des troubles déjà existants, mais également par le droit pénal à travers l'action de la police judiciaire qui vise à sanctionner les troubles à l'ordre public créés par la commission d'infractions pénales[106]. L'ordre public est dès lors « au cœur du droit pénal » ; il en est « l'axe central »[107], le droit pénal constituant « la branche du droit à l'occasion de laquelle une sanction spécifique – la peine – est prononcée, au nom de la société, *suite au trouble ou au risque de trouble à l'ordre public* causé par la transgression, dans certaines circonstances, d'une norme tenue pour essentielle »[108]. Il embrasse la notion d'ordre public en punissant aussi bien le trouble effectif porté à son encontre, que le trouble éventuel, qu'il érige en infraction pénale. Ce fil reliant police administrative et droit pénal est particulièrement présent en matière de migration transfrontière car si cette dernière est gérée par la police administrative, elle semble également révéler la présence du droit pénal.

23. Migration irrégulière – L'irrégularité de la migration transfrontière est appréhendée par le droit administratif qui, en plus de fixer les règles relatives à l'entrée et au séjour de l'étranger sur le territoire, établit des mesures de police administrative de nature à organiser le retour de l'étranger vers son pays d'origine ou de départ. Il en est ainsi, par exemple, de la zone d'attente qui permet de maintenir l'étranger à la frontière et de procéder à son renvoi selon une procédure d'éloignement dérogatoire. Pour autant, ces mesures ne permettent pas d'assurer l'effectivité ni le respect des conditions d'entrée sur le territoire. Il s'agit tout au plus de remédier à la présence irrégulière de l'étranger en procédant à son éloignement. Le droit pénal apparaît alors en matière de migration transfrontière, en se saisissant de l'entrée sur le territoire effectuée en violation des règles administratives établies à cet effet. Le caractère irrégulier de l'entrée en France est érigé en infraction, en multiples infractions par le droit pénal. Qu'il

---

[104] Voir Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, Dalloz, volume 91, 2010, pp. 400-401, n° 501.
[105] Francis LAMY, « La production de la sécurité publique », *in L'ordre public*, *Archives de philosophie du droit*, tome 58, Dalloz, 2015, p. 18.
[106] *Ibid.*
[107] Audrey DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal », *in* Charles-André DUBREUIL (dir.), *L'ordre public,* Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011, Paris, Cujas, p. 287. Pour Yves MAYAUD, c'est « toujours sous couvert de l'ordre public que les infractions sont définies et appliquées, pour ce que réalise d'entrave à cet ordre le fait de ne pas respecter les valeurs sociales, seraient-elles relatives à des enjeux privés » : *Droit pénal général,* Presses universitaires de France, 6ème édition, 2018, p. 272, n° 213.
[108] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, Lexisnexis, 4ème édition, 2016, p. 1, n° 2, nous soulignons.

s'agisse des délits d'entrée irrégulière[109], d'entrée frauduleuse[110] ou de retour irrégulier de l'étranger[111] sur le territoire, le droit pénal vient à chaque fois sanctionner la violation des règles fixées par la police administrative. C'est donc parce que cette dernière a établi des règles à l'entrée sur le territoire que le droit pénal peut pénaliser leur violation, et recouvrir ainsi une action en matière de migration transfrontière à caractère irrégulier. Il revêt alors un rôle de relais, en intervenant en cas d'échec de la police administrative dans la prévention de cette migration et en assurant, par la sanction, l'effectivité de ces règles.

24. Droit de l'Union – Parallèlement au droit français, le droit de l'Union européenne a également impulsé une pénalisation en matière de migration irrégulière. Pour exemple, la directive du 28 novembre 2002 a défini l'aide à l'*entrée*, au transit et au séjour irréguliers[112], tandis que la décision-cadre du même jour a établi la répression pénale d'un tel comportement[113]. Mais c'est davantage sur des objectifs d'éloignement et de prévention que le droit de l'Union européenne cristallise son action en matière de migration irrégulière. D'éloignement d'abord, avec la directive « retour » du 16 décembre 2008 qui établit les règles relatives aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Il s'agit ici d'harmoniser, de faciliter le renvoi de l'immigration irrégulière présente sur le territoire[114]. Dans ce cadre, l'application du délit d'entrée irrégulière du ressortissant d'un pays tiers *via* une frontière Schengen a été déplacée temporellement afin de préserver l'effet utile de la directive[115]. Le droit pénal est alors une nouvelle fois considéré comme le relais de mesures administratives – d'éloignement, ici. Plus encore, l'Union poursuit un objectif de prévention de la migration irrégulière[116] qui s'effectue

[109] Article L. 621-2 du CESEDA.
[110] Article 441-8 du Code pénal.
[111] Article L. 624-1-1 du CESEDA
[112] Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers.
[113] Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. Etablie de longue date en droit français, la pénalisation de l'aide à l'entrée irrégulière a toutefois été portée, au sein de l'Union, « par des considérations qui échappent au droit communautaire » : Vincent TCHEN, « Réflexions sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers des étrangers », *in* Laurence DUBIN, *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 255.
[114] La directive considérant que le séjour de l'étranger est relatif à sa « présence sur le territoire d'un État membre » (article 3.2), les règles qu'elle édicte semblent s'appliquer à la migration irrégulière, au ressortissant d'un État tiers qui vient d'entrer sur le territoire de l'Union de manière irrégulière.
[115] Cour de justice de l'Union européenne, *Sélina Affum contre Préfet du Pas-de-Calais,* 7 juin 2016, aff. C-47/15. Voir aussi, en matière de séjour irrégulier : Cour de justice de l'Union européenne, 28 avril 2011, *El Dridi*, n° C-61/11 ; Cour de justice de l'Union européenne, 6 décembre 2011, *Achughbabian*, n° C-329/11.
[116] L'article 79§ 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne précise ainsi que « l'Union développe une politique commune de l'immigration visant à assurer, à tous les stades, une gestion efficace des flux migratoires, un traitement équitable des ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans les États membres, ainsi

particulièrement dans le cadre d'une coopération entreprise avec les États tiers[117] de départ de la migration. Cette coopération peut alors revêtir des incidences sur le droit des États tiers, et plus spécifiquement, sur leur droit pénal. L'intérêt de la présente recherche réside ainsi dans la prise en compte de tous les temps de la migration – de sa formation au sein des États tiers à son entrée irrégulière sur le territoire – et, par conséquent, de tous les espaces au sein desquels le droit pénal peut être amené à se saisir de ce phénomène : droit français, droit de l'Union, droit des États tiers de départ.

25. Migration à caractère terroriste – Loin de s'intéresser à la migration transfrontière uniquement sous le prisme de l'irrégularité de l'entrée sur le territoire, le droit de l'Union mobilise également l'action du droit pénal à l'égard de la migration à caractère criminel. L'article 83.1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne précise ainsi que « le Parlement européen et le Conseil […] peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave *revêtant une dimension transfrontière* résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes »[118]. À côté de la migration irrégulière, le droit de l'Union se saisit donc de la migration transfrontière lorsque celle-ci revêt une dimension criminelle. Plus encore, l'article précité énumère les domaines de la criminalité transfrontière, citant « *le terrorisme*, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée »[119]. Au sens du droit de l'Union européenne, le terrorisme fait donc partie intégrante de la criminalité à dimension transfrontière. *Lié à la migration*, il constitue « un phénomène à envergure internationale »[120]

---

qu'une prévention de l'immigration illégale et de la traite des êtres humains et une lutte renforcée contre celles-ci ».

[117] Eleftheria NEFRAMI, « La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration irrégulière », *in* Laurence DUBIN, *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 53.

[118] Nous soulignons.

[119] Nous soulignons.

[120] Nadège YONAN, « La circulation des normes internationales de lutte contre le financement du terrorisme », *in* Charlotte GIRARD (dir.), *La lutte contre le terrorisme : l'hypothèse de la circulation des* normes, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 247 ; voir également Catherine BOURGUES-HABIF, « Le Terrorisme international », *in* Hervé ASCENSIO, Emmanuel Decaux, Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, chapitre 35, pp. 457 et suivantes, Pédone, 2000 ; Jean-Christophe MARTIN évoque de son côté les « mutations » du terrorisme ; terrorisme qui représente alors un « défi pour le droit international » : « Le terrorisme », *in* Hervé ASCENSIO, Emmanuel Decaux, Alain PELLET (dir.), *Droit international*, chapitre 20, pp. 279-280, Paris, Pedone, 2012 ; Selon Michel MASSE enfin, l'une des « caractéristique[s] de la criminalité terroriste est sa dimension internationale » : « La criminalité terroriste », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 2012, p. 90.

en raison de l'accroissement des mouvements transfrontaliers de personnes, eux-mêmes facilités par l'interconnexion de moyens de transport de plus en plus accessibles qui favorisent la mobilité transnationale, par des frontières plus ouvertes et par des systèmes de communication plus sûrs[121]. L'« Âge de la migration »[122] auquel nous assisterions aujourd'hui conduirait ainsi à une « prolifération du terrorisme international »[123] qui agirait de manière « transfrontalière et décentralisée »[124]. Mais la place du terrorisme au sein de l'article 83.1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne révèle que cette infraction n'est pas seulement intégrée dans le champ de la criminalité transfrontière. En citant cette infraction en premier, l'article précité révèle en effet qu'elle constitue *la forme la plus grave* de criminalité transfrontière. C'est donc naturellement que la présente recherche a fait le choix d'intégrer, aux côtés de la migration irrégulière, la migration à caractère terroriste. Ce choix s'explique également, de manière plus négative, par l'exclusion des autres formes de criminalité transfrontière énumérées par l'article 83.1 du Traité, soit parce que ces dernières n'ont pas trait à la migration des personnes mais à la circulation d'objets ou de capitaux – il en est ainsi des trafics illicites de drogues et d'armes, du blanchiment d'argent, de la corruption, de la contrefaçon de moyens de paiement et de la criminalité informatique – soit parce qu'elles sont relatives à la circulation de personnes victimes d'infractions, de personnes en danger et non à risque pour l'ordre public (traite des êtres humains et exploitation sexuelle des femmes et des enfants).

26. Assimilation ancienne – Si elle est particulièrement palpable aujourd'hui – le départ d'individus à destination de la zone irako-syrienne révélant l'existence d'une migration à finalité terroriste[125] –, l'assimilation de la migration transfrontière à un risque terroriste est néanmoins effectuée depuis de nombreuses années. En témoigne la tentative de l'exécutif français, en 1996, d'ériger en acte de terrorisme l'aide à *l'entrée,* à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger, lorsque celle-ci est intentionnellement en relation avec une entreprise

[121] Louise I. SHELLEY, « Organized Crime, Terrorism and Cybercrime, in Alan BRYDEN, Philipp FLURI (dir.), Security Sector Reform : Institutions, Society, and Good Governance, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellshaft, 2003, p. 311.
[122] Stephen CASTLES, Mark J. MILLER, *The Age of Migration : International Population Movements in the Modern World*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2009.
[123] Cécilia DOMINGUEZ VALVERDE, *La lutte contre le terrorisme dans les politiques migratoires et d'asile aux Etats-Unis et en Espagne*, IRJS, tome 86, 2017, p. 1.
[124] *Ibid.*
[125] Le nombre de départs à destination de la zone irako-syrienne a triplé entre 2013 et 2015, jusqu'à atteindre 1600 départs. En mars 2018, près de 700 ressortissants ou résidents français et 500 enfants étaient présents sur cette zone de combat en Syrie ou en Irak : réponse du ministère de l'Intérieur à la question écrite n° 3089 de Fabrice Brun, publiée au *Journal officiel* le 24 avril 2018, p. 3549.

individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur[126], ou encore, plus récemment, le rétablissement des contrôles à la frontière franco-italienne décidé tant en raison de la « crise migratoire » que du risque terroriste qu'elle engendre[127]. Ce lien établi entre migration transfrontière et terrorisme fonde une idée bouleversante pour notre droit : celle selon laquelle l'extranéité, l'ailleurs, constitue un risque pour la sécurité du territoire. Qu'il soit géographique et/ou qu'il découle de la nationalité étrangère de l'individu, l'ailleurs obéit à la caractéristique principale d'être fantasmé. Il n'est jamais neutre, cristallisant la peur des uns, l'espoir, les rêves, les croyances des autres. L'ailleurs, c'est l'*Homme qui marche* vers là où « tout sera doux »[128]. Mais, parfois, c'est également l'*Homme qui chavire*[129] ; celui qui, animé d'un rêve de destruction, entreprend une migration à finalité terroriste.

27. Incriminations – droit de l'Union – La vague d'attentats terroristes commis sur le sol européen et la recrudescence des départs à destination des zones de combats terroristes a conduit l'Union européenne à se saisir de la migration entreprise dans une finalité terroriste. La directive (UE) 2017/541 du 23 février 2017[130] a imposé aux États membres d'ériger en infraction pénale l'action de « voyager aux fins de terrorisme », c'est-à-dire le fait « de se

---

[126] Cette tentative a été censurée par le Conseil constitutionnel qui a jugé qu'une telle infraction « incrimine non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière ; que ce comportement n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste ; qu'au demeurant lorsque cette relation apparaît, ce comportement peut entrer dans le champ de la répression de la complicité des actes de terrorisme , du recel de criminel et de la participation à une association de malfaiteurs prévue par ailleurs ; qu'en outre la qualification d'acte de terrorisme a pour conséquence non seulement une aggravation des peines mais aussi l'application de règles procédurales dérogatoires au droit commun » : Conseil constitutionnel, Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, cons. n° 8.

[127] Dans sa décision du 28 décembre 2017, le Conseil d'État a relevé que la prolongation du rétablissement du contrôle aux frontières a été décidée « compte tenu de l'actualité de la menace terroriste, notamment illustrée par la préparation et la réalisation des attentats survenus en août, septembre et octobre 2017, respectivement en Espagne, en Grande-Bretagne et en France, ainsi que par l'évolution de la situation dans les zones de conflit armé en Irak et en Syrie, laissant craindre le retour sur le territoire français de personnes potentiellement dangereuses ». La Haute juridiction administrative a de ce fait établi la proportionnalité de cette prolongation en jugeant qu'« [a]u vu de la nature de ce risque [terroriste] et de la nécessité, pour le prévenir efficacement, de contrôler l'identité et la provenance des personnes désireuses d'entrer en France, la décision attaquée est proportionnée à la gravité de la menace » : Conseil d'État, 28 décembre 2017, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers et autres, n° 415291, n° 5. Il en est de même du rétablissement des contrôles à la frontière franco-belge en 2015 et 2016, à la suite des attentats terroristes commis à Paris et à Bruxelles. En 2018, la Belgique a une nouvelle fois rétabli des contrôles temporaires à sa frontière avec la France afin d'éviter un afflux de migrants à la suite du démantèlement du camp de Calais et de maintenir l'ordre public sur son territoire.

[128] Laurent GAUDE, *Eldorado*, Actes Sud, 2006, p. 111.

[129] Sculpture d'Alberto GIACOMETTI, créée en 1950.

[130] Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 *relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil.*

rendre dans un pays autre » que l'État membre concerné mais également « de se rendre dans cet État membre » afin de commettre ou de contribuer à commettre une infraction terroriste, de participer intentionnellement aux activités criminelles d'un groupe terroriste ou enfin de dispenser ou de bénéficier d'un entraînement terroriste[131]. Il s'agit donc bien de pénaliser le franchissement de la frontière, l'entrée ou la sortie du territoire national à finalité terroriste, sans considération de la nationalité de la personne concernée.

28. Incriminations – droit français – Mais alors que le législateur de l'Union assume parfaitement la pénalisation de la migration à caractère terroriste, cette dernière est curieusement bien plus discrète au sein du droit français, en s'incarnant dans des infractions qui ne sont pas expressément consacrées à ce phénomène[132]. Cette discrétion est d'autant plus surprenante qu'elle se révèle en contradiction avec le mouvement de pénalisation croissante des actes de soutien au terrorisme. Il faut donc creuser pour découvrir ce qui semble être la seule manifestation de la pénalisation expresse de la migration transfrontière à caractère terroriste : le délit d'entreprise individuelle terroriste de l'article 421-2-6 du Code pénal. Ce dernier érige en acte de terrorisme le fait de préparer la commission des infractions mentionnées à l'article 421-1, 1°[133] et 2°[134] du Code pénal, « dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». Ce délit d'entreprise individuelle terroriste constitue une infraction complexe, qui nécessite la qualification de deux faits matériels : le premier est relatif à la détention, à la fabrication ou au fait de se procurer « des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui »[135] ; le second peut quant à lui se décliner sous quatre formes, dont l'une est relative au séjour « à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes »[136]. Le délit d'entreprise individuelle terroriste n'a donc pas trait à la migration transfrontière en tant que telle, même si, en incriminant le séjour à

[131] Article 9.1 et 9.2 a) de la directive (UE) 2017/541.
[132] Cette pénalisation s'effectue en pratique à travers le délit d'association de terroristes, qui punit « le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme » mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 du Code pénal : article 421-2-1 du Code pénal. Voir *infra,* n° 293.
[133] Relatives aux atteintes volontaires à la vie, à l'intégrité de la personne, à l'enlèvement et la séquestration ainsi qu'au détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport.
[134]Relatif aux vols, extorsions, destructions, dégradations et détériorations, ainsi qu'aux infractions en matière informatique définis par le livre III du Code pénal, lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes.
[135] Article 421-2-6, I, 1°, du Code pénal.
[136] Article 421-2-6, I, 2°, *d)* du Code pénal.

l'étranger sur un théâtre d'opérations terroristes, l'article 421-2-6 du Code pénal pénalise *in fine* la migration effectuée dans ce but. Plus encore, le séjour à l'étranger sur un théâtre d'opérations terroristes n'est pas au cœur du délit d'entreprise individuelle : il ne constitue pas un fait matériel indispensable à la qualification de cette infraction. Enfin, la pénalisation du séjour sur un territoire étranger d'entreprise terroriste nécessite que l'individu concerné détienne, fabrique ou se procure des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui. Le séjour sur un territoire d'entreprise terroriste ne suffit pas, à lui seul, à déclencher l'action du droit pénal sur le fondement de l'article 421-2-6 du Code pénal[137]. Le malaise du législateur pénal est ici palpable et semble avoir un lien avec l'absence de définition juridique du terrorisme. Car si de nombreux textes internationaux ont tenté d'opérer une telle définition[138], il apparaît difficile, aujourd'hui comme hier, « de dire ce qu'est le terrorisme »[139]. Dans ce contexte, le législateur est incité à se saisir de la migration transfrontière à caractère terroriste et à développer la répression pénale à son égard – jusqu'à établir une peine d'interdiction du territoire autorisant à punir la migration à caractère terroriste par la mise en œuvre du départ forcé de l'intéressé, tout en étant confronté, dans le même temps, à la difficulté d'assumer une pénalisation expresse d'un phénomène dont il ne semble finalement pas très bien savoir s'il s'agit ou non de terrorisme. Ce malaise est d'autant plus présent face à l'attitude du législateur européen tendant à encourager les États-membres à assumer pleinement la pénalisation de ce phénomène mais également au regard du développement éclair des mesures

[137] Les quelques tentatives ultérieures visant à instaurer un délit autonome de séjour intentionnel à l'étranger sur le théâtre d'opérations terroristes ont d'ailleurs été rapidement rejetées. En 2015, le Sénat avait émis une proposition visant à pénaliser expressément le séjour intentionnel à l'étranger sur le théâtre d'opérations terroristes effectué dans le but de fréquenter ou d'entrer en relation avec un ou plusieurs […] groupements » terroristes : article 12 de la proposition de loi *tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste*, enregistrée à la présidence du Sénat de 17 décembre 2015. L'exposé des motifs de cette proposition relevait notamment la complexité du délit d'entreprise individuelle terroriste, qui ne permettait pas d'appréhender l'ensemble des individus de retour en France après une migration à caractère terroriste.

[138] Voir notamment : Convention internationale des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme, 1999 (article 2) ; Convention pour la prévention du terrorisme signée à Varsovie le 16 mai 2005, STCE n° 196 ; décision-cadre 2002/475/ JAI du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme (article 1.1) remplacée par la directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil, PE-CONS 53/16. Voir également : François DUBUISSON, « La définition du "terrorisme" : débats, enjeux et fonctions dans le discours juridique », *Confluences Méditerranée*, volume 102, n° 3, 2017, pp. 29-45.

[139] Julie ALIX, Olivier CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *Revue de sciences criminelles*, 2017, p. 850. Voir également : Jean-Marc SOREL, « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ? », *in* Karine BANNELIER, Théodore CHRISTAKIS, Oliver CORTEN et Barbara DELCOURT, *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, pp. 35-68 ; PIERRE KLEIN, « Le droit international à l'épreuve du terrorisme », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Martinus Nijhof, 2007, pp. 227-267.

de police administrative destinées à appréhender sans complexe la migration à caractère terroriste[140] ou, au contraire, à neutraliser le risque terroriste par la migration.

29. Migration à raison d'un comportement terroriste – Le législateur français semble en effet davantage se saisir de la migration comme instrument de sanction du trouble à l'ordre public causé par une infraction de nature terroriste. L'interdiction du territoire français emporte ainsi de plein droit « reconduite du condamné à la frontière »[141]. Si cette peine complémentaire peut être prononcée à l'encontre d'un étranger condamné à titre principal pour une infraction prévue par le Code pénal ou par d'autres dispositions[142], elle prend toute son importance en matière de terrorisme où elle ne constitue plus l'exception mais le principe. L'article 414-6 du Code pénal dispose en ce sens que « l'interdiction du territoire français est prononcée par la juridiction de jugement […], soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable de l'une des infractions définies au présent titre », à savoir les infractions de nature terroriste. L'interdiction du territoire français revêt des conséquences identiques à l'expulsion en entraînant le départ forcé de l'individu condamné pour délit d'entreprise individuelle ou pour toute autre infraction de nature terroriste. Dans ces deux hypothèses, la menace pour l'ordre public révélée par le risque ou la commission d'une infraction terroriste est anéantie par la mise en œuvre de la migration transfrontière. En revanche, le champ d'application de l'interdiction du territoire demeure beaucoup plus restreint que celui de l'expulsion[143]. Bien que cette peine complémentaire soit désormais le principe en matière de terrorisme, son application nécessite que l'étranger ait été condamné pénalement. C'est uniquement dans cette hypothèse que l'interdiction du territoire français peut être prononcée par le juge pénal, qui conserve par ailleurs la possibilité de l'écarter sur décision spécialement motivée[144].

30. Face à la migration transfrontière, la présence du droit pénal n'est donc ni unitaire, ni homogène. Au contraire, l'on constate deux attitudes distinctes selon le type de migration en cause. Alors que la migration irrégulière tend à favoriser l'action du droit pénal aux fins

[140] Notamment l'interdiction administrative de sortie du territoire et le contrôle administratif : articles L. 224-1 et L. 225-1 à L. 225-8 du Code de la sécurité intérieure.
[141] Article 131-30 alinéa 2 du Code pénal.
[142] Article 131-30 alinéa 1 du Code pénal : « lorsqu'elle est prévue par la loi, la peine d'interdiction du territoire français peut être prononcée, à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable d'un crime ou d'un délit » ; Isabelle HAREL-DUTIROU, « Interdiction du territoire français », *Jurisclasseur pénal,* fascicule 20, n° 7 et suivants.
[143] Mesure de police administrative insérée au sein des articles L. 521-1 et suivants du CESEDA.
[144] Article 422-4 alinéa 2 du Code pénal.

d'assurer l'effectivité des règles de police administrative établies à l'entrée sur le territoire, la migration pour motif terroriste semble davantage engager le droit pénal à la discrétion, voire à une certaine prudence. Dans ce contexte, la migration transfrontière mobilise, nous l'avons vu, une multitude de sources juridiques. En droit français, les dispositions relatives à la répression de ce phénomène sont réparties au sein de trois codes différents : le CESEDA, le Code pénal et le Code de la sécurité intérieure. Surtout, la migration transfrontière est également appréhendée à l'échelle européenne et internationale, où plusieurs instruments normatifs sont mobilisés : traités, directives, décisions-cadres, règlements, Code frontières Schengen en droit de l'Union, conventions et protocoles en droit international. Elle est donc l'objet d'une prolifération et d'un enchevêtrement de normes qui, s'il tend à compliquer la recherche, révèle surtout que la question du droit pénal face à la migration transfrontière constitue un véritable sujet.

III. Le droit pénal face à la migration transfrontière : un sujet

31. Problématique – L'action différenciée du droit pénal face à la migration transfrontière écarte l'hésitation initiale relative à la pertinence de la présente étude. Le droit pénal agit à l'égard de la migration transfrontière, il entre en relation avec elle. Cette idée de relation est contenue dans la locution « face à » qui désignait initialement un « visage tourné vers » une certaine direction. Étudier « le droit pénal *face à* la migration transfrontière » revient alors à interroger la manière dont le droit pénal *fait face* à ce phénomène, à se demander s'il est en mesure d'y répondre et, même davantage, s'il doit y répondre. Ce second sens de la locution « face à » traduit en effet l'idée d'une opposition : « faire face à » se rattache à l'hypothèse d'un *face-à-face*, d'un vis-à-vis entre deux personnes, entre deux entités, entre deux concepts. Or, face à la migration transfrontière, le droit pénal revêt une action différenciée selon le type de migration en cause. Mais cette différenciation semble davantage le signe d'une contrainte que d'une adaptation nécessaire. L'action du droit pénal tend ainsi, en matière de migration irrégulière, à sanctionner la violation de règles établies par la police des étrangers, tandis que la migration à caractère terroriste conduit à un effacement du droit pénal. Cette distinction attise la curiosité du chercheur : pourquoi le droit pénal se saisit-il de la migration irrégulière mais semble au contraire si mal à l'aise dans l'appréhension de la migration à caractère terroriste, alors même que cette dernière est pourtant de nature à révéler une menace bien plus grave pour l'ordre public ? Le droit pénal peut-il sanctionner, comme il le fait en matière de migration irrégulière, la violation de règles administratives sans que cette action revête une incidence sur ses fonctions, sa nature, sa structure, sur les principes auxquels il est arrimé et, en définitive,

sur la façon dont il est mobilisé ? Autrement dit, au-delà de la manière dont le droit pénal se saisit de la migration, au-delà du constat d'une action différenciée du droit pénal face à ce phénomène, **la locution « face à » nous invite à penser l'incidence de la migration sur le droit pénal.** C'est ici que réside tout l'intérêt de la présente recherche. Il faut encore préciser que la question de l'incidence de la migration sur le droit pénal n'exclut pas d'étudier, à l'inverse, ce que le droit pénal fait à la migration : analyser la manière dont le droit pénal se saisit de la migration transfrontière, dont il se transforme ou s'efface face à elle, conduit nécessairement à penser les conséquences d'une telle (in)action. Le choix d'établir une catégorie juridique abstraite – la migration – dans l'objectif d'effectuer une analyse plus globale, n'est donc pas celui de l'oubli, de l'oubli de ce qui se cache derrière cette catégorisation, de *ceux* qui la composent.

32. Démarche – En sanctionnant la violation de règles administratives relatives à l'entrée en France, les infractions d'entrée irrégulière ou frauduleuse et de retour irrégulier semblent réduire le droit pénal à un droit purement « sanctionnateur » ou, plus justement, « accessoire »[145]. Malgré leur autonomie formelle, les incriminations pénales s'inscrivent ici « matériellement dans le cadre d'une réglementation particulière »[146]. Inextricablement liés à la norme administrative, les délits d'entrée irrégulière, d'entrée frauduleuse, ou de retour irrégulier n'existeraient pas sans elle. Il suffit, pour s'en persuader, d'imaginer un instant que l'entrée en France ne soit pas réglementée : assurément, les délits précités n'auraient aucune raison d'être créés. L'enjeu de notre étude réside donc moins dans la démonstration du caractère accessoire du droit pénal face à la migration irrégulière – celle-ci est évidente[147] – que dans l'établissement des conséquences d'une telle mobilisation du droit pénal. Plus particulièrement, il s'agit de démontrer que ce caractère accessoire conduit à détacher le droit pénal de ses

[145] Le terme « accessoire » doit être préféré à celui de « sanctionnateur », le droit pénal étant constamment sanctionnateur : David CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, 2003, p. 7, n° 8.

[146] Définition du droit pénal accessoire par David CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoir*e, *op. cit.*, p. 7, n° 8. Le droit pénal est également accessoire lorsque « l'autorité qui compose le texte répressif fulmine seulement une sanction en disant qu'elle s'appliquera aux auteurs de comportements qu'une autorité a décrits ou décrira » : Jacques-Henri ROBERT, « Droit pénal de l'environnement et droit pénal général », *Problèmes actuels de science criminelle*, volume 4, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, p. 17.

[147] Pour certains, ce caractère accessoire irrigue l'ensemble du droit pénal, qui ne revêt aucune autonomie normative : Emmanuel DREYER, pour qui le droit pénal est « dénué de toute portée normative » en ce qu'il ne fixe aucune norme de comportement et se contente d'assurer la protection de la norme sociale protégée en sanctionnant sa violation : *Droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 68 et suivantes, n° 90 et suivants ; Roger MERLE, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, collection « Thémis », 1957, p. 11 ; René GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, 3ème édition, 1913, n° 98.

fonctions, de ses principes et de ses finalités. En le rendant dépendant de la norme administrative, la conception accessoire met le droit pénal au service de celle-ci et contribue à le réduire au rang de simple moyen, d'outil au service d'une logique administrative tendant à l'éloignement de la migration irrégulière présente à la frontière et, parallèlement, à la prévention de l'entrée de cette migration en France. En d'autres termes, le caractère accessoire du droit pénal conduit directement à son instrumentalisation au profit d'une logique, préventive ou d'éloignement, propre à l'administration.

Mais si l'instrumentalisation du droit pénal en matière de migration irrégulière révèle l'utilisation de cette branche du droit, un tout autre constat est effectué avec la migration pour motif terroriste. Confronté à cette dernière, le droit pénal agit peu, que la migration constitue le risque terroriste (migration à caractère terroriste) ou qu'elle en soit le remède (migration forcée à raison d'un comportement terroriste). Cette discrétion du droit pénal pourrait découler de l'absence d'une véritable définition juridique du terrorisme, qui empêche d'établir tout autant le cadre dans lequel la migration pourrait révéler un risque terroriste, que les comportements qui constitueraient un risque terroriste susceptible d'entraîner le départ forcé de l'individu. En conséquence, le droit pénal, attaché au principe de matérialité, se saisit très peu de la migration pour motif terroriste, que celle-ci constitue la cause ou le remède d'un tel risque. La conséquence de ce retrait est importante, puisqu'elle s'effectue en parallèle de l'accroissement significatif des mesures de police administrative qui, elles, se saisissent sans complexe de la migration pour motif terroriste, jusqu'à établir une répression nouvelle dégagée des garanties du droit pénal.

33. Plan – Confronté à la migration transfrontière, le droit pénal subit donc deux effets distincts selon le type de migration en cause : instrumentalisé face à la migration irrégulière **(Première partie)**, il est dépassé face à la migration pour motif terroriste **(Seconde partie)**.

PREMIERE PARTIE. LE DROIT PENAL INSTRUMENTALISE FACE A LA MIGRATION IRREGULIERE

SECONDE PARTIE. LE DROIT PENAL DEPASSE FACE A LA MIGRATION POUR MOTIF TERRORISTE

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT PÉNAL INSTRUMENTALISÉ FACE À LA MIGRATION IRRÉGULIÈRE

34. Droit accessoire – Alors qu'il est désormais considéré par la majorité de la doctrine comme un droit pleinement normateur[148] ou mixte[149], le droit pénal constitue, face à la migration irrégulière, un droit purement accessoire. Les différentes infractions relatives au franchissement irrégulier de la frontière ne sont établies que dans l'objectif de sanctionner la violation de règles administratives conditionnant l'entrée sur le territoire. L'absence d'autonomie normative dont souffre le droit pénal face à la migration irrégulière conduit à étendre son action à de simples fonctions de l'administration et, par conséquent, à le détacher de la protection de valeurs sociales pour le transformer en auxiliaire administratif. Si ce constat ne fait guère débat, il incite à « voir plus loin » et à tenter de cerner les effets d'une telle conception sur la manière dont le droit pénal est mobilisé lorsqu'il est confronté à la migration irrégulière. Or, il apparaît que le caractère accessoire de la pénalisation établie en la matière, non seulement détache le droit pénal de la protection de valeurs sociales, mais conduit surtout à son *instrumentalisation* à des fins administratives.

35. Instrumentalisation – Dérivé du latin *instrumentum,* l'instrument désigne le mobilier, le matériel, l'objet fabriqué aux fins d'exécuter un travail. Au sens figuré, il a trait à une chose ou à une personne « qui sert à obtenir un résultat », à un « objet utilisé pour une fin déterminée »[150]. L'instrumentalisation renvoie plus encore « à l'idée de considérer quelqu'un ou quelque chose comme un *instrument »*, comme un moyen déployé « en vue d'obtenir un résultat »[151].

---

[148] David CHILSTEIN, qui précise que « tout phénomène de pénalisation suppose […] la mise en œuvre d'un processus normatif, c'est-à-dire formellement, la création de *nouvelles* normes » : *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoir*e, *op. cit.*, p. 113-114, n° 210, souligné par l'auteur ; Xavier PIN écrit quant à lui qu'« un premier élément de détermination de la loi pénale est certainement son autonomie par rapport aux règles de nature civile ou administrative » : *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 37, n° 33.

[149] À la fois à la fois accessoire et normateur : Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 2ème édition, 1951, p. 314 ; Roger MERLE et André VITU, selon lesquels « le droit criminel, en raison du particularisme de son objet, de sa fonction, de sa structure interne, constitue une branche autonome du droit, au même titre que le droit public ou le droit privé, et peut-être même plus nettement encore », : *Traité de droit criminel*, tome 1, Cujas, 7ème édition, 1997, p. 217, n° 247.

[150] Alain REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1994, pp. 1035-1036.

[151] Dan KAMINSKI, Françoise DIGNEFFE, Christophe ADAM, Jean-François CAUCHIE, Marie-Sophie DEVRESSE, Vincent FRANCIS, « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales : construction et déconstruction d'un concept », *L'Année sociologique*, volume 40, 1990, p. 27.

Penser l'instrumentalisation du droit pénal revient donc à étudier l'utilisation du droit pénal, substantiel et procédural, en matière de migration irrégulière. Or, dans ce domaine, le droit pénal est « balancé » entre deux mouvements, de pénalisation ou non, en fonction des intérêts de l'administration. Si « les chemins de la répression »[152] sont empruntés, ils ne conduisent plus à une finalité punitive. Le droit pénal est mobilisé aux fins, non de punir la commission d'infractions liées à l'entrée irrégulière sur le territoire, mais de soutenir la procédure administrative d'éloignement dont font l'objet les étrangers présents à la frontière ou, plus encore, d'empêcher leur entrée irrégulière sur le territoire.

36. Cette utilisation particulière du droit pénal est révélée à tous les stades de la migration irrégulière. À l'ultime d'abord, lorsque le franchissement irrégulier des frontières vient d'être réalisé. Alors que ce dernier pourrait entraîner l'infliction de sanctions pénales à l'encontre des étrangers présents à la frontière, le droit pénal est mobilisé au service de l'éloignement administratif de la migration irrégulière **(Titre I)**. Tout se passe comme si le caractère accessoire du droit pénal en cette matière autorisait le détournement de ses fonctions. Parce qu'il ne viendrait que sanctionner la violation de règles administratives sans se rattacher de manière autonome à une valeur sociale, le droit pénal pourrait être mobilisé en dehors d'une finalité punitive, comme un moyen de nature à favoriser la procédure administrative d'éloignement. Ce détournement est loin de concerner uniquement le droit pénal français. Au contraire, l'européanisation des questions migratoires et la coopération opérationnelle établie en matière de migration irrégulière ont conduit à renforcer la dimension préventive de la lutte engagée contre ce phénomène à l'échelle de l'Union. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne considère en effet la « prévention de l'immigration illégale » comme l'un des objectifs de la politique commune de l'immigration[153]. Or, prévenir l'immigration irrégulière impose nécessairement de remonter le chemin de la migration, d'agir avant que celle-ci ne franchisse les frontières extérieures de l'Union. Il ne s'agit plus seulement de procéder rapidement à l'éloignement de la migration irrégulière présente à la frontière mais d'empêcher le franchissement irrégulier en entravant la migration, voire en l'empêchant de se former. Les outils procéduraux de nature pénale créés par le droit international aux fins de réprimer le trafic illicite de migrants sont ainsi utilisés pour fonder le déroutement de la migration présente en haute mer et d'éviter qu'elle n'atteigne les côtes territoriales. Plus encore,

[152] Formule tirée de l'ouvrage de Mireille DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, Presses universitaires de France, 1980.
[153] Article 79 § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

cet objectif de prévention semble revêtir des incidences à l'égard du droit pénal des États tiers de départ de la migration irrégulière – et notamment des États maghrébins – qui établissent une répression de l'immigration irrégulière présente au sein de leur territoire ; répression uniquement destinée à empêcher l'émigration des étrangers à destination de l'Union européenne. Au-delà de la frontière, le droit pénal est ainsi mobilisé dans une finalité purement préventive **(Titre II)**, que son action conduise ou non à l'infliction de sanctions pénales.

TITRE I. UN DROIT PENAL AU SERVICE DE L'ELOIGNEMENT DE LA MIGRATION IRREGULIERE A LA FRONTIERE

TITRE II. UN DROIT PENAL PREVENTIF DE LA MIGRATION AU-DELA LA FRONTIERE

TITRE I

UN DROIT PÉNAL AU SERVICE DE L'ÉLOIGNEMENT DE LA MIGRATION IRRÉGULIÈRE À LA FRONTIÈRE

37. La migration devient irrégulière à l'instant où elle franchit la frontière nationale en contravention des règles édictées à cet effet. Afin d'éviter qu'elle ne se transforme en *immigration irrégulière* au sein du territoire – autrement dit, que l'étranger ayant pénétré en France de manière irrégulière s'installe et séjourne sur le territoire, le droit français a créé des zones spécifiques destinées à contenir la migration à la frontière, ou encore à en favoriser l'appréhension aux fins de procéder à son éloignement.

38. Au sein de ces zones spécifiques, qui se matérialisent dans les zones d'attente et frontalières, le droit pénal a été adapté, mis au service de la procédure administrative d'éloignement de la migration irrégulière. En zone d'attente, il subit ainsi une neutralisation ou au contraire une résurgence (**Chapitre I)** en fonction de la réussite ou de l'échec de la procédure administrative de maintien. De leur côté, les zones frontalières constituent le lieu d'une utilisation étendue de l'outil procédural du contrôle d'identité (**Chapitre II)**, destinée à favoriser l'appréhension de la migration afin, là encore, de procéder à son éloignement. Le droit pénal devient alors l'accessoire de la procédure administrative d'éloignement de la migration irrégulière présente à la frontière : il n'est qu'une « matière première »[154] permettant d'empêcher la migration de pénétrer plus avant sur le territoire. Cette utilisation spécifique du droit pénal lui attribue une finalité administrative qui bouscule tout autant sa fonction que l'exigence de nécessité pénale.

CHAPITRE I. LA NEUTRALISATION ET LA RESURGENCE DU DROIT PENAL EN ZONE D'ATTENTE

CHAPITRE II. L'EXTENSION DES CONTROLES D'IDENTITE EN ZONE FRONTALIERE

[154] Dan KAMINSKI, Françoise DIGNEFFE, Christophe ADAM, Jean-François CAUCHIE, Marie-Sophie DEVRESSE et Vincent FRANCIS, « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales : construction et déconstruction d'un concept », *Sociologie et sociétés*, *op. cit.*

CHAPITRE I.

LA NEUTRALISATION ET LA RÉSURGENCE DU DROIT PENAL EN ZONE D'ATTENTE

39. Zones d'attente – La migration irrégulière conduit à une utilisation particulière du droit pénal qui se constate aisément dans les espaces spécifiques du territoire français, au sein desquels l'administration dispose de pouvoirs dérogatoires en matière d'éloignement. Il en est ainsi des zones d'attente créées au sein des gares ferroviaires, des ports maritimes et des aéroports dans l'objectif de maintenir « l'étranger qui arrive en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et qui n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français »[155]. En pratique, ces lieux existent surtout dans les aéroports[156] où ils s'étendent « des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes »[157]. Les zones d'attente constituent ainsi des « sas d'entrée » au sein desquels la frontière est fictivement restituée. Alors qu'elle a été effectuée au moment où l'avion, le navire ou le train les transportant a franchi la frontière aérienne, maritime ou terrestre, l'entrée des étrangers sur le territoire français est niée. Ils peuvent dès lors faire l'objet d'une décision de refus d'entrée en France[158] et être maintenus jusqu'à vingt jours[159] afin que l'administration procède à leur renvoi. Durant toute cette période, ils ne sont pas considérés comme étant présents sur le territoire français. Les zones d'attente permettent ainsi à l'administration de gérer la migration irrégulière présente à une frontière fictivement restituée. En s'appliquant à la migration irrégulière qui entre en France, la procédure administrative de maintien en zone d'attente pose naturellement la question de l'enchevêtrement de cette mesure avec le droit pénal qui, lui aussi, se saisit de l'entrée irrégulière sur le territoire.

40. Adaptation du droit pénal – Le droit pénal se saisit en effet de la migration irrégulière à travers plusieurs incriminations liées notamment à l'entrée irrégulière[160] de l'étranger sur le territoire. L'étranger qui arrive en France de manière irrégulière par voie aérienne, maritime ou

[155] Article L. 221-1 du CESEDA.
[156] ANAFE, *Guide théorique et pratique. La procédure en zone d'attente*, janvier 2013, pp. 13-16. Au sein des gares ferroviaires, l'administration procède le plus souvent à une réadmission. La situation dans les ports maritimes est plus complexe avec l'utilisation, en pratique, de « consignations à bord » qui a pourtant été condamnée par le Conseil d'État : 29 juillet 1998, n° 169139.
[157] Article L. 221-2 du CESEDA.
[158] Article L. 223-2 du CESEDA.
[159] Voir *infra* n° 47.
[160] Délit d'entrée irrégulière : article L. 621-2 du CESEDA, voir *infra* n° 60.

ferroviaire encourt ainsi le déclenchement de poursuites pénales et l'infliction d'une peine d'emprisonnement. Le traitement pénal réservé à la migration irrégulière oblige donc à considérer que l'étranger est présent sur le territoire – ce qui est effectivement le cas, les zones d'attente faisant partie intégrante du territoire français – alors que tout l'intérêt de ces zones est de nier jusqu'à l'entrée de l'étranger en France afin de pouvoir lui appliquer une procédure de renvoi dérogatoire. Les incriminations liées à la migration irrégulière s'opposent ainsi à la procédure administrative de maintien en zone d'attente, ce qui a conduit à une adaptation du droit pénal.

41. Afin de préserver l'effectivité des zones dérogatoires de droit commun (**Section préliminaire)** qui rendent la frontière « introuvable, et par là infranchissable »[161], l'utilisation du droit pénal a été rendue flexible[162]. Plus précisément, le droit pénal subit une application modulée **(Section I)** : écarté à l'arrivée de l'étranger en zone d'attente afin de ne pas neutraliser la procédure administrative, il est mobilisé en fin de maintien lorsque le renvoi de l'étranger n'a pas pu être effectué. Cette application spécifique du droit pénal semble être conséquence du caractère accessoire de la pénalisation de la migration transfrontière, qui rend cette branche du droit profondément dépendante des normes administratives. Cette dépendance conduit à mobiliser le droit pénal en fonction des intérêts spécifiques de l'administration dans la procédure de renvoi. Modulée, l'application du droit pénal est alors également dévoyée **(Section II)**, entraînant une atteinte au principe de nécessité.

SECTION PRELIMINAIRE. UNE ZONE D'ATTENTE DEROGATOIRE DE DROIT COMMUN

SECTION I. UNE APPLICATION MODULEE DU DROIT PENAL

SECTION II. UNE APPLICATION DEVOYEE DU DROIT PENAL

[161] Boualem SANSAL, *2084. La fin du monde*, Gallimard, 2015, p. 59.

[162] Cette application spécifique du droit pénal a été rendue visible par les différents rapports de l'ANAFE, l'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers, qui seront utilisés tout au long de ce chapitre. Créée en 1989, cette association intervient dans les zones d'attente auprès des personnes maintenues et publie de nombreux rapports contenant des statistiques relatives à la nationalité des étrangers en zone d'attente, au déroulement de leur maintien ainsi qu'à leur mode de sortie de zone d'attente. C'est justement les statistiques sur ce mode de sortie qui, en démontrant que les poursuites pénales sont déclenchées en fin de maintien, ont révélé l'utilisation spécifique du droit pénal en zone d'attente : voir *infra* n° 66.
Cette association travaille en zones d'attente depuis plus de vingt-cinq ans. Composée de vingt et une organisations associatives et syndicales, l'ANAFE regroupe neuf des quinze associations habilitées à visiter les zones d'attente. Sa mission essentielle est de faire respecter les droits des étrangers maintenus et de révéler les pratiques de maintien et de refoulement aux frontières. Elle est la seule association spécialisée dans les frontières françaises, ce qui en fait un référent reconnu pour son expérience et son expertise, ainsi qu'un interlocuteur légitime et incontournable auprès des pouvoirs publics et des institutions.

SECTION PRÉLIMINAIRE. UNE ZONE D'ATTENTE DÉROGATOIRE DE DROIT COMMUN

42. Créées par la pratique avant d'être saisies par le législateur **(Paragraphe I)**, les zones d'attente recouvrent un intérêt lié à la négation administrative de la présence de l'étranger sur le territoire français **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I. La création des zones administratives d'attente

43. La création des zones d'attente par la pratique a conduit à leur mise en œuvre discrétionnaire, en dehors de toute règle légale. Conscient de la problématique posée par ce vide juridique, le législateur a procédé à l'institutionnalisation des zones d'attente **(A)** puis à leur extension géographique **(B)**.

A. L'institutionnalisation des zones d'attente

44. Une origine pratique – La création du concept de la zone d'attente n'a pas attendu le législateur. À partir du milieu des années 1970, ont en effet été créées de manière informelle et discrétionnaire des « zones internationales »[163], au sein desquelles les étrangers ayant fait l'objet d'un refus provisoire ou définitif d'entrée ou déposé une demande d'asile étaient maintenus sur le territoire français[164]. Cette pratique, qui « ne se fond[ait] sur aucun texte »[165], permettait de retenir les étrangers « dans [un] local précaire, sans garantie juridique aucune – leur statut n'[était] pas défini, l'autorité judiciaire n'[était] pas informée, la famille n'[était] pas avertie, ils [n'étaient] pas assistés d'un avocat, etc. –, jusqu'à leur départ qui [pouvait] être différé sans limite de temps »[166]. Ce « vide juridique »[167], « cette situation de non-droit – au

[163] ANAFE, *Frontières du droit, frontières des droits – l'introuvable statut de la « zone internationale »*, Paris, L'Harmattan,1993, 165 pages.
[164] En 1978, plusieurs dizaines d'étrangers irréguliers sont retrouvés dans un hangar situé au sein du port de Marseille, dans des conditions insalubres, sans l'assistance d'un interprète, d'un médecin et encore moins d'un conseil. L'autorité judiciaire n'a pas été informée de cette privation de liberté organisée par les autorités de police, qui ont attendu de pouvoir organiser le départ de ces étrangers irréguliers.
[165] François JULIEN-LAFERRIERE, « La rétention des étrangers aux frontières françaises », *Cultures & Conflits* n° 23, 1996, n° 9.
[166] *Ibid.,* n° 7.
[167] Marie-Christine ROUAULT, « La loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 225.

sens propre du terme : aucune règle de droit [n'étant] applicable »[168] aux personnes maintenues, a entraîné une nécessaire institutionnalisation des zones d'attente[169].

45. Échec des zones de transit – Dans ce contexte, une première étape a été franchie avec la loi du 16 janvier 1992[170] au terme de laquelle l'étranger entré de manière irrégulière sur le territoire pouvait être maintenu en « zone de transit » pour une durée de vingt jours, qui pouvait être prolongée de dix jours supplémentaires sur autorisation du juge administratif[171]. L'absence de contrôle du juge judiciaire a néanmoins conduit le Conseil constitutionnel à rejeter l'entrée en vigueur de la loi[172]. Prenant acte de cette censure, le législateur a entamé de nouveaux travaux parlementaires.

46. Création des zones d'attente – C'est dans ce contexte que la loi du 6 juillet 1992 a créé un article 35 *quater* à l'ordonnance du 2 novembre 1945, permettant de définir le régime juridique des nouvelles « zones d'attente » qui ont remplacé les « zones de transit mort-nées »[173]. Elle a ainsi précisé que « l'étranger qui arrive en France par la voie maritime ou aérienne et qui soit n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français, soit demande son admission au titre de l'asile, peut être maintenu dans la zone d'attente du port ou de l'aéroport

[168] François JULIEN-LAFERRIERE, « La rétention des étrangers aux frontières françaises », *op. cit.*, n° 8.
[169] Cette institutionnalisation a débuté par la procédure de référé-voie de fait engagée à l'encontre du Ministre de l'Intérieur par des demandeurs d'asile soutenus par des associations et maintenus dans un hôtel de l'aéroport de Roissy : Serge SLAMA, « Zone d'attente individuelle et itinérante, 45 jours de rétention et JLD muselés (première partie de l'analyse de l'avant-projet de loi « Besson ») », *Combat pour les droits de l'Homme*, 12 février 2010 ; Stéphane JULINET, « Zones d'attente : une gestion policière », *Plein droit*, 3/2001, n° 50, pp. 30-33 ; François JULIEN-LAFERRIERE, « La rétention des étrangers aux frontières françaises », *op. cit.* Elle a également été précédée d'un véritable recadrage juridique réalisé par l'ANAFE – dont le rôle a été essentiel dans l'instauration d'une base légale au maintien en zone d'attente – le Tribunal de grande instance de Paris et le Conseil constitutionnel : voir notamment François JULIEN-LAFERRIERE, « De l'application des accords Schengen au statut des 'zones d'attente' : chronique d'une loi annoncée », *Actualité juridique de droit administratif,* 1992, p. 656 ; Danièle LOCHAK, « L'accès au territoire français – La réglementation », *in* ANAFE, *Frontières du droit, Frontières des droits – L'introuvable statut de la «zone internationale*, Paris, L'Harmattan, 1993, pp. 179-188 ; Conseil constitutionnel, décision n° 92-307 DC du 5 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée* ; Bruno GENEVOIS, «L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles», *Revue française de droit administratif*, 1992, p. 185.
[170] Loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance no 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.
[171] La durée du maintien avait été limitée par un sous-amendement de Michel PEZET puisque l'amendement principal prévoyait simplement que la durée du maintien ne pouvait excéder « le temps strictement nécessaire » au départ de l'étranger irrégulier : François JULIEN-LAFERRIERE, « De l'application des accords de Schengen au statut des zones d'attente : chronique d'une loi annoncée », *Actualité juridique de droit administratif,* 1992, p. 656.
[172] Conseil constitutionnel, décision n° 92-307 du 25 février *1992 relative à la loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*
[173] François JULIEN-LAFERRIERE, « La rétention des étrangers aux frontières françaises », *op. cit.*

pendant le temps strictement nécessaire à son départ et, s'il est demandeur d'asile, à un examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée »[174].

47. Conditions légales du maintien – La loi du 6 juillet 1992 constitue aujourd'hui encore le socle juridique de la zone d'attente. Concernant les conditions légales du maintien d'abord, la loi a défini une première phase de maintien d'une durée de quatre jours qui, décidée par le chef du service de contrôle aux frontières ou un fonctionnaire par lui désigné[175], demeure totalement soustraite à tout contrôle juridictionnel. L'intervention de l'autorité judiciaire n'a en effet été aménagée qu'à l'issue d'un délai de quatre jours[176]. Les recommandations du Conseil constitutionnel de voir inscrire l'intervention de l'autorité judiciaire « dans les meilleurs délais » semblent ainsi ne pas avoir été entendues[177]. Néanmoins, l'étranger ayant fait l'objet d'une mesure de refus d'entrée en France et placé en zone d'attente dispose de la possibilité – relative[178] – de bénéficier d'« un jour franc » avant son expulsion, afin « d'avertir ou de faire avertir la personne chez laquelle il a indiqué qu'il devait se rendre, son consulat ou le conseil de son choix »[179]. À l'issue des quatre premiers jours de maintien, il appartient au Président du tribunal de grande instance territorialement compétent de prononcer ou non une prolongation du maintien pour une durée de huit jours au plus. Si, à l'issue de ces douze jours, l'étranger n'a pas pu être rapatrié ou si sa demande d'asile n'a pu être examinée, le texte organise encore une prolongation de huit jours supplémentaires maximum ordonnée par le Président du tribunal de grande instance[180]. La durée du maintien de l'étranger en zone d'attente atteint ainsi une durée

[174] Article 1 de la loi n° 92-625 du 6 juillet 1992.
[175] Aujourd'hui, l'article L. 221-3 du CESEDA relève que cette décision peut être prise par « un agent relevant d'une catégorie fixée par voie réglementaire ».
[176] Aujourd'hui, article L. 222-1 du CESEDA.
[177] En 1992, le droit interne prévoyait pourtant une intervention beaucoup plus rapide de l'autorité judiciaire, qui n'était soumise qu'à un délai de 24 heures concernant la rétention administrative (Article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945). En matière de garde à vue, l'autorité judiciaire intervenait déjà à l'expiration d'un délai de 24 heures, alors que cette mesure, contrairement au maintien en zone d'attente, s'applique à « des étrangers demandant à être admis sur le territoire français » et non pas à des auteurs d'infractions : Julien François JULIEN-LAFERRIERE, « Une modification d'ampleur de l'ordonnance du 2 novembre 1945 », *Actualité juridique de droit administratif,* 2004, p. 260.
[178] Depuis la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité,* cette garantie n'est plus automatique et l'étranger doit désormais préciser s'il souhaite ou non bénéficier du jour franc : François JULIEN-LAFERRIERE, « Une modification d'ampleur de l'ordonnance du 2 novembre 1945 », *op. cit.,* p. 260. Les associations relèvent que les étrangers sont très souvent incités à refuser l'application de ce jour franc dont ils ne comprennent pas l'intérêt : Morgane ISERTE, « Enquête en "zone d'attente réservée" de l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle : vers une gestion sécuritaire des "flux migratoires" », *Cultures & Conflits* n° 71, 2008, pp. 31-53 ; ANAFE, *Des zones d'atteintes au droit, Rapport d'observations dans les zones d'attente,* novembre 2015.
http://www.anafe.org/IMG/pdf/anafe_-_rapport_des_zones_d_atteintes_aux_droits.pdf
[179] Article L. 213-2 du CESEDA. Cette garantie s'applique sur l'ensemble du territoire français sauf à Mayotte.
[180] Article L. 222-2 alinéa 1 du CESEDA.

de vingt jours, à l'issue de laquelle l'étranger irrégulier doit être « autorisé à entrer sur le territoire français sous le couvert d'un visa de régularisation de huit jours »[181]. Si l'intervention de l'autorité judiciaire constitue un progrès, les garanties qu'elle apporte doivent toutefois être relativisées puisque celle-ci « ne peut remettre en cause l'appréciation portée par l'autorité administrative sur la situation de l'étranger au regard des conditions d'entrée en France »[182], sa seule possibilité étant de « vérifier si un délai est nécessaire pour son départ de la zone d'attente et [d']autoriser la prolongation du maintien pendant le temps nécessaire à ce départ »[183].

48. Espace géographique – Le législateur de 1992 a limité la création des zones d'attente aux aéroports et aux ports maritimes[184]. Cette délimitation géographique a par la suite été étendue aux gares ferroviaires par la loi du 27 décembre 1994[185]. Désormais, l'article L. 221-1 du CESEDA dispose que « l'étranger qui arrive en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et qui n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français peut être maintenu dans une zone d'attente située dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international figurant sur une liste définie par voie réglementaire, dans un port ou à proximité du lieu de débarquement ou dans un aéroport, pendant le temps strictement nécessaire à son départ »[186]. Les zones d'attente aéroportuaires sont néanmoins les plus fréquentées, notamment celle de l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle qui enregistre entre 96 et 98% des demandes d'asile à la frontière[187]. Dans

---

[181] Article 1er, VI, de la loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 *sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*

[182] François JULIEN-LAFERRIERE, « La délimitation des compétences de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire en matière de rétention administrative et de maintien en zone d'attente », *Revue critique de droit international privé,* 2002, p. 255 ; du même auteur : « Limite de la compétence du juge judiciaire en matière d'entrée et séjour des étrangers en France : maintien en zone d'attente au-delà du délai de quatre jours », *Recueil Dalloz*, 1994, p. 254.

[183] *Ibid.* Sur les difficultés posées par cette intervention de l'autorité judiciaire voir aussi : Marie-Christine ROUAULT, « La loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *Recueil Dalloz,* pp. 225-234.

[184] À la fin de l'année 1995, le nombre de zones d'attente – à l'exclusion de celles prévues dans les gares ferroviaires qui n'étaient pas encore créées – s'élevait tout de même à une centaine : François JULIEN-LAFERRIERE, « La rétention des étrangers aux frontières françaises », *op. cit.*, n° 23. L'auteur relève également que les zones d'attente portuaires étaient alors « inutiles » au regard de la pratique, avalisée par le Ministère de l'Intérieur, qui consistait à maintenir à bord des navires les étrangers en situation irrégulière afin qu'ils soient renvoyés du territoire français sur le navire à bord duquel ils étaient arrivés. Cette pratique a depuis été invalidée : Tribunal des conflits, 12 mai 1997, *Préfet de police c. TGI de Paris* ; Conseil d'État, 29 juillet 1998, *Ministre de l'Intérieur c. Mwinyl,* requête n° 169139 ; Conseil d'État, 1er octobre 2001, *ANAFE*, requête n° 199337.

[185] Article 2 de la loi n° 94-1136 du 27 décembre 1994 *portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*

[186] Article L. 221-1 alinéa 1 du CESEDA.

[187] Caroline LANTERO, *Le droit des réfugiés : Entre droits de l'Homme et gestion de l'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 496 ; Près de 80% des étrangers en situation irrégulière ayant fait l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire français sont maintenus au sein de la zone d'attente de Roissy : *ANAFE, Santé en zone d'attente, état des lieux et perspectives, décembre 2014*, en ligne :

ces lieux, la zone d'attente « s'étend des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes »[188] et « peut inclure, sur l'emprise ou à proximité de la gare, du port ou de l'aéroport, un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier »[189]. Limité aux zones de trafic international, le concept de la zone d'attente a par la suite été étendu à des lieux plus éloignés.

B. L'extension géographique des zones d'attente

49. Création de zones d'attente « temporaires » – L'arrivée d'une centaine de migrants hors des espaces établis par la précédente législation a conduit le législateur à procéder à une première extension significative du champ d'application de l'article 35 *quater* de l'ordonnance de 1945. La loi du 26 novembre 2003[190] a ainsi précisé que la zone d'attente peut être « située dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international et désignée par arrêté, un port *ou à proximité du lieu de débarquement* »[191]. La zone d'attente est ainsi étendue au-delà des aéroports, gares ferroviaires et ports maritimes aux lieux de débarquement des étrangers – autrement dit, aux lieux où ces derniers pénètrent en France de manière irrégulière. Cette extension a été effectuée dans le but de permettre l'application de la procédure de maintien en zone d'attente à l'égard des étrangers qui arrivent sur le territoire par voie maritime et de manière clandestine[192]. Ces derniers peuvent alors être maintenus en zone d'attente même s'ils ont débarqué en France au sein d'une zone extérieure aux aéroports, gares ferroviaires et ports maritimes. Initialement limité aux lieux de transports internationaux, le concept de la zone d'attente s'étend désormais bien au-delà, partout où la migration irrégulière franchit la frontière nationale. Parallèlement à la création de nouvelles zones d'attente ponctuelles, le législateur a souhaité procéder à une extension destinée à suivre les déplacements effectués par l'étranger à partir de la zone d'attente où il est maintenu jusqu'aux lieux où il doit nécessairement se

http://www.anafe.org/IMG/pdf/formation_sante_en_zone_d_attente__etat_des_lieux_et__perspectives_-_mercredi_17_decembre_2014.pdf

[188] Article L. 221-2 du CESEDA.

[189] *Ibid.*

[190] Loi n° 2003-1119 du 23 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.*

[191] Article L. 221-2 alinéa 1 du CESEDA, nous soulignons.

[192] Le législateur a procédé à cette extension à la suite de l'échouage, dans le Var, d'un navire transportant 912 personnes de nationalité Kurde. Ces dernières avaient été maintenues dans plusieurs camps militaires faisant office de zones d'attente, malgré l'absence de dispositions légales permettant l'établissement de zones d'attente temporaires. Cette décision, dont la légalité était contestée par de nombreuses associations, a conduit le législateur à introduire la possibilité d'établir des zones d'attente ponctuelles ; possibilité perçue comme une solution à « l'inadéquation du dispositif des zones d'attente en cas d'arrivée massive de clandestins par voie maritime » : Circulaire n° NOR/INT/D/04/00006/C du Ministre de l'intérieur du 20 janvier 2004 sur l'application de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003.

rendre. La loi du 26 novembre 2003 a ainsi précisé que la zone d'attente s'étend « sans qu'il soit besoin de prendre une décision particulière, aux lieux dans lesquels l'étranger doit se rendre soit dans le cadre de la procédure en cours, soit en cas de nécessité médicale »[193]. Désormais, si « à l'occasion de ces déplacements, l'étranger sort *de facto* de la " zone géographique " délimitée, […] il n'en est pas moins réputé juridiquement demeurer sous le régime de la zone d'attente »[194]. L'espace propre à la zone d'attente n'est plus constitué de la seule zone internationale ou d'établissements hôteliers, mais s'étend partout où se déplace l'étranger, partout où il franchit la frontière nationale. Par ailleurs, et afin d'« éviter que l'administration ne soit contrainte de laisser entrer sur le territoire les étrangers dont la demande d'asile est toujours en cours d'examen à l'expiration de la durée du maintien »[195] la loi introduit une prorogation d'office de quatre jours à compter du jour de la demande de « l'étranger non admis à pénétrer sur le territoire français [qui] dépose une demande d'asile dans les quatre derniers jours de [sa] période de maintien en zone d'attente»[196]. Ce délai est encore prorogé à six jours par la loi du 20 novembre 2007[197], lorsque l'étranger dépose une demande d'asile dans les six derniers jours de sa période de rétention[198].

Mais bientôt, un nouveau fait migratoire va révéler que cette première extension est bien « impuissant[e] à contenir les mouvements des hommes »[199]. Et si, en cette matière, « les *limes* juridiques ne sont guère plus efficaces que les *limes* de pierres dressés par les Romains aux marches de l'Empire »[200], le législateur va tout de même étendre une fois encore le champ d'application de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 – dont les dispositions ont été intégrées au sein du nouveau Code de l'entrée et du séjour des étrangers et des demandeurs d'asile par l'ordonnance du 24 novembre 2004[201].

---

[193] Article L. 221-2 alinéa 1 du CESEDA.
[194] Paul KLÖTGEN, « La frontière et le Droit, esquisse d'une problématique », *Scientia Juris*, 2011, n° 1, p. 54.
[195] François JULIEN-LAFERRIERE, « Une modification d'ampleur de l'ordonnance du 2 novembre 1945 », *Actualité juridique de droit administratif,* 2004, p. 260.
[196] Article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, modifié par l'article 50, I, 12° de la loi du 26 novembre 2003.
[197] Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 *relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.*
[198] Article L. 222-2 du CESEDA.
[199] François Julien-Laferrière, « Une modification d'ampleur de l'ordonnance du 2 novembre 1945 », *op. cit.*
[200] *Ibid.*
[201] Désormais, les dispositions relatives au maintien de l'étranger irrégulier en zone d'attente figurent au sein des articles L. 222-1 à L. 224-4 du CESEDA.

50. Création de zones d'attente « itinérantes »[202] ou « flottantes »[203]– En 2010, une nouvelle arrivée de 123 personnes de nationalité kurde sur une plage corse[204] a conduit à la création d'« un dispositif d'urgence adapté aux afflux d'étrangers en situation irrégulière en dehors des points de passage frontaliers »[205]. Afin d'accroître encore davantage la « plasticité »[206] des zones d'attente, la loi du 16 juin 2011[207] a permis l'extension de leur zone géographique « pour une durée maximale de vingt-six jours, *du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche* », « lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins dix étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier, en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au plus dix kilomètres »[208]. Validé sans réserve par le Conseil constitutionnel[209], ce nouveau dispositif permet de maintenir des étrangers irréguliers dans une zone d'attente « itinérante » et nouvellement créée lorsque « les autorités judiciaires se trouvent dans l'impossibilité d'organiser l'interpellation et la garde à vue de ces personnes, et les autorités administratives dans l'incapacité matérielle de les maintenir sous un quelconque régime de contrôle administratif »[210]. C'est ainsi l'impossibilité de réunir les garanties relatives au placement en garde à vue des étrangers appréhendés sur le territoire qui a justifié cette extension de l'espace géographique des zones d'attente[211]. Le législateur a choisi de faire reculer la frontière française jusqu'aux lieux de découverte des étrangers irréguliers afin de pouvoir appréhender ces derniers et les placer sous le régime de la zone d'attente, offrant des garanties bien inférieures au placement en garde à vue. L'accroissement de l'espace géographique de la zone d'attente dévoile ainsi l'intérêt particulier de cette zone, relatif à la négation de la présence de l'étranger sur le territoire.

---

[202] Expression de Serge SLAMA, « Zone d'attente individuelle et itinérante, 45 jours de rétention et JLD muselés (première partie de l'analyse de l'avant-projet de loi « Besson »), *op. cit.*
[203] Emmanuel AUBIN, *Droit des étrangers*, Gualino, 2014, p. 243.
[204] Dans la plus extrême précipitation, les autorités ont placé ces personnes en rétention administrative, avant que ces décisions ne soient finalement annulées. Le Gouvernement a alors souhaité créer des zones d'attente itinérantes, dans le but de combler les « faiblesses de notre législation » : Monsieur Éric Besson, *in* Assemblée nationale XIII[e] législature, Deuxième session extraordinaire de 2009-2010, Compte rendu intégral, Première séance du mardi 28 septembre 2010, Discussion du projet de loi relatif à l'immigration.
[205] *Ibid.*
[206] *Ibid.*
[207] Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.
[208] Article L. 221-2 alinéa 2 du CESEDA.
[209] Conseil constitutionnel, décision n° 2011-631 du 9 juin 2011.
[210] Assemblée nationale XIII[e] législature, Deuxième session extraordinaire de 2009-2010, Compte rendu intégral, Première séance du mardi 28 septembre 2010, *op. cit.* Ce dispositif n'a toutefois jamais été utilisé : sur ce point, voir l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme relatif à *la réforme du droit des étrangers*, 20 mai 2015, § 60.
[211] Éric Besson relève qu'en raison de « la difficulté à réunir dans des délais suffisamment courts les interprètes, les avocats, les médecins, les autorités judiciaires se trouvent dans l'impossibilité d'organiser l'interpellation et la garde à vue de ces personnes », *ibid.*

Paragraphe II. La négation administrative de la présence de l'étranger sur le territoire français

51. L'intérêt particulier du concept de la zone d'attente réside dans la négation administrative de la présence physique de l'étranger sur le territoire. Alors que celui-ci est en France depuis que l'avion, le navire ou le train le transportant a franchi la frontière aérienne, maritime ou terrestre nationale, il demeure, pour l'administration, dans un sas d'entrée considéré juridiquement en dehors du territoire national. La zone d'attente constitue ainsi une fiction extraterritoriale **(A)** dont l'intérêt est de soumettre l'étranger à une procédure de renvoi dérogatoire **(B)**.

A. Une fiction extraterritoriale

52. Une fiction juridique – Avec l'extension géographique des zones d'attente, l'étranger « *porte en lui-même la frontière* ou tout du moins *la transporte* avec lui »[212] ; il la déplace en même temps qu'il se meut dans l'espace, à l'intérieur du territoire français. Ce n'est plus la frontière qui crée l'étranger, mais l'inverse : c'est désormais l'étranger qui crée la frontière au gré de ses déplacements, « illustrant une appréhension nouvelle de la territorialité »[213]. Le concept de zone d'attente révèle en effet une certaine « résilience du mythe de l'extraterritorialité »[214] qui était attribué aux zones internationales. Le maintien en zone d'attente est décidé après la notification d'une décision de *refus d'entrée* en France[215] à l'étranger en situation irrégulière. Autrement dit, lorsqu'il arrive sur le territoire par aéronef ou par navire, celui-ci n'est pas considéré comme étant présent en France alors que l'aéroport et le port maritime se situent pourtant sur le territoire. Naît dès lors un paradoxe tiré de l'absence de « coïncidence entre la frontière géographique et la frontière juridique en matière de transports par air ou par mer »[216] : l'étranger transporté en France par aéronef ou par navire est entré en France en ayant franchi la frontière nationale aérienne ou maritime mais ce n'est qu'aux postes de contrôle frontaliers situés au sein de l'aéroport ou du port maritime que le refus d'entrée en France lui sera notifié. Avec le concept de la zone d'attente, la frontière française – qu'elle soit

[212] Paul KLÖTGEN, « La frontière et le Droit, esquisse d'une problématique », *op. cit.,* propos soulignés par l'auteur.
[213] Chowra MAKAREMI, « Vies "en instance" : Le temps et l'espace du maintien en zone d'attente. Le cas de la "Zapi 3" de Roissy-Charles-De-Gaulle », *Asylon(s)* n° 2, novembre 2007.
[214] Caroline LANTERO, *Le droit des réfugiés : Entre droits de l'Homme et gestion de l'immigration*, *op. cit.*, p. 495.
[215] Article L. 213-2 du CESEDA.
[216] Danièle LOCHAK, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992 (Entrée et séjour des étrangers) », *Journal du droit international (Clunet)*, 1992, p. 6.

aérienne ou maritime – est ainsi « fictivement restituée dans sa dimension marginale de frontière à travers un espace neutralisé pourtant situé au cœur du territoire français »[217]. La zone d'attente constitue donc une véritable « fiction juridique »[218] dont l'avantage est de « suspendre la continuité territoriale »[219] et de supposer qu'un certain espace ancré au sein du territoire français ne fait pas partie de ce territoire, qu'il « n'est pas encore la France »[220], ou même qu'il *ne l'est plus* concernant les zones d'attente temporaires ou itinérantes. Dans le langage courant, la fiction désigne une « création de l'imagination »[221]. Elle s'oppose au réel[222], et « consiste à supposer vraie une chose que l'on sait fausse »[223]. Mais le droit appréhende également cette notion, qu'il définit comme un « procédé de technique juridique permettant de considérer comme existante une situation manifestement contraire à la réalité »[224].

53. Absence d'extraterritorialité – La fiction juridique des zones d'attente tend ainsi à conférer à ces zones un caractère extraterritorial[225] contraire à leur réalité géographique, qui n'est pas dénué de toute ambiguïté. En institutionnalisant et en encadrant les zones d'attente, le législateur a en effet admis qu'elles relèvent bien du territoire national. C'est également ce qu'avait jugé la Cour de cassation en rejetant la fiction extraterritoriale des zones internationales. Pour confirmer la condamnation pénale d'un ressortissant jordanien pour une infraction commise au sein de la zone internationale d'un aéroport, elle avait jugé que l'ensemble de l'aéroport faisait partie du territoire français[226]. Le regard du pénaliste suffit en effet à anéantir la fiction extraterritoriale d'une zone internationale ou d'une zone d'attente située sur le territoire national dès lors que le principe de territorialité, consacré à l'article 113-2 du Code pénal, considère que « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République ». Depuis l'abandon de la « fiction de l'extraterritorialité »[227]

---

[217] Chowra MAKAREMI, « Pénalisation de la circulation et reconfigurations de la frontière : le maintien des étrangers en "zone d'attente" », *Cultures et conflits*, n° 71, automne 2008.
[218] Notamment Paul KLÖTGEN, « La frontière et le Droit, esquisse d'une problématique », *op. cit.*
[219] *Ibid.*
[220] *Ibid.*
[221] Définition du *Larousse*.
[222] Christine BIQUET, « Les fictions en droit », *Hanyang Law Review*, Mars 2013.
[223] Chowra MAKAREMI, « Pénalisation de la circulation et reconfigurations de la frontière : le maintien des étrangers en "zone d'attente" », *op. cit.*
[224] Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, « Fiction », *in Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2018.
[225] Caroline LANTERO, *Le droit des réfugiés : Entre droits de l'Homme et gestion de l'immigration*, op. cit., p. 495.
[226] Cour de cassation, chambre criminelle, 28 octobre 1987, *Procureur général de Paris et Youssef,* n° 84-93665 ; Voir aussi Cour de cassation, première chambre civile, 25 mars 2009, n° 08-14.125, qui reconnaît que la zone d'attente n'est pas soustraite au territoire national et qu'elle en fait partie intégrante. La Cour européenne des droits de l'Homme a jugé de manière identique qu' « [e]n dépit de sa dénomination, ladite zone [internationale] ne bénéficie pas du statut d'extra-territorialité » : Cour européenne des droits de l'Homme, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 19776/92, point 52.
[227] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 1265, n° 1847.

des ambassades et des consulats[228] français, l'ensemble du territoire de la Métropole est concerné par le principe de territorialité : il n'existe plus un lieu, sur le territoire terrestre, qui soit soustrait à l'application de la loi pénale française. Ici se dresse donc toute l'ambiguïté de la fiction extraterritoriale de la zone d'attente : véritable « Janus territorial »[229], elle permet à l'administration de nier la présence de l'étranger dans une zone pourtant située au cœur du territoire et relevant à ce titre du principe de territorialité de la loi pénale française. Cette dernière est en effet parfaitement applicable à une infraction commise dans l'espace appréhendé par le concept de la zone d'attente aéroportuaire, c'est-à-dire dans « l'espace compris entre les pistes [de décollage ou d'atterrissage] et les postes de douane »[230] d'un aéroport. Si la fiction de l'extraterritorialité ne semble pas pouvoir « résiste[r] […] à l'analyse »[231], celle-ci a été reconnue encore récemment par les jurisprudences judiciaire et administrative.

54. Reconnaissance de l'extraterritorialité – Dans une décision *a priori* éloignée de notre problématique portant la notification des droits et devoirs de l'étranger maintenu, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a confirmé de manière implicite la fiction extraterritoriale de la zone d'attente[232]. Cette confirmation réside en une formule de la Cour d'appel selon laquelle « le demandeur d'asile a le devoir *de ne pas quitter la zone d'attente* sans autorisation *sous peine de s'exposer* aux sanctions en cas d'entrée irrégulière »[233]. En n'établissant aucune censure directe de cette analyse, la Cour de cassation a reconnu en filigrane que seule la sortie de la d'attente conduit à l'entrée irrégulière sur le territoire, conférant ainsi un caractère extraterritorial à cette zone. Les juridictions administratives ont, de la même manière, pu reconnaître le caractère extraterritorial de la zone internationale et de la zone d'attente. Dans sa décision *Eksir*[234], le Conseil d'état a dû se prononcer sur la possibilité de surseoir à l'exécution d'une décision de refus d'entrée en France prononcée à l'égard d'un étranger présent en zone internationale. En d'autres termes, il était question de savoir si la zone internationale présente au sein de l'aéroport de Paris et dans laquelle se trouvaient les trois

[228] Cour de cassation, chambre criminelle, 30 janvier 1979, *Bulletin criminel*, 1979, n° 43. Voir : André HUET, Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Presses universitaires de France, 3ème édition, 2005, p. 218, n° 130.
[229] Danièle LOCHAK, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992 (Entrée et séjour des étrangers) », *Journal du droit international (Clunet),* LexisNexis, 1992, p. 6.
[230] Chowra MAKAREMI, « Les "zones de non-droit" : un dispositif pathétique de la démocratie », *Anthropologie et Sociétés*, volume 32, n° 3, 2008, pp. 81-98.
[231] Danièle LOCHAK, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992 (Entrée et séjour des étrangers) », *op. cit.*
[232] Cour de cassation, deuxième chambre civile, 5 juin 2003, n° 02-500.58.
[233] Nous soulignons.
[234] Conseil d'État, 27 janvier 1984, n° 55609.

ressortissants iraniens concernés par une décision de refus d'entrée en France relevait du territoire français. Afin de n'admettre aucune modification de leur situation de fait ou de droit de nature à autoriser le sursis à exécution, le Conseil d'État a jugé que la zone internationale bénéficie « d'une situation d'exterritorialité », encore révélée par la décision de refus d'entrée en France à laquelle les intéressés avaient été soumis.

Plus récemment enfin, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a reconnu la fiction extraterritoriale de la zone d'attente. En l'espèce, un ressortissant algérien avait fait l'objet, à son arrivée à l'aéroport de Toulouse, d'une décision de refus d'entrée en France immédiatement suivi d'une décision de maintien en zone d'attente. À l'issue des quatre jours légaux, le juge des libertés et de la détention avait refusé de prolonger le maintien de l'intéressé qui avait été placé en garde à vue pour délit d'entrée irrégulière. Ce dernier avait alors invoqué qu'il ne pouvait être poursuivi pour son entrée irrégulière alors que cette entrée avait été effectuée sur ordre de l'autorité judiciaire, et donc régulièrement. Loin de souscrire à une telle analyse, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que « S'il est vrai [que l'intéressé] *a quitté* la zone d'attente pour être placé en garde à vue, *son entrée en France dans ces conditions* et alors qu'il avait fait l'objet d'une décision de refus d'entrée du ministre de l'intérieur, ne saurait avoir été régularisée par les actes de l'autorité judiciaire »[235]. La Cour a ainsi considéré que la *sortie* de la zone d'attente implique *l'entrée* en France et autorise, par conséquent, la possible infliction de sanctions pénales pour délit d'entrée irrégulière à l'encontre de l'étranger concerné. Autrement dit, le délit d'entrée irrégulière ne pourrait être commis qu'en sortie de zone d'attente, cette dernière étant soustraite du territoire français : l'étranger n'encourrait aucune pénalisation car il serait maintenu dans une zone extérieure au territoire national, au sein de laquelle la loi pénale française ne saurait intervenir. La formule de la Cour administrative d'appel est en effet explicite en précisant que l'entrée de l'intéressé en France a été effectuée *à l'issue* de son maintien en zone d'attente ; comme si, lors de son maintien, l'étranger n'était pas présent sur le territoire. Pourtant, la fiction extraterritoriale de la zone d'attente n'a aucune prise sur l'application de la loi pénale au sein d'une zone située sur le territoire français. Dès son débarquement sur le territoire, l'étranger en situation irrégulière peut être poursuivi pour un délit d'entrée irrégulière qu'il a en réalité commis au moment où l'avion ou le navire le transportant a franchi la frontière aérienne ou maritime française, le territoire de la République étant également constitué des « espaces maritime et aérien […] liés »[236] au

[235] Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, n° 16BX00055, n° 6, nous soulignons.
[236] Article 113-1 du Code pénal.

territoire terrestre[237]. En réalité, cette décision est symptomatique de la pénalisation différée établie en zone d'attente[238] et destinée à sauver par tous moyens le maintien de l'étranger : les infractions liées à l'entrée irrégulière ne sont pas poursuivies au sein de cette zone afin de préserver le maintien administratif de l'étranger, et non en raison d'une extraterritorialité supposée. Car l'intérêt des fictions juridiques – qui traversent toutes les branches du Droit[239] – réside en général dans le fait de « produire un effet de droit »[240]. La fiction extraterritoriale de la zone d'attente n'échappe pas à ce constat général : c'est bien parce qu'elle comporte de nombreux avantages pour l'administration que celle-ci a été créée puis institutionnalisée.

B. Une procédure administrative de renvoi dérogatoire

55. Directive 2008/115/CE – L'intérêt de la fiction extraterritoriale de la zone d'attente est de soumettre l'étranger en situation d'entrée irrégulière au régime dérogatoire du refus d'entrée et France[241]. N'étant pas considéré en situation de séjour irrégulier sur le territoire, celui-ci ne bénéficie pas des règles posées par la directive « retour » du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008[242], qui limite son application aux « ressortissants de pays tiers en *séjour* irrégulier sur le territoire d'un État membre »[243]. Cette interprétation est parfois

---

[237] En vertu du principe de territorialité, la loi pénale française s'applique à toute infraction commise au sein de l'espace maritime, c'est-à-dire dans les eaux territoriales françaises qui « s'étendent jusqu'à une limite fixée à 12 milles marins à partir des lignes de base » (article 1 de la loi n° 71-1060 du 24 décembre 1971 relative à la délimitation des eaux territoriales françaises) et se composent d'une large « bande maritime » d'un peu plus de vingt-deux kilomètres « comprise entre la terre et une ligne imaginaire parallèle à la côte » (Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Économica, 16ème édition, 2009, p. 351, n° 345). Elle est également applicable aux infractions commises au sein de l'espace aérien, qui se situe quant à lui « au-dessus des zones terrestres et maritimes françaises » (Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 1297, n° 1849). Voir également, Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 174, n° 178 ; Didier REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, 2ème édition, 2014, pp. 28-29, n° 35-36 et p. 30, n° 38 ; André HUET, Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Presses universitaires de France, 3ème édition, 2005, pp. 218-219, n° 130.

[238] Voir *infra* n° 67.

[239] Le droit des successions a fait naître la fiction relative à la continuation de la personne du défunt par celle des héritiers afin d'éviter toute interruption dans l'existence du droit de propriété sur les biens faisant partie de la succession. Le droit pénal n'est pas écarté de ce phénomène avec la fiction de la responsabilité pénale des personnes morales et la prise en compte de moins en moins importante de la personne physique dans la mise en œuvre de cette responsabilité : voir notamment Christine Biquet, « les fictions en droit », *op. cit.*

[240] *Ibid.*

[241] Serge SLAMA, « La transposition de la directive "retour" : vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers ? », *in* Laurence DUBIN, *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 301.

[242] Pour une critique de cette directive, voir : Karine PARROT, Carlo SANTULLI : « La "directive retour", l'Union européenne contre les étrangers », *Revue critique de droit international privé*, 2009, pp. 205-235.

[243] L'article 2.1 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre *2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier* limite son application aux « ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre »

critiquée[244], la directive définissant le séjour irrégulier comme la « présence sur le territoire d'un État membre d'un ressortissant d'un pays tiers » [245]. Or, l'étranger maintenu est bien physiquement présent sur le territoire. Conscient de cette ambiguïté liée à la fiction extraterritoriale de la zone d'attente, la circulaire du 17 juin 2011 a précisé que « le franchissement de la frontière visé par la loi [du 16 juin 2011 relative à la création de zones d'attente itinérantes] concerne l'entrée en France *par une frontière extérieure*, au sens du code des frontière Schengen […], c'est-à-dire lorsque l'entrée ne se fait pas en provenance directe d'un État de l'Union européenne faisant partie de l'espace Schengen […] ; si la provenance des étrangers en dehors de l'espace Schengen ne peut être établie, aucune décision de refus d'entrée ne peut être prise et, par voie de conséquence, aucun maintien en zone d'attente décidé »[246]. Les étrangers en provenance de l'espace Schengen ne peuvent ainsi faire l'objet d'un maintien en zone d'attente. Cette analyse est conforme à l'arrêt *Sélina Affum*, au sein duquel la Cour de justice de l'Union européenne a constaté que, « dans le contexte de la directive 2008/115, les notions de " séjour irrégulier " et d'" entrée irrégulière " entretiennent un lien étroit, une telle entrée constituant, en effet, l'une des circonstances de fait pouvant conduire au séjour irrégulier du ressortissant d'un pays tiers sur le territoire de l'État membre concerné »[247]. Elle a dès lors jugé qu'un ressortissant d'un pays tiers qui entre « irrégulièrement sur le territoire d'un État membre et qui, de ce fait, est considéré comme y séjournant de manière irrégulière relève […], selon l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2008/115, […] du champ d'application de cette dernière, [et] doit être soumis aux normes et aux procédures communes prévues par celle-ci en vue de son éloignement et cela tant que le séjour n'a pas été, le cas échéant, régularisé »[248]. *A contrario*, le franchissement irrégulier d'une frontière extérieure par un ressortissant d'un pays tiers peut conduire à une décision de maintien en zone d'attente et, par conséquent, à l'absence d'application de la directive 2008/115/CE.

56. Procédure dérogatoire – Les étrangers maintenus en zone d'attente provenant majoritairement de pays tiers à l'Union[249], ces derniers ont donc franchi une frontière extérieure

[244] Notamment : Serge SLAMA, « La transposition de la directive "retour" : vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers ? », *op. cit.*, p. 301.
[245] Article 3, 2) de la directive 2008/115/CE.
[246] Circulaire du 17 juin 2011 prise en application de la loi du 16 juin 2011 dite « loi Besson », p. 1.
[247] Cour de justice de l'Union européenne, *Sélina Affum contre Préfet du Pas-de-Calais,* 7 juin 2016, aff. C-47/15, n° 60.
[248] *Ibid.,* n° 61.
[249] ANAFE, *Des zones d'atteintes au droit, Rapport d'observations dans les zones d'attente, op. cit.,* pp. 151-152 : tableau recensant les nationalités des personnes maintenues en 2014. Les dix nationalités les plus courantes sont algérienne, brésilienne, marocaine, hondurienne, tunisienne, chinoise, nigériane, sénégalaise, syrienne, guinéenne, indienne.

pour parvenir en France. Ils peuvent à ce titre être privés de la procédure de droit commun relative à l'éloignement des étrangers en séjour irrégulier sur le territoire, établie par la directive 2008/115/CE. Cette procédure octroie le droit de bénéficier d'un délai de départ volontaire de trente jours[250], le droit à un recours suspensif[251], l'interdiction d'être éloigné durant quarante-huit heures à compter de la notification de la décision de retour[252] et le droit à un recours juridictionnel accéléré[253]. En comparaison, le régime juridique auquel sont soumis les étrangers maintenus en zone d'attente après avoir fait l'objet d'une décision de refus d'entrée en France est bien plus défavorable. Ils ne bénéficient d'aucun délai de départ volontaire ; tout au plus peuvent-ils solliciter l'octroi d'un délai d'un jour franc[254] au cours duquel l'administration ne pourra effectuer leur renvoi. En pratique, les étrangers maintenus ne sont pas toujours informés de ce droit et sont renvoyés vers leur pays d'origine ou de départ le jour même de la notification de la décision de refus d'entrée en France et de maintien en zone d'attente[255]. Les voies de recours à l'encontre des décisions de refus d'entrée en France sont également plus restreintes : seuls les étrangers qui sollicitent leur admission au titre de l'asile peuvent déposer un recours suspensif[256]. Enfin, le contrôle judiciaire du maintien en zone d'attente intervient quatre jours

[250] Si l'article 7.1 de la directive 2008/115/CE a fixé ce délai entre sept et trente jours, l'article L. 511-1, II du CESEDA dispose que « Pour satisfaire à l'obligation qui lui a été faite de quitter le territoire français, l'étranger dispose d'un délai de trente jours à compter de sa notification pour rejoindre le pays dont il possède la nationalité ou tout autre pays non membre de l'Union européenne ou avec lequel ne s'applique pas l'acquis de Schengen où il est légalement admissible ».

[251] Article 13.2 de la directive 2008/115/CE.

[252] Article L. 512-1, II du CESEDA.

[253] Lorsque l'étranger est placé en rétention, le Président du tribunal administratif saisi d'un recours en annulation contre la décision de retour doit statuer au plus tard dans un délai de soixante-douze heures à compter de sa saisine : article Article L. 512-1, III du CESEDA.

[254] Article L. 213-2 alinéa 2 du CESEDA.

[255] ANAFE, *Guide théorique et pratique. La procédure en zone d'attente*, *op. cit.*, p. 13. Ce renvoi s'effectue si rapidement que l'étranger est parfois embarqué dans l'avion qui l'a débarqué en France. Cette célérité est due à l'efficacité de l'action de la brigade mobile d'intervention (relevant de la police aux frontières) qui effectue des contrôles au niveau des passerelles débarquant les passagers. Ces « contrôles-passerelles » permettent de connaître la provenance du vol et de renvoyer directement l'étranger vers cette destination sans lui faire quitter la passerelle. Selon le Comité interministériel de contrôle de l'immigration, les contrôles-passerelles ont progressé de 26 % entre 2008 et 2009. 15 472 contrôles de ce type ont ainsi été recensés en 2012, soit 42 par jour

[256] Article L. 213-9 du CESEDA. Cette disposition a été créée par la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 *relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme qui, dans son arrêt *Gebremedhin*, avait considéré que le référé-liberté que pouvaient déposer les demandeurs d'asile devant le Tribunal administratif n'avait aucun caractère suspensif, ces derniers pouvant être renvoyés du territoire avant que le juge administratif n'ait pu statuer. Elle avait alors jugé que le renvoi de l'étranger vers un pays à risque (en l'espèce, l'Érythrée) et l'absence de recours suspensif en zone d'attente constituaient une violation combinée des articles 3 et 13 de la Convention : Cour européenne des droits de l'Homme, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, n° 25389/05 ; Jean-Pierre MARGUENAUD, « Le droit de demander asile à la frontière », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2780 ; Cédric SENELAR-GIL, « Recours juridictionnel contre une décision de non-admission sur le territoire : le référé-liberté, remède ou placebo ? », http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Senelar_Gebremedhin.pdf; Christel COURNIL, « Les droits de l'Homme en zones d'attente : condamnation européenne et résistances françaises », *Cultures & Conflits*, n° 71, 2008, pp. 75-92.

après la décision de maintien[257], contre quarante-huit heures lorsque l'étranger est placé en rétention administrative. L'intérêt de la zone d'attente réside ainsi dans la faiblesse des garanties accordées à l'étranger irrégulier qui ne pourrait, s'il était considéré comme étant présent sur le territoire français, être renvoyé immédiatement de ce territoire ou directement maintenu en zone d'attente[258]. Dans ce cadre, la fiction juridique de cette zone particulière permet d'exercer un contrôle, une contrainte administrative déliée de toute règle juridique protectrice et considérée par la Cour européenne des droits de l'Homme comme une privation de liberté au sens de l'article 5.1 de la Convention[259].

CONCLUSION DE LA SECTION PRELIMINAIRE

57. Créée par la pratique, la notion de zone d'attente a été institutionnalisée et encadrée par le législateur, qui l'a ensuite considérablement étendue. Initialement destinée aux aéroports et ports maritimes, elle s'est propagée aux gares ferroviaires puis à des lieux distincts des zones de transports internationaux. Des zones d'attentes itinérantes ou flottantes ont ainsi vu le jour, entraînant une plus grande différenciation des frontières géographiques et des frontières juridiques. Le succès des zones d'attente découle directement de l'intérêt qu'elles portent pour l'administration. Considérées de manière fictionnelle comme n'étant pas situées sur le territoire français, les zones d'attente permettent à la police aux frontières de délivrer aux étrangers arrivés en France par avion ou par navire un refus d'entrée alors que ces derniers ont déjà pénétré le territoire, l'aéroport et le port maritime étant implantés en son sein. La fiction de l'extraterritorialité des zones d'attente autorise ainsi l'administration à soumettre l'étranger présent en zone d'attente à une procédure de renvoi dérogatoire, détachée des exigences de droit commun tirées de la directive « retour » 2008/115/CE. Présent dans un « sas d'entrée » soustrait de manière fictive du territoire, l'intéressé est dépossédé des droits relatifs au délai de départ

[257] Article L. 222-1 du CESEDA.
[258] L'article 15.1 de la directive 2008/115/CE instaure une mise en œuvre graduelle des mesures d'éloignement.
[259] La Cour européenne accepte le maintien en zone d'attente en vertu du « droit indéniable [des États] de contrôler […] l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire » : Cour européenne des droits de l'Homme, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, *op. cit.,* point 41. Elle n'accepte en revanche un tel maintien que s'il est assorti « de garanties adéquates pour les personnes qui en font l'objet et ne se prolonge pas de manière excessive » : Cour européenne des droits de l'Homme, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, *op. cit.,* point 43 ; Cour européenne des droits de l'Homme, 24 janvier 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, n° 29787/03 et 29810/03, point 68). Voir : Catherine TEITGEN-COLLY, « Le statut de l'étranger irrégulier : un défi pour l'Europe » in *L'homme dans la société internationale*, *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul TAVERNIER*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1037-1038.

volontaire, au recours juridictionnel suspensif – sauf s'il sollicite son admission au titre de l'asile, et à la célérité du contrôle judiciaire de la mesure privative de liberté dont il fait l'objet. Mais si elle a pu être reconnue par les jurisprudences administrative et judiciaire, cette fiction extraterritoriale n'a néanmoins aucune prise sur l'application de la loi pénale qui, en vertu du principe de territorialité, s'applique à l'ensemble du territoire terrestre, maritime et aérien français. Toute infraction commise en zone d'attente autorise l'application de la loi pénale française et entraîne la compétence du juge répressif national. Pour autant, certains arrêts ont considéré que l'entrée irrégulière est qualifiée lorsque l'étranger *quitte* la zone d'attente. Si cette analyse est erronée en considération du principe de territorialité, elle révèle néanmoins une pratique très intéressante qu'il convient maintenant d'examiner : celle de la modulation du droit pénal en zone d'attente, qui entraîne une utilisation dévoyée de ce dernier.

SECTION I. UNE APPLICATION MODULÉE DU DROIT PÉNAL

58. La fiction de l'extraterritorialité des zones d'attente n'est d'aucune incidence sur le droit pénal, ce dernier étant applicable à toute infraction commise en leur sein au titre du principe de territorialité[260]. L'utilité de ces zones, leur efficacité et la célérité qu'elles organisent dans le renvoi de l'étranger présent à la frontière entraînent en revanche une application différenciée, modulée du droit pénal. Alors que ce dernier se saisit parfaitement de la migration irrégulière, c'est-à-dire du franchissement irrégulier de la frontière, il est écarté lors de l'entrée irrégulière de l'étranger au profit de la procédure administrative de maintien en zone d'attente. Cette mise en sommeil du droit pénal **(Paragraphe I)** effectuée au bénéfice de l'administration est naturellement suivie d'un réveil tout aussi utilitaire de la pénalisation de l'étranger en cas d'échec de la mesure de maintien **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I. Le droit pénal mis en sommeil

59. Plusieurs incriminations permettent au droit pénal de se saisir de la situation d'un étranger entré en France de manière irrégulière. Cette possible pénalisation est pourtant écartée **(A)** en raison de l'effet neutralisant du droit pénal sur le maintien en zone d'attente **(B)**.

[260] Voir *supra* n° 53-53.

A. La possible pénalisation écartée

60. Délit d'entrée irrégulière – Le droit pénal français se saisit de la migration irrégulière à la frontière à travers deux infractions principales, relatives respectivement aux délits d'entrée irrégulière et d'usage de faux documents. Le délit d'entrée irrégulière est prévu par l'article L. 621-1 du CESEDA. Ce dernier punit d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende le ressortissant d'un État tiers à l'Union entré en France sans respecter les obligations requises à cet effet[261]. Cette entrée doit être constatée en situation de flagrance[262] et être effectuée par l'une des frontières extérieures de l'Union. La Cour de justice de l'Union européenne a en effet jugé que la directive 2008/115/CE[263] s'oppose à ce qu'un ressortissant d'un pays tiers puisse être emprisonné avant d'avoir été soumis à la procédure de retour, sur le seul fondement de son entrée irrégulière sur le territoire d'un État membre *via* une frontière intérieure de l'Espace Schengen[264]. Précisant que « le placement en garde à vue n'est possible, en vertu des articles 63 et 67 du code de procédure pénale, qu'à l'occasion d'enquêtes sur les délits punis d'emprisonnement », la Cour de cassation a pris acte de cet arrêt en jugeant « que le ressortissant d'un pays tiers, entré en France irrégulièrement, par une frontière intérieure à l'espace Schengen, […] n'encourt pas l'emprisonnement prévu à l'article L. 621-2 du CESEDA dès lors que la procédure de retour organisée par la directive 2008/115/CE n'a pas encore été menée à son terme […] »[265]. Cet encadrement de la répression de l'entrée irrégulière est sans effet sur la pénalisation des étrangers à la frontière, dont la situation irrégulière est constatée après leur

[261] Article L. 621-2 du CESEDA.

[262] Article L. 621-2 alinéa 6 du CESEDA, ajouté par la loi du 31 décembre 2002 intervenant après les arrêts *El Dridi* et *Achughbabian* de la Cour de justice de l'Union européenne : Cour de justice de l'Union européenne, 28 avril 2011, *El Dridi*, n° C-61/11 ; Cour de justice de l'Union européenne, 6 décembre 2011, *Achughbabian*, n° C-329/11. Par ces arrêts, la Cour a jugé que la directive « retour » 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, s'oppose à ce qu'un État membre punisse la violation d'une décision de retour ou le séjour irrégulier par une peine d'emprisonnement avant que l'étranger n'ait été préalablement soumis aux mesures coercitives et graduelles prévues par l'article 8 de la directive jusqu'à l'expiration de la durée maximale de la rétention. Cette interprétation a donc conduit à l'abrogation du délit de séjour irrégulier par la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 et, concomitamment, à l'introduction de la condition de flagrance au sein de l'article L. 622-1 du CESEDA relatif à l'entrée irrégulière, afin d'éviter qu'un étranger en séjour irrégulier sur le territoire ne soit poursuivi pénalement sur le fondement de l'entrée irrégulière avant que la prescription de ce délit ne soit acquise : Circulaire du 28 janvier 2013 *relative à la présentation des principales dispositions de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées*, p. 6.

[263] Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 *relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.*

[264] Puisqu'il est alors en situation de séjour irrégulier : Cour de justice de l'Union européenne, *Sélina Affum contre Préfet du Pas-de-Calais,* 7 juin 2016, aff. C-47/15.

[265] Cour de cassation, première chambre civile, 7 février 2018, n° 17-10.338.

débarquement ou au poste de contrôles aux frontières. Ces derniers portent la nationalité et proviennent en grande majorité d'États tiers à l'Union[266]. Leur entrée sur le territoire s'effectue ainsi par le franchissement d'une frontière extérieure aérienne, matérialisée sur le territoire terrestre par le poste de contrôles aux frontières auprès duquel ils sont contraints de prouver la régularité de leur situation. Cette matérialisation de la frontière permet également à la police aux frontières de constater la flagrance de leur entrée irrégulière juste après leur débarquement et au plus tard au poste de contrôle frontalier présent au sein de l'aéroport. Les ressortissants des pays tiers qui entrent en France de manière irrégulière par aéronef peuvent ainsi être poursuivis sur le fondement de l'article L. 621-2 du CESEDA. Les obligations de contrôles pesant sur les transporteurs aériens[267] ont toutefois rendu difficile l'entrée irrégulière par aéronef, qui s'effectue désormais davantage par l'utilisation de documents d'identité et de voyage falsifiés.

61. Délits d'usage de faux – Défini par l'article 441-2 du Code pénal comme le fait d'utiliser un « faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation »[268], le délit d'usage de faux s'applique à l'étranger qui tente de pénétrer sur le territoire en présentant des documents falsifiés. Il s'agit en effet de faire constater une identité qui permettrait d'obtenir un droit : celui d'entrer sur le territoire. Depuis la loi du 7 mars 2016 *relative au droit des étrangers en France*, l'utilisation de faux documents aux fins d'une immigration irrégulière est saisie de manière plus précise par l'article 441-8 du Code pénal. Aux termes de cette disposition, « le fait d'utiliser un document d'identité ou de voyage appartenant à un tiers, avec ou sans son consentement, aux fins d'entrer ou de se maintenir sur le territoire de l'espace Schengen ou d'obtenir indûment un titre, une qualité, un statut ou un avantage » est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Parente du délit d'usage de faux, cette infraction s'en différencie en étant explicitement consacrée à la répression de la migration irrégulière[269], à l'usage d'un faux document dans l'objectif de franchir les frontières françaises. De manière similaire au délit d'entrée irrégulière, cette infraction peut être constatée par la police aux frontières lors de la présentation des documents litigieux au poste de contrôle situé à quelques mètres des pistes d'atterrissage.

---

[266] ANAFE, *Des zones d'atteintes au droit, Rapport d'observations dans les zones d'attente,* op. cit., pp. 151-152.
[267] Voir *Infra,* n° 375-377.
[268] Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.
[269] L'article 221-8 du Code pénal précise que le faux doit être utilisé dans le but « d'entrer ou de se maintenir sur le territoire » ; ainsi, « cet article ne vise […] en réalité que les seuls étrangers » : Assemblée nationale, XIV[e] législature, Session ordinaire de 2015-2016, Compte rendu intégral, Deuxième séance du mardi 26 janvier 2016.

62. Statistiques – Pourtant, les statistiques établies au sein de la zone d'attente révèlent le faible taux de poursuites pénales. En 2009, près de 95 % des étrangers non admis sur le territoire français à leur arrivée au poste de contrôle aux frontières de l'aéroport d'Orly ont fait l'objet d'un maintien en zone d'attente[270]. En 2013, 1 235 personnes se sont vu notifier un refus d'entrée en France par la police aux frontières de ce même aéroport[271]. Sur ces 1 235 personnes, 1181 ont fait l'objet d'un maintien en zone d'attente[272]. Les chiffres délivrés pour l'année 2014 sont similaires, faisant état de 1 030 décisions de maintien en zone d'attente pour 1108 refus d'entrée[273]. En 2016, 11 611 personnes ont subi un refus d'entrée en France au sein des aéroports de Roissy et d'Orly ; 6 789 ont été maintenues au sein de la zone d'attente de Roissy, 666 l'ont été dans la zone d'attente d'Orly[274]. Les chiffres sont équivalents pour le premier semestre 2017 avec 6 338 refus d'entrée en France au sein des aéroports de Roissy et d'Orly, 4 299 maintiens en zone d'attente de Roissy et 297 en zone d'attente d'Orly[275]. Se pose alors la question des raisons de cette mise en sommeil de l'action pénale. La jurisprudence apporte quelques éléments de réponse, mettant en lumière l'effet neutralisant des poursuites pénales sur la fiction juridique du maintien en zone d'attente.

B. L'effet neutralisant du droit pénal

63. Jurisprudence – L'absence de poursuites pénales en zone d'attente n'est pas une conséquence de la fiction extraterritoriale de cette zone, la loi pénale étant parfaitement applicable dans ce lieu situé géographiquement sur le territoire français. C'est plutôt l'effet

---

[270] Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport de visite : Zone d'attente de l'aéroport d'Orly*, 31 mars 2010, pp. 4-5, disponible à l'adresse suivante : http://www.cglpL. fr/wp-content/uploads/2012/11/Rapport-de-visite-de-la-zone-dattente-de-laéroport-dOrly-Val-de-Marne.pdf
Voir également : Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport de visite de la zone d'attente de Roissy Charles de Gaulle, 27-28 janvier 2009,* disponible à l'adresse suivante : http://www.cglpL. fr/wp-content/uploads/2010/12/ZA-Roissy-rapport-de-visite-3-07-09.pdf ; Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport de visite de la zone d'attente de Roissy Charles de Gaulle, deuxième visite,* 10-12 décembre 2013, disponible à l'adresse suivante : http://www.cglpL. fr/wp-content/uploads/2015/10/Rapport-de-visite-de-la-zone-dattente-de-Roissy-Charles-de-Gaulle-Val-dOise-Deuxième-visite.pdf ; ANAFE, *Des zones d'atteintes au droit, Rapport d'observations dans les zones d'attente,* novembre 2015.
[271] Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport de visite : Zone d'attente de l'aéroport d'Orly*, deuxième visite, 14-16 janvier 2015, p. 16, disponible à l'adresse suivante : http://www.cglpL. fr/wp-content/uploads/2018/05/Rapport-de-la-deuxième-visite-de-laéroport-dOrly-Val-de-Marne.pdf
[272] *Ibid.*
[273] *Ibid.*
[274] ANAFE, *Aux frontières des vulnérabilités. Rapport d'observation dans les zones d'attente 2016-2017*, février 2018, p. 129, disponible à l'adresse suivante :
http://www.anafe.org/IMG/pdf/anafe_-_aux_frontieres_des_vulnerabilites-_rapport_d_observations_2016-2017_dans_les_zones_d_attente.pdf
[275] *Ibid.*

neutralisant des poursuites pénales sur la décision de maintien qui fonde le rejet du droit pénal. L'étude de la jurisprudence révèle ainsi que l'absence de poursuites pénales lors de l'entrée irrégulière ou frauduleuse de l'étranger en France par aéronef s'explique par l'impossibilité de maintenir en zone d'attente un individu faisant l'objet de telles poursuites. Dans un arrêt du 24 février 2000[276], la Cour de cassation a reconnu l'absence d'autonomie de la mesure de maintien par rapport aux poursuites pénales. En l'espèce, une ressortissante congolaise avait fait l'objet d'une procédure de flagrant délit pour usage frauduleux d'une carte de séjour temporaire, après avoir été interpellée à sa descente d'un avion en provenance du Bénin. Cette procédure n'avait pas été accompagnée d'un placement en garde à vue, la police de l'air et des frontières ayant préféré opter pour une décision de maintien en zone d'attente. Devant l'autorité judiciaire, l'intéressée invoquait que « la procédure de flagrance suivie contre elle avant son placement en zone d'attente aurait dû être accompagnée d'un placement en garde à vue et de la notification des droits relatifs à celle-ci ». Autrement dit, elle aurait dû être soustraite à la procédure administrative de maintien et faire l'objet d'une procédure pénale. Cette exception de nullité était écartée en appel, la juridiction jugeant que « le retard, même injustifié, voire l'absence de notification de garde à vue, n'ont pas nécessairement et irrévocablement vicié la procédure administrative, *menée de façon autonome par rapport à l'interpellation de l'intéressée* »[277]. Pour la cour d'appel, l'autonomie de la procédure administrative permettait aux autorités de maintenir l'intéressée en zone d'attente même après avoir déclenché à son encontre une procédure de flagrant délit. Cette interprétation audacieuse était tout à l'avantage de l'autorité administrative puisque la mise à distance de la garde à vue permettait de maintenir l'intéressée en zone d'attente et de la renvoyer ainsi quasiment immédiatement du territoire français. En cas d'échec du renvoi, les autorités n'auraient eu qu'à notifier la garde à vue pour éviter la délivrance du visa de régularisation à l'issue de la période de maintien. La Cour de cassation s'est néanmoins opposée à une telle analyse, la déclarant contraire aux articles 66 de la Constitution et 136 du Code de procédure pénale. La mesure de maintien étant dépourvue d'autonomie, le placement de l'étranger en zone d'attente devient impossible dès lors qu'il fait l'objet de poursuites pénales. Cette solution semble d'ailleurs logique puisque de telles poursuites anéantiraient l'intérêt de la fiction juridique de la zone d'attente en faisant pénétrer juridiquement l'étranger sur le territoire français. Confrontée au placement en garde à vue et à la comparution de l'étranger devant les juridictions pénales, l'autorité administrative n'aurait d'autre choix que de reconnaître la présence de l'étranger sur le territoire français. Il y aurait en

[276] Cour de cassation, deuxième chambre civile, 24 février 2000, n° 99-50.001.
[277] Nous soulignons.

effet un contresens évident à considérer que l'étranger est, d'une part, maintenu en zone d'attente et donc considéré comme n'étant pas entré sur le territoire et, d'autre part, poursuivi pénalement pour son entrée et par conséquent pour sa présence irrégulière sur le territoire. Cette analyse est encore renforcée par le fait que la zone d'attente « de droit commun » ne peut s'étendre qu'aux établissements hôteliers et aux lieux dans lesquels « l'étranger doit se rendre soit dans le cadre de la procédure en cours, soit en cas de nécessité médicale »[278]. Cette zone spécifique ne comprend pas les locaux de garde à vue ou les lieux de comparution devant les juridictions pénales, « la procédure en cours » de l'article L. 221-2 du CESEDA faisant uniquement référence à la procédure administrative de maintien en zone d'attente[279]. L'étranger transporté dans de tels lieux serait alors nécessairement à l'extérieur du périmètre géographique de la zone d'attente et devrait être considéré comme étant entré sur le territoire français. L'individu maintenu en zone d'attente ne peut donc être transporté dans des locaux judiciaires sans que son maintien ne soit remis en question. La mise à l'écart de la pénalisation de la migration irrégulière à la frontière s'explique ainsi par l'effet neutralisant du droit pénal sur le maintien en zone d'attente. Plusieurs décisions récentes le révèlent encore. Statuant sur l'appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance du juge des libertés et de la détention autorisant la prolongation du maintien en zone d'attente d'un étranger qui avait depuis été placé en garde à vue, la Cour d'appel de Paris a jugé que cet appel était devenu sans objet, le « placement en garde à vue ayant mis fin au maintien en zone d'attente »[280]. Dès lors, les poursuites pénales qui pourraient être engagées à l'encontre de l'étranger sur le fondement des délits d'entrée irrégulière ou d'usage de faux documents sont en réalité écartées, refusées au profit du maintien en zone d'attente qui permet de renvoyer l'individu quasiment immédiatement après son arrivée sur le territoire.

64. Refus de pénalisation – Ce refus de pénalisation est flagrant dans un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 17 août 2017[281]. Alors que l'intéressé contestait son maintien en zone d'attente en arguant le fait qu'il aurait dû être placé en garde à vue en raison de l'infraction commise lors de son entrée irrégulière en France, la Cour d'appel a pris un avis contraire en

[278] Article L. 221-2 du CESEDA : « La zone d'attente s'étend, sans qu'il soit besoin de prendre une décision particulière, aux lieux dans lesquels l'étranger doit se rendre soit dans le cadre de la procédure en cours, soit en cas de nécessité médicale ».
[279] Il est à noter que depuis le 26 octobre 2017, les audiences du juge des libertés et de la détention relatives à la prolongation du maintien en zone d'attente se déroulent au sein de l'annexe du Tribunal de grande instance de Bobigny, situé au sein de l'aéroport de Roissy.
[280] Cour d'appel de Paris, 7 février 2018, n° 18/00537, n° 18/00534 ; Cour d'appel de Paris, 15 janvier 2018, n° 18/00180.
[281] Cour d'appel de Toulouse, 17 août 2017, n° 17/320.

jugeant que « le parquet était libre de décider de ne pas engager des poursuites pénales de sorte que [l'intéressé] n'est pas fondé à revendiquer les infractions pénales commises pour prétendre à une mesure en garde-à-vue ». En d'autres termes, la Cour s'est fondée sur le principe de l'opportunité des poursuites[282] qui autorise le parquet à refuser d'engager une procédure pénale à l'encontre d'un individu ayant commis une infraction, par exemple lorsque le trouble causé à l'ordre public est minime[283]. Appliqué au maintien en zone d'attente, ce refus de pénalisation révèle la volonté de privilégier la mesure administrative au détriment de poursuites pénales qui conduiraient à extraire l'individu du périmètre de la zone d'attente et, par conséquent, à lui appliquer le régime administratif de droit commun bien plus contraignant pour l'administration. La mise en sommeil du droit pénal à l'arrivée de l'étranger sur le territoire est utilitaire, entreprise dans l'objectif de favoriser la mesure administrative de maintien. C'est donc naturellement que le réveil de la pénalisation intervient lorsque le régime administratif échoue à renvoyer l'étranger du territoire français.

Paragraphe II. Le réveil de la pénalisation

65. Écarté au profit de la décision de maintien en zone d'attente lors de l'entrée irrégulière de l'étranger sur le territoire, le droit pénal est à l'inverse fortement mobilisé lorsque la procédure administrative ne parvient pas à renvoyer l'étranger vers son pays d'origine ou de transit. L'échec de l'administration entraîne ainsi un réveil de la pénalisation qui revêt pour conséquence de déplacer temporellement l'application du droit pénal. Cette mobilisation du droit pénal en cas d'échec de la mesure de maintien **(A)** semble être la conséquence naturelle du caractère accessoire de la pénalisation établie en matière de migration irrégulière. Le droit pénal est alors conçu comme un droit purement utilitaire, autant par le législateur français que par le droit de l'Union **(B)**.

[282] Article 40-1 du Code de procédure pénale.
[283] La disposition précitée précise que le procureur de la République peut « classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient » (article 40-1, 3° du Code de procédure pénale). Le principe de l'opportunité des poursuites offre ainsi une grande liberté au procureur de la République dans sa prise de décision, lui permettant de classer sans suite pour des motifs très divers qui ne sont pas précisés par la loi : Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, Lexisnexis, 11ème édition, 2018, p. 865, n° 1491. Voir également : Bernard BOULOC, *Droit pénal général,* Dalloz, 25ème édition, 2017, p. 640, n° 734.

A. Un droit pénal mobilisé en cas d'échec du maintien en zone d'attente

66. Statistiques – Les statistiques démontrent que la garde à vue a constitué, tant en 2014 qu'en 2017, le second mode de sortie de la zone d'attente[284] ; un « mode de sortie répressif » qui a devancé le renvoi de l'étranger vers son pays d'origine ou de provenance[285]. En 2014, 104 des 509 personnes maintenues dans la zone d'attente de Roissy et suivies par l'ANAFE ont ainsi fait l'objet d'une mesure de garde à vue[286]. Elles ont été 226 en 2017, sur les 709 personnes suivies par l'association[287]. Initialement évincé afin de préserver l'effet utile de la mesure de maintien, le droit pénal est logiquement convoqué dès lors que ce maintien échoue à renvoyer l'étranger. La garde à vue de l'étranger maintenu intervient ainsi majoritairement après la seconde – et dernière – prolongation du maintien[288] autorisée par l'autorité judiciaire : en 2014, 76% des étrangers maintenus ont été placés en garde à vue après cette seconde prolongation[289], soit à l'issue des douze premiers jours de maintien. Loin d'être totalement écarté en zone d'attente, le droit pénal y revêt au contraire une application particulière. Plus l'échéance du maintien approche et plus le droit pénal est sollicité afin d'éviter la délivrance d'un visa temporaire de régularisation qui autoriserait l'étranger à pénétrer librement sur le territoire[290] et à y demeurer durant huit jours. Ce dernier risquerait alors de se maintenir au-delà du délai autorisé et d'être en situation de séjour irrégulier, sans que l'administration ne puisse le localiser et mettre en œuvre une procédure de renvoi. Afin d'éviter que l'entrée de l'étranger en France se transforme en séjour irrégulier, le droit pénal est mobilisé à travers de multiples délits, dont certains subissent une application différée. Le déclenchement de poursuites pénales conduit alors à l'entrée juridique de l'étranger sur le territoire français, mais à une entrée sous contrainte, celui-ci étant placé en garde à vue jusqu'à ce que l'administration prononce à son encontre une décision de placement en rétention administrative[291]. Cette manifestation de

---

[284] ANAFE, *Aux frontières des vulnérabilités. Rapport d'observation dans les zones d'attente 2016-2017*, février 2018, p. 133.

[285] En 2017, 136 personnes sur la totalité des individus suivis par l'ANAFE ont été renvoyées de la zone d'attente de Roissy vers leur pays d'origine : *ibid.* Lorsque ce renvoi est effectué, il intervient par ailleurs majoritairement avant le quatrième jour de maintien, c'est-à-dire avant tout contrôle du juge des libertés et de la détention sur la mesure de maintien : sur ce point, voir l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme relatif à *la réforme du droit des étrangers*, 20 mai 2015, § 59.

[286] Sur ces 590 personnes, 137 ont été refoulées et 341 ont bénéficié d'une admission sur le territoire, dans la majorité des cas sur décision du JLD (187 personnes).

[287] ANAFE, Des *zones d'atteinte aux droits, op. cit.,* p. 58.

[288] À savoir autour du douzième jour de maintien : article L. 222-2 du CESEDA.

[289] ANAFE, Des *zones d'atteinte aux droits, op. cit.,* p. 59.

[290] Article L. 224-1 du CESEDA.

[291] La lecture de la jurisprudence révèle de manière éloquente cette application utilitaire du droit pénal Voir notamment l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 12 juillet 2016, n° 16BX00055, précédemment étudié (*supra* n° 54). Dans cette affaire, le requérant, ressortissant ivoirien, a été placé en zone d'attente pour une durée de quatre-vingt seize heures. Par décision du 25 novembre 2015, après avis de non

l'application utilitaire du droit pénal en zone d'attente **(1)** semble être la conséquence directe du caractère accessoire de la pénalisation mise en œuvre en matière de migration irrégulière **(2)**.

1. Une pénalisation utilitaire

67. Pénalisation différée – La pénalisation de l'étranger en fin de maintien en zone d'attente est principalement constituée du délit d'entrée irrégulière. Écartée lors de l'arrivée de l'étranger afin de ne pas faire obstacle à son maintien en zone d'attente, cette infraction sert de fondement aux poursuites pénales exercées à son encontre lorsqu'il semble probable que le maintien échouera à procéder à son renvoi. Quelques jours avant la fin de leur maintien en zone d'attente, certains étrangers sont ainsi poursuivis des chefs d'« infraction d'entrée ou de séjour irrégulier et [de] soustraction à une mesure de refus d'entrée en France »[292]. À chaque fois, les poursuites interviennent alors que la mesure de maintien approche de son terme et que le renvoi de l'étranger ne peut être effectué[293]. Il est difficile de savoir si le délit d'entrée irrégulière est systématiquement combiné au délit de soustraction à une mesure d'éloignement ou s'il est également mis en œuvre de manière autonome. Son utilisation différée révèle néanmoins que les poursuites pénales n'ont pas été neutralisées en début de maintien mais temporairement mises à l'écart afin d'être déclenchées de manière retardée en cas d'échec de la mesure administrative, dans le but d'éviter que l'étranger ne puisse pénétrer librement sur le territoire. Il en est également ainsi du délit de retour irrégulier punissant l'étranger qui, « expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire, d'une interdiction administrative du territoire, d'une interdiction de retour sur le territoire français ou d'une interdiction de circulation sur le territoire français, pénètre de nouveau sans autorisation en France »[294]. Ces infractions d'entrée et de retour irréguliers sur le territoire révèlent l'existence d'une pénalisation différée dont le déclenchement constitue la conséquence, non de la réalisation du

admission de l'office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) le ministre de l'Intérieur lui a refusé l'entrée en France et a prescrit son réacheminement vers l'Algérie ou tout pays où il serait légalement admissible. La prolongation de son maintien ayant toutefois été refusée par le juge des libertés et de la détention le 26 novembre, le requérant devait bénéficier d'un visa de régulation l'autorisant à entrer libre sur le territoire. Afin d'éviter cette sortie libre de zone d'attente, il a été placé en garde à vue jusqu'au 27 novembre. Le même jour, le préfet de la Haute-Garonne l'a obligé à quitter le territoire français sans délai et a ordonné son placement en rétention.

[292] Voir Chowra MAKAREMI, « Pénalisation de la circulation et reconfigurations de la frontière : le maintien des étrangers en « zone d'attente » », *op. cit.*, pp. 67-70.

[293] *Ibid.*

[294] Article L. 624-1-1 alinéa 2 du CESEDA.

délit, mais de l'échec de l'administration à opérer le renvoi de l'étranger. Elles sont alors particulièrement « utiles » lorsque la prolongation du maintien en zone d'attente est refusée par le juge des libertés et de la détention et que l'administration est contrainte de délivrer un visa temporaire d'entrée en France à l'étranger concerné. Cette instrumentalisation du droit pénal par la pratique est d'autant plus facilitée par la création de délits particuliers dont l'objectif est de pénaliser l'étranger qui, par son action directe ou indirecte, fait obstacle à la procédure administrative de renvoi.

68. Pénalisation de la résistance de l'étranger – Outre la pénalisation différée mise en œuvre par le délit d'entrée irrégulière, l'utilisation du droit pénal comme palliatif de l'échec de la procédure administrative de maintien s'effectue par une seconde vague de répression relative à la résistance de l'étranger. Deux catégories de résistance sont incriminées par le législateur : la résistance active et la résistance passive. La pénalisation de la résistance active se décline au sein de deux dispositions. Elle trouve d'abord son siège dans l'alinéa premier de l'article L. 624-1-1 du CESEDA qui punit de trois ans d'emprisonnement « tout étranger qui se soustrait ou qui tente de se soustraire à l'exécution d'une mesure de refus d'entrée en France […] »[295]. Si elle n'est pas expressément relative à la mesure de maintien en zone d'attente, nul doute que l'étranger maintenu encourt cette pénalisation puisque toute décision de maintien est précédée d'une mesure de refus d'entrée en France. Dès lors, l'étranger maintenu qui aura empêché physiquement son embarquement sera reconduit en zone d'attente et poursuivi sur le fondement de l'article L. 624-1-1 du CESEDA[296]. Parallèlement à la résistance active, le législateur a créé une pénalisation de la résistance passive de l'étranger à la mesure de maintien dont il fait l'objet. Celle-ci trouve son siège au sein de l'article L. 624-1-1 alinéa 3 du CESEDA, punissant de trois ans d'emprisonnement « l'étranger qui ne présente pas à l'autorité administrative compétente les documents de voyage permettant l'exécution de l'une des mesures mentionnées au premier alinéa ou qui, à défaut de ceux-ci, ne communique pas les renseignements permettant cette exécution ou communique des renseignements inexacts sur son identité ». Il s'agit ici de réprimer la rétention, par l'étranger, de documents ou d'informations indispensables à son

[295] Article L. 624-1-1 alinéa 1 du CESEDA.

[296] Voir également l'article L. 624-1-1 alinéa 2 du CESEDA qui punit de trois ans d'emprisonnement l'étranger qui, maintenu en zone d'attente ou en centre de rétention, se soustrait ou tente de se soustraire à la mesure de surveillance dont il fait l'objet est puni de trois ans d'emprisonnement. Cette disposition, qui sanctionne l'évasion de l'étranger de la zone d'attente ou du centre de rétention, est néanmoins peu utilisée : seules trois personnes sont sorties sans autorisation d'une zone d'attente en 2014, aucune en 2015 : voir le Rapport n° 716 (2014-2015) de M. François-Noël BUFFET, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 30 septembre 2015 *relatif au projet de loi sur le droit des étrangers en France.*

renvoi. À la différence de la résistance active, la résistance passive marque une opposition en amont, qui n'est pas expressément formulée. Concrètement, ce délit d'abstention s'applique à l'étranger qui prétend que ses papiers d'identité ont été perdus ou volés, et qui refuse de communiquer son identité et son pays d'origine. Cette rétention d'informations constitue un obstacle, une entrave à la mise en œuvre de la procédure administrative puisque les autorités ne peuvent procéder au renvoi de l'étranger lorsque sa nationalité et son identité sont inconnues. Sans la connaissance de ces informations à l'issue des vingt jours de maintien, l'étranger est autorisé à pénétrer sur le territoire français. La pénalisation de la résistance passive de l'étranger permet ainsi, tout comme la pénalisation de sa résistance active, de suppléer l'échec de la mesure de maintien en zone d'attente. Une nouvelle fois, le droit pénal vient seconder l'action administrative en opérant « une réinscription [du] contrôle [de l'étranger] dans le système pénal »[297]. Les étrangers concernés subissent alors un triple régime de contrainte : un maintien administratif en zone d'attente d'abord, une garde à vue potentiellement suivie d'une incarcération en centre de détention ensuite, et un placement en centre de rétention administrative enfin. Si cette utilisation instrumentale du droit pénal interroge, elle semble en réalité découler naturellement de la conception « accessoire » du droit pénal.

2. Une conséquence du caractère accessoire du droit pénal

69. Autonomie du droit pénal – En sanctionnant la violation de règles administratives relatives à l'entrée en France ou à la procédure d'éloignement, les infractions précitées réduisent le droit pénal à un droit « accessoire »[298]. Mais si certains auteurs ont pu souscrire et souscrivent encore à une telle conception du droit pénal, qualifiant ce dernier de simple « auxiliaire » des autres branches du droit[299], la majorité de la doctrine ne le considère plus

[297] Chowra MAKAREMI, « Pénalisation de la circulation et reconfigurations de la frontière : le maintien des étrangers en "zone d'attente" », *op. cit.,* p. 72.
[298] David CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, *op. cit.,* p. 7, n° 8. Voir *supra*, n° 32 et note n° 143.
[299] Voir notamment Emmanuel DREYER, pour qui le droit pénal est « dénué de toute portée normative » en ce qu'il ne fixe aucune norme de comportement et se contente d'assurer la protection de la norme sociale protégée en sanctionnant sa violation : *Droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 68 et suivantes, n° 90 et suivants ; Roger MERLE, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, collection « Thémis », 1957, p. 11 ; René GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, 3ème édition, 1913, n° 98. Une telle analyse est néanmoins difficilement concevable tant elle « passe sous silence l'irréductible originalité du droit pénal, qui constitue une discipline à part entière » et bénéficie, par conséquent, d'une « valeur normative » : David DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, tome 45, 2008, p. 7, n° 8. Dans son article sur « Les contradictions du droit pénal », Mireille DELMAS-MARTY revient sur la célèbre formule de Portalis selon laquelle « les lois pénales ou criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres » : selon l'auteure, « on peut tout à la fois déduire de sa formule la dépendance d'un droit pénal soumis aux branches du droit qu'il a pour objet de sanctionner, ou sa

désormais « sous un angle finaliste »[300], exclusivement accessoire, lui attribuant au contraire une véritable autonomie normative[301]. Le droit pénal a donc « fait l'objet d'une véritable transformation fonctionnelle »[302] : il n'est plus perçu comme un simple instrument permettant d'assurer l'effectivité et la sanction de règles civiles ou administratives mais considéré, « en raison du particularisme de son objet, de sa fonction, de sa structure interne, [comme] une branche autonome du droit, au même titre que le droit public ou le droit privé, et peut-être même plus nettement encore »[303]. Le droit pénal se caractérise ainsi par « son autonomie par rapport aux règles de nature civile ou administrative »[304].

70. Caractère accessoire – Dans un tel contexte, la pénalisation de la migration irrégulière laisse songeur, tant elle semble démontrer exactement l'inverse, le droit pénal n'étant mobilisé que pour sanctionner la violation de règles établies par le droit administratif. Inextricablement liés à la norme administrative, les délits relatifs à l'entrée irrégulière et à la résistance de l'étranger n'existeraient pas sans elle[305]. Il suffit, pour s'en persuader, d'imaginer un instant que l'entrée en France ne soit pas réglementée ou que la procédure administrative de maintien en zone d'attente n'ait pas été créée : assurément, les délits précités n'auraient aucune raison d'être. Dans ce cadre, il apparaît difficile de soutenir que les incriminations précitées ne se limiteraient pas à se « "greffer" sur une autre branche du droit »[306] mais conduiraient à la « création d'une norme pénale à partir de la norme civile »[307] ou, ici, administrative. Quand bien même elles révèleraient l'existence implicite de normes pénales, « celles-ci n'[auraient], en toute hypothèse, qu'une existence "dérivée" par rapport aux normes incriminantes et

position d'inspirateur, voire de droit commun, qui indique la voie à suivre, les principes à respecter » : *Revue de sciences criminelles*, 2000, p. 4.

[300] Camille MONTAGNE, *Lien familial et droit pénal*, thèse sous la direction du Professeur David DECHENAUD, soutenue le 4 décembre 2015, p. 10, n° 5.

[301] David CHILSTEIN précise que « tout phénomène de pénalisation suppose […] la mise en œuvre d'un processus normatif, c'est-à-dire formellement, la création de *nouvelles* normes » : *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoir*e, *op. cit.*, p. 113-114, n° 210, souligné par l'auteur ; Xavier PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 37, n° 33 ; Bernard BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.,* p. 30, n° 36 ; Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 2e édition, 1951, p. 314 ; Roger MERLE et André VITU, selon lesquels « le droit criminel, en raison du particularisme de son objet, de sa fonction, de sa structure interne, constitue une branche autonome du droit, au même titre que le droit public ou le droit privé, et peut-être même plus nettement encore » : *Traité de droit criminel*, Cujas, 1997, tome 1, 7ème édition, p. 217, n° 247.

[302] Camille MONTAGNE, *Lien familial et droit pénal*, *op. cit.*, p. 10, n° 5.

[303] Roger MERLE, André VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, 1997, tome 1, 7ème édition, p. 217, n° 247.

[304] Xavier PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 37, n° 33.

[305] Michel VAN DE KERCHOVE, « Les frontières des normes pénales », *in* Philippe Robert, Francine SOUBIRAN-PAILLET, Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales, pour une sociologie des frontières*, 1997, tome II, p. 86.

[306] David CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoir*e, *op. cit.*, p. 113, n° 209.

[307] *Ibid*., n° 210.

sanctionnatrices dont elles peuvent être déduites, et […] en l'absence de celles-ci, elles seraient, soit inexistantes, soit dépourvues de tout caractère proprement pénal »[308]. Si le droit pénal peut également revêtir une autonomie normative[309], la pénalisation de la migration irrégulière révèle que cette branche du droit est dans ce domaine entièrement dépendante de la norme administrative, ne créant aucune norme pénale autonome, même implicite. La fonction du droit pénal est alors altérée : celle-ci n'est plus destinée à punir la violation d'une valeur sociale protégée mais à soutenir une action administrative. Certains évoquent alors une « administrativation » du droit pénal, une « complémentarité administrative »[310], l'incrimination pénale ne reposant plus sur valeur sociale mais sur une fonction administrative publique[311].

71. Conséquence – Cette analyse de la nature des délits étudiés pourrait rester au rang de simple constat si elle n'était pas la conséquence directe de l'instrumentalisation du droit pénal par la pratique. C'est en effet parce que la pénalisation de la migration irrégulière est accessoire qu'elle est perçue comme un simple auxiliaire au service de la procédure de renvoi, pouvant être mobilisé ou non en fonction de la réussite ou de l'échec de cette dernière. Cette dépendance vis-à-vis de la norme administrative réduit le droit pénal à un simple moyen, à un outil au service de l'action administrative tenant à l'éloignement de la migration irrégulière présente à la frontière. Il intervient dès lors dans une « phase avancée de l'interaction entre administration et sujets privés », lorsque « le comportement de ces derniers ne peut plus être régi par le biais des mécanismes de contrôle propres à l'action administrative »[312]. Si les infractions liées à la migration irrégulière étaient réellement normatives d'un point de vue pénal, une telle utilisation du droit pénal ne serait pas envisageable car alors, l'infraction ne serait pas considérée comme la simple sanction de la violation d'une norme administrative mais comme la violation d'une norme pénale, indépendante et autonome de toute autre branche du droit. Elle serait dès lors mobilisée

[308] Michel VAN DE KERCHOVE, « Les frontières des normes pénales », *op. cit.*, pp. 85-86.
[309] Roger MERLE et André VITU écrivent ainsi qu'il serait erroné de réduire [l]a fonction [du droit pénal] à un rôle purement sanctionnateur. Car il est aussi, sous d'autres aspects, normatif ou "déterminateur" […] » : *Traité de droit criminel*, Cujas, 1997, tome 1, 7ème édition, p. 217, n° 147. Pour Henri DONNEDIEU DE VABRES, le droit pénal « n'est pas uniquement un droit sanctionnateur » : *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3ème édition, 1947, n° 4.
[310] Alessandro BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviance et société,* 1991, volume 15, n° 1, p. 8.
[311] *Ibid.*
[312] *Ibid.*Voir également, Pierre LASCOUMES, « Sanctions des fautes et des illégalismes. Un exemple. La répression de la fraude fiscale », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1983, pp. 125-156 ; Dan KAMINSKI, Françoise DIGNEFFE, Christophe ADAM, Jean-François CAUCHIE, Marie-Sophie DEVRESSE, Vincent FRANCIS, « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales : construction et déconstruction d'un concept », *op. cit.*, pp. 35-38.

indépendamment de toute considération administrative. En d'autres termes, le caractère accessoire du droit pénal conduit directement à son instrumentalisation au profit de la procédure administrative de maintien en zone d'attente. Cette modulation de la pénalisation de la migration irrégulière présente à la frontière est encore encouragée par l'Union européenne.

B. Une modulation de la pénalisation encouragée par l'Union

72. Refus de la pénalisation du séjour irrégulier – Outre le fait qu'elle découle directement du caractère accessoire de la pénalisation de la migration transfrontière, la modulation du droit pénal en zone d'attente s'inscrit dans une logique d'efficacité et d'utilité en matière de renvoi de l'étranger prônée par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans ses arrêts *El Dridi*[313] et *Achughbabian*[314], cette dernière a jugé que la directive « retour » s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant la violation d'une décision de retour ou le séjour irrégulier par une peine d'emprisonnement, sans que l'étranger n'ait été soumis au préalable aux mesures coercitives et graduelles prévues par l'article 8 de la directive jusqu'à l'expiration de la durée maximale de la rétention. Cependant, loin d'être impulsée par une volonté de dépénalisation, c'est au contraire un motif utilitariste lié à l'efficacité de la procédure administrative de renvoi qui a guidé la Cour dans chacun de ces deux arrêts. Se fondant sur le principe de coopération loyale en citant l'article 4 du Traité sur l'Union européenne, elle a rappelé que « les États membres […] " prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union" et "s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ", y compris ceux poursuivis par les directives »[315]. Si les États membres bénéficient d'une compétence pénale en matière d'immigration irrégulière, ils ne sauraient pour autant « appliquer une réglementation […] susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile »[316]. Autrement dit, les États membres doivent « *aménager* leur législation dans ce domaine de manière à assurer le respect du droit de l'Union »[317], la *moduler* afin de ne pas porter atteinte aux objectifs de l'Union. À ce titre, les incriminations pénales établies par les États membres ne doivent pas porter atteinte à la « politique efficace d'éloignement et de rapatriement fondée

[313] Cour de justice de l'Union européenne, 28 avril 2011, *El Dridi*, n° C-61/11.
[314] Cour de justice de l'Union européenne, 6 décembre 2011, *Achughbabian*, n° C-329/11.
[315] Cour de justice de l'Union européenne, 28 avril 2011, *El Dridi*, n° 56.
[316] *Ibid.,* n° 55.
[317] *Ibid.,* n° 54., nous soulignons.

sur des normes communes »[318] établie par la directive « retour ». Or, l'infliction d'une peine d'emprisonnement au cours de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 conduit à retarder « le transfert physique de l'intéressé hors de l'État membre concerné » et ne contribue pas, par conséquent, « à la réalisation de l'éloignement que cette procédure poursuit »[319]. L'effet utile de la directive 2008/115 commande donc que la procédure de retour « soit à la fois prioritaire et exclusive »[320] face aux législations pénales relatives au séjour irrégulier : « entre le moment où il est établi que la procédure de retour est applicable et celui où son échec est avéré, les États ne sont pas admis à punir de prison le séjour irrégulier »[321]. Entre ce moment seulement, ce qui laisse place, après la mise à l'écart du droit pénal, à sa résurgence lorsque la procédure d'éloignement a échoué. La Cour a ainsi précisé que si les États membres ne peuvent « prévoir une peine d'emprisonnement pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans des situations dans lesquelles ceux-ci doivent […] être éloignés […], cela n'exclut pas la faculté pour les États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions, le cas échéant de caractère pénal, réglant, dans le respect des principes de ladite directive et de son objectif, la situation dans laquelle les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier »[322]. Autrement dit, « la directive 2008/115 ne s'oppose pas à ce que des sanctions pénales soient infligées, suivant les règles nationales de procédure pénale, à des ressortissants de pays tiers auxquels la procédure de retour établie par cette directive a été appliquée et qui séjournent irrégulièrement sur le territoire d'un État membre sans qu'existe un motif justifié de non-retour »[323]. Ce n'est ainsi qu'un déplacement temporel de la pénalisation de l'étranger en situation irrégulière qui est impulsé par la Cour, en aucun cas un mouvement de dépénalisation – la Cour « accord[a]nt à nouveau une grande liberté aux Etats en aval de la procédure harmonisée, une fois son échec avéré »[324]. Il n'y aurait en effet aucun sens à évoquer une dépénalisation alors que les incriminations disparaissent *ici*, au cours de la procédure d'éloignement, pour réapparaître *là*, après son échec. Loin d'organiser une « profonde refonte du dispositif législatif de pénalisation de

[318] *Ibid.,* n° 31.
[319] Cour de justice de l'Union européenne, 6 décembre 2011, *Achughbabian*, n° 37.
[320] Karine PARROT, « De l'incrimination du séjour irrégulier d'un étranger au regard de la directive " retour " », *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 124.
[321] *Ibid.*
[322] Cour de justice de l'Union européenne, 6 décembre 2011, *Achughbabian*, n° 46 ; Cour de justice de l'Union européenne, 28 avril 2011, *El Dridi*, n° 52 et 60.
[323] Cour de justice de l'Union européenne, 6 décembre 2011, *Achughbabian*, n° 48.
[324] Olivera BOSKOVIC, Sabine CORNELOUP, Fabienne JAULT-SESEKE, Natalie JOUBERT, Karine PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *Recueil Dalloz,* 2012, p. 390.

l'irrégularité »[325] que certains appelaient de leurs vœux, l'exemple français est flagrant de ce déplacement temporel du droit pénal : alors que le délit de séjour irrégulier a été abrogé, un délit de maintien irrégulier a été introduit à l'article L. 624-1 du CESEDA, punissant d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende « [t]out étranger qui, faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière, d'une obligation de quitter le territoire français, d'une interdiction administrative du territoire ou d'une interdiction judiciaire du territoire, se sera maintenu irrégulièrement sur le territoire français sans motif légitime, *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* »[326]. Cette « censure utilitariste »[327] ne se veut donc pas protectrice des droits de l'étranger, mais de l'efficacité de la procédure de retour. Cette utilisation instrumentale du droit pénal s'est récemment étendue au délit d'entrée irrégulière.

73. Refus de la pénalisation de l'entrée irrégulière – Dans le droit fil de sa jurisprudence, la Cour de justice a décidé, dans son arrêt *Selina Affum*[328], de s'opposer à la pénalisation de l'entrée irrégulière de l'étranger *via* une frontière Schengen, en raison des liens étroits existants entre l'entrée et le séjour irréguliers[329]. La Cour précise ainsi que « pour les mêmes raisons que celles exposées […] dans l'arrêt […] Achughbabian […], les États membres ne sauraient permettre [l'emprisonnement des étrangers entrés de façon irrégulière sur le territoire français lorsque] la procédure de retour établie par la directive 2008/115 n'a pas encore été menée à son terme, un tel emprisonnement étant susceptible de faire échec à l'application de cette procédure et de retarder le retour, portant ainsi atteinte à l'effet utile de cette directive »[330]. Mais une fois encore, « la Cour n'a nullement condamné le recours à l'action pénale en droit des étrangers. [Elle] en a simplement balisé l'usage »[331], la pénalisation de l'entrée irrégulière par une frontière extérieure étant parfaitement admise. La directive autorise en effet les États membres à ne pas appliquer ses prescriptions aux ressortissants de pays tiers qui ont fait l'objet d'une décision de

[325] Serge SLAMA, « Epilogue d'une saga judiciaire sur la garde à vue pour séjour irrégulier », *Recueil Dalloz,* 2012, p. 2001.
[326] Nous soulignons.
[327] Karine PARROT, « Un étranger ne commet pas un délit du seul fait qu'il se trouve en situation irrégulière », *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 844.
[328] Cour de justice de l'Union européenne, *Sélina Affum contre Préfet du Pas-de-Calais,* 7 juin 2016, aff. C-47/15, *Actualité juridique de droit administratif,* 2016, p. 1151.
[329] Voir *supra* n° 55 ; Claire SAAS, « Dépénalisation partielle de l'entrée irrégulière par la directive "retour" », sous Cour de justice de l'Union européenne, 7 juin 2016, *Actualité juridique Pénal,* 2016, pp. 387-388.
[330] Cour de justice de l'Union européenne, 7 juin 2016, *Affum,* aff. C-47/15, point 63.
[331] Vincent TCHEN, « De la jonction des sources constitutionnelles et communautaires en droit des étrangers », *Constitutions,* 2012, p. 339.

refus d'entrée conformément à l'article 13 du Code frontières Schengen, ou ont été arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un État membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit État membre[332]. Cette modulation du droit pénal répond toujours à une logique d'efficacité[333], renvoyant « à ce qui est utile et non à ce qui est juste »[334]. Dès lors, la jurisprudence de l'Union semble encore loin, comme d'aucuns le pensent pourtant, de « freiner la pénalisation du droit des étrangers et l'instrumentalisation du droit pénal »[335]. Bien au contraire, le droit pénal est écarté uniquement lorsqu'il constitue un frein à la mise en œuvre de la procédure de renvoi. La résurgence de la criminalisation en cas d'échec de la procédure de retour démontre une utilisation méthodique du droit pénal, orientée vers la satisfaction d'un objectif d'éloignement de l'immigration irrégulière. C'est donc une logique d'efficacité qui s'« oppose à la peine d'emprisonnement, et non la protection de la liberté personnelle »[336].

CONCLUSION DE LA SECTION I

74. Le caractère accessoire de la pénalisation de la migration irrégulière présente à la frontière conduit à une application spécifique du droit pénal en zone d'attente. Les incriminations liées aux délits d'entrée irrégulière et à la résistance de l'étranger ne créent pas de normes pénales mais sont établies uniquement pour sanctionner la violation de règles administratives. Il s'agit donc d'un droit pénal purement sanctionnateur, auxiliaire du droit administratif et, plus précisément, des règles relatives à la procédure de maintien en zone d'attente. C'est donc naturellement que le caractère accessoire du droit pénal conduit directement à son instrumentalisation aux fins de protéger, non plus une valeur sociale, mais l'intérêt spécifique de la zone d'attente. Dans ce contexte, la fonction du droit pénal est détournée, conduisant à une application modulée de celui-ci, mettant en lumière son

[332] Article 2.2 a) de la directive 2008/115 CE.
[333] Voir également : Vincent TCHEN, « De la jonction des sources constitutionnelles et communautaires en droit des étrangers », *op. cit* ; Luca MASERA, « Les ressorts de l'affaire El Dridi », *in* Gisti, *Un régime pénal d'exception*, p. 128 ; Fabienne KAUFF-GAZIN, « La directive « retour » au secours des étrangers ? de quelques ambiguïtés de l'affaire El Dridi du 28 avril 2011 », *Europe,* n° 6, Juin 2011, étude 7, pp. 10-15.
[334] Luca D'AMBROSIO, « Les politiques criminelles en matière d'immigration irrégulière à l'épreuve du droit de l'Union européenne : quelques réflexions sur l'après *El Dridi* au regard des expériences italienne et française », *Actualité juridique Pénal*, 2011, p. 503.
[335] Claire SAAS, « Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers », *Actualité juridique Pénal*, 2011, p. 492.
[336] Luca D'AMBROSIO, « Les politiques criminelles en matière d'immigration irrégulière à l'épreuve du droit de l'Union européenne : quelques réflexions sur l'après *El Dridi* au regard des expériences italienne et française », *op. cit.*, p. 502.

instrumentalisation. La pénalisation de la migration transfrontière est alors écartée en raison de son effet neutralisant sur le maintien en zone d'attente, avant d'être mobilisée en cas d'échec de l'administration dans le renvoi de l'étranger. N'intervenant que « lorsque le comportement [des individus] ne peut plus être régi par le biais des mécanismes de contrôle propres à l'action administrative »[337], le droit pénal est alors réduit à une fonction « supplétive »[338], à un rôle de soutien de l'administration. Cette application spécifique du droit pénal au service de la procédure administrative est encore renforcée par le droit de l'Union qui encourage son utilisation modulée en fonction de la réussite ou de l'échec du traitement administratif de l'étranger. Le droit pénal est ainsi destiné à ne s'appliquer que dans l'objectif de pallier les carences de l'administration, l'échec de la procédure de renvoi, afin d'enserrer l'« ombre errante »[339] de l'étranger dans une procédure pénale qui permettra à l'administration de lui notifier son placement en rétention administrative. Le droit pénal subit alors une application dévoyée.

SECTION II. UNE APPLICATION DÉVOYÉE DU DROIT PÉNAL

75. Le caractère accessoire de la pénalisation en zone d'attente conduit à une application dévoyée du droit pénal, éloignée du principe de nécessité. Exprimée par HOBBES[340], l'exigence de nécessité a été reprise par BECCARIA dans une célèbre formule tirée de son *Traité des délits et des peines*[341]. Intégré par la suite au sein de la Déclaration de 1789, le principe de nécessité du droit pénal est directement lié à sa subsidiarité qui implique son intervention en dernier recours, à l'égard de comportements particulièrement graves dont aucune autre branche du droit ne pourrait se saisir. Si l'application modulée du droit pénal en zone d'attente pourrait au premier regard apparaître comme une manifestation du principe de subsidiarité, son caractère utilitaire et dépendant de la procédure administrative atteint en réalité le sens profond de ce principe qui, loin de moduler l'action du droit pénal en fonction de la mise en œuvre ou de l'échec d'une mesure administrative, le subordonne à l'existence de comportements

[337] Alessandro BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *op. cit*, p. 8.
[338] *Ibid.*
[339] Pascal QUIGNARD, *Les ombres errantes,* Grasset et Fasquelle, 2002.
[340] Thomas HOBBES, *Léviathan ou matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Folio, 2012, p. 339.
[341] « Tout acte d'autorité d'homme à homme qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique. Le droit qu'a le souverain de punir les délits est donc fondé sur la nécessité de défendre contre les usurpations particulières le dépôt constitué pour le salut public » : Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Garnier-Flammarion, 1991, p. 63.

particulièrement graves que seule cette branche spécifique du droit peut appréhender. En zone d'attente, l'application du droit pénal est ainsi non subsidiaire **(Paragraphe I)**. Plus encore, la mobilisation du droit pénal est effectuée à l'égard de la migration irrégulière dans le but de permettre la mise en œuvre d'une mesure de garde à vue ; mesure qui est alors décidée aux seules fins de permettre le déclenchement d'une procédure administrative d'éloignement. L'acte de contrainte que constitue la garde à vue est alors détaché de l'exigence de nécessité **(Paragraphe II)** qui, loin de concerner uniquement le droit pénal substantiel, s'étend également au droit pénal procédural.

Paragraphe I. Un droit pénal non subsidiaire

76. Principe de subsidiarité – La mise à l'écart du droit pénal en début de maintien en zone d'attente pourrait apparaître comme une manifestation du principe de subsidiarité. Ce dernier découle directement du principe de nécessité[342] qui tend à subordonner le droit pénal à l'existence d'un besoin social impérieux[343]. C'est exactement le sens de la Déclaration de 1789 lorsqu'elle déclare que « la loi ne doit défendre que des actions nuisibles à la société »[344]. Mais si le principe de nécessité limite l'action du législateur pénal à la défense de valeurs sociales impérieuses, le principe de subsidiarité encadre encore son pouvoir d'incrimination en l'obligeant à exercer l'arme pénale en dernier recours. Le caractère « grave »[345] du droit pénal impose en effet que ce dernier soit l'*ultima ratio* de la réaction sociale[346]. En ce sens, le principe de subsidiarité signifie que le droit pénal ne peut intervenir qu'en dernier recours, « afin de sanctionner les transgressions les plus graves que les autres mécanismes de régulation sociale n'ont pas réussi à prévenir et qu'ils sont incapables d'effacer »[347]. Il doit être exercé uniquement

[342] Contraindre le législateur à réfléchir sur la nécessité d'une incrimination revient en effet à restreindre le recours à la sanction pénale uniquement lorsqu'elle constitue l'*ultima ratio* : François ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 2015, p. 257.
[343] Raphaële PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », *in Mélanges en l'honneur de Christine LAZERGES*, Dalloz, 2014, p. 245.
[344] Article 5 de la Déclaration de 1789. Sur le principe de nécessité, voir *infra* n° 89.
[345] Jean CARBONNIER écrivait que « la loi pénale enferme dans son faisceau de pouvoirs cette violence sans pareille qui va jusqu'à disposer de la vie et de la mort du prochain […]. C'est la loi par excellence : derrière elle, toutes les autres passeront » : *Sociologique juridique*, Presses universitaires de France, 1978, pp. 387 et 398.
[346] Mireille DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, Presses universitaires de France, 1980, p. 259.
[347] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 62, n° 85. Le droit pénal doit être réservé aux comportements les plus graves car il ne peut être nécessaire que s'il est exceptionnel et donc subsidiaire ; en conséquence, il ne doit s'appliquer que pour sanctionner les comportements qui affectent gravement l'ordre public en portant atteinte à des valeurs sociales importantes : Emmanuel DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, Lexisnexis, 2012, pp. 247-263 ; Olivier CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal, thèse radicale », *in* Olivier CAHN, Karine PARROT (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal. Actes de la journée d'études radicales*, LEJEP, 2014, pp. 22-23.

lorsqu'aucune autre branche du droit ne peut venir appréhender le comportement en cause : dans l'application de ce droit, « les vides comptent infiniment plus que les pleins »[348]. Ce sont en effet ces « vides » qui font du droit pénal un « droit d'exception » [349] et qui fondent et renforcent son action lorsque celle-ci est indispensable.

77. Possible subsidiarité – Au premier regard, la priorité accordée au régime de maintien en zone d'attente semble répondre à cet objectif en privilégiant la procédure administrative face à une procédure pénale censée être plus coercitive. Si le principe de l'*ultima ratio* s'impose d'abord au législateur dans son pouvoir d'incrimination, la mise à l'écart de la loi pénale lors du maintien de l'étranger en zone d'attente pourrait néanmoins être considérée comme une manifestation pratique de l'*ultima ratio* qui serait organisée à travers le principe de l'opportunité des poursuites dont bénéficie le procureur de la République[350]. Ce dernier peut en effet agir en opportunité, c'est-à-dire notamment abandonner les poursuites pénales lorsque le comportement en cause ne revêt pas, par exemple, une gravité suffisante pour exercer l'action pénale. Le principe de subsidiarité peut donc être posé à une seconde échelle et constituer une limite imposée « au juge dans le choix de la qualification, de la procédure pénale applicable, de la sanction »[351]. À cet égard, le magistrat serait contraint de privilégier une autre branche du droit qui pourrait, tout aussi bien que le droit pénal, venir appréhender la situation en cause. Dans ce cadre, la mise à l'écart du droit pénal au début du maintien de l'étranger en zone d'attente pourrait s'expliquer par la volonté de restreindre l'utilisation du droit pénal à un dernier recours. Si l'étranger présent en situation irrégulière à la frontière peut être soumis à une procédure pénale sur le fondement du délit d'entrée irrégulière, il peut également faire l'objet d'une procédure administrative visant son maintien en zone d'attente. Un même comportement, l'entrée irrégulière sur le territoire, peut donc être saisie par deux branches du droit distinctes : le droit pénal et le droit administratif. Informé par la police aux frontières de la commission du délit d'entrée irrégulière, le procureur de la République peut alors, en vertu du principe de subsidiarité, choisir de laisser la priorité au droit administratif. De la même manière, le réveil de la pénalisation de l'étranger maintenu suivrait les balises du principe de subsidiarité en ce sens que le droit pénal interviendrait ici en *dernier recours*, du fait de la

[348] Jean CARBONNIER, *Flexible Droit*, LGDJ, 10ème édition, 2006, p. 30.
[349] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit*, p. 68, n° 90.
[350] À ce titre, le procureur bénéficie d'ailleurs d'un « élargissement constant de ses prégoratives » : Frédéric DESPORTES, Laurence LAZERGES-COUSQUER*, Traité de procédure pénale*, Economica, 4ème édition, 2015, p. 738, n° 1139.
[351] Raphaële PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », *op. cit.*, p. 246.

défaillance du maintien en zone d'attente qui ne laisserait plus aucune autre option que celle de l'action pénale. La modulation de la pénalisation en zone d'attente s'inscrirait ainsi dans le cadre du principe de subsidiarité. Mais pour se réjouir d'un recul de la pénalisation, encore faut-il prendre garde à ce que sa motivation n'entraîne pas des effets pernicieux.

78. Absence de subsidiarité de la mise à l'écart du droit pénal – Il serait erroné d'expliquer la modulation de la pénalisation en zone d'attente par la manifestation du principe de subsidiarité, car la mobilisation du droit pénal dépend ici de l'effectivité du maintien en zone d'attente et non de la gravité du comportement en cause. La neutralisation momentanée du droit pénal en zone d'attente est effectuée, non pour satisfaire au principe de l'*ultima ratio,* mais pour permettre l'utilisation de moyens plus efficaces que le droit pénal viendrait anéantir. La neutralisation temporaire du droit pénal en zone d'attente poursuit ainsi un objectif d'efficacité, subordonnant l'exercice de l'action pénale à son utilité. Dès lors, la neutralisation du droit pénal au profit de la mesure administrative de maintien en zone d'attente ne recouvre pas le *sens* de l'*ultima ratio* qui vise à limiter l'action du droit pénal aux comportements les plus graves. Au contraire, elle démontre une mise en œuvre utilitaire du droit pénal, bien éloignée du sens profond du principe de subsidiarité. Rappelons-le, l'*ultima ratio* commande d'utiliser le droit pénal en dernier recours, de subordonner son action à l'existence d'un comportement particulièrement grave. C'est uniquement en raison de la gravité de ce comportement que le droit pénal est seul à pouvoir agir. Il serait ainsi parfaitement erroné de penser que le principe de subsidiarité permet de moduler l'action pénale en fonction de l'effectivité ou de l'ineffectivité d'une mesure civile ou administrative. Le droit pénal ne *dépend* pas des autres branches du droit, il ne devrait donc pas non plus dépendre de la réussite ou de l'échec du maintien en zone d'attente. Dès lors, la neutralisation du droit pénal au profit de la mesure administrative de maintien en zone d'attente ne recouvre pas le *sens* de l'*ultima ratio* qui vise à limiter l'action du droit pénal. Au contraire, elle révèle une mise en œuvre utilitaire du droit pénal, encore révélée par l'application dont ce dernier fait l'objet à la suite de l'échec du maintien en zone d'attente.

79. Absence de subsidiarité de la mise en œuvre du droit pénal – L'intervention du droit pénal en zone d'attente aboutit en effet à développer son action au-delà des limites de l'*ultima ratio*, alors même que ce principe est destiné à limiter l'action pénale. Subordonner l'intervention du droit pénal à l'échec d'une mesure administrative conduit à appliquer le droit pénal en dehors du critère de gravité du comportement en cause, en dehors donc des bornes

établies par le principe de subsidiarité. La gravité de l'intervention du droit pénal oblige pourtant à respecter ces bornes afin de ne pas justifier une application discrétionnaire de cette branche très particulière du droit. Si la logique administrative est considérée comme la plus compétente pour organiser le retour de l'étranger, le droit pénal ne devrait alors en aucun cas intervenir, ni avant le déclenchement de cette procédure, ni après sa défaillance. Pourtant, deux types de pénalisation sont mis en œuvre en fin de maintien. D'abord une pénalisation différée, mise en œuvre par le biais des délits d'entrée irrégulière et d'usage de faux documents[352]. C'est ainsi que des poursuites qui n'étaient pas opportunes au jour de la constatation de l'infraction le deviennent une dizaine de jours plus tard, uniquement en raison de l'échec de l'administration à opérer le renvoi de l'étranger. Or, ce caractère opportun n'est en rien conforme au sens de l'*ultima ratio*, le droit pénal étant ici mobilisé, tout comme la seconde pénalisation relative à la résistance de l'étranger[353], afin de contourner l'obligation légale faite à l'administration d'octroyer un visa de huit jours à l'étranger placé en zone d'attente, dont le renvoi n'aurait pu être effectué à l'issue des vingt jours de maintien[354]. Ce contournement organisé par la pénalisation différée et par la pénalisation de la résistance de l'étranger révèle l'instrumentalisation de l'action pénale, qui ne vient que pallier l'échec de la procédure administrative de renvoi. Si le droit pénal est le seul à pouvoir encore maintenir l'étranger dans un régime de contrainte à l'issue du maintien en zone d'attente, cette activation retardée du droit pénal est uniquement effectuée pour écarter les dispositions légales relatives à la sortie de la zone d'attente. Le droit pénal est alors utilisé dans un objectif administratif relatif au renvoi de l'étranger, bien éloigné du principe de l'*ultima ratio*. Il ne s'applique plus pour sanctionner un comportement particulièrement grave, mais suit au contraire une logique utilitaire liée à la protection des intérêts de l'administration. L'action pénale n'est dès lors plus subordonnée à un dernier recours, mais à un recours quasiment systématique en cas de difficultés dans le renvoi administratif de l'étranger. L'on constate donc à quel point cette invocation pénale retardée est, en étant subordonnée à la logique administrative, contraire à toute logique d'*ultima ratio* : loin de restreindre l'activité du droit pénal, elle le rend au contraire légitime à chaque fois qu'il s'avère utile pour sauvegarder les intérêts de l'administration. Le droit pénal est alors détourné de ses fins officielles[355] en même temps que de ses objectifs.

[352] Voir *infra* n° 60-61.
[353] Voir *infra* n° 68.
[354] Article L. 224-1 du CESEDA.
[355] Dan KAMINSKI, Françoise DIGNEFFE, Christophe ADAM, Jean-François CAUCHIE, Marie-Sophie DEVRESSE, Vincent FRANCIS, « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales : construction et déconstruction d'un concept », *op. cit.,* pp. 35-36 ; Voir également : Pierre LASCOUMES, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », *L'Année sociologique*, volume 40, 1990, pp. 43-71.

80. Solution – L'atteinte portée au principe de subsidiarité par la modulation du droit pénal en zone d'attente impose de réagir de deux manières. Dans un premier temps, l'entrée irrégulière de l'étranger sur le territoire devrait, conformément au principe susvisé, être appréhendée uniquement par l'administration à travers le dispositif de maintien en zone d'attente. Cette évolution – qui, dans les faits, n'en est pas vraiment une – porterait une conséquence importante sur la pénalisation de l'étranger, incarnée par l'abrogation du délit d'entrée irrégulière. Cette abrogation nécessiterait certes d'admettre que l'entrée irrégulière d'un étranger ne constitue pas un comportement suffisamment grave pour être appréhendée par le droit pénal, et qu'il faut par conséquent laisser le droit administratif se saisir, seul, de l'entrée irrégulière de l'étranger ; il semble néanmoins que cette conclusion n'attende plus que d'être formulée : l'existence d'un maintien administratif en zone d'attente révèle en effet que ce délit d'entrée irrégulière ne constitue pas l'*ultima ratio*, une autre branche du droit venant parfaitement se saisir du comportement en cause[356] dont on peut par ailleurs contester la gravité.

Dans un second temps, le respect du principe de subsidiarité nécessiterait que le droit pénal ne soit pas traité comme une simple « ressource mobilisable »[357] lorsque son application apparaît avantageuse, autrement dit qu'il ne soit pas utilisé en fin de maintien uniquement pour suppléer l'échec de la procédure administrative. Dans ce cadre, le délit d'usage de faux documents ne devrait pas pouvoir être utilisé après le déclenchement de la mesure de maintien en zone d'attente. Les acteurs judiciaires disposeraient ainsi de deux possibilités : soit déclencher les poursuites pénales sur ce fondement et écarter ainsi le maintien en zone d'attente, soit écarter au contraire l'action pénale afin de privilégier la procédure administrative de maintien sans que des poursuites pénales pour délit d'usage de faux documents ne puissent par la suite être déclenchées aux fins de remédier à l'échec de la mesure de maintien. Autrement dit, le choix du déclenchement des poursuites pénales devrait être effectué de manière autonome par rapport à la procédure administrative de maintien. Il en est de même des infractions liées à la résistance de l'étranger, tel que le délit de soustraction à la mesure de maintien[358] qui, malgré leur caractère accessoire, ne devraient pas pouvoir justifier des poursuites pénales dans le seul but de contourner la fin du maintien en zone d'attente et la délivrance d'un visa de régulation.

---

[356]Le dispositif de la zone d'attente est suffisamment adapté pour s'appliquer à toute entrée irrégulière sur le territoire. Il existe dans les aéroports mais également dans les gares et ports maritimes. La zone d'attente peut également se déporter là où les migrants traversent la frontière : voir *infra* n° 50.

[357] Dan KAMINSKI, Françoise DIGNEFFE, Christophe ADAM, Jean-François CAUCHIE, Marie-Sophie DEVRESSE et Vincent FRANCIS, « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales : construction et déconstruction d'un concept », *op. cit.*

[358] Article L. 624-1-1 alinéas 1 et 3 du CESEDA, voir *infra* n° 68.

Si ces infractions « administrativo-pénales »[359] sont particulières en ce qu'elles sont érigées pour favoriser l'effectivité de la mesure administrative en dissuadant l'étranger de s'y soustraire, elles sont pour autant bien établies dans un objectif répressif. Les sanctions dont elles sont assorties le démontrent[360] : il s'agit de punir l'étranger qui refuse de se soumettre à une mesure d'éloignement. Dans ce cadre, les poursuites pénales sur le fondement de ces infractions ne devraient être déclenchées que dans l'hypothèse où elles suivraient un objectif véritablement répressif – ce qui est loin d'être le cas aujourd'hui[361]. Une telle analyse ne doit faire naître aucune confusion : il ne s'agit pas ici de promouvoir la pénalisation de l'étranger en situation irrégulière, mais une application du droit pénal conforme aux principes qui le régissent, l'encadrent et le limitent tout en même temps. Car le moindre détachement de ces principes entraîne une application non limitée du droit pénal, comme l'atteste le recours à la garde à vue à l'issue du maintien en zone d'attente.

Paragraphe II. Une garde à vue non nécessaire

81. Devenue un « mode de sortie répressif »[362] de la zone d'attente, la garde à vue est particulièrement utilisée en fin de maintien. Elle permet alors de gérer la migration irrégulière présente à la frontière en exerçant une contrainte pénale sur l'étranger jusqu'à ce que l'administration puisse de nouveau se saisir de sa situation à travers le déclenchement d'une procédure administrative d'éloignement de droit commun. Cette finalité administrative de la garde à vue révèle un détournement de cette mesure **(A)** qui malmène le principe de nécessité **(B)**.

A. La garde à vue détournée

82. Alors que le législateur subordonne la garde à vue à des objectifs strictement probatoires ou sécuritaires, son application à l'encontre des étrangers en situation irrégulière –

[359] Pierrette PONCELA, « Les naufragés du droit pénal », *Archives de politique criminelle*, volume 38, n° 11, 2016, p. 20.
[360] Les délits de soustraction à la mesure de maintien (article L. 624-1-1 du CESEDA) et de rétention d'informations indispensables au renvoi (article L. 624-1-1 alinéa 3 du CESEDA) sont punis de trois ans d'emprisonnement. La peine est même portée à cinq ans « lorsque les faits sont commis par violence, effraction ou corruption et à sept ans d'emprisonnement lorsque les faits sont commis en réunion ou sous la menace d'une arme ou d'une substance explosive, incendiaire ou toxique » (article L. 624-1-1 alinéa 3 du CESEDA).
[361] Voir *infra* n° 83. 93 % des gardes à vue en fin de maintien, dont beaucoup sont fondées sur un délit de soustraction à une mesure d'éloignement, aboutissent à un simple rappel à la loi : ANAFE, *Des zones d'atteintes au droit, Rapport d'observations dans les zones d'attente, op. cit.,* pp. 62-63.
[362] ANAFE, *Des zones d'atteinte aux droits*, *ibid.*, p. 57.

présents à la frontière ou sur le territoire national – démontre que cette mesure est destinée à faciliter la poursuite d'un objectif propre à l'administration. Il s'agit en effet d'exercer une contrainte sur l'étranger jusqu'à ce qu'une procédure d'éloignement soit déclenchée à son encontre. Le détournement de l'outil procédural de la garde à vue se constate ainsi par la finalité administrative attribuée à cette mesure **(1)** et tend, malgré des évolutions jurisprudentielles et législatives récentes, à se pérenniser **(2)**.

1. Une garde à vue à finalité administrative

83. Finalité administrative – Depuis plusieurs années, la garde à vue est utilisée de manière croissante à la sortie de la zone d'attente. Alors qu'en 2013, cette mesure concernait une personne sur dix parmi celles suivies par l'ANAFE, elles sont plus d'une sur quatre à y avoir été confrontées en 2017[363]. Au sein de la zone d'attente de Roissy, cette proportion a même dépassé le tiers des personnes suivies par l'association[364]. Mais alors que le recours à la garde à vue se densifie, les condamnations pénales sont infimes. Les statistiques disponibles révèlent qu'en 2012, 93% des étrangers soumis à cette mesure de contrainte après leur maintien au sein de la zone d'attente de Roissy ont fait l'objet d'un simple rappel à la loi[365]. En 2014, seuls quatre étrangers sur les 104 placés en garde à vue après leur maintien en zone d'attente ont été condamnés à une peine d'emprisonnement ferme accompagnée d'une interdiction judiciaire du territoire français[366]. La sanction pénale n'est donc pas « le but final recherché »[367] par ces placements en garde à vue. Au contraire, la procédure pénale semble être engagée dans un objectif bien distinct, relatif à la mise en œuvre d'une procédure administrative d'éloignement à l'encontre de l'étranger sortant de zone d'attente. Cette utilisation spécifique de la garde à

[363] Elles étaient 11,2 % en 2013 (86 sur 765), 14,3 % en 2014 (109 sur 762), 17,1 % en 2015 (139 sur 812), 21 % en 2016 (194 sur 920) et 28,5 % en 2017 (251 sur 882) : ANAFE, *Aux frontières des vulnérabilités. Rapport d'observations dans les zones d'attente 2016-2017*, février 2018, p. 57.
[364] En 2017, elles étaient 226 à être placées en garde à vue sur les 709 personnes maintenues dans la zone d'attente de Roissy et suivies par l'ANAFE : *Aux frontières des vulnérabilités. Rapport d'observations dans les zones d'attente 2016-2017*, février 2018, p. 133.
[365] ANAFE, *Des zones d'atteintes au droit, Rapport d'observations dans les zones d'attente, op. cit.,* pp. 62-63. En 2012, l'ANAFE a recensé en zone d'attente de Roissy (selon les données recueillies auprès du procureur de la République de Bobigny) 683 placements en garde à vue. Parmi eux, 16 ont été suivis d'un défèrement devant tribunal correctionnel, 17 d'une mise sous écrou, et 638 – soit 93 % des étrangers placés en garde à vue– ont fait l'objet d'un rappel à la loi. En 2013 (au 3 juillet), l'ANAFE avait comptabilisé 207 placements en garde à vue, dont 7 suivis d'un défèrement, et 5 d'une mise sous écrou. Sur ces 207 étrangers placés en garde à vue, 194 ont fait l'objet d'un rappel à la loi. En 2014, parmi les 104 personnes placées en garde à vue, 7 ont été déférées devant le tribunal correctionnel, et 4 ont été condamnées à une peine d'emprisonnement ferme de deux à trois mois couplée à une ITF.
[366] *Ibid.*
[367] *Ibid.*

vue à l'encontre des étrangers présents à la frontière n'est pas sans rappeler celle qui était dénoncée sous l'empire du délit de séjour irrégulier[368]. En 2009, 74 050 étrangers avaient été placés en garde à vue sur les 96 109 mis en cause pour une infraction aux conditions générales d'entrée et de séjour en France[369]. Cette mesure avait été suivie de 30 270 placements en centre de rétention pour 5 306 condamnations[370]. Qu'elle soit appliquée à l'étranger sortant de zone d'attente ou à l'étranger qui était déjà présent sur le territoire, la garde à vue poursuit ainsi une finalité administrative identique, destinée à permettre le déclenchement de la procédure administrative d'éloignement. En sortie de zone d'attente, la garde à vue revêt même une double finalité administrative : si elle permet de garder l'étranger sous contrainte jusqu'à ce que l'administration puisse de nouveau le prendre en charge selon la procédure administrative d'éloignement, elle fait auparavant obstacle à la délivrance du visa de régulation qui devrait être délivré à l'étranger à l'issue de son maintien[371]. La garde à vue permet ainsi, en amont de la procédure d'éloignement qui sera mise en œuvre à sa suite, de remédier à l'échec du maintien administratif en contournant le droit de l'étranger d'obtenir un visa temporaire de huit jours lors de sa sortie de zone d'attente. Elle s'insère alors comme un sas de contrainte pénale dont l'objectif est de constituer un lien entre les deux mesures de contrainte administrative que sont le maintien en zone d'attente et le placement en rétention administrative[372].

---

[368] Voir notamment : Jean DANET, « La garde à vue et l'éloignement des étrangers en situation irrégulière : fin d'une époque », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 2012, pp. 621-623 ; Serge SLAMA, « Epilogue d'une saga judiciaire sur la garde à vue pour séjour irrégulier », *Recueil Dalloz*, 2012, pp. 2001-2006 ; Vincent TCHEN, « De la jonction des sources constitutionnelles et communautaires en droit des étrangers », *Constitutions*, 2012, pp. 339-342 ; Vincent TCHEN, « Peines de prison pour les étrangers en situation irrégulière et droit de l'Union européenne », *Droit Administratif,* n° 2, Février 2012, comm. 17, n° 1 ; Karine PARROT, « Un étranger ne commet pas un délit du seul fait qu'il se trouve en situation irrégulière », *op. cit.*, pp. 834-853 ; Danièle LOCHAK, « L'immigration saisie par le droit pénal », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Christine Lazerges*, *op. cit.,* pp. 700-702 ; Patrick HENRIOT, « Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers : l'opiniâtre résistance des autorités françaises », *La Revue des droits de l'homme*, juin 2013, n° 5-6, en ligne : http://journals.openedition.org/revdh/426 ; DOI : 10.4000/revdh.426 ; Arnaud AUBARET, « La garde à vue des étrangers à l'heure de la réforme », *Dictionnaire permanent - droit des étrangers*, bull. n° 200, mai 2011, p. 3 ; Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, Serge SLAMA, « L'arrêt *El Dridi* : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *Actualité juridique Pénal,* 2011, pp. 366-367.

[369] Les gardes à vue pour crimes et délits non routiers, *in* Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, *La criminalité en France 2011*, Rapport, p. 538.
http://www.inhesj.fr/fichiers/ondrp/rapport_annuel/ra2011/Fiches%20thematiques/041%20FT%2015%20Garde%20a%20vue.pdf.

[370] Chiffres cités par le gouvernement français dans son mémoire en défense devant la Cour de justice de l'Union européenne : 6 décembre 2011, *Achughbabian*, n° C-329/11.

[371] L'autorisant ainsi à pénétrer librement sur le territoire : article L. 224-1 du CESEDA.

[372] Si l'article 15.1 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 a transformé la rétention administrative en une mesure subsidiaire, il a également autorisé l'application de cette procédure aux fins de prévenir le risque de fuite de l'étranger concerné. L'article L. 511-1, II, 3° du CESEDA énonce six cas de présomption de risque de soustraction à une obligation de quitter le territoire, autorisant le préfet à refuser d'octroyer un délai d'exécution volontaire et à prononcer le placement en rétention. Il en est notamment ainsi lorsque « l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment parce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité, ou qu'il a dissimulé des éléments de son identité, ou qu'il n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective ou permanente, […] ». De la

84. Détournement – Cette finalité administrative attribuée *de facto* à la garde à vue détourne cette mesure de ses objectifs. Depuis la réforme du 14 avril 2011[373], l'article 62-2 du Code de procédure pénale dispose que la garde à vue peut être mise en œuvre lorsqu'elle constitue « *l'unique moyen* de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants : 1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ; 2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ; 3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ; 4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ; 5° Empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ; 6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit »[374]. Parmi ces six objectifs, seul le second – relatif à la nécessité de garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que celui-ci apprécie les suites à donner à l'enquête – pourrait éventuellement justifier la mesure de garde à vue imposée à l'étranger en zone d'attente. Il constitue d'ailleurs l'un des motifs les plus imprécis et généraux, qui peut à ce titre s'appliquer à de nombreuses gardes à vue[375]. La faible proportion de condamnations pénales prononcées à l'encontre de l'étranger placé en garde à vue révèle toutefois que cette mesure poursuit plutôt une finalité administrative visant à organiser l'éloignement de l'étranger – finalité absente des objectifs fixés par l'article 62-2 du Code de procédure pénale[376] qui revêtent uniquement un caractère probatoire ou sécuritaire[377] très éloigné d'une finalité administrative. Détachée de ses objectifs, la garde à vue est ainsi instrumentalisée[378] afin de servir la logique administrative. L'on assiste alors à la pérennisation d'un véritable

même manière, la loi n° 2018-187 du 20 mars 2018 *permettant une bonne application du régime d'asile européen* a précisé que « le risque non négligeable de fuite peut, sauf circonstance particulière, être regardé comme établi » lorsque « l'étranger […] ne peut justifier du lieu de sa résidence effective ou permanent » (article L. 551-1, II, 8° du CESEDA). Les étrangers sortant de zone d'attente sont exactement dans cette situation. A peine entrés sur le territoire français, ils ne disposent d'aucune résidence au sein de laquelle ils pourraient être assignés. Dans ce cadre, la procédure d'éloignement établie à leur encontre à l'issue de leur garde à vue est matérialisé par le placement en rétention administrative.

[373] Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 *relative à la garde à vue*.

[374] Nous soulignons.

[375] Jacques LEROY, « Garde à vue », *JurisClasseur Procédure pénale*, fascicule 30, n° 11.

[376] Serge SLAMA, « Epilogue d'une saga judiciaire sur la garde à vue pour séjour irrégulier », *op. cit.,* p. 2002.

[377] Serge GUINCHARD, Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, Lexisnexis, 2018, p. 566, n° 761.

[378] Danièle LOCHAK, « L'immigration saisie par le droit pénal », *op. cit.,* p. 701 ; Patrick HENRIOT, « Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers : l'opiniâtre résistance des autorités françaises », *op. cit.*

« détournement de la procédure pénale »[379] auquel l'abrogation du délit de séjour irrégulier et la limitation du délit d'entrée irrégulière n'ont pas réussi à mettre fin.

2. Une pratique pérenne

85. Abrogation du délit de séjour irrégulier – Si le détournement de la garde à vue à l'égard de l'étranger en situation irrégulière a parfois été conjugué à l'imparfait[380], son développement en sortie de zone d'attente démontre qu'un tel détournement est loin d'avoir disparu. Une belle promesse de la fin de cette utilisation instrumentale a pourtant été portée par la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans ses arrêts *El Dridi*[381] et *Achughbabian*[382], a conclu à l'impossibilité d'établir une peine d'emprisonnement à l'encontre d'un étranger en séjour irrégulier n'ayant pas fait l'objet de la procédure de retour établie par la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008[383]. Bien que s'inscrivant dans une logique utilitariste[384], ces arrêts ont eu des répercussions positives à l'égard des étrangers et particulièrement en ce qui concerne la pénalisation de leur séjour irrégulier. La réforme de la garde à vue du 14 avril 2011 ayant limité le recours à cette mesure de contrainte aux crimes et aux délits passibles d'une peine d'emprisonnement, l'impossibilité d'établir une telle peine en matière de séjour irrégulier a conduit à l'abrogation de ce délit. Dans son avis du 5 juin 2012, la chambre criminelle a ainsi jugé, au visa de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 et des arrêts *El Dridi* et *Achughbabian,* que « le ressortissant d'un Etat tiers mis en cause, pour le seul délit prévu par l'article L. 621-1 du CESEDA, n'encourt pas l'emprisonnement lorsqu'il n'a pas été soumis préalablement aux mesures coercitives visées à l'article 8 de ladite directive ; qu'il ne peut donc être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée de ce seul chef »[385]. Immédiatement après cet avis, la première chambre

---

[379] Danièle LOCHAK, *Ibid.*
[380] Danièle LOCHAK, « Pénalisation », *Actualité juridique Pénal*, 2016, p. 12 ; Danièle LOCHAK, « L'immigration saisie par le droit pénal », *op. cit.,* pp. 700-701.
[381] Cour de justice de l'Union européenne, 28 avril 2011, *El Dridi*, n° C-61/11.
[382] Cour de justice de l'Union européenne, 6 décembre 2011, *Achughbabian*, n° C-329/11. Voir Karine PARROT, « De l'incrimination du séjour irrégulier d'un étranger au regard de la directive "retour" », *op. cit*.
[383] Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 *relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.*
[384] Voir *supra* n° 72 et n° 83 ; Karine PARROT, « Un étranger ne commet pas un délit du seul fait qu'il se trouve en situation irrégulière », *op. cit.*, 2011, p. 846 ; Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, Serge SLAMA, « L'arrêt *El Dridi* : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *op. cit.*, p. 362.
[385] Cour de cassation, chambre criminelle, 5 juin 2012, n° 12-09.002, obs. Karine PARROT, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 324. Voir également : Serge SLAMA, « Epilogue d'une saga judiciaire sur la garde à vue pour séjour irrégulier », *Recueil Dalloz*, 2012, pp. 2001-2006 ; Claire SAAS, « Séjour irrégulier : le Conseil constitutionnel désavoué par

civile a jugé à neuf reprises que la directive 2008/115/CE s'oppose à ce qu'une incrimination autorise l'emprisonnement d'un étranger en situation de séjour irrégulier « lorsque ce dernier, non disposé à quitter le territoire national volontairement, soit n'a pas été préalablement soumis à l'une des mesures prévues à l'article 8 de cette directive, soit, a déjà fait l'objet d'un placement en rétention, mais n'a pas vu expirer la durée maximale de cette mesure »[386]. C'est dans ce contexte que la loi du 31 décembre 2012[387] a abrogé le délit de séjour irrégulier et établi une procédure de retenue pour vérification du droit au séjour[388]. Peu après le délit de séjour irrégulier, c'est le délit d'entrée irrégulière qui a été limité par la Cour de justice de l'Union européenne.

86. Limitation du délit d'entrée irrégulière – Dans son arrêt *Selina Affum*, la Cour de justice a jugé que la directive 2008/115/CE s'oppose à ce qu'un ressortissant d'un pays tiers puisse être emprisonné avant d'avoir été soumis à la procédure de retour, sur le seul fondement de son entrée irrégulière sur le territoire d'un État membre via une frontière intérieure de l'Espace Schengen[389]. Là encore, la Cour de cassation a tiré les conséquences de cet arrêt en jugeant « que le ressortissant d'un pays tiers, entré en France irrégulièrement, par une frontière intérieure à l'espace Schengen, qui n'encourt pas l'emprisonnement prévu à l'article L. 621-2 du CESEDA dès lors que la procédure de retour organisée par la directive 2008/115/CE n'a pas encore été menée à son terme, ne peut être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée du seul chef d'entrée irrégulière »[390]. Désormais, il n'est plus possible de placer en garde à vue un étranger ressortissant d'un pays tiers à l'Union pour son entrée en France *via* une frontière intérieure.

---

la Chambre criminelle », *Actualité juridique Pénal*, 2012, p. 41 ; Jean DANET, « La garde à vue et l'éloignement des étrangers en situation irrégulière : fin d'une époque », *op. cit.*, p. 621.

[386] À noter que la Cour de cassation s'est bornée à condamner l'emprisonnement de l'étranger qui n'a pas été soumis à « l'une des mesures » de la directive « retour » alors que la Cour de justice évoquait, elle, l'ensemble des « mesures coercitives visées par l'article 8 » de la directive : Cour de cassation, première chambre civile, 5 juillet 2012, n° 11-30.371, n° 11-19.250, n° 11-30.530, n° 11-19.551, n° 11-19.378, n° 11-21.792, n° 11-30.379, n° 11-30.384, n° 12-30.001.

[387] Loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 *relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.*

[388] L'utilité de cette création est douteuse au vu de l'existence de la retenue pour vérification d'identité, qui permet de retenir l'étranger durant quatre heures : voir notamment Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *avis sur le projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour*, 22 novembre 2012 ; Raphaële PARIZOT, « Loi relative à la retenue pour vérification du droit au séjour *versus* avis de la CNCDH : quel bilan ? », *Actualité juridique Pénal*, 2013, p. 8.

[389] Cour de justice de l'Union européenne, *Sélina Affum contre Préfet du Pas-de-Calais,* 7 juin 2016, aff. C-47/15, *Actualité juridique de droit administratif,* 2016, p. 1151.

[390] Cour de cassation, première chambre civile, 7 février 2018, n° 17-10.338. Voir également : Cour de cassation, première chambre civile, 7 décembre 2016, n° 15-28.426 et n° 15-28.427 ; Cour de cassation, première chambre civile, 9 novembre 2016, n° 13-28.349.

87. Continuité du détournement – Si ces évolutions ont quelque peu déstabilisé l'utilisation de la garde à vue à des fins administrative d'éloignement, elles n'ont pas pour autant anéanti cette pratique. L'abrogation du délit de séjour irrégulier n'a pu, à elle seule, mettre un terme à un détournement qui s'effectue sur le fondement de l'ensemble des incriminations relatives à l'entrée et au séjour irrégulier : l'instrumentalisation de la procédure de garde à vue a certes été constatée en matière de séjour irrégulier, mais elle concerne plus largement toute infraction liée à la situation irrégulière de l'étranger. Déjà en 2009, le placement des étrangers en garde à vue ne se fondait pas uniquement sur le délit de séjour irrégulier mais sur l'une quelconque des infractions aux conditions générales d'entrée et de séjour[391]. Loin de signer « la fin d'une époque »[392], l'abrogation du délit de séjour irrégulier a seulement permis de retirer ce délit de la liste d'infractions servant de prétexte aux gardes à vue de confort. La garde à vue des étrangers en situation irrégulière peut donc être fondée sur n'importe laquelle des infractions relatives à l'entrée et au séjour irréguliers punies d'une peine d'emprisonnement. Dans ce contexte, l'étranger maintenu en zone d'attente subit, comme l'étranger présent sur le territoire, la mise en œuvre d'une procédure pénale instrumentalisée au bénéfice de l'administration. Majoritairement en provenance d'un État tiers à l'Union, les étrangers maintenus ont nécessairement traversé une frontière extérieure avant que l'aéronef les transportant n'atterrisse sur le sol français. Dès lors, l'encadrement récent du délit d'entrée irrégulière n'est d'aucune incidence sur leur situation. Plus encore, les délits précédemment étudiés et relatifs au retour irrégulier, à la résistance active et passive à une mesure d'éloignement, à l'usage de faux documents[393]… sont autant d'infractions qui servent de fondement au prononcé d'une mesure de garde à vue à l'encontre de l'étranger en zone d'attente ou présent sur le territoire. « Déstabilisée »[394] par l'abrogation du délit de séjour irrégulier et l'encadrement du délit d'entrée irrégulière, l'instrumentalisation de la garde à vue à des fins administratives a rapidement trouvé de nouvelles fondations afin de maintenir son édifice, malmenant ainsi un peu plus le principe de nécessité.

---

[391] Les gardes à vue pour crimes et délits non routiers, *in* Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, *La criminalité en France,* 2011, Rapport, p. 538.
http://www.inhesj.fr/fichiers/ondrp/rapport_annuel/ra2011/Fiches%20thematiques/041%20FT%2015%20Garde%20a%20vue.pdf.

[392] Jean DANET, « La garde à vue et l'éloignement des étrangers en situation irrégulière : fin d'une époque », *op. cit.*, p. 621.

[393] Voir *supra* n° 60-61.

[394] Danièle LOCHAK, « Pénalisation », *Actualité juridique Pénal*, 2016, p. 12.

B. Le principe de nécessité malmené

88. Le prononcé d'une garde à vue à finalité administrative n'est pas sans conséquence sur le droit pénal. Détournée de ses objectifs pour servir le déclenchement d'une procédure d'éloignement à l'encontre de l'étranger, la garde à vue ainsi mise en œuvre est contraire à l'exigence de nécessité **(1)**. Pourtant, la jurisprudence n'hésite pas à « sauver » la garde à vue opérée en adoptant une interprétation de nature à affaiblir le principe de nécessité **(2)**.

1. Une garde à vue contraire à l'exigence de nécessité

89. Principe de nécessité – La finalité administrative de la garde à vue prononcée à l'encontre d'un étranger en zone d'attente pose directement la question de sa conformité avec le principe de nécessité. Il serait en effet erroné de penser que ce dernier n'a trait qu'au droit pénal substantiel, sans concerner les actes procéduraux. Certes, le principe de nécessité trouve principalement son fondement dans les articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui disposent respectivement que « la loi n'a le droit de défendre que des actions nuisibles à la société » et qu'elle « ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne put être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »[395]. Au premier regard, le principe de nécessité est donc relatif à l'incrimination et comporte une exigence de proportionnalité de la sanction établie par le législateur[396]. Il s'agit d'une exigence de modération qui s'impose à ce dernier, autant dans l'établissement de l'incrimination que dans la fixation de la peine. Toutefois, le principe de nécessité ne concerne pas uniquement l'incrimination, le droit pénal substantiel. Au contraire, il a également trait au droit pénal procédural[397], l'article 9 de la Déclaration de 1789 stipulant que « [t]out homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». La coercition mise en œuvre dans le cadre des mesures de contrainte répond donc au principe de nécessité, quel que soit le régime juridique de ces mesures, autant dans l'élaboration de la norme par le législateur que dans son

[395] Le Conseil constitutionnel ne se fonde jamais sur l'article 5 de la Déclaration pour déclarer d'inconstitutionnalité d'une disposition contraire au principe de nécessité, mais sur l'article 8 : Olivier CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal, thèse radicale », *op. cit.*, p. 20.
[396] Sur le principe de proportionnalité : voir Frédéric DESPORTES, Laurence LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n° 264 et suivants.
[397] Pour s'en perduader, voir le développement important de Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON relatif à la nécessité de la garde à vue : *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 750, 761, 771.

exécution[398]. Depuis la loi du 15 juin 2000[399], l'article préliminaire du Code de procédure pénale reprend d'ailleurs cette injonction en disposant que « les mesures de contrainte […] doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée, et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne »[400]. La Convention européenne des droits de l'Homme évoque quant à elle les atteintes « nécessaires » dans une société démocratique pour la préservation d'un « but légitime » relatif à la protection de l'ordre public ou à la prévention d'infractions pénales[401]. La Cour européenne des droits de l'Homme[402], le Conseil constitutionnel[403] et la Cour de cassation[404] ont ainsi consacré la condition de nécessité dans la mise en œuvre de mesures de contrainte.

90. Exigence de nécessité de la garde à vue – Constituant une véritable « mesure de contrainte »[405], la garde à vue doit être « vraiment nécessaire [pour être] légitime »[406]. Parallèlement aux conditions formelles de la garde à vue, existe ainsi une « condition certaine »[407] relative à la nécessité de cette mesure. Jusqu'à la loi du 14 avril 2011, cette exigence de nécessité était explicitement relevée par l'article 63 du Code de procédure pénale qui disposait que « l'officier de police judiciaire peut, pour *les nécessités de l'enquête*, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction »[408]. Était alors

---

[398] Serge GUINCHARD, Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 490, n° 581. Olivier CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal, thèse radicale », *ibid.*, pp. 23-27. Voir également les décisions du Conseil constitutionnel sur ce point : Conseil constitutionnel, 12 janvier 1977, n° 76-75 DC ; Conseil constitutionnel, 19-20 janvier 1981, n° 80-127 DC ; Conseil constitutionnel, 5 août 1993, n° 93-323 DC ; Conseil constitutionnel, 18 janvier 1995, n° 94-352 DC.

[399] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.*

[400] Article préliminaire, *III*, du Code de procédure pénale. Voir Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 26ème édition, 2017, p. 111, n° 129 ; Frédéric DESPORTES, Laurence LAZERGES-COUSQUER*, Traité de procédure pénale*, *op. cit*., pp. 122-127, n° 226-229 ; Jean PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 19ème édition, 2017, p. 31, n° 6 ; Christine LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal,* 2003, pp. 644-655 ; André GIUDICELLI, « Premières applications jurisprudentielles de l'article préliminaire du code de procédure pénale » *Revue de science criminelle et de droit pénal,* 2003, pp. 122-124.

[401] Articles 8, 9, 10.2 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

[402] Cour européenne des droits de l'Homme, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, Série A, n° 251-B, p. 33 ; Cour européenne des droits de l'Homme, 2 septembre 2010, *Uzun c. Allemagne*, n° 35623/05.

[403] Conseil constitutionnel, 12 janvier 1977, décision n° 76-75DC, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, considérant n° 5 ; 5 août 1993, décision n° 93-323 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, considérant n° 9 ; 18 janvier 1995, décision n° 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, considérants n° 18-20.

[404] Cour de cassation, chambre criminelle, 27 janvier 1987, *Musso*, *Bulletin criminel* n° 41.

[405] Article 62-2 alinéa 1 du Code de procédure pénale.

[406] L'article 62-3 du Code de procédure pénale subordonne par ailleurs la prolongation de la garde à vue aux « nécessités de l'enquête » ; celle-ci doit également être proportionnée à la gravité des faits reprochés.

[407] Serge GUINCHARD, Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.,* p. 559, n° 750.

[408] Nous soulignons.

considérée comme nécessaire à l'enquête la garde à vue prononcée afin de préserver les indices, de procéder à l'interrogatoire ou à l'identification d'un suspect[409], à la protection d'un témoin, ou à une perquisition contre la volonté de l'intéressé[410]. Si l'exigence de nécessité était clairement posée, la formule adoptée par l'article 63 du Code de procédure pénale permettait toutefois de justifier un nombre croissant de gardes à vue dont la finalité n'était pas strictement liée aux nécessités de l'enquête.

C'est ainsi que l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue a abandonné la référence aux « nécessités de l'enquête » de l'article 63 du Code de procédure pénale dont l'imprécision laissait aux officiers de police judiciaire une grande marge d'appréciation, pour ajouter un article 62-2 énumérant de manière exhaustive les objectifs que doit recouvrir la garde à vue. L'exigence de nécessité de la garde à vue a été resserrée, étroitement liée à sa finalité[411]. L'article 62-2 du Code de procédure pénale a fait de la garde à vue une mesure subsidiaire[412] en précisant qu'elle doit être « *l'unique moyen* » de parvenir à l'un des objectifs probatoires ou sécuritaires[413] qu'il énumère[414]. La nécessité de la garde à vue s'apprécie ainsi au regard de sa finalité mais également de son caractère subsidiaire[415] : elle doit être l'*ultima ratio* en constituant la seule mesure capable de parvenir à cette finalité[416].

91. Absence de nécessité de la garde à vue – Le cadre législatif de la garde à vue révèle que la nécessité de cette mesure est étroitement liée à ses objectifs. Appliqué à l'étranger initialement maintenu en zone d'attente, la garde à vue constitue certes « l'unique moyen » de conserver une contrainte sur l'étranger et de lui appliquer une mesure administrative de droit commun. La délivrance d'un visa de huit jours à l'issue de l'échec du maintien en garde à vue entraînerait très probablement la disparition de l'étranger sur le territoire et l'impossibilité pour l'administration de le localiser pour le renvoyer vers son pays d'origine ou de transit. Mais c'est justement cette finalité administrative qui retire toute nécessité à la garde à vue car si cette dernière constitue l'unique, voire l'ultime moyen de parvenir à une procédure administrative d'éloignement, cet objectif n'est en aucun cas énuméré à l'article 62-2 du Code de procédure

[409] Cour de cassation, chambre criminelle, 16 décembre 2003, n° 03-81.872.
[410] Cour de cassation, chambre criminelle, 11 octobre 2000, n° 00-82.238 et n° 00-83.187.
[411] Ce qui paraît logique, la nécessité de la garde à vue ne pouvant être appréciée qu'au regard de sa finalité : Serge GUINCHARD, Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 566, n° 761. L'article 62-2 a par ailleurs apporté pour la première fois une définition de la garde à vue : Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.,* p. 573, n° 616.
[412] Philippe CONTE, « Placement en garde à vue et nécessités de l'enquête », *Droit pénal,* n° 5, mai 2015, étude n° 12, p. 9.
[413] Serge GUINCHARD, Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, pp. 566-567, n° 761.
[414] Voir *supra* n° 84.
[415] Philippe CONTE, « Placement en garde à vue et nécessités de l'enquête », *op. cit.*
[416] *Ibid.*

pénale. Il s'agit non seulement d'un objectif étranger à la garde à vue – l'article 62-2 n'évoque aucune finalité ayant trait à une logique administrative[417], les objectifs qu'il établit étant tous relatifs à l'enquête de police et à la manifestation de la vérité[418] – mais également *extérieurs* au droit pénal. Dès lors, la pratique consistant à placer en garde à vue un étranger maintenu en zone d'attente aux fins de remédier à l'échec de son maintien et de le soumettre à une procédure administrative d'éloignement est incompatible avec les exigences du principe de nécessité. C'est d'ailleurs ce qu'avait conclu la jurisprudence en condamnant les gardes à vue à finalité administrative opérées sur le fondement du délit de séjour irrégulier, avant que ce délit ne soit abrogé.

92. Condamnation du maintien en garde à vue – Antérieurement à la réforme du 14 avril 2011, la jurisprudence s'est souvent fondée sur l'absence de prolongation de la garde à vue pour refuser de qualifier le détournement de cette mesure à des fins administratives[419]. Cette fébrilité dans le contrôle de nécessité de la garde à vue a néanmoins été atténuée par une série d'arrêts qui a condamné le maintien abusif en garde à vue d'un étranger en situation irrégulière[420] sur le fondement de l'article 63 du Code de procédure pénale[421]. La Cour d'appel de Metz a par exemple jugé qu' « il résulte clairement du déroulement de l'ensemble de la procédure que la garde à vue dont [l'intéressé] a fait l'objet a été maintenue *pour les seuls besoins de la constitution pour la préfecture du dossier administratif de reconduite à la frontière*, la décision de placement en rétention administrative ayant été notifiée à l'intéressé immédiatement après la main levée de la mesure de garde à vue »[422]. En l'espèce, l'intéressé avait été placé en garde à vue pour « présomptions de séjour irrégulier » à la suite d'un contrôle d'identité. Après avoir été entendu à deux reprises le jour de son placement en garde à vue – le 15 février 2010, à 18h35 et à 19h, il n'avait plus fait l'objet d'aucune audition jusqu'à la fin de sa garde à vue, le lendemain à 11h. Aucun acte d'enquête n'avait non plus été diligenté. À 11h40, il s'était vu

[417] Valérie MALABAT, « L'évolution des pouvoirs de police », *in* Olivier CAHN, Karine PARROT (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, *op. cit.*, p. 138.
[418] Pour Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, l'exigence de nécessité est essentiellement caractérisée par le lien entre la personne ou le lieu concernés et le dossier de l'enquête : *Procédure pénale*, *op. cit.,* pp. 558-561, n° 750-753.
[419] Pour exemple : Cour d'appel de Paris, 16 novembre 2010, n° 10/04773 : « […] la garde à vue qui a duré effectivement moins de 24 heures, a duré en définitive 6h30 et aucun détournement de la procédure ne peut être constaté » ; voir également : Cour d'appel de Paris, 31 août 2010, n° 10/03660.
[420] Cour d'appel de Metz, Ordonnance, 19 février 2010, n° 10/00045 ; Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 4 mars 2010, n° 10/00081 ; Cour d'appel de Paris, 11 mars 2010, n° 10/01034 ; Cour d'appel de Metz, 6 avril 2010, n° 10/00102 ; Cour d'appel de Paris, 13 avril 2010, n° 10/01564 ; Cour d'appel de Versailles, 28 avril 2010, n° 10/03220.
[421] Tel que rédigé antérieurement à la réforme du 14 avril 2011.
[422]Cour d'appel de Metz, Ordonnance, 19 février 2010, n° 10/00045.

notifié son placement en rétention administrative. Entre le 15 février à 19h et le 16 février à 11h, la garde à vue de l'intéressé n'avait ainsi fondé aucune investigation, ce qui tendait à démontrer que cette mesure avait été « utilisée à *des fins autres* que les nécessités de l'enquête pénale à savoir permettre à l'administration de prendre une autre mesure »[423]. Dans ces conditions, la Cour a reconnu que l' « utilisation de la mesure de garde à vue à des fins purement administratives est constitutive d'un détournement de procédure de nature à entacher la garde à vue d'irrégularité, laquelle entraîne la nullité de l'ensemble de la procédure de rétention administrative ultérieure »[424].

93. Condamnation de la garde à vue – Au-delà du maintien de la garde à vue, c'est la mesure elle-même qui a été condamnée par la Cour de cassation dans un arrêt du 25 novembre 2009[425]. Acceptant de procéder au contrôle de la nécessité d'une garde à vue infligée à une ressortissante congolaise qui avait reconnu, dès son interpellation, être en situation de séjour irrégulier, la Cour a rappelé, au visa de l'article 63 du Code de procédure pénale, que « c'est seulement pour les nécessités d'une enquête […] qu'un officier de police judiciaire peut placer une personne en garde à vue ». Dès lors, « constatant que l'intéressée avait, dès son interpellation, reconnu être en situation irrégulière en France, de sorte qu'aucune enquête n'étant nécessaire, les services de police n'étaient pas tenus de la placer en garde à vue ». La Cour de cassation a ainsi rejeté la nécessité du placement en garde à vue d'un étranger interpellé en séjour irrégulier sur le territoire français, dès lors que l'objectif de cette procédure était uniquement d'exercer une contrainte à son égard jusqu'à ce que l'administration déclenche une procédure d'éloignement. Bien que relatif à un étranger juridiquement présent sur le territoire et non maintenu à la frontière, cet arrêt appuie l'absence de nécessité de la garde à vue opérée en zone d'attente. Dans ces deux hypothèses, la garde à vue est en effet détournée de sa finalité en n'étant en aucun cas liée aux « nécessités de l'enquête »[426] mais à un objectif administratif lié à la mise en œuvre d'une procédure d'éloignement. Il ne s'agit donc pas de punir ni même

---

[423] *Ibid.*
[424] *Ibid.*
[425] Cour de cassation, première chambre civile, 25 novembre 2009, n° 08-20.294, observations Karine PARROT. Voir également : Cour d'appel de Versailles, Ordonnance, 28 avril 2010, n° 10/03220, jugeant que « le placement de l'intéressé en garde à vue *n'était nullement nécessaire* alors que sa situation irrégulière sur le territoire français était connue dès l'origine de la procédure […] ; Le placement en garde à vue est une mesure grave, attentatoire à la liberté fondamentale d'aller et venir, qui porte évidemment grief [à l'intéressé] ; Cette atteinte injustifiée à la liberté d'aller et venir est d'une gravité suffisante pour vicier la procédure établie qui doit être annulée », nous soulignons.
[426] Les précédents arrêts ont été rendus sous l'empire de la législation antérieure à la réforme du 14 avril 2011. L'exigence de nécessité de la garde à vue était alors établie par l'article 63 du Code de procédure pénale, qui faisait référence aux « nécessités de l'enquête ».

de poursuivre l'étranger en situation irrégulière mais simplement de le maintenir sous contrainte, de le « garder à vue » au sens littéral[427] jusqu'à ce que l'administration lui notifie son placement en rétention. Si le constat de l'absence de nécessité de la garde à vue ainsi opérée paraît évident, la jurisprudence postérieure à la réforme du 14 avril 2011 a refusé d'y procéder en préférant recourir à une interprétation de nature à affaiblir l'exigence de nécessité.

2. Une exigence de nécessité affaiblie

94. Jurisprudence – L'étude de la jurisprudence postérieure à la réforme du 14 avril 2011 révèle un refus de reconnaître l'absence de nécessité des gardes à vue à finalité administrative. Si les arrêts concernés n'ont pas spécialement trait à l'étranger initialement maintenu en zone d'attente, ils sont néanmoins relatifs à l'étranger présent sur le territoire qui, nous l'avons vu, subit également un usage détourné de la garde à vue. Dans un arrêt du 14 mars 2013[428], la Cour d'appel de Paris a confirmé la régularité d'une garde à vue dont le maintien poursuivait une finalité administrative. En l'espèce, l'étranger avait été placé en garde à vue le 7 mars 2013 à 16h en raison de son maintien irrégulier sur le territoire. Le lendemain, à 10h50, le procureur de la République avait décidé de classer la procédure pénale, considérant qu'une autre mesure – en particulier de nature administrative – pouvait intervenir. La garde à vue n'avait pourtant été levée qu'à 15h40, une minute avant la notification de l'arrêté de placement en rétention. Invitée à se prononcer sur la régularité de ce maintien en garde à vue, la Cour d'appel de Paris a jugé « que c'est […] dans l'exercice de ses prérogatives que le procureur de la République a décidé le classement de la procédure pénale au motif qu'une autre mesure pouvait intervenir, étant observé que la garde à vue a duré moins de 24 heures, l'interpellation étant intervenue le 7 mars 2013 à 16h ; Que les instructions données à 10h50 *n'impliquaient pas la levée immédiate de la garde à vue mais la levée de celle-ci à partir du moment où il était possible de soumettre la procédure à la voie administrative* à 15h41 selon les instructions mêmes du magistrat ; que dès lors la garde à vue a été régulièrement levée à 15h40 selon le procès-verbal figurant au dossier et aucun détournement de procédure n'est relevé »[429]. Selon cette analyse, le principe

[427] Pour le *Littré*, « garder à vue » signifie « garder sans cesser jamais d'avoir l'œil sur la personne gardée ».
[428] Cour d'appel de Paris, 14 mars 2013, n° 13/00853.
[429] Nous soulignons. Voir également : Cour d'appel de Paris, 22 juin 2013, n° 13/01952 : « Que les instructions données à 14 heures 45 [en vue du classement sans suite et de l'orientation vers une procédure administrative d'éloignement] n'impliquaient pas la levée immédiate de la garde à vue mais la levée de celle-ci à partir du moment où il était possible de soumettre la procédure à la voie administrative selon les instructions mêmes du magistrat ; que dès lors […] aucun détournement de procédure n'est relevé peu important les heures auxquelles les décisions administratives ont pu être disponibles dès lors que l'enquête pénale se poursuivait sous le contrôle du ministère public ».

d'opportunité des poursuites autorise le parquet à décider du classement sans suite au bénéfice d'une procédure administrative d'éloignement, mais également de retarder la levée de la garde à vue afin de permettre la mise en œuvre effective de cette procédure. La garde à vue poursuit ici une finalité purement administrative, l'étranger n'étant pas poursuivi pour le délit de maintien irrégulier. Cette finalité n'a pas non plus été condamnée dans des arrêts postérieurs, où la Cour d'appel de Paris a jugé que « la levée de la garde à vue pour tardive qu'elle soit n'entache pas la procédure d'irrégularité dès lors que l'ensemble s'est écoulé sous le contrôle du ministère public et n'a pas excédé le délai légal de 24 heures »[430]. Cette décision affaiblit considérablement l'exigence de nécessité de la garde à vue, en la limitant au prononcé de cette mesure. Selon la Cour, dès lors que la décision de placement en garde à vue poursuit l'un des objectifs visés à l'article 62-2 du Code de procédure pénale, la mesure de contrainte peut être maintenue jusqu'au terme du délai de vingt-quatre heures[431] sans que la nécessité de ce maintien ne puisse être remise en cause. L'absence de prolongation de la garde à vue au-delà des vingt-quatre heures légales semble ainsi s'opposer à toute irrégularité de la procédure. C'est en quelque sorte une nécessité *préalable* qui s'instaure et qui n'aura à être de nouveau contrôlée qu'en cas de prolongation de la garde à vue, à l'issue du délai légal de vingt-quatre heures. L'exigence de nécessité s'arrête aux portes de la garde à vue alors qu'elle devrait imposer la fin de cette mesure sans considération du délai de vingt-quatre heures, dès que l'objectif initialement poursuivi n'est plus présent ; autrement dit, dès lors que le maintien de la garde à vue n'est plus justifié. C'est d'ailleurs l'interprétation du législateur, l'article 62-3 du Code de procédure pénale disposant que « Le procureur de la République apprécie si le *maintien* de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure *sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits* que la personne est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre »[432]. Une telle mesure ne peut en effet être jugée nécessaire lorsqu'elle est maintenue en dehors de toute finalité pénale, quand bien même elle s'inscrirait encore dans le cadre du délai légal imposé par le Code de procédure pénale. Il conviendrait ainsi de faire

[430] Cour d'appel de Paris, 7 avril 2014, n° 14/01103. Voir également : Cour d'appel de Paris, 2 décembre 2013, n° 13/03747 : « [c]'est à bon droit que le préfet de police a fait appel d'une ordonnance rendue le 30 novembre 2013 à 15h20 par le juge des libertés et de la détention près le tribunal de grande instance de Paris, en effet quelle que soit l'incertitude qui demeure sur les raisons précises qui ont conduit à une levée effectivement tardive de la garde à vue, il n'en demeure pas moins que cette dernière s'est inscrite dans le cadre légal qui ne doit pas excéder vingt-quatre heures »; Cour d'appel de Paris, 2 mars 2017, n° 17/00809 : « sur les moyens tirés d'un détournement de la mesure de garde à vue et de sa levée tardive, qu'aucun détournement ne saurait être retenu dès lors que la mesure n'a pas dépassé 24 h, comme c'est le cas en l'espèce ».

[431] Établi par l'article 63, *II* du Code de procédure pénale.

[432] Article 62-3 alinéa 2 du Code de procédure pénale, nous soulignons.

respecter l'esprit du principe de nécessité, en condamnant clairement l'utilisation de cette mesure à des fins administratives.

CONCLUSION DE LA SECTION II

95. L'utilisation spécifique du droit pénal en zone d'attente entraîne une atteinte au principe de nécessité, portée à deux égards. La modulation de son action est d'abord contraire à l'exigence de subsidiarité qui, partie intégrante du principe de nécessité, impose de mobiliser le droit pénal en dernier recours et de subordonner son action à l'existence de comportements d'une particulière gravité. Or, la modulation du droit pénal en zone d'attente – sa mise à l'écart à l'arrivée de l'étranger sur le territoire et sa mobilisation plusieurs jours après – révèle un usage utilitaire et désincarné du droit pénal, dont l'action n'est plus subordonnée à la gravité du comportement en cause mais à l'effectivité de la mesure administrative de maintien. Le curseur régissant l'application du droit pénal se déplace ainsi d'un critère proprement pénal, la gravité du comportement en cause, à un critère administratif, l'effectivité de la mesure de maintien. C'est ainsi que la mobilisation du droit pénal en fin de maintien ne vise qu'à remédier à l'échec de l'administration dans le renvoi de l'étranger, à travers l'utilisation de l'outil procédural de la garde à vue. Détournée des objectifs établis par le législateur, cette mesure est détachée de toute nécessité en ne poursuivant qu'une finalité administrative. Les statistiques le démontrent : levée dès que l'administration prononce une mesure de placement en rétention, la garde à vue ne conduit, dans l'immense majorité des cas, à l'infliction d'aucune sanction pénale à l'encontre de l'étranger. Il ne s'agit pas de déplorer l'absence de sanction pénale mais l'utilisation intempestive d'un acte de contrainte dénué de toute nécessité et donc de toute légitimité. Le législateur n'a en effet établi aucune finalité administrative à la garde à vue, qui ne peut dès lors être mise en œuvre dans l'objectif de maintenir l'étranger sous contrainte jusqu'à ce que l'administration déclenche une procédure d'éloignement à son encontre. Bien au contraire, l'article 62-2 du Code de procédure pénale – siège de l'exigence de nécessité de la garde à vue – ne cite que des objectifs sécuritaires ou probatoires détachés de toute considération administrative. L'usage de cette mesure de contrainte en fin de maintien révèle que ni la réforme du 14 avril 2011 ni l'abrogation du délit de séjour irrégulier et l'encadrement du délit d'entrée irrégulière n'ont permis de mettre fin à une pratique qui ne fait que se pérenniser.

96. Modulation – Dans les espaces particuliers que constituent les zones d'attente, le droit pénal subit une application spécifique. Détachée de ses objectifs, son action est modulée en considération des intérêts de l'administration. Le curseur de la pénalisation ne se déplace plus en fonction du principe de nécessité, qui limite l'action pénale aux comportements particulièrement graves commis à l'encontre de valeurs protégées, mais en raison de l'effectivité ou de l'échec de la mesure administrative de maintien. À l'arrivée de l'étranger sur le territoire, les incriminations liées à l'entrée irrégulière[433] ou au retour irrégulier sont mises à l'écart afin de ne pas neutraliser la procédure administrative. À l'inverse, lorsque la mesure de maintien approche de son terme sans que l'étranger n'ait pu être renvoyé, le droit pénal est mobilisé[434]. Cette modulation du droit pénal en zone d'attente est la conséquence directe du caractère accessoire de la pénalisation de la migration transfrontière. Les délits d'entrée et de retour irréguliers révèlent en effet un droit purement sanctionnateur, dépendant des normes administratives dont il vient punir la violation. Cette dépendance du droit pénal vis-à-vis des règles administratives conduit à conditionner le déclenchement des poursuites pénales, non plus à la violation d'une valeur sociale protégée par la norme pénale, mais à l'échec de la procédure de renvoi. La fonction du droit pénal est alors dégradée, ce dernier étant réduit au rang de simple moyen, d'outil au service de l'action administrative.

97. Détournement – Le succès de la pénalisation en fin de maintien s'explique aisément : le déclenchement de poursuites pénales a pour effet de contourner la délivrance d'un visa de régulation à l'égard de l'étranger qui n'a pu être renvoyé du territoire à l'issue de son maintien en zone d'attente[435]. Celui-ci est alors placé en garde à vue jusqu'à ce que l'administration lui notifie son placement en rétention. Les poursuites sont ensuite abandonnées et la mesure de garde à vue levée. Après le droit pénal substantiel, c'est ainsi le droit pénal procédural qui est détourné[436] au bénéfice de l'administration, démontrant un usage utilitaire contraire au principe de nécessité. D'aucuns trouveront certainement un aspect positif à cette utilisation modulée du droit pénal – qui est d'ailleurs encouragée par l'Union européenne et par la Cour de justice –

[433] Délit d'entrée irrégulière : article L. 621-2 du CESEDA.
[434] Voir Dan KAMINSKI, Françoise DIGNEFFE, Christophe ADAM, Jean-François CAUCHIE, Marie-Sophie DEVRESSE et Vincent FRANCIS, « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales : construction et déconstruction d'un concept », *Sociologie et sociétés*, *op. cit.*
[435] Article L. 224-1 du CESEDA.
[436] Danièle LOCHAK, « L'immigration saisie par le droit pénal », *op. cit.,* p. 700.

en ce qu'elle privilégie la procédure administrative d'éloignement à l'emprisonnement et, en cela, opère un certain « recul » de la pénalisation de la migration irrégulière. Pourtant, il n'en est rien. La pénalisation est tout au plus déplacée temporellement, comme l'a été le délit de séjour irrégulier après avoir été transformé en délit de maintien irrégulier[437]. Surtout, ce déplacement temporel du droit pénal – du début, à la fin du maintien en zone d'attente – n'est pas sans conséquence sur la conception classique de cette branche particulière du droit. D'une part, le droit pénal se détache de toute idée d'*ultima ratio*. Son application n'est plus liée à l'existence d'un comportement particulièrement grave qui affecte une valeur essentielle de notre société, mais devient dépendante des besoins de l'administration. Or, ce n'est ni le sens ni la portée du principe de subsidiarité de transformer la loi pénale en simple option, ou de subordonner son application aux objectifs utilitaires du droit administratif. L'*ultima ratio* ne confère pas au droit pénal un caractère supplétif, mais lui commande au contraire de s'éloigner du critère de l'utilité pour se consacrer aux atteintes particulièrement graves portées à des valeurs considérées comme essentielles. La mobilisation du droit pénal substantiel aboutit ainsi à une utilisation dévoyée de la garde à vue qui n'est plus mise en œuvre dans le cadre des finalités – probatoires ou sécuritaires – expressément consacrées par le législateur[438]. Détachée de ce cadre, la garde à vue n'est plus *nécessaire* alors qu'elle constitue une mesure de contrainte soumise à l'exigence de nécessité. Le traitement administratif de la migration irrégulière à la frontière conduit ainsi à appliquer le droit pénal en dehors des bornes établies par le principe de nécessité. Détaché de cette exigence, le risque est grand que le droit pénal s'éloigne définitivement du critère de gravité pour rejoindre celui de l'utilité. Mais tandis que la zone d'attente entraîne une application modulée du droit pénal, la zone frontalière conduit de son côté à une utilisation étendue des contrôles d'identité.

[437] Article L. 624-1 du CESEDA.
[438] Article 62-2 du Code de procédure pénale.

CHAPITRE II.

L'EXTENSION DES CONTROLES D'IDENTITE EN ZONE FRONTALIERE

98. Identité – « Mon identité m'appartient comme le fondement ou, peut-être, comme l'objet et la fin même de mon droit à être moi-même, à devenir moi-même en accomplissant le fond de ma personnalité ; et elle n'a pas à se justifier aux yeux du monde, ni même à s'afficher ou à s'exprimer pour être elle-même - au contraire, car, par cette brèche, le monde pourrait aussi y attenter. Même réduite à ce signe qu'est mon nom, à la fois le plus simple énoncé et pourtant le plus ineffable de mon être, mon identité n'appartient qu'à moi, en cette double implication que je suis seul à la posséder et que je n'ai pas à en rendre compte à quiconque, si telle est ma volonté : moi aussi, je prétends un peu être simplement "celui qui suis", sans que j'aie à le dire autrement et à vous consentir le droit de me nommer, et, en me nommant, de m'objectiver, de me circonscrire ou de me réduire »[439].

99. Étymologie – L'étymologie du terme identité désigne ce qui est identique. Celui-ci naît du latin *idem*, signifiant « le même ». Pourtant, l'identité est aussi ce qui nous différencie, ce qui démontre notre profonde singularité. Elle nous détache des autres jusqu'à, parfois, nous exclure, notamment lorsque nous est imposée sa justification. La personne contrôlée par les autorités de police est particulièrement confrontée à ce qui la singularise des autres : un comportement, une circonstance, son apparence. Le contrôle d'identité « accuse » aux yeux du monde une différence suspecte. Plus la personne contrôlée se distingue par son apparence et plus, par conséquent, le contrôle de son identité doit être strictement conditionné. Pourtant, l'exact contraire est constaté en matière de contrôles d'identité « frontaliers » et sur réquisitions sur procureur de la République, qui sont particulièrement utilisés en matière de migration irrégulière.

100. Contrôles généraux d'identité – L'article 78-2 du Code de procédure pénale prévoit quatre types de contrôles d'identité. Les alinéas 1 à 6 de cette disposition sont relatifs au

[439] Étienne PICARD, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : deux régimes inutilement hétéroclites », *Revue française de droit administratif*, 1994, p. 959.

contrôle judiciaire d'identité. Comme son nom l'indique, ce contrôle s'opère dans le cadre de la recherche d'auteurs d'une infraction, à l'égard d'une personne à l'encontre de laquelle il existe « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » notamment la préparation, la tentative ou la commission d'une infraction. Le contrôle judiciaire d'identité est donc un contrôle individualisé, qui s'opère en fonction du comportement de la personne. Il est ainsi soumis à une stricte exigence de motivation.

Second contrôle « général » d'identité, le contrôle de police administrative est prévu à l'alinéa 8 de l'article 78-2. Contrairement au contrôle judiciaire, il peut s'opérer à l'égard de « toute personne » car il est relatif à la prévention d'une atteinte à l'ordre public, à la sécurité des personnes ou des biens. Ce contrôle n'a donc pas à être individualisé en ce sens qu'il peut s'opérer « quel que soit » le comportement de la personne, mais il doit néanmoins obéir à une exigence de motivation liée à l'objectif de prévention générale qu'il poursuit. L'autorité de police procédant au contrôle doit préciser les circonstances de fait qui lui ont permis de penser qu'il existait, au moment du contrôle, un risque précis d'atteinte à l'ordre public. Qu'ils soient liés à la recherche d'auteurs d'une infraction ou à la prévention d'un risque pour l'ordre public, les contrôles généraux d'identité sont ainsi subordonnés à une stricte motivation. À côté de ces deux premiers contrôles d'identité, qui peuvent *a priori* concerner l'ensemble des justiciables, se distinguent deux autres types de contrôles particulièrement utilisés dans la prévention et la recherche d'infractions liées à la migration irrégulière. Il s'agit des contrôles d'identité frontaliers d'une part, et des contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République d'autre part.

101. Contrôle d'identité frontalier – Le contrôle d'identité frontalier est évoqué aux alinéas 9 et 10 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale[440]. Instauré pour pallier la

[440] Ces alinéas disposent : « Dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté et aux abords de ces gares, pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière, l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi. Lorsque ce contrôle a lieu à bord d'un train effectuant une liaison internationale, il peut être opéré sur la portion du trajet entre la frontière et le premier arrêt qui se situe au-delà des vingt kilomètres de la frontière. Toutefois, sur celles des lignes ferroviaires effectuant une liaison internationale et présentant des caractéristiques particulières de desserte, le contrôle peut également être opéré entre cet arrêt et un arrêt situé dans la limite des cinquante kilomètres suivants. Ces lignes et ces arrêts sont désignés par arrêté ministériel. Lorsqu'il existe une section autoroutière démarrant dans la zone mentionnée à la première phrase du présent alinéa et que le premier péage autoroutier se situe au-delà de la ligne des 20 kilomètres, le contrôle peut en outre avoir lieu jusqu'à ce premier péage sur les aires de stationnement ainsi que sur le lieu de ce péage et les aires de stationnement attenantes. Les péages concernés par cette disposition sont désignés par arrêté. Le fait que le contrôle d'identité révèle une infraction autre que celle de non-respect des obligations susvisées ne constitue pas une cause de nullité

suppression des contrôles aux frontières intérieures, il vise précisément « la vérification du respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi » et, depuis la loi du 14 mars 2011, la prévention et la recherche de la criminalité transfrontalière. Le contrôle d'identité frontalier organise ainsi, par son origine et ses finalités, un contrôle direct de la migration irrégulière[441] limité aux zones frontalières et de circulation internationale. Autrement dit, ce contrôle d'identité dédié à la migration irrégulière est entrepris au sein des lieux d'entrée sur le territoire français, qu'ils soient relatifs à une frontière réelle – zones frontalières – ou restituée – lieux de transports à liaison internationale.

102. Contrôle d'identité requis – À côté du contrôle frontalier, un autre type de contrôle d'identité est particulièrement utilisé en matière de migration irrégulière, sans toutefois y être spécialement dédié. Il s'agit du contrôle d'identité sur réquisitions du procureur de la République. Tout comme le contrôle d'identité frontalier, ce « contrôle requis »[442] organisé par l'article 78-2 alinéa 7 est limité dans le temps, dans l'espace et dans sa finalité. Les réquisitions du parquet doivent ainsi déterminer la durée, le périmètre géographique au sein duquel les autorités de police seront habilitées à contrôler l'identité des personnes y circulant et la ou les infraction(s) recherchée(s). Contrairement au contrôle d'identité frontalier, le législateur a conçu le contrôle requis comme un contrôle d'identité de nature judiciaire destiné à intervenir,

---

des procédures incidentes. Pour l'application du présent alinéa, le contrôle des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi ne peut être pratiqué que pour une durée n'excédant pas douze heures consécutives dans un même lieu et ne peut consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans les zones ou lieux mentionnés au même alinéa.
Dans un rayon maximal de dix kilomètres autour des ports et aéroports constituant des points de passage frontaliers au sens de l'article 2 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), désignés par arrêté en raison de l'importance de leur fréquentation et de leur vulnérabilité, l'identité de toute personne peut être contrôlée, pour la recherche et la prévention des infractions liées à la criminalité transfrontalière, selon les modalités prévues au premier alinéa du présent article, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi. L'arrêté mentionné à la première phrase du présent alinéa fixe le rayon autour du point de passage frontalier dans la limite duquel les contrôles peuvent être effectués. Lorsqu'il existe une section autoroutière commençant dans la zone mentionnée à la même première phrase et que le premier péage autoroutier se situe au-delà des limites de cette zone, le contrôle peut en outre avoir lieu jusqu'à ce premier péage sur les aires de stationnement ainsi que sur le lieu de ce péage et les aires de stationnement attenantes. Les péages concernés par cette disposition sont désignés par arrêté. Le fait que le contrôle d'identité révèle une infraction autre que celle de non-respect des obligations susmentionnées ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes. Pour l'application du présent alinéa, le contrôle des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi ne peut être pratiqué que pour une durée n'excédant pas douze heures consécutives dans un même lieu et ne peut consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans les zones mentionnées au présent alinéa ».

[441] Jacques BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *JurisClasseur Procédure pénale*, fascicule n° 10, décembre 2008, mis à jour avril 2018, n° 16-26.

[442] *Ibid.,* n° 84.

par des « opérations coups de poing »[443], au sein de zones où s'effectuent des actes de délinquance. Si le législateur n'a pas conçu le contrôle requis comme un instrument d'appréhension de la migration irrégulière, il est pourtant en pratique particulièrement utilisé, et même détourné afin d'étendre les zones au sein desquelles les contrôles frontaliers sont exercés.

103. La découverte de la migration irrégulière s'effectue ainsi par une utilisation combinée des contrôles d'identité frontaliers et requis **(Section I)** qui est d'autant plus favorisée par l'absence de motivation inhérente à ces contrôles. Le législateur a en effet délié l'autorité de police de toute obligation de justification individuelle des contrôles frontaliers et requis. Dès l'instant où ces derniers sont effectués dans le cadre spatio-temporel défini par le législateur ou par le procureur de la République, l'autorité de police n'a pas à justifier leur mise en œuvre au regard du comportement de la personne contrôlée ou de l'existence d'un risque pour l'ordre public. Les contrôles d'identité frontaliers et requis organisent donc un cadre dérogatoire qui s'applique par nature ou en pratique à l'encontre de la migration irrégulière en aménageant des règles procédurales plus souples à l'égard de l'autorité de police. Ils sont dès lors effectués, non sur le fondement de critères objectifs, mais en raison de l'« apparence »[444] de l'individu contrôlé qui laisse supposer qu'il est en état de migration irrégulière. L'absence de motivation des contrôles d'identité frontaliers et requis est ainsi la source d'une utilisation discriminante de ces derniers **(Section II)**.

SECTION I. L'UTILISATION COMBINEE DES CONTROLES D'IDENTITE

SECTION II. L'UTILISATION DISCRIMINANTE DES CONTROLES D'IDENTITE

[443] Ainsi dénommé par Christian BONNET dans son Rapport n° 381 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, relatif aux contrôles et vérifications d'identité, 1993, p. 3.
[444] Céline CHASSANG, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, *op. cit.*, pp. 162 et suivantes.

SECTION I. UNE UTILISATION COMBINÉE DES CONTRÔLES D'IDENTITE

104. Le contrôle de la migration irrégulière est officiellement organisé par le contrôle d'identité frontalier qui vise, depuis sa création, à compenser la libre circulation instaurée par l'Acquis Schengen. Afin de ne pas se transformer en vérification aux frontières, ce contrôle est limité à des zones spatiales de migration, les zones frontalières, à une durée définie par le législateur. Toutefois, cet encadrement apparaît en pratique insuffisant pour éviter la mise en œuvre de contrôles systématiques, prohibés par le droit de l'Union. Par ailleurs, le contrôle de la migration irrégulière est étendu avec l'utilisation des contrôles d'identité sur réquisitions qui, s'ils ne sont pas toujours officiellement destinés à s'exercer sur la migration irrégulière, servent de fondement à l'appréhension d'étrangers en situation irrégulière. La mise en œuvre des contrôles d'identité sur réquisitions peut donc avoir pour effet d'étendre les zones frontalières établies par arrêté et d'opérer ainsi une appréhension plus large de la migration irrégulière. Cette analyse est renforcée par le fait que, contrairement aux contrôles généraux d'identité, les contrôles frontaliers et requis ne sont soumis à aucune obligation de motivation individuelle. Le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de police est alors entier puisqu'elle n'a pas à justifier le contrôle d'identité ni à informer la personne concernée des motifs de ce contrôle. La mise en œuvre des contrôles frontaliers et requis en ressort considérablement facilitée, ce qui accroît l'utilisation de ces outils procéduraux lors de la recherche d'infractions liées à la migration irrégulière. L'utilisation combinée des contrôles d'identité frontaliers et requis entraîne ainsi un contrôle étendu de la migration irrégulière **(Paragraphe I)**, renforcé par l'absence de motivation individuelle de ces contrôles **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I. Un contrôle étendu de la migration irrégulière

105. La combinaison des contrôles d'identité frontaliers et requis permet la mise en œuvre d'un contrôle étendu de la migration irrégulière. Le contrôle frontalier organise ainsi un contrôle direct de la migration **(A)**, tandis que le contrôle requis exerce un contrôle incident **(B)**.

A. Un contrôle direct organisé par le contrôle frontalier

106. Le contrôle d'identité frontalier s'exerce uniquement au sein des zones frontalières définies par arrêté. Il est ainsi limité au regard de sa spécificité, aux lieux par lesquels s'effectue

la migration. Afin qu'il ne soit pas analysé comme une vérification aux frontières prohibée par le droit de l'Union, le législateur français a introduit une limite temporelle à la mise en œuvre de ce contrôle. En pratique, cette limite, récemment étendue, constitue néanmoins un rempart insuffisant contre les contrôles d'identité systématiques. La migration irrégulière est ainsi contrôlée en zone frontalière **(1)**, de manière parfois systématique **(2)**.

1. Une migration irrégulière contrôlée en zone frontalière

107. Schengen – Le contrôle d'identité frontalier organise un véritable contrôle de la migration irrégulière depuis que l'Acquis Schengen – et plus précisément la Convention d'application de l'Accord Schengen – a entrainé la suppression des frontières intérieures en précisant que ces dernières « peuvent être franchies en tout lieu sans qu'un contrôle des personnes soit effectué »[445]. L'Acquis Schengen a donc supprimé les contrôles aux frontières intérieures pour les reporter aux frontières extérieures de l'Union. Cet espace de libre circulation a incité le Gouvernement à créer de nouveaux mécanismes de contrôles afin de pallier la suppression des contrôles aux frontières intérieures. Cette création était tout à fait permise par la Convention d'application qui précisait que l'espace de liberté n'entachait pas « l'exercice des compétences de police par les autorités compétentes en vertu de la législation de chaque Partie Contractante sur l'ensemble de son territoire, ni [les] obligations de détention, de port et de présentation de titres et documents prévues par sa législation »[446]. Les États parties demeuraient ainsi libres d'établir des contrôles d'identité généraux, mais également plus centrés sur le contrôle de la situation des étrangers en particulier.

108. Création – C'est dans ce cadre que la loi du 10 août 1993 a inséré au sein de l'article 78-2 du Code de procédure pénale un type particulier de contrôle d'identité, les contrôles « frontaliers », qui peuvent être mis en œuvre au sein de la zone attenante aux frontières terrestre, portuaire et aéroportuaire. L'article 78-2 alinéa 8 du Code de procédure pénale dispose ainsi que « Dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà,

[445] Article 2.1 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française *relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*. Cette suppression trouve toutefois une limite puisqu'un État partie peut décider de rétablir des contrôles frontaliers à ses frontières pour un temps limité lorsque « l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent ».

[446] Article 2.3 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 *relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.*

ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté et aux abords de ces gares, pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière, l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, *en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi* »[447]. La finalité du contrôle frontalier est clairement exprimée par cette disposition. La zone frontalière qui y est définie démontre en effet qu'il ne s'agit pas d'un contrôle général de titres, mais au contraire d'un contrôle de la situation administrative de l'étranger, centré sur le port des documents et titres de séjour[448]. La Commission des lois du Sénat a d'ailleurs précisé que « le dispositif proposé consiste simplement à transférer dans la zone frontalière les contrôles qui sont jusqu'à présent effectués à la frontière elle-même par les agents des Douanes ou de la Police de l'air et des frontières »[449]. L'outil procédural du contrôle d'identité est alors mobilisé dans le but d'appréhender le franchissement irrégulier de la frontière. En ce sens, il s'agit avant tout d'un contrôle d'extranéité[450] direct puisque la recherche de l'identité de la personne n'apparaît que secondaire, dépassée par un objectif plus précis relatif au contrôle de la migration. Initialement, les contrôles frontaliers ne subissaient aucun encadrement temporel. Ils pouvaient ainsi être effectués dans les zones frontalières et de transports à liaison internationale sans discontinuer. Cette absence d'encadrement temporel posait question au regard de l'interdiction d'établir des vérifications aux frontières énoncée par l'article 22 du Code frontières Schengen[451].

109. Arrêt *Melki et Abdeli* – C'est ainsi que la Cour de justice a été saisie d'une question préjudicielle relative à la conformité des contrôles frontaliers français avec l'article 67 TFUE assurant notamment l'absence de contrôle des personnes aux frontières intérieures de l'Union. Dans son arrêt *Melki et Abdeli*[452], elle a jugé que l'absence d'encadrement des contrôles

[447] Nous soulignons.
[448] Jacques BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op. cit.,* n° 175 ; voir *contra* : Hervé VLAMYNCK, « Le contrôle de la situation des étrangers sur le sol français », *Actualité juridique Pénal*, 2008, p. 9.
[449] Rapport de la Commission des lois du sénat relatif à la loi n° 93-992 du 10 août 1993, *Sénat n° 381*, 1993.
[450] Jacques BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op. cit.,* n° 175.
[451] Celui-ci précise que « Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité ».
[452] Cour de justice de l'Union européenne, *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli,* 22 juin 2010*,* aff. C-188/10 et C-189/10 ; confirmé par Cour de justice de l'Union européenne, 21 juin 2017, *A.,* aff. C-9/16 : la Cour précise que le droit de l'Union s'oppose « à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui confère aux services de police de l'État [allemand] la compétence pour contrôler l'identité de toute personne, dans une zone de 30 kilomètres [en-deçà de la frontière] en vue de prévenir ou de faire cesser l'entrée ou le séjour illégaux sur le territoire […] ou de prévenir certaines infractions qui portent atteinte à la sécurité de la frontière, indépendamment du comportement de la personne concernée et de l'existence de circonstances particulières, à moins que cette

frontaliers était contraire au droit de l'Union. Elle a notamment relevé que « l'article 67, paragraphe 2, TFUE ainsi que les articles 20 et 21 du règlement n° 562/2006 s'opposent à une législation nationale conférant aux autorités de police de l'État membre concerné la compétence de contrôler, uniquement dans une zone de 20 kilomètres à partir de la frontière terrestre de cet État avec les États parties à la CAAS, l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et des documents prévues par la loi, *sans prévoir l'encadrement nécessaire de cette compétence garantissant que l'exercice pratique de ladite compétence ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières* »[453]. Si les contrôles frontaliers, tels qu'ils étaient prévus alors, ont été déclarés contraires aux dispositions susvisées, c'est uniquement parce que l'absence de « précisions et limitations » « relatives à l'intensité et à la fréquence des contrôles pouvant être effectués sur cette base juridique »[454] était susceptible de conduire à la mise en œuvre de « contrôles ayant un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières »[455]. Autrement dit, la Cour n'a pas condamné le principe même du contrôle frontalier[456] mais a uniquement imposé au législateur français d'encadrer le « pouvoir d'appréciation »[457] des autorités chargées du contrôle frontalier[458].

réglementation prévoie l'encadrement nécessaire de cette compétence garantissant que l'exercice pratique de celle-ci ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ».

[453] *Ibid.,* § 75, nous soulignons.

[454] *Ibid.,* § 73.

[455] *Ibid.*

[456] Serge SLAMA, Nicolas HERVIEU, « Validation sous réserves du mécanisme de la QPC et non-conformité des contrôles de la bande des 20 km Schengen », *op. cit.*

[457] *Ibid.,* § 74.

[458] Henri LABAYLE, « La suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'Union » *in* Claude BLUMANN (dir.), *Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 33-34.

110. Évolution législative – Les juridictions internes ont rapidement pris acte de cette décision[459], contraignant le législateur à réagir rapidement. La loi Loppsi II du 14 mars 2011[460] a ainsi ajouté deux conditions à la mise en œuvre du contrôle d'identité frontalier. Elle a d'abord apporté une nouvelle finalité au contrôle frontalier, liée à « la prévention et [à] la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière »[461], sans pour autant supprimer celle relative à la vérification du respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi. Le législateur a ensuite encadré les modalités d'exécution du contrôle frontalier en précisant qu'il « ne peut être pratiqué que pour une durée n'excédant pas six heures consécutives dans un même lieu et ne peut consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant » dans ces lieux. Afin d'éviter que le contrôle frontalier ne devienne un équivalent des vérifications aux frontières, le législateur a donc choisi de l'encadrer dans les conditions de fréquence et d'intensité mises en lumière par la Cour de justice.

111. Extension – L'encadrement spatio-temporel des contrôles frontaliers a néanmoins récemment évolué vers un assouplissement considérable des conditions de mise en œuvre de ces contrôles impulsé par la nécessité de lutter contre le terrorisme. La loi du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* a ainsi étendu le cadre spatio-temporel des contrôles frontaliers[462]. Désormais, ces derniers peuvent être effectués durant, non plus six, mais douze heures[463]. Plus encore, la loi précitée a amplifié les « bulles » frontalières constituées des ports et aéroports en précisant que les contrôles d'identité frontaliers peuvent être opérés « dans un rayon maximal de dix kilomètres autour [de ces infrastructures] »[464]. Ces bulles deviennent poreuses, la loi du 30 octobre 2017 ajoutant que « lorsqu'il existe une section autoroutière commençant dans la zone mentionnée à la même première phrase et que le premier

[459] Alors que l'arrêt de la Cour de justice était centré sur les contrôles opérés dans la zone des 20 kms en deçà de la frontière, plusieurs décisions des juridictions françaises sont venues consacrer une extension de l'irrégularité des contrôles frontaliers à l'ensemble des cas prévus par l'alinéa 9. Les juridictions du fond d'abord, ont annulé des contrôles d'identité qui avaient été opérés au sein d'un aéroport (pour l'aéroport Charles-de-Gaulle : Paris, 12 juillet 2010, n° B10/02962) ou d'une gare parisienne (pour la gare du Nord parisienne : Paris, 12 juillet 2010). Ensuite et surtout, la Cour de cassation a consacré cette extension de l'irrégularité des contrôles frontaliers dans un arrêt du 23 juillet 2011 (Cour de cassation, première chambre civile, 23 février 2011, n° 09-70.462). Les contrôles effectués au sein des ports, aéroports, gares ferroviaires désignés par décret devenaient ainsi contraires au droit de l'Union et encouraient à ce titre la nullité. Voir KARINE PARROT, « Illégalité des contrôles d'identité "Schengen" », *op. cit.*, p. 603.

[460] Article 69 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 *d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*.

[461] La Cour de justice ayant relevé cette finalité au sein de sa décision *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli*, n° 70.

[462] Article 19 de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.*

[463] *Ibid.*

[464] *Ibid.* Article 78-2 alinéa 10 du Code de procédure pénale.

péage autoroutier se situe au-delà des limites de cette zone, le contrôle peut […] avoir lieu jusqu'à ce premier péage sur les aires de stationnement ainsi que sur le lieu de ce péage et les aires de stationnement attenantes »[465]. L'extension des bulles frontalières accroît d'autant plus le cadre spatial du contrôle d'identité frontalier que la liste des infrastructures concernées par ce dernier n'a cessé de s'allonger : l'arrêté du 22 mars 2012 désigne actuellement plus de 140 ports et une centaine d'aéroports. Désormais, les contrôles d'identité frontaliers peuvent donc être opérés durant douze heures dans une zone frontalière de vingt kilomètres en-deçà de la frontière terrestre, dans plus de 300 infrastructures liées au transport international[466], dans un périmètre de dix kilomètres autour des ports et aéroports désignés par l'arrêté du 22 mars 2012 et sur les sections autoroutières commençant dans ces lieux jusqu'au premier péage en dehors de la zone définie. L'extension significative de l'encadrement législatif établi après l'arrêt *Melki et Abdeli* conduit à accroître le risque de mise en œuvre de contrôles potentiellement systématiques.

2. Des contrôles potentiellement systématiques

112. Limite – L'encadrement spatio-temporel des contrôles d'identité frontaliers ne permet pas d'éviter l'existence de contrôles systématiques de la migration irrégulière[467], d'autant plus depuis sa récente extension. Il a ainsi été établi que certains trains régionaux assurant la liaison jusqu'à Vintimille sont systématiquement arrêtés en gare de Menton-Garavan afin que les autorités de police puissent effectuer une opération de contrôles d'identité frontalier, alors que cette gare ne constitue pas un arrêt prévu au sein du trajet ferroviaire[468]. Néanmoins, sa proximité avec la frontière franco-italienne, située à moins d'un kilomètre et fermée depuis juin 2015, permet aux autorités de police de renvoyer facilement et rapidement les étrangers en situation irrégulière qui circuleraient à bord du train en édictant un refus d'entrée qui entraîne pour l'Italie l'obligation de les réadmettre. La SNCF a d'ailleurs mis des locaux à disposition des autorités de police afin qu'elles puissent y retenir les étrangers en attendant de les renvoyer vers l'Italie lors du passage du prochain train[469]. Les autorités de police procèdent ainsi à des

[465] *Ibid.*
[466] Arrêté du 22 mars 2012.
[467] Jacques BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op. cit.*, n° 175.
[468] Louise FESSARD, « A la frontière italienne, des cheminots résistent à la "chasse aux migrants" », *op. cit.* ; LA CIMADE, « Violation systématique des droits des migrants à la frontière franco-italienne, », 7 juin 2017, compte-rendu d'une mission menée par les équipes de La Cimade du 10 au 20 mai 2016 à Menton, Nice, Vintimille et dans la vallée de la Roya ; COFSLR, « La frontière qui définit les indésirables – Vintimille », *op. cit.*
[469] *Ibid.* Sur ce point, voir l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme *sur la situation des migrants à la frontière franco-italienne*, 19 juin 2018, p. 12.

opérations de contrôles d'identité frontaliers dans tous les trains régionaux franchissant la frontière franco-italienne, durant toute leur durée de circulation[470] et à l'égard de l'ensemble des individus d'apparence étrangère. Malgré leur existence avérée, les contrôles d'identité frontaliers revêtent un caractère systématique que la jurisprudence peine à reconnaître.

113. Jurisprudence – Si, au lendemain de la loi Loppsi II, les juridictions du fond ont annulé les contrôles d'identité ciblés et effectués pour tous les intéressés de manière identique, constatant ainsi l'absence de caractère aléatoire des contrôles[471], la Cour de cassation a rapidement censuré cette analyse par plusieurs arrêts rendus le même jour, en précisant que les contrôles d'identité frontaliers n'ont pas à être effectués « par hasard ». Le 24 avril 2015, de tels contrôles avaient été menés à la gare de Lyon lors de l'arrivée du train international Thello[472] entre 9h et 13h. Le procès-verbal relatif à l'opération précisait que celle-ci était motivée par « le contexte relatif aux arrivées massives de migrants en provenance de Libye » par le Thello. Outre le lien établi par le commissaire divisionnaire entre immigration et terrorisme – le procès-verbal relevant notamment que « la promiscuité […] entre ces migrants […] et ces Islamistes peut clairement favoriser le prosélytisme et la radicalisation de ces migrants » – celui-ci précisait également que « le Thello arrive chaque jour gare de Lyon à 9h30 et tous les contrôles effectués jusqu'ici ont permis de constater que ce sont entre 60 et 80 migrants clandestins qui l'empruntent quotidiennement », principalement Maliens, Tunisiens et Égyptiens. L'opération était ainsi dénuée de hasard : les policiers avaient procédé aux contrôles uniquement sur le quai d'arrivée du Thello, étant informés que cette liaison ferroviaire constituait une voie de migration irrégulière. À la suite de cette opération, deux étrangers en situation irrégulière avaient été placés en centre de rétention administrative. Le juge des libertés et de la détention ayant rejeté l'exception de nullité du contrôle d'identité, les intéressés avaient alors interjeté appel de cette décision. Le 1er mai 2015, la Cour d'appel avait accueilli

[470] Louise FESSARD, « A la frontière italienne, des cheminots résistent à la "chasse aux migrants" », *op. cit.* : ces contrôles nécessitent par conséquent l'arrêt du train. Les autorités de police demandent même au conducteur de bloquer les portes afin de contenir les étrangers irréguliers le temps de procéder aux contrôles.

[471] Par exemple : Aix-en-Provence, 1er mai 2011, requête n° 319/2011 ; dans le même sens, Aix-en-Provence, 1er mai 2011, requête n° 314/2011 : « ce contrôle d'identité qui a consisté en l'interpellation d'au moins 23 personnes d'origine tunisienne à la descente du train en provenance de Nice, a été effectué pour tous les intéressés dans des conditions identiques, ce qui enlève à ce contrôle son caractère aléatoire » ; Cour d'appel de Paris, Ordonnance du 1er mai 2015, n° 15/01621 : « dès lors que c'était la recherche d'infraction au séjour commises dans un contexte factuel précis qui motivait l'action des services , le choix d'effectuer des contrôles à la descente de ce train entre 9h00 et 13h00 ne présentait aucun caractère aléatoire. […] Les contrôles ont été effectués sur la base de critères prédéfinis au regard des informations préalablement recueillies, comme l'apparence d'extranéité, qui leur retirent tout caractère aléatoire ».

[472] Train à liaison internationale reliant l'Italie à la France.

l'argumentation des appelants en jugeant que « les contrôles ont été effectués sur la base de critères prédéfinis au regard des informations préalablement recueillies, comme l'apparence d'extranéité, qui leur retirent tout caractère aléatoire »[473]. Pour la Cour d'appel, le caractère aléatoire exigé par l'article 78-2 alinéa 9 impliquait « que le seul hasard préside au choix des personnes ». La Cour de cassation n'a pas été de cet avis et a jugé que le contrôle d'identité, « circonscrit à la partie de la gare où circulait un train utilisé par des filières d'immigration irrégulière, avait été réalisé pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière, pendant une durée n'excédant pas six heures, d'une manière ciblée, dans le temps et l'espace, suffisant à garantir le caractère non systématique des opérations »[474]. Autrement dit, le respect du cadre spatio-temporel établi par le législateur suffit à établir le caractère non-systématique des contrôles d'identité opérés, sans que ces derniers aient besoin d'être aléatoires. Le Code frontières Schengen est néanmoins plus subtil en précisant que « l'exercice des compétences de police ne peut, en particulier, être considéré comme équivalent à l'exercice des vérifications aux frontières lorsque les mesures de police […] sont réalisées sur la base de vérifications réalisées *à l'improviste* »[475]. Toutefois, la Cour de justice a jugé, dans son arrêt *Adil*, que la juridiction nationale doit vérifier « que les contrôles sont effectués, en pratique, soit sur la base de profils, soit sur la base d'échantillonnages. Les profils dépendent d'informations ou de données démontrant des risques élevés de séjour irrégulier et de criminalité transfrontalière sur certaines routes, à certains moments ou en fonction du type de véhicules et d'autres caractéristiques de ces derniers »[476]. Or, si la Cour de cassation n'a pas procédé à cette vérification, les contrôles effectués dans notre espèce correspondaient tout à fait à ces critères, étant effectués sur le fondement d'informations relatives à l'entrée en France d'étrangers en situation irrégulière *via* le Thello. Pourtant, le caractère inopiné des contrôles effectués en l'espèce est largement remis en cause. D'abord en termes de fréquence, puisque plusieurs opérations identiques avaient été organisées au cours des six derniers mois permettant d'appréhender cent trente-deux étrangers. Ensuite en termes d'intensité, les contrôles concernant l'ensemble des personnes étrangères présentes à bord du train. Ainsi, tout en respectant le cadre spatio-temporel établi par le législateur – qui était, à la date de l'arrêt, moins étendu qu'aujourd'hui, les opérations de contrôles semblaient en l'espèce difficilement

[473] Cour d'appel de Paris, 1er mai 2015, ordonnance n° 15/01621. Voir Claire SAAS, « Les contrôles d'identité "Schengen" viciés par l'absence d'aléa », *Actualité juridique Pénal*, 2015, p. 435.
[474] Cour de cassation, Première chambre civile, 25 mai 2016, n° 15-50.063, n° 15-50.064, n° 15-50.069, n° 15-50.066, n° 15-50.067, n° 15-50.071, n° 15-50.072, n° 15-50.065, n° 15-50.070, n° 15-50.068.
[475] Article 23, a, *iv)* du Code frontières Schengen.
[476] Cour de justice de l'Union européenne, 19 juillet 2012, *Atiqullah Adil c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, aff. C-278/12 PPU, n° 81.

compatibles avec la prohibition des vérifications aux frontières. Bien avant cet arrêt, certains auteurs prédisaient ce risque en précisant que « concrètement, l'interdiction des contrôles permanents et systématiques ne protège en rien contre une infinité d'"opérations de sécurisation" savamment espacées et permettant de vérifier le titre d'entrée ou de séjour en France d'une large majorité des personnes présentes ou circulant dans les zones concernées »[477]. Cela est d'autant plus vrai en matière de contrôles d'identité sur réquisitions, qui conduisent à réaliser un contrôle incident de la migration irrégulière.

B. Un contrôle incident

114. La mise en œuvre des contrôles d'identité requis en matière de migration a pour effet d'opérer un détournement de cet acte procédural **(1)** et une atteinte au principe de légalité par l'extension de la compétence territoriale de la loi pénale française **(2)**.

1. Un détournement de procédure

115. Définition – Défini à l'article 78-2 alinéa 7, le contrôle d'identité requis autorise, « sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise, de contrôler] l'identité de toute personne […] dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat ». Considérant que les contrôles judiciaires d'identité étaient insuffisants pour assurer la sécurité en raison du fait qu'ils ne permettaient pas « d'opérer des contrôles plus systématiques en vue de constater certains types d'infractions dans des endroits signalés pour la fréquence à laquelle elles ont été commises »[478], le législateur de 1993 a souhaité organiser une nouvelle modalité du contrôle de police judiciaire autorisant les autorités de police à le réaliser dans des lieux déterminés à l'avance, « où les autorités compétentes savent que des infractions sont commises régulièrement mais sans en avoir identifié précisément les auteurs »[479] . L'article 78-2 alinéa 7 organise ainsi des opérations « coups de poing » qui ne peuvent être organisées que sur ordre d'un magistrat. C'est ce rattachement à l'ordre judiciaire qui a conféré la qualification judiciaire des « contrôles requis », bien que les réquisitions d'un magistrat soient insuffisantes à donner une qualification purement judiciaire à un acte de police qui vise « autant à intercepter des délinquants qu'à

[477] Karine PARROT, « Illégalité des contrôles "Schengen" », *Revue critique de droit international privé*, *op. cit.,* p. 609.
[478] Rapport de Christian BONNET, n° 381, p. 15.
[479] Rapport de Jacques LIMOUZY, Assemblée nationale, n° 259, 1993, p. 17

montrer publiquement qu'on s'y applique »[480]. Pour certains, le contrôle requis relève même davantage d'une mission de contrôle et de surveillance générale[481]. Il s'agit en effet d'éviter le renouvellement des infractions antérieurement constatées et sur lesquelles se fondent les réquisitions[482], sans qu'un lien ne soit effectué entre la personne interpellée et les infractions en cause[483]. Certes, l'effet dissuasif attaché aux contrôles d'identité requis n'exclut pas la mise en œuvre d'un objectif pénal[484]. Leur qualification d'acte de police judiciaire par le législateur le démontre, ces derniers étant destinés à la « recherche » et à la « poursuite » des infractions visées dans les réquisitions. Les contrôles d'identité requis sont néanmoins davantage des « contrôles d'identité judiciaire » que des « contrôles d'identité de police judiciaire »[485], leur nature judiciaire ayant très certainement été ajoutée par le législateur afin d'adoucir leur caractère systématique après que le Conseil constitutionnel ait condamné, dans sa décision du 5 août 1993, « la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires » en matière de police administrative, qu'il a déclarée « incompatible avec le respect de la liberté individuelle »[486]. Dans ces circonstances, le législateur n'avait d'autre choix que de confier à l'autorité judiciaire le soin de décider de la mise en œuvre des contrôles requis.

116. Intérêt – L'article 78-2 alinéa 7 du Code de procédure pénale autorise la mise en œuvre d'opérations de contrôles d'identité requis sur n'importe quelle zone du territoire, à condition que celle-ci soit délimitée dans les réquisitions écrites de l'autorité judiciaire. Contrairement aux contrôles frontaliers, les contrôles requis peuvent ainsi être effectués au cœur du territoire français, loin de la zone frontalière ou des zones de circulation internationale. L'article 78-2 alinéa 7 peut également servir de fondement à l'extension des zones frontalières en intervenant dans les espaces limitrophes à celles-ci. La conjugaison des contrôles requis et des contrôles Schengen permet ainsi d'appréhender facilement les étrangers irréguliers présents

[480] Étienne PICARD, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : deux régimes inutilement hétéroclites », *op. cit.,* p. 967.
[481] Fabienne JAULT-SESEKE, « Le contrôle d'identité à l'aune du principe de non-discrimination », Colloque sur *Le droit et les étrangers en situation irrégulière sur le territoire national* organisé par la Cour de cassation le 21 novembre 2016.
[482] Jacques BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op. cit.*, n° 85.
[483] *Ibid*. ; Alors que la qualification de police judiciaire suppose que l'acte « consiste dans la recherche ou l'arrestation des auteurs d'une infraction déterminée, alors que la police administrative recouvre les missions de contrôle et de surveillance générales » : Conclusions DELVOLVE sur Conseil d'Etat, 11 mai 1951, *Consorts Baud*.
[484] Carole GIRAULT, « Contrôles et vérifications d'identité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2017, n° 49.
[485] Jacques BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op. cit.*, n° 86.
[486] Conseil constitutionnel, décision n° 93-323 DC, 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, n° 9 ; Jacques BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op. cit.*, n° 95.

sur l'ensemble du territoire français. Fondés sur la recherche d'infractions liées à l'entrée ou au séjour irrégulier *lato sensu,* les contrôles requis peuvent étendre l'appréhension de la migration irrégulière au-delà des limites spatio-temporelles établies en matière de contrôles frontaliers. En pratique, ces contrôles prennent ainsi souvent la forme « d'opérations ponctuelles, ciblées sur certains quartiers et quelques nationalités »[487]. La circulaire interministérielle du 21 février 2006 avait ainsi demandé aux parquets d'« organiser des opérations de contrôles ciblées, par exemple à proximité des logements, foyers et des centres d'hébergement ou dans des quartiers connus pour abriter des personnes en situation irrégulière »[488]. Les opérations sont très intenses et fréquentes, certains magistrats les autorisant tous les jours, sur une zone géographique très étendue[489]. Les missions dédiées à la police aux frontières en ressortent considérablement renforcées[490].

117. Détournement – Mais surtout, les contrôles d'identité requis sont en pratique détournés de leur finalité[491], soit parce que les réquisitions « visent souvent, de manière artificielle, d'autres délits que les infractions à la législation sur le séjour alors même que le but est d'interpeller le plus grand nombre possible d'étrangers en situation irrégulière et non de poursuivre pénalement les auteurs des délits mentionnés dans les réquisitions »[492], soit parce que les autorités de police elles-mêmes s'appuient sur la finalité des réquisitions pour appréhender des individus en état de migration irrégulière[493]. L'on retrouve alors un détournement de l'outil procédural[494], le contrôle d'identité requis étant utilisé à d'autres fins que celles pour lesquelles il a été officiellement autorisé[495] ; détournement d'autant plus facilité par l'article 78-2 alinéa 7 qui autorise la poursuite d'infractions autres que celles mentionnées

---

[487] Danièle LOCHAK, « L'immigration saisie par le droit pénal », *op. cit.,* p. 700.
[488] Circulaire interministérielle *relative aux conditions de l'interpellation des étrangers en situation irrégulière,* 21 février 2006, Circ. NOR : JUSD0630020C.
[489]Ollivier JOULIN, « Contrôles d'identité et chasse à l'étranger », *Plein droit*, volume 81, n° 2, 2009, p. 13.
[490] *Ibid*.
[491] Carole GIRAULT, « Contrôles et vérifications d'identité », *op. cit.,* n° 52 ; Danièle LOCHAK, « L'immigration saisie par le droit pénal », *op. cit.*, p. 700 ; Céline CHASSANG, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, *op. cit.,* p. 165, n° 180 ; Nathalie FERRE, « Les usages du droit pénal contre les étrangers », *in* GISTI, « Immigration, un régime pénal d'exception », pp. 98-99 ; Nathalie FERRE, « Contrôles d'identité : la discrimination légale », *Plein droit*, volume 82, n° 3, 2009, p. 10 ; Ollivier JOULIN, « Contrôles d'identité et chasse à l'étranger *op. cit.*, p. 13.
[492] Danièle LOCHAK, « L'immigration saisie par le droit pénal », *ibid.*, p. 700
[493] En août 2017, un brigadier du Val de Marne a averti le procureur de la République de Créteil du détournement de ses réquisitions qui, autorisant des opérations de contrôles d'identité pour rechercher et prévenir les délits de vol, seraient en réalité utilisées pour contrôler les personnes étrangères susceptibles d'être en situation irrégulière : *Le Figaro*, « Val-de-Marne : un policier dénonce "les détournements" de contrôle d'identité », 13 septembre 2017.
[494] Voir le détournement de la garde à vue en zone d'attente : *supra* n° 83-87.
[495] Danièle LOCHAK, « L'immigration saisie par le droit pénal », *op. cit.,* p. 698 ; Nathalie FERRE, « Les usages du droit pénal contre les étrangers », *op. cit.*

dans les réquisitions et qui seraient découvertes au cours du contrôle d'identité[496]. Cet article « légalise » donc en aval le détournement de procédure en précisant que « le fait que le contrôle d'identité révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes »[497]. Dans ce contexte, les contrôles requis permettent d'agir à la place des contrôles frontaliers dans les lieux où ces derniers ne sont pas compétents, tout en contournant les conditions d'exécution des contrôles d'identité généraux afin de s'affranchir des critères objectifs présidant à leur mise en œuvre[498]. Cette fonction du contrôle requis est particulièrement révélée par la loi du 22 mars 2016[499] qui a étendu la possibilité de procéder à des contrôles requis au-delà de la zone de compétence du procureur territorialement compétent, autorisant une extension de la compétence territoriale de la loi pénale française.

2. Une extension de la compétence territoriale

118. Contrôles d'identité requis hors du ressort du procureur – Consacrée à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs, la loi 22 mars 2016[500] a « simplifié » les règles de compétence territoriale des parquets en matière de contrôles d'identité[501]. L'article 78-7 du Code de procédure pénale dispose ainsi que « le procureur de la République du lieu où se situe la gare de départ d'un véhicule de transport ferroviaire de voyageurs peut, en vue des contrôles et des vérifications mis en œuvre dans ce véhicule sur son trajet, prendre les réquisitions et les instructions prévues au sixième alinéa de l'article 78-2 et à l'article 78-2-2 »[502]. Bien que le texte mentionne le « sixième alinéa » de l'article 78-2, ce sont bien les contrôles sur réquisitions mentionnés au septième alinéa qui sont concernés par cette

[496] Carole GIRAULT, « Contrôles et vérifications d'identité », *op. cit.*, n° 52.
[497] Cette disposition a été validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 5 août 1993. Celui-ci a précisé qu'elle « ne saurait priver les autorités de police judiciaire des pouvoirs qu'elles tiennent de façon générale des dispositions du code de procédure pénale » : *op. cit.*, n° 6.
[498] Carole GIRAULT, « Contrôles et vérifications d'identité », *op. cit.*, n° 52.
[499] Loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 *relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs.*
[500] *Ibid.*
[501] Proposition de loi *relative à la prévention et à la lutte contre les atteintes graves à la sécurité publique, contre le terrorisme et contre la fraude dans les transports publics de voyageurs*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 octobre 2015.
[502] Article 78-7 alinéa 1 du Code de procédure pénale.

disposition[503]. Par ailleurs, « *lorsque la gare de départ se situe hors du territoire national*, […] les réquisitions et les instructions mentionnées au premier alinéa du présent article peuvent être prises par le procureur de la République *du lieu où se situe la gare d'arrivée* »[504]. Enfin, « *lorsque les gares de départ et d'arrivée se situent hors du territoire national*, […] les réquisitions et les instructions […] peuvent être prises par le procureur de la République *du lieu du premier arrêt du train en France* »[505]. La mise en œuvre des contrôles d'identité requis est ainsi élargie dans le cadre des transports ferroviaires, aux trajets internationaux qui franchissent et traversent la frontière nationale. Dans ce contexte, le procureur de la République du ressort de la gare de départ, de la gare d'arrivée, ou de la première gare française d'arrêt du train est compétent pour ordonner des contrôles d'identité requis, ainsi que des contrôles et inspections de bagages, sur l'ensemble du trajet emprunté par le train, y compris la portion du trajet se situant à l'extérieur du territoire français. En devenant transnationaux, les contrôles requis deviennent ainsi extraterritoriaux afin de découvrir ou d'éviter l'entrée irrégulière en France. Cette nouvelle compétence territoriale constitue une extension des contrôles requis puisque le procureur de la République est en théorie limité : il peut en principe solliciter des contrôles requis uniquement sur les zones territoriales qui relèvent de son ressort. Avec l'article 78-7 du Code de procédure pénale, cette règle est aménagée en matière de transport ferroviaire afin que le procureur de la République puisse requérir des contrôles requis sur l'ensemble du trajet emprunté par le train, même lorsque ce dernier sort de la zone territoriale au sein de laquelle le procureur est compétent. Dans ce contexte, les contrôles requis s'étendent considérablement et peuvent traverser de part en part le territoire français selon le trajet emprunté par le train. L'article 18 du Code de procédure pénale a pris acte de cette extension en précisant que « lorsque les réquisitions prises par le procureur de la République en application de l'article 78-7 le prévoient expressément, ces officiers ou agents de police judiciaire sont compétents pour les mettre en œuvre sur *l'ensemble* du trajet d'un véhicule de transport ferroviaire de voyageurs »[506]. Les autorités de police peuvent donc procéder à des contrôles d'identité requis autant sur la portion du trajet effectuée en France que sur celles entreprises sur le territoire d'un État étranger. Dans ce cadre, l'outil procédural du contrôle d'identité n'est plus seulement réactif mais devient proactif, l'objet de ces contrôles étant d'intervenir avant la commission

[503] Le législateur semble avoir omis de modifier le numéro d'alinéa après l'ajout d'une nouvelle finalité au contrôle judiciaire d'identité par la loi du 3 juin 2016, qui a nécessairement entraîné un décalage des alinéas de l'article 78-2.
[504] Article 78-7 alinéa 2 du Code de procédure pénale, nous soulignons.
[505] Article 78-7 alinéa 4 du Code de procédure pénale, nous soulignons.
[506] Nous soulignons.

d'une infraction et, plus particulièrement en matière de migration, avant l'entrée en France des étrangers.

119. Bouleversement – Cette extension conduit à bouleverser les règles de compétence de la loi pénale française. Ces dernières se classent en deux catégories : la compétence territoriale conduit d'abord à l'application de la loi pénale française à l'égard de toute infraction commise sur le territoire de la République[507] , tandis que les compétences extraterritoriales permettent à la loi pénale française de s'appliquer à l'encontre d'une infraction qui n'a pas été commise en France. Ces titres de compétence extraterritoriale sont nombreux. Les compétences personnelles permettent dans un premier temps d'appliquer la loi pénale française aux infractions commises à l'étranger lorsque l'auteur ou la victime possèdent la nationalité française. L'on parle dans la première hypothèse d'une compétence personnelle active[508], dans la seconde d'une compétence personnelle passive[509]. A chaque fois, la compétence de la loi pénale française est justifiée par un critère de rattachement : celui de la nationalité de l'auteur ou de la victime. C'est cette nationalité qui justifie que l'État français se sente concerné par une infraction commise à l'étranger[510]. À côté de ces titres de compétence personnelle existent d'« autres types de compétence »[511] lorsque l'infraction commise à l'étranger ne recouvre aucun lien territorial ou personnel avec la France. Dans cette hypothèse, l'on pourrait légitimement penser que la loi pénale française n'est pas applicable. C'est sans compter les « compétences législatives résiduelles »[512], qui fondent l'application de la loi française dans deux hypothèses. La compétence réelle de la loi pénale française d'abord, qui est « déterminée par l'objet sur lequel elle porte »[513]. En d'autres termes, la loi pénale est applicable à « tout acte ayant porté atteinte aux intérêts de la France »[514], indépendamment du lieu où l'infraction a été perpétrée et de la nationalité de son auteur[515]. L'article 113-10 du Code pénal dispose ainsi que

[507] Article 113-2 du Code pénal.
[508] Article 113-6 du Code pénal.
[509] Article 113-7 du Code pénal.
[510] Pour une critique de cette compétence : Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 1224-1335, n° 1917 ; Renée KOERING-JOULIN, « Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive », *in Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 533 ; Eric CAFRITZ, Omer TENE, « Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 2003, p. 733.
[511] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 1325, n° 1897.
[512] *Ibid.,* p. 1342.
[513] *Ibid.,* p. 1343, n° 1933. Didier REBUT, *Droit pénal international*, *op. cit.,* p. 72, n° 112 et suivants.
[514] *Ibid.*
[515] Jacques LE CALVEZ, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal », *Revue de sciences criminelles*, 1980, p. 363 ; Angelo YOKARIS, « Les critères de compétence des juridictions nationales », *in* Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2ème édition, 2012, pp. 1000 et suivantes.

« la loi pénale française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation et réprimés par le titre Ier du livre IV, à la falsification et à la contrefaçon du sceau de l'État, de pièces de monnaie, de billets de banque ou d'effets publics […] et à tout crime ou délit contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français, commis hors du territoire de la République ». Les crimes de trahison, d'espionnage, de complot, d'attentat sont particulièrement visés par cette compétence réelle. À côté de cette compétence réelle réside une compétence « induite » de la loi pénale française[516]. L'article 113-8-1 du Code pénal précise que « [s]ans préjudice de l'application des articles 113-6 à 113-8, la loi pénale française est également applicable à tout crime ou à tout délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement commis hors du territoire de la République par un étranger dont l'extradition ou la remise a été refusée à l'Etat requérant par les autorités françaises ». Enfin, le second type de compétence extraterritoriale de la loi pénale française prend forme dans une compétence universelle destinée à autoriser son application à l'encontre de comportements très graves[517] qui portent atteinte « à des valeurs intrinsèquement internationales ou universellement admises »[518], sans pour autant revêtir un lien de rattachement avec l'État poursuivant[519]. Cette compétence universelle est organisée par le Code de procédure pénale qui permet la compétence de la loi pénale et des juridictions répressives françaises à l'égard de toute personne qui se trouve sur le territoire national et qui est soupçonnée d'avoir commis l'une des infractions énumérées aux articles 689-2 à 689-10, 689-12 et 689-13 du Code de procédure pénale. Il s'agit majoritairement d'infractions de terrorisme, de complot et de corruption. La compétence universelle est également organisée en dehors du Code de procédure pénale en matière de crime contre l'humanité[520] et de droit de la mer par l'article 113-12 du Code pénal[521].

120. Nouveau titre de compétence – Fastidieuse, l'énumération des différents types de compétence de la loi pénale française révèle toutefois que l'article 78-7 du Code de procédure pénale n'entre dans aucune des hypothèses susvisées. Autrement dit, il crée un nouveau titre de

[516] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 1346.
[517] Des comportements « lésant la *communauté internationale* » : Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, *op. cit.,* p. 576, n° 653, souligné par l'auteur. Voir aussi : André HUET, Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, *op. cit.,* p. 234, n° 139.
[518] *Ibid.,* p. 1349, n° 1947 ; voir également : Amane GOGORZA, « Répression universelle et concurrence des compétences pénales », *Les Petites Affiches*, 11 juillet 2017, n° 138, p. 3. La compétence universelle se distingue ainsi des autres chefs de compétence de la loi pénale qui procèdent, eux, d'un élément ratachant l'infraction en cause à l'État qui la poursuit : Didier REBUT, *Droit pénal international, op. cit.*, n° 162.
[519] Didier REBUT, *ibid.*
[520] Lois n° 95-1 du 2 janvier 1995 et n° 96-432 du 22 mai 1996 adaptant le droit français aux résolutions n° 827 et 955 du Conseil de sécurité des Nations-Unies.
[521] Voir *infra*, n° 177.

compétence de la loi pénale française en dehors des règles déjà établies en la matière. En plus du bouleversement opéré au sein des règles de compétence de la loi pénale française, l'article 78-7 heurte le principe de légalité. Les contrôles d'identité requis sont mis en œuvre à l'extérieur du territoire français et permettent l'appréhension d'un individu qui n'a pas encore commis l'infraction reprochée. En application de l'article 78-7, ils peuvent en effet intervenir sur l'ensemble du trajet du train à liaison internationale, c'est-à-dire autant en France qu'à l'étranger. Dès lors, lorsque le train part d'une gare située sur le territoire d'un État étranger, les autorités de police sont habilitées à contrôler l'identité des passagers avant que le train n'entre en France, c'est-à-dire avant même que l'infraction soit commise sur le sol français. Cette possibilité témoigne d'une dimension proactive de l'acte procédural qui intervient en amont de l'infraction commise. Plus encore, les contrôles d'identité de l'article 78-7 anticipent la qualification pénale. Lorsqu'ils auront permis d'identifier une personne étrangère qui, à destination du territoire français, ne possède pas de documents autorisant son entrée en France, celle-ci sera appréhendée alors même qu'elle n'aura pas encore commis l'infraction d'entrée irrégulière[522]. L'article 78-7 organise ainsi l'action des autorités de police en dehors des bornes du principe de légalité en opérant non seulement une anticipation de la répression, mais également une anticipation de la qualification pénale. Qualifiée de manière extrêmement anticipée, la migration irrégulière subit encore un contrôle illimité du fait de l'absence de motivation des contrôles d'identité frontaliers et requis.

Paragraphe II. Un contrôle non motivé de la migration irrégulière

121. Les contrôles d'identité frontaliers et requis sont particulièrement utilisés dans le cadre de la migration irrégulière en ce qu'ils ne revêtent aucune obligation de motivation individuelle. Le législateur et la jurisprudence refusent en effet d'imposer une telle obligation au contrôle frontalier **(A)**. Le contrôle requis n'est quant à lui soumis qu'à une motivation préalable et générale **(B)**.

A. Le refus d'une obligation de motivation du contrôle frontalier

122. Intérêt – Les contrôles frontaliers sont fondés sur le fait qu'il existe, dans les zones frontalières définies à l'article 78-2 alinéa 9, « des risques particuliers d'infractions et

[522] Cette infraction n'est pas punissable au titre de sa tentative.

d'atteintes à l'ordre public liées à la circulation internationale de personnes »[523]. Indépendants du comportement de la personne, ces risques sont rattachés à la seule fréquentation des zones frontalières[524], ce qui n'est pas étonnant au vu de la finalité des contrôles d'identité Schengen. Le législateur ne subordonne ainsi le contrôle visé à aucun critère d'individualisation : l'officier de police n'a pas à justifier le fait d'avoir contrôlé telle personne plutôt qu'une autre. Par conséquent, tout l'intérêt de ce contrôle spécifique réside dans son absence de motivation préalable. L'autorité de police agissant dans le cadre d'un contrôle frontalier n'a pas à motiver son contrôle ni au regard du comportement de la personne[525], ni en fonction d'une atteinte à l'ordre public – d'où l'existence de tentatives de détournement de procédure[526]. La création de ce contrôle *sui generis* permet de contourner l'obligation de motivation existante en matière de contrôles judiciaires et administratifs d'identité et révèle l'autonomie du contrôle frontalier, dont le respect est assuré par la Cour de cassation. Antérieurement à la loi Loppsi II, la Haute juridiction a censuré la décision d'une cour d'appel qui avait annulé le contrôle d'identité frontalier opéré à l'égard d'un ressortissant étranger au sein d'une gare parisienne au motif que le risque d'atteinte à l'ordre public n'était avéré par aucune circonstance particulière. En d'autres termes, la juridiction du second degré avait voulu assujettir le contrôle d'identité frontalier aux exigences relatives au contrôle d'identité administratif. La Cour de cassation s'y est opposé et a réaffirmé l'autonomie du contrôle frontalier par rapport au contrôle administratif d'identité. Elle a jugé qu'en « subordonnant […] la régularité du contrôle d'identité dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international à la justification par l'autorité administrative de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, le premier président a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas et violé les textes susvisés »[527]. Pour être régulier, le contrôle d'identité devait seulement être effectué dans l'un des lieux visés par arrêté[528], sans que le procès-verbal n'ait à indiquer une quelconque justification relative aux circonstances du contrôle ou au comportement de la personne.

123. Obligation de motivation – L'ajout de la nouvelle finalité liée à la criminalité transfrontalière après l'arrêt *Melki* aurait pu renforcer le cadre spatio-temporel établi par le

[523] Conseil constitutionnel, 5 août 1993, n° 93-323 DC, *op. cit.,* n° 15.
[524] Carole GIRAULT, « Contrôles et vérifications d'identité », *op. cit.*, n° 88.
[525] La régularité d'un contrôle d'identité dans la zone frontalière terrestre de 20 kilomètres entre la France et les États parties à la Convention signée à Schengen n'est pas subordonnée à la justification par l'autorité administrative de circonstances particulières tenant au comportement de l'intéressé : Cour de cassation, première chambre civile, 25 mars 2009, n° 08-11.587.
[526] Cour de cassation, chambre criminelle, 3 mai 2007, n° 07-81.331.
[527] Cour de cassation, deuxième chambre civile, 23 mai 2001, n° 00-50.045.
[528] Cour de cassation, première chambre civile, 14 févr. 2006, n° 05-16.189.

législateur en imposant cette obligation de motivation. Confrontées à des opérations de contrôles d'identité manifestement contraires au droit de l'Union, certaines juridictions du fond ont appelé à l'instauration d'une obligation de motivation du contrôle frontalier[529] fondée sur la nouvelle finalité de ce dernier, suivies par la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu en date du 10 octobre 2012[530], la Haute juridiction a semblé imposer cette obligation au regard de la nouvelle finalité de l'article 78-2 alinéa 9, en jugeant « qu'ayant relevé que les éléments du comportement de [l'intéressé] justifiant le contrôle n'étaient pas précisés, le premier président en a exactement déduit que la procédure n'était pas régulière et a, à bon droit, décidé qu'il n'y avait pas lieu de prolonger sa rétention ». L'ajout législatif de la finalité liée à la prévention et à la recherche de la criminalité transfrontalière a donc été interprété par la Cour comme imposant une obligation de motivation du contrôle frontalier relative au comportement de l'intéressé ; en d'autres termes, une motivation similaire à celle effectuée en matière de contrôles judiciaires d'identité. Cette interprétation stricte revêtait l'avantage d'empêcher la mise en œuvre de contrôles systématiques et de garantir ainsi la conformité des contrôles frontaliers français au droit de l'Union. Elle a néanmoins été épisodique, la Cour de cassation étant revenue sur cette jurisprudence isolée dans plusieurs arrêts postérieurs.

124. Refus de toute obligation de motivation – De manière constante, la Cour de cassation refuse désormais d'interpréter l'ajout de la finalité relative à la prévention ou à la recherche de la criminalité transfrontalière comme imposant une obligation de motivation du contrôle frontalier. Elle censure désormais systématiquement la cour d'appel qui tente de soumettre le contrôle frontalier à une obligation de motivation liée au contrôle judiciaire d'identité, relative « au comportement » de l'intéressé[531]. *A fortiori*, elle rejette l'interprétation des juges du fond selon laquelle le contrôle frontalier « doit être effectué […] en fonction du comportement de la personne et des circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public »[532]. La Cour de cassation refuse ainsi de soumettre le contrôle frontalier à une obligation de motivation unique, liée au contrôle judiciaire, ou cumulée, relative aux deux contrôles généraux d'identité en jugeant « [q]u'en statuant ainsi, quand il résultait du procès-verbal de police que le contrôle avait été fait pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité

[529] Aix-en-Provence, 1er mai 2011, n° 319/2011 ; Aix-en-Provence, 1er mai 2011, n° 314/2011 ; Cour d'appel de Paris, Ordonnance du 1er mai 2015, n° 15/01621.
[530] Cour de cassation, Première chambre civile, 10 octobre 2012, n° 11-18294.
[531] Cour de cassation, Première chambre civile, 2 avril 2014, n° 13-16.493.
[532] Cour de cassation, Première chambre civile, 12 juin 2013, n° 12-19.121 ; Cour de cassation, Première chambre civile, 5 novembre 2014, n° 13-26.233.

transfrontière, pendant une durée n'excédant pas six heures, de manière aléatoire et non-systématique, le premier président a violé les textes susvisés »[533]. Elle rejette même l'idée de soumettre le contrôle frontalier à l'exigence imposée en matière de contrôle direct d'entrée et de titre de séjour par l'article L. 611-1 du CESEDA, relative à la présence d'éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé et de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger. Dans un arrêt du 8 février 2017, elle a refusé de confondre le contrôle d'identité frontalier avec le contrôle de vérification des titres d'entrée et de séjour en jugeant que le fondement du premier contrôle est, « par sa nature et sa finalité, […] indépendant du recueil d'éléments objectifs extérieurs à la personne de l'étranger »[534]. Le contrôle frontalier continue ainsi, malgré la nouvelle finalité ajoutée par le législateur, de s'opérer sans justification.

125. Zone frontalière – Tout se passe comme si la zone frontalière revêtait en elle-même cette notion de risque pour l'ordre public, et justifiait à elle seule la lutte contre la criminalité transfrontalière. Tout contrôle d'identité fondé sur l'alinéa 9 est drapé de la justification générale relative à la prévention et à la répression de la criminalité transfrontalière. Cette analyse n'est pas sans rappeler la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 1993 dans laquelle il a jugé que « les zones concernées [par le contrôle Schengen], précisément définies dans leur nature et leur étendue, présentent des risques particuliers d'infractions et d'atteintes à l'ordre public liés à la circulation internationale des personnes »[535]. Les débats de la loi de 1993 évoquaient quant à eux la nécessité d'établir des contrôles dans des « zones frontalières sensibles »[536]. Dès lors, tout contrôle d'identité effectué dans cette zone est nécessairement conforme à l'objectif de recherche ou de prévention de la criminalité transfrontalière sans qu'il ne soit utile de motiver individuellement chaque contrôle d'identité. Si cette logique comporte un sens en ce que les zones de circulation internationale sont promptes à révéler des infractions transfrontalières, il apparaît difficile de juger comme la Cour de cassation qu'il « résulte » d'un procès-verbal non étayé que le contrôle d'identité a été effectué dans le but de prévenir ou de rechercher les infractions transfrontalières. La mention de cette finalité ne fait ici l'objet que d'une clause de style reprenant la condition législative sans préciser ni démontrer en quoi celle-

[533] Cour de cassation, Première chambre civile, 2 avril 2014, n° 13-16.493 ; Cour de cassation, Première chambre civile, 5 novembre 2014, n° 13-26.233. Voir aussi : Cour de cassation, Première chambre civile, 12 juin 2013, n° 12-19.121.
[534] Cour de cassation, chambre criminelle, 8 février 2017, n° 16-81.323.
[535] Conseil constitutionnel, Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993.
[536] Journal officiel de l'Assemblée nationale, compte-rendu, 11 juin 1993, p. 1344.

ci est respectée. Sans motivation du contrôle d'identité, comment vérifier que ce dernier a été effectué dans le cadre de la recherche d'infractions transfrontalières ? Dans ces conditions, le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de police reste entier et « rien ne s'oppose alors à ce que les contrôles en question aient sur le terrain un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières »[537]. De son côté, le contrôle requis n'est pas davantage soumis à une obligation de motivation individuelle, le législateur ayant tout juste imposé de manière implicite une motivation préalable de ce contrôle.

B. L'instauration d'une motivation uniquement préalable

126. Motivation préalable – L'article 78-2 alinéa 7 indique que les contrôles requis sont ordonnés par le procureur de la République « aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise […], dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat ». Pour certains, le législateur aurait ainsi fait peser sur le magistrat une obligation implicite de motivation des contrôles requis[538]. Rien n'est moins sûr, et cela à deux égards. L'obligation de motivation énoncée doit d'abord être nuancée en raison de son caractère préalable[539] mais également général. Étant effectuée au sein des réquisitions, antérieurement aux contrôles d'identité opérés, elle n'est en rien destinée à justifier chacun d'entre eux mais vise uniquement à motiver l'opération dans son ensemble. Il n'existe donc aucune motivation *individuelle* de chaque contrôle pris indépendamment. Dès lors que les réquisitions autorisent l'opération, l'autorité de police est compétente pour contrôler n'importe quelle personne dans la zone déterminée, sans avoir à justifier le contrôle au regard du comportement de la personne contrôlée[540].

127. Jurisprudence – La jurisprudence veille à ce que cette motivation demeure préalable et générale. Dans un arrêt du 23 novembre 2016[541], la Cour de cassation a rappelé que les contrôles requis ne sont soumis à aucune motivation liée au comportement de la personne contrôlée tant qu'ils s'exercent dans les conditions spatiales et temporelles prévues par la loi. En l'espèce, un ressortissant tunisien avait été contrôlé sur le fondement de l'article 78-2 alinéa 6 du Code de procédure pénale et placé, à la suite de ce contrôle, en rétention administrative en

[537] Karine PARROT, « Illégalité des contrôles "Schengen" », *op. cit.*, p. 609.
[538] Jacques BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op. cit.,* n° 92.
[539] *Ibid.*
[540] Cour de cassation, Première chambre civile, 23 novembre 2016, n° 15-27.812. Cour de cassation, première chambre civile, 23 novembre 2016, n° 15-50.106.
[541] Cour de cassation, 23 novembre 2016, n° 15-27.812.

raison de sa situation irrégulière. Le pourvoi faisait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir autorisé la prolongation de la rétention administrative du demandeur sans avoir vérifié que le contrôle d'identité s'était fondé sur « un indice apparent d'un comportement délictueux » de l'intéressé. Il invoquait également le détournement de procédure du contrôle d'identité requis qui, fondé en l'espèce sur la recherche d'infractions de vols, recels, trafics d'armes et de stupéfiants, était en réalité utilisé aux fins de mise en œuvre de mesures administrative d'éloignement des étrangers dépourvus de titre de séjour. La Cour de cassation a rejeté l'ensemble de ces arguments. Refusant d'instaurer une obligation de motivation liée au contrôle d'identité judiciaire, elle a jugé que « l'ordonnance retient, à bon droit, que les fonctionnaires de police n'étaient pas tenus de caractériser le comportement de la personne contrôlée, dès lors qu'ils intervenaient dans les circonstances de temps et de lieu des réquisitions du procureur de la République »[542]. De la même manière que pour les contrôles frontaliers, le recours au contrôle requis est justifié au regard du seul respect de l'encadrement spatio-temporel établi dans les réquisitions. La finalité relative à la recherche d'infractions spécifiques n'est même pas évoquée, la Cour affirmant simplement « qu'aucune mention du procès-verbal d'interpellation ne laiss[ait] supposer que le contrôle [était] intervenu en raison de la nationalité étrangère supposée » de l'intéressé. Elle a alors déduit de cette absence de mention que le procès-verbal avait « fait ressortir que le contrôle d'identité ne poursuivait pas d'autres finalités que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ». Cette analyse laisse le lecteur perplexe tant il semble que l'absence de motivation du contrôle d'identité soit utilisée par la Cour pour justifier la régularité du contrôle et rejeter tout argument relatif au détournement de procédure. Non seulement l'imposition d'une obligation de motivation individuelle calquée sur le contrôle d'identité judiciaire est refusée, mais l'absence de motivation fonde en plus l'impossibilité d'invoquer un détournement de procédure. Or, c'est justement cette absence de motivation qui constitue le vecteur du détournement des contrôles requis au profit de l'appréhension de la migration irrégulière. Car sans justification du contrôle au regard du comportement de la personne, il est impossible de démontrer en quoi celui-ci a été détourné de ses objectifs. La Cour de cassation peut donc affirmer que rien, dans le procès-verbal, ne laisse supposer que le contrôle d'identité a été détourné de sa finalité officielle ; il n'en demeure pas moins que sans justification du contrôle fondée sur le comportement de l'intéressé, rien ne permettra jamais de prouver un détournement de procédure ou toute autre

[542] Voir aussi : Cour de cassation, première chambre civile, 23 novembre 2016, n° 15-50.106.
.

irrégularité, l'encadrement spatio-temporel établi dans les réquisitions étant bien trop insuffisant pour être considéré comme une véritable motivation.

128. Contenu de la motivation – Le contenu des réquisitions est en effet loin d'encadrer de manière satisfaisante la mise en œuvre des contrôles requis. D'abord, l'encadrement spatio-temporel laisse une grande latitude au magistrat. Les réquisitions doivent certes indiquer clairement la zone spatiale dans laquelle les contrôles d'identité peuvent être exercés[543], la nécessité de mettre en œuvre des contrôles requis étant caractérisée par la multiplication d'infractions de même nature dans un périmètre donné. Néanmoins, cette zone peut être relative à n'importe quelle partie du territoire français. De la même manière, la limite temporelle de l'opération relative aux contrôles requis laisse une grande latitude au magistrat, le Sénat ayant refusé d'inscrire une limitation de durée de deux, trois ou quatre heures[544]. Ensuite, la limitation ayant trait aux infractions visées dans les réquisitions est ineffective en raison de l'absence de motivation individuelle du contrôle requis. Cet encadrement ne pourrait être efficace que si l'autorité de police était soumise à l'obligation de justifier en quoi le comportement de la personne contrôlée indiquait qu'elle pouvait être liée à l'infraction déterminée dans les réquisitions ; autrement dit, si le contrôle requis était subordonné à une obligation individuelle liée au contrôle judiciaire d'identité. Or, non seulement le contrôle requis n'a pas à être individuellement motivé, mais l'article 78-2 alinéa 6 dispose en plus que « le fait que le contrôle d'identité révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes »[545]. Dans ce contexte, toute infraction révélée par le contrôle d'identité requis peut entraîner des suites judiciaires ou administratives (telles qu'un placement en rétention administrative ou en zone d'attente par exemple), quand bien même celle-ci serait étrangère aux infractions visées dans les réquisitions[546]. Dans ce contexte, la motivation relative aux infractions visées est clairement

[543] Les travaux préparatoires parlent de « lieux ou quartiers délimités » : déclaration du ministre de la Justice, Journal officiel du Sénat, compte-rendu du 30 juin 1993, p. 1787.
[544] Amendements n° 15 à n° 17 *in Journal officiel du Sénat*, compte-rendu du 30 juin 1993, p. 1823.
[545] Article 78-2 alinéa 7 du Code de procédure pénale.
[546] Il en est de même pour les réquisitions visées à l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale, qui aménage la possibilité pour le procureur de la République d'autoriser la mise en œuvre de contrôles d'identité, de visites des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans les lieux d'accès au public, ainsi que des fouilles et inspections visuelles de bagages. Si ces opérations ne peuvent être effectuées que pour certaines infractions limitativement énumérées, desquelles les délits relatifs à la migration ou à l'immigration irrégulières sont exclus, le législateur a précisé que « le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes ».

inopérante et les contrôles d'identité requis peuvent servir de fondement à une appréhension très large de tout fait infractionnel, ce qui est particulièrement intéressant dans le cadre de la lutte contre la migration irrégulière.

CONCLUSION DE LA SECTION I

129. La découverte de la migration irrégulière est en principe organisée par le contrôle d'identité frontalier. Dédié à l'appréhension de l'irrégularité à la frontière, ce contrôle a été encadré par le législateur afin de ne pas dériver en une vérification aux frontières contraire au droit de l'Union. Toutefois, les récentes évolutions législatives ont opéré une dilatation de cet encadrement. Depuis la loi du 30 octobre 2017, les contrôles d'identité frontaliers peuvent être effectués durant douze heures dans un espace frontalier de vingt kilomètres en-deçà de la frontière terrestre nationale, au sein de plus de trois cents infrastructures de transport international[547], dans une zone de dix kilomètres autour des ports et aéroports désignés par l'arrêté du 22 mars 2012 et sur les sections autoroutières débutant dans ces lieux jusqu'au premier péage extérieur. Ce cadre législatif entraîne la mise en œuvre d'opérations de contrôles d'identité dont la fréquence et l'intensité révèlent le caractère systématique. Parallèlement aux contrôles d'identités frontaliers, la pratique utilise les contrôles requis afin d'étendre l'appréhension de l'irrégularité. Le législateur permet en effet au procureur de la République d'autoriser des opérations de contrôles d'identité dans une zone délimitée mais pouvant se trouver sur toute partie du territoire et, depuis la loi du 22 mars 2016, dans des véhicules de transport ferroviaire à liaison internationale dont la gare de départ ou d'arrivée se situe en France ou bien, même, qui traversent de part en part le territoire national et la frontière française. Les contrôles d'identité requis permettent ainsi de dépasser la zone frontalière des contrôles d'identité Schengen, jusqu'à l'étendre à l'extérieur du territoire français. S'ils doivent être opérés pendant une durée limitée et poursuivre une finalité définie par le parquet, ils constituent un instrument particulièrement utilisé en matière de migration irrégulière, que ce soit de manière officielle – lorsque le magistrat précise au sein de ses réquisitions la finalité relative à la recherche d'infractions liées à la migration irrégulière – ou incidente. Dans cette dernière hypothèse, le contrôle d'identité sera requis pour rechercher des infractions autres, mais permettra en pratique la découverte de délits relatifs à la migration irrégulière[548]. Les

[547] Arrêté du 22 mars 2012.
[548] Article 78-2 alinéa 6 : « le fait que le contrôle d'identité révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes ».

contrôles d'identité requis peuvent ainsi conduire à la découverte d'infractions liées à la migration irrégulière tout en étant fondés sur une autre finalité, entraînant un détournement de cet outil procédural. Dans ce contexte, la combinaison des contrôles frontaliers et requis entraîne une appréhension générale et étendue de la migration transfrontière qui est d'autant plus facilitée par leur absence de motivation. Ces derniers peuvent en effet être mis en œuvre sans que l'autorité de police ne soit contrainte de justifier les raisons ou les motifs du contrôle à l'égard de la personne concernée. La conformité du contrôle avec les conditions spatio-temporelles prévues par les réquisitions du procureur dans le cadre du contrôle requis, ou par la loi dans le cadre du contrôle frontalier, suffit à le légitimer. Ce cadre dérogatoire dépourvu de critères objectifs favorise une application discriminante des contrôles d'identité frontaliers et requis.

SECTION II. UNE UTILISATION DISCRIMINANTE DES CONTROLES D'IDENTITE

130. Le défaut de motivation des contrôles frontaliers et requis impulse l'existence d'une discrimination dans leur mise en œuvre **(Paragraphe I)**, d'autant plus lorsqu'ils sont fondés sur le contrôle de la migration irrégulière. Étant dépourvus de garanties d'objectivité, il est en effet impossible d'exclure que ces contrôles soient opérés en fonction de l'apparence physique de l'individu. De telles circonstances heurtent évidemment le droit à la non-discrimination, rendant nécessaire l'établissement d'un encadrement plus strict de ces deux types de contrôles d'identité **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I. L'existence d'une discrimination

131. Les contrôles d'identité fondés sur l'apparence physique de l'individu s'inscrivent en violation du principe de non-discrimination **(A)**, consacré à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Au-delà du principe de non-discrimination, le droit à l'exercice d'un recours effectif est peu disponible en matière de contrôles d'identité en raison d'une part de l'absence de traçabilité des contrôles sans suite et d'autre part de l'absence de motivation des contrôles requis et frontaliers. Dans ce cadre, les juridictions françaises ont récemment facilité la contestation des contrôles d'identité discriminatoires en opérant un aménagement de la charge de la preuve au bénéfice de la victime **(B)**.

A. La violation du principe de non-discrimination

132. Une discrimination inhérente à l'absence de motivation – Les contrôles requis et frontaliers ouvrent largement la voie à un pouvoir discrétionnaire des autorités de police dans une situation où, compte-tenu du flux de personnes, il leur est impossible de contrôler l'ensemble des individus présents dans la zone concernée. La fréquentation de ces zones nécessite donc que la police fasse le choix de contrôler telle personne plutôt que telle autre. Et c'est ce choix particulier qui entraîne un risque de discrimination car dès lors que les contrôles frontaliers et requis ne sont soumis à aucune exigence de motivation, ils sont nécessairement effectués de manière subjective. Cette logique conduit à « choisir de contrôler les personnes auxquelles on impute ce qu'on pourrait appeler un "risque infractionnel" non négligeable »[549]. Et lorsque l'infraction recherchée ou prévenue est relative à la migration irrégulière, il est impossible d'exclure que les contrôles requis ou frontaliers soient opérés en fonction des caractéristiques physiques de la personne[550]. La mise en œuvre des contrôles frontaliers à la frontière franco-italienne semble ainsi uniquement destinée aux personnes d'apparence étrangère[551]. Une étude organisée par le CNRS a « confirmé que les contrôles d'identité effectués par les policiers se fondent principalement sur l'apparence : *non pas sur ce que les gens font, mais sur ce qu'ils sont, ou paraissent être* »[552]. L'étude précise que selon le site d'observation choisi, les personnes noires risquent d'être contrôlées entre 3,3 et 11,5 fois plus que les personnes blanches[553]. Elle relève également que les personnes d'apparence arabe sont généralement sept fois plus susceptibles d'être contrôlées que les personnes blanches[554], en violation du principe de non-discrimination.

---

[549] Danièle MAYER, « Prévention et répression en matière de contrôles d'identité : une distinction trompeuse », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 272 ; voir également : Benoit CAMGUILHEM, « L'engagement de la responsabilité de l'État du fait des contrôles au faciès », *Actualité juridique de droit administratif,* 2015, p. 1813.

[550] Danièle LOCHAK, « L'immigration saisie par le droit pénal », *op. cit.,* p. 639 ; Nathalie FERRE, « les usages du droit pénal contre les étrangers », in *op. cit* ; Céline CHASSANG, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, *op. cit.,* n° 177 et suivants.

[551] Des agents de la SNCF témoignent de « contrôles au faciès » opérés au sein des trains régionaux reliant Marseille à Vintimille : Louise FESSARD, « A la frontière italienne, des cheminots résistent à la "chasse aux migrants" », *op. cit.* ; une vidéo diffusée par une association niçoise montre également le caractère discriminant des contrôles d'identité opérés sur la ligne SNCF Nice-Vintimille où les seules personnes contrôlées sont noires : http://ademonice06.com/controle-au-facies-dans-le-train-vintimille-nice/

[552] Fabien JOBARD, René LEVY, *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, New York, Open Society Justice initiative, 2009, p. 10, nous soulignons.

[553] *Ibid.*

[554] *Ibid.* De la même manière, le Défenseur des droits a récemment publié un rapport dans lequel il affirme que si « 82,6% des hommes de la population d'enquête témoignent n'avoir jamais fait l'objet d'un contrôle d'identité de la part des forces de police dans les cinq dernières années, la moitié des hommes perçus comme arabes/maghrébins ou noirs déclarent l'avoir été au moins une fois. Ces derniers rapportent également être de 6 à 11 fois plus concernés par des contrôles fréquents (plus de 5 fois) que le reste de la population masculine »[554]. Les jeunes hommes perçus comme arabes/maghrébins ou noirs ont par ailleurs « une probabilité 20 fois plus élevée d'être contrôles que les

133. Le droit à la non-discrimination – Le caractère discriminatoire des contrôles d'identité requis et frontaliers pourrait être reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme. La Convention européenne des droits de l'Homme reconnaît en effet le principe de non-discrimination au sein de son article 14, disposition qui s'inspire de l'interdiction générale de tout acte arbitraire[555]. Au titre de ce dernier, « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Mais « distinguer n'est pas discriminer ». La Cour européenne des droits de l'Homme juge ainsi que l'article 14 ne prohibe pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits. Au sein de son arrêt de principe relatif à l'*Affaire linguistique belge*[556], la Cour a déterminé deux critères cumulatifs permettant de retenir une discrimination[557] : d'abord une différence de traitement dans l'exercice du droit reconnu, ensuite un défaut de justification objective et raisonnable. Chacun de ces critères peut être reconnu comme étant établi en matière de contrôles d'identité.

134. Différence de traitement – La différence de traitement est entendue par la Cour comme « une distinction introduite entre des situations analogues ou comparables »[558]. Un grief tiré de l'article 14 « ne saurait donc prospérer que si, notamment, la situation de la victime prétendue se révèle comparable à celle de personnes mieux traitées »[559]. La Cour conclut à l'absence de discrimination en cas de défaut d'analogie des situations[560]. *A contrario*,

autres. Pour les contrôles fréquents, ce rapport est de 19 » : voir, DEFENSEUR DE DROITS, *Enquête sur l'accès au droit*, *volume 1, Relation police/population, le cas des contrôles d'identité*, février 2017, p. 6.

[555] Margarita TSATSA–NIKOLOVSKA, « La protection contre la discrimination en vertu de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *in La non-discrimination : un droit fondamental*, Séminaire marquant l'entrée en vigueur du Protocole n° 12, Éditions du Conseil de l'Europe, 2006, pp. 26-37.

[556] Cour européenne des droits de l'Homme, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, n° 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64.

[557] *Ibid*., n° 10.

[558] Cour européenne des droits de l'Homme*,* 13 juin 1979*, Marckx c. Belgique,* n° 6833/74, § 32 ; 23 novembre 1983*, Van der Mussele c. Belgique,* n° 8919/80, § 46. La Cour adopte également une conception substantielle de l'égalité de traitement en reconnaissant la violation de l'article 14 « lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes » : Cour européenne des droits de l'Homme*,* 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce,* n° 34369/9, § 44.

[559] Cour européenne des droits de l'Homme*,* 18 février 1991, *Fredin c. Suède,* n° 12033/86*,* § 60.

[560] Par exemple, la Cour relève l'absence d'analogie entre des retraités installés au Royaume-Uni ou dans des pays tiers liés au Royaume-Uni par des accords de réciprocité en matière de sécurité sociale prévoyant la revalorisation des pensions et des retraités installés dans des pays tiers non liés par de tels accords : Cour européenne des droits de l'Homme*,* 16 mars 2010, *Carson et a. c. Royaume-Uni,* n° 42184/05.

l'existence de situations analogues entraîne la reconnaissance d'une différence de traitement[561]. Dans l'hypothèse des contrôles d'identité, les victimes de discriminations se trouvent dans une situation tout à fait comparable aux individus qui n'ont pas été contrôlés ou qui n'ont pas subi de discrimination au cours de leur contrôle. Les contrôles frontaliers et requis peuvent être opérés à l'encontre de toute personne, dans le cadre de la recherche et de la prévention d'infractions liées à la migration irrégulière pour le contrôle frontalier ou à d'autres infractions pour le contrôle requis. Les dispositions légales relatives à ces contrôles ne visent donc pas certaines personnes en particulier, mais potentiellement tout individu qui se trouverait au sein du périmètre établi par le législateur ou par le parquet. Le fait que la différence de traitement ne soit pas légalement établie par les contrôles d'identité – il résulte de la pratique – ne pose pas de difficulté, la Cour ayant établi que la distinction existante entre des situations analogues peut résulter d'une mesure législative mais aussi d'une situation de fait[562]. La distinction effectuée entre des situations analogues doit par ailleurs être fondée sur l'un des motifs discriminatoires de l'article 14. Dans son arrêt *Timichev*, la Cour a noté que « l'instruction [qui] interdisait le passage [de l'Ingouchie à la Kabardino-Balkarie] non seulement aux personnes qui étaient effectivement d'origine tchétchène, mais aussi à celles qui étaient simplement perçues comme appartenant à ce groupe ethnique [constitue] une inégalité de traitement manifeste dans la jouissance du droit à la liberté de circulation en raison de l'origine ethnique »[563]. Tel est le cas des contrôles d'identité qui conduisent, de fait, à une inégalité de traitement fondée sur la race : les individus d'apparence maghrébine ou noire sont les principaux ciblés par les contrôles d'identité requis et frontaliers[564], d'autant plus lorsque ces derniers poursuivent comme finalité la recherche et la prévention d'infractions liées à la migration irrégulière. Or, pour la Cour, la discrimination raciale constitue « la forme de discrimination la plus odieuse ». Elle juge ainsi inacceptable qu'au sein de « la société démocratique contemporaine fondée sur le respect du pluralisme et la diversité culturelle », une différence de traitement soit fondée sur l'origine raciale d'une personne[565]. Les contrôles d'identité frontaliers et requis conduisant à une

[561] C'est le cas des réfugiés ayant contracté mariage après le départ de leur pays d'origine et des réfugiés mariés avant leur départ, au regard du bénéfice du droit au regroupement familial : Cour européenne des droits de l'Homme, 6 novembre 2012, *Hode et Abdi c. Royaume-Uni,* n° 22341/09 ; ou bien « lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes » : Cour européenne des droits de l'Homme, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce, op. cit.,* § 44 .

[562] Cour européenne des droits de l'Homme, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte,* n° 17209/02*,* § 7.

[563] Cour européenne des droits de l'Homme, *Timichev c. Russie,* n° 55762/00 et 55974/00, § 54.

[564] DEFENSEUR DE DROITS, *Enquête sur l'accès au droit*, *volume 1, Relation police/population, le cas des contrôles d'identité*, *op. cit.*, p. 16.

[565] Cour européenne des droits de l'Homme, 13 décembre 2005, *Timichev c. Russie*, *op. cit.* ; Cour européenne des droits de l'Homme, 22 décembre 2009, *Sedjic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27996/06 et 34836/06.

situation de fait où certaines personnes seulement sont discriminées en raison de leur origine ethnique ou raciale, le critère de la différence de traitement est qualifié. Il convient maintenant d'examiner le second critère de la violation de l'article 14.

135. Défaut de justification objective et raisonnable – Concernant le second critère relatif au défaut de justification objective et raisonnable, la Cour a jugé qu'est justifiée, objective et raisonnable la différence de traitement qui poursuit un « but légitime » dans une société démocratique et respecte « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »[566]. La Cour contrôle ainsi non seulement la finalité de la différence de traitement mais également sa proportionnalité. La finalité est liée au but poursuivi par la différence de traitement. L'absence légitimité de ce but permet la reconnaissance d'une discrimination ; à l'inverse si la différence de traitement poursuit un but légitime, la Cour n'ouvre pas la voie à la violation de l'article 14. Toutefois, il arrive à la Cour de mettre à l'écart ce premier sous-critère du but légitime pour se concentrer sur la proportionnalité de la différence de traitement[567]. L'absence de proportionnalité constitue donc le « critère décisif »[568] pour reconnaître le caractère discriminatoire d'une différence de traitement. Si, dans l'*Affaire linguistique belge*, la Cour a reconnu que les États bénéficient d'une « certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique »[569], encore faut-il que ces distinctions soient raisonnables. C'est en effet le caractère raisonnable – et donc non disproportionné – qui détermine les limites du pouvoir discrétionnaire des États parties[570]. Celui-ci est étudié par la Cour en fonction des « données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État »[571] et « des circonstances, des domaines et du contexte »[572]. Dans son arrêt *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani n° 2*[573]*,* elle a pu juger que si la différence

[566] Cour européenne des droits de l'Homme, 23 juillet 1968*, Affaire linguistique belge*, *op. cit.*, § 10 ; Cour européenne des droits de l'Homme, 26 février 2002, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 34.
[567] Cour européenne des droits de l'Homme, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse,* n° 16213/90, § 28 ; Cour européenne des droits de l'Homme, 21 février 1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas*, n° 20060/92, § 44 ; Cour européenne des droits de l'Homme, 1er février 2000, *Mazurek c/ France*, n° 34406/97, § 51.
[568] Frédéric SUDRE, « Convention européenne des droits de l'Homme. Droits garantis. Droit de propriété et droit à la non-discrimination » *Jurisclasseur Europe Traité*, Fascicule n° 6523, mars 2016, n° 126.
[569] Voir aussi Cour européenne des droits de l'Homme, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, n° 8777/79, § 40 ; Cour européenne des droits de l'Homme, 12 avril 2006, *Stec et a. c/ Royaume-Uni*, n° 65731/01 et 65900/01, § 51.
[570] Frédéric SUDRE, « Convention européenne des droits de l'Homme. Droits garantis. Droit de propriété et droit à la non-discrimination », *op. cit.*
[571] Cour européenne des droits de l'Homme, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, *op. cit.,* § 10.
[572] Cour européenne des droits de l'Homme, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, n° 8777/79, § 40.
[573] Cour européenne des droits de l'Homme, 31 mai 2007, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani* n° 2, n° 26740/02.

de traitement entre les membres de loges maçonniques – qui étaient seuls tenus de déclarer leur affiliation lorsqu'ils postulaient pour leur nomination à des emplois publics – et les membres d'associations non secrètes visait un but légitime relatif à la protection de la sécurité nationale et de la défense de l'ordre, celle-ci était déraisonnable et constituait de ce fait un traitement discriminatoire. La mise en œuvre des contrôles d'identité requis et frontaliers ne peut pas être assimilée à une obligation de déclaration ; néanmoins, ces derniers suivent également un but légitime relatif à la protection de la sécurité publique et à la défense de l'ordre en permettant de prévenir la commission d'infractions spécifiques. Il convient donc d'examiner plus particulièrement le critère de proportionnalité. Sur ce point, il apparaît très difficile de juger proportionnée la différente de traitement établie par les contrôles d'identité, fondée sur la race de l'individu. Dans son arrêt *Timishev c. Russie*, la Cour a ainsi considéré discriminatoire la mesure établie par la République de Kabardino-Balkari visant à interdire l'accès au territoire à toute personne d'origine Tchétchène, en jugeant « qu'aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine […] »[574]. Dans ces circonstances, la différence de traitement raciale établie de fait par la mise en œuvre des contrôles frontaliers et requis ne peut être considérée comme étant objective et raisonnable. Le droit à la non-discrimination n'étant pas un droit autonome, il convient de combiner l'article 14 avec l'un des autres droits reconnus par la Convention.

136. Une absence d'autonomie – L'article 14 ne peut être invoqué de manière indépendante et doit obligatoirement être mis en relation avec l'un des droits ou libertés garantis par la Convention. Il apparaît comme un accessoire aux droits et libertés protégés par la Convention, comme le moyen de renforcer leur protection[575]. Il est donc nécessaire de prouver, au-delà de la violation de l'article 14, la violation de l'un des autres droits ou libertés garantis par la Convention. Très tôt, la Cour a néanmoins nuancé cette exigence en jugeant que si la garantie de non-discrimination « n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, aux termes de l'article 14, les "droits et libertés reconnus dans la Convention", une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire »[576]. Dès lors, le droit invoqué (et protégé par la

[574] Cour européenne des droits de l'Homme, 13 décembre 2005, *Timishev c. Russie*, *op. cit.*, § 58.
[575] Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, p. 141.
[576] Cour européenne des droits de l'Homme, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique Belge*, *op. cit.,* § 9.

Convention) à l'appui de l'article 14 ne doit pas nécessairement avoir été violé : pour que la discrimination soit examinée par la Cour, il suffit qu'elle tombe « sous l'empire » de l'une des clauses de la Convention[577]. C'est ainsi que la requête récemment déposée devant la Cour européenne par des ressortissants français relative au caractère discriminatoire des contrôles d'identité est fondée sur l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 et l'article 2.1 du Protocole n° 4 à la Convention.

137. Article 8 – L'article 8 de la Convention précise que « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Cette disposition consacre donc le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance de chaque individu mais également, en son paragraphe 2, le droit de ne pas subir les « immixtions arbitraires ou illégales des autorités publiques »[578]. Dans sa décision de recevabilité *Colon c. Pays-Bas*, la Cour a précisé que le pouvoir d'interpellation et de fouille attribué à la police au sein de zones « à risques » était constitutif d'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée en raison du fait que « le requérant, à l'image de toute autre personne, [pouvait] être interpellé en tout lieu et à tout moment dans la zone à risque sans préavis ni possibilité de refuser la fouille »[579] ; ingérence qu'elle a jugée conforme à la loi et poursuivant les buts liés à a protection de la sûreté publique, de la défense de l'ordre et de la prévention des infractions pénales[580]. Elle avait suivi une analyse similaire au sein de son arrêt *Gillan et Quinton* relatif à la législation britannique du *stop and search* en jugeant que « l'usage des pouvoirs de coercition par la législation pour exiger d'un individu qu'il se soumette à une fouille sur sa personne, ses vêtements et ses effets personnels constituent une claire ingérence au sein du droit au respect de la vie privée », ingérence encore renforcée par le caractère public

[577] Margarita TSATSA–NIKOLOVSKA, « La protection contre la discrimination en vertu de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*
[578] Frédéric SUDRE, « Convention européenne des droits de l'Homme. Droits garantis. Droit de propriété et droit à la non-discrimination », *op. cit.* n° 1 ; Cour européenne des droits de l'Homme, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique, op. cit.,* § 31.
[579] Cour européenne des droits de l'Homme, 15 mai 2012, *Colon c. Pays Bas*, requête n° 49458/06, § 65.
[580] *Ibid.*

de la fouille[581]. Or, les fouilles préventives objets de la décision *Colon c. Pays-Bas* relevaient d'un régime quasiment similaire aux contrôles requis français. Elles étaient ordonnées par le parquet pour une période non renouvelable de douze heures au sein d'une zone strictement définie, dans l'objectif de rechercher des armes. Dans ces conditions, les contrôles d'identité requis ou même frontaliers pourraient être considérés comme constituant une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et conduire la Cour à examiner leur caractère discriminatoire – quand bien même l'ingérence serait jugée nécessaire et proportionnée.

Par ailleurs, l'interprétation « dynamique »[582] de la Convention a conduit la Cour à développer le « droit à la vie privée sociale »[583] et plus particulièrement le droit de nouer et de développer des relations avec autrui. Elle a ainsi jugé que la notion de vie privée ne se réduit pas à un « cercle intime » mais englobe également « le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables »[584]. Dans ce cadre, elle a considéré que la confiscation et l'absence de restitution, durant quinze ans, d'un passeport par les autorités publiques constituent une ingérence dans le droit au respect de la vie privée en ce que ces mesures risquaient d'affecter de manière grave des liens personnels[585]. Cette évolution de la notion de vie privée est particulièrement intéressante car elle pourrait être invoquée en matière de contrôles d'identité. Les personnes concernées par les contrôles discriminatoires subissent en effet une ingérence dans leur liberté de circulation. Ces contrôles sont subis de manière très fréquente par les personnes concernées, contribuant à rendre plus difficile – mais certes, pas impossible – l'exercice de leur liberté de circulation et de l'entretien des liens personnels qui y sont liés[586]. Le droit à la libre circulation pourrait d'ailleurs être combiné avec l'article 14.

138. Article 2.1 du Protocole n° 4 – L'article 2.1 du Protocole n° 4 à la Convention consacre le droit à la circulation en énonçant que « [q]uiconque se trouve régulièrement sur le

[581] Cour européenne des droits de l'Homme, 12 janvier 2010, *Gillan et Quinton*, n° 5158/05, § 63.
[582] Frédéric SUDRE, « Convention européenne des droits de l'Homme. Droits garantis. Droit de propriété et droit à la non-discrimination », *op. cit.*, n° 2. Il s'agit d'assurer l'effectivité des droits reconnus par la Convention, qui « a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs » : Cour européenne des droits de l'Homme, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, § 24.
[583] Frédéric SUDRE, « Convention européenne des droits de l'Homme. Droits garantis. Droit de propriété et droit à la non-discrimination », *op. cit.*, n° 79.
[584] Cour européenne des droits de l'Homme, 16 décembre 1992, *Niemetz c/ Allemagne,* n° 13710/88, § 29.
[585] Cour européenne des droits de l'Homme, 6 décembre 2005, *Iletmis c. Turquie,* n° 29871/96 ;
Cour européenne des droits de l'Homme, 26 avril 2011, *M. c. Suisse*, n° 41199/06.
[586] Opinion contraire : James A. GOLDSTON, qui considère que les contrôles d'identité discriminatoires peuvent difficilement relever de l'article 8 tant ils sont étrangers, par leur nature, à une réelle intrusion dans la vie privée ou familiale de la personne contrôlée : « Combattre le terrorisme en combattant la discrimination : le Protocole n° 12 constitue-t-il une aide ? », *La non-discrimination : un droit fondamental*, Éditions du Conseil de l'Europe, p. 61.

territoire d'un État a le droit d'y circuler librement ». Dans son arrêt *Timichev*, la Cour a jugé que l'interdiction d'entrée établie par une République de Russie à l'encontre d'individus Tchétchènes ou d'apparence relève de « la jouissance du droit à la liberté de circulation »[587]. Les opérations de contrôles d'identité n'empêchent pas la circulation sur le territoire mais elle l'entrave, surtout en raison de leur caractère répété. Dès lors, les contrôles d'identité pourraient relever du droit de circuler librement consacré par l'article 2.1 du Protocole et ainsi permettre l'examen du caractère discriminatoire de ces opérations de police. Certes, l'ingérence de ces opérations dans le droit à la libre circulation pourrait être justifiée par le troisième paragraphe de l'article 2 autorisant des « mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales […] » et, surtout, par le quatrième paragraphe énonçant que « les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique ». Il n'en demeure pas moins que, justifiée ou non, l'ingérence constatée permettrait à la Cour d'examiner le caractère discriminatoire des contrôles d'identité. En reprenant l'arrêt relatif à l'affaire *Linguistique Belge*[588], l'on pourrait ainsi supposer que les contrôles d'identité français, bien que conformes à l'article 2.1 du Protocole n° 4, enfreignent tout de même cette clause, combinée à l'article 14, en ce qu'ils revêtent un motif discriminatoire. La liberté de circulation ne serait pas violée en tant que telle par le contrôle d'identité, mais elle le deviendrait par la discrimination opérée en pratique lors de ce contrôle. Dès lors, il semblerait que la Cour européenne puisse condamner les contrôles d'identité sur le fondement de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 2.1 du Protocole n° 4. En attendant qu'elle se prononce sur ce point, les juridictions françaises se sont emparées de la question des contrôles d'identité discriminatoires.

B. La contestation des contrôles d'identité discriminatoires facilitée

139. Si la responsabilité pénale de l'officier de police est difficile à engager sur le fondement du refus discriminatoire **(1)**, la responsabilité de l'État pour faute lourde a récemment été reconnue et facilitée par la juridiction judiciaire **(2)**.

[587] Cour européenne des droits de l'Homme, *Timichev c. Russie, op. cit.*, § 54.
[588] Cour européenne des droits de l'Homme, *Affaire linguistique belge, op. cit.*

1. Une responsabilité pénale difficile à engager

140. Délit de refus discriminatoire du bénéfice d'un droit – Le membre de la police judiciaire qui commet une infraction lors de l'accomplissement de ses fonctions peut parfaitement engager sa responsabilité pénale[589]. En matière de contrôles d'identité discriminatoires, cette responsabilité peine toutefois à être engagée. L'article 432-7 du Code pénal dispose que « la discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ». Au premier regard, cette disposition semble pouvoir être invoquée pour engager la responsabilité pénale de l'officier de police ayant procédé au contrôle d'identité litigieux. L'autorité de police chargé du contrôle est bien une personne dépositaire de l'autorité publique, cette fonction désignant « toute personne, fonctionnaire ou non, investie d'un pouvoir de sanction ou de contrainte »[590]. Pour être poursuivie, celle-ci doit avoir refusé le bénéfice d'un « droit accordé par la loi ». La loi doit s'entendre ici « non dans son sens étroit de texte voté par le Parlement, mais dans celui, plus large, de règle de portée générale et impersonnelle »[591]. Le droit en cause peut ainsi avoir été accordé par un texte législatif interne ou par un texte international. Or, la liberté de circulation, au cœur de la problématique des contrôles d'identité, est un droit accordé par plusieurs textes internationaux : déclaration universelle des droits de l'Homme[592], Convention européenne des droits de l'Homme[593], Charte des droits fondamentaux[594]. Elle constitue ainsi un droit accordé par la loi au sens de l'article 432-7. Encore faut-il néanmoins que le bénéfice de ce droit ait été refusé par le fonctionnaire.

141. Refus – Cette condition liée au refus est délicate à établir dans le cas des contrôles d'identité discriminatoires car elle nécessite qu'un « véritable refus ait été opposé, susceptible,

[589] Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.,* p. 380, n° 480.
[590] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « Discriminations par personne exerçant une fonction publique », *Jurisclasseur pénal Code*, fascicule n° 20, août 2012, n° 21.
[591] *Ibid.,* n° 29.
[592] Article 13.1.
[593] Article 2 du Protocole n° 4 à la Convention.
[594] Article 45.1.

juridiquement ou en fait, de priver la victime du bénéfice d'un droit »[595], ce qui ne semble pas être le cas en matière de contrôle d'identité. L'officier de police entrave l'exercice d'une liberté publique, sans pour autant en refuser expressément le bénéfice. Par ailleurs, la victime ne semble pas totalement « privée » de ce droit à moins que le contrôle d'identité soit suivi d'une vérification d'identité. Le Code de procédure pénale prévoit en effet que l'individu concerné peut « en cas de nécessité, être retenu sur place ou dans le local de police où il est conduit aux fins de vérification de son identité » lorsqu'il « refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité »[596]. Cette hypothèse ouvrirait plus sûrement la voie à une condamnation sur le fondement de l'article 432-7 du Code pénal. Il en est de même du délit d'atteinte à la liberté individuelle prévu à l'article 432-4 du Code pénal.

142. Délit d'atteinte à la liberté individuelle – Le délit d'atteinte à la liberté individuelle désigne « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner ou d'accomplir arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ». En matière de contrôles d'identité discriminatoires, les conditions relatives à l'auteur du délit sont remplies, tout comme l'exigence qu'il ait agit dans l'exercice de ses fonctions. Mais pour que le délit soit constitué, l'officier de police doit encore avoir ordonné ou accompli arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle. Or, la qualification de l'atteinte à la liberté individuelle soulève quelque difficulté dans le cadre du seul contrôle d'identité. Tout comme l'individu concerné n'est pas « privé », dans ce cadre, de la liberté de circuler au sens de l'article 432-7 du Code pénal, il semble difficile d'établir une atteinte à cette liberté au sens de l'article 432-4 en dehors de l'hypothèse de la vérification d'identité. En ce sens, la Cour de cassation a qualifié le délit d'atteinte arbitraire à la liberté individuelle dans une affaire où un officier de gendarmerie avait fait conduire et retenir durant plusieurs heures une personne dans des locaux dépendant de son autorité, en connaissance de l'absence de fondement légal[597]. Plus encore, il faut que l'atteinte litigieuse soit commise de manière « arbitraire », c'est-à-dire qu'elle soit « décidée en dehors des cas légaux »[598]. Il ne peut y avoir de répression si la privation ou la restriction de liberté est

[595] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « Discriminations par personne exerçant une fonction publique », *op. cit.,* n° 33.
[596] Article 78-3 du Code de procédure pénale.
[597] Cour de cassation, chambre criminelle, 24 mai 2016, n° 15-80.848.
[598] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « Discriminations par personne exerçant une fonction publique », *op. cit.,* n° 16.

autorisée par la loi ou imposée par elle. Or, la restriction de liberté opérée par la vérification d'identité s'inscrit dans le cadre de l'article 78-3 du Code de procédure pénale. Le fait d'avoir procédé au contrôle d'identité sur des fondements discriminatoires pourrait détacher cet acte, tout comme la vérification d'identité qui en est la conséquence, de toute légalité. L'absence d'exigence de motivation des contrôles requis et frontaliers conduit néanmoins à délier l'officier de police de toute obligation de justification du contrôle. La preuve de discrimination est donc très difficile à rapporter, que le contrôle d'identité ait été suivi ou non d'une procédure judiciaire ou administrative[599]. Si la responsabilité pénale du fonctionnaire chargé du contrôle est difficile à mettre en œuvre, la juridiction judiciaire a récemment facilité la reconnaissance de la responsabilité de l'État.

2. Une reconnaissance de la responsabilité de l'État pour faute lourde

143. Reconnaissance de la discrimination – Alors que le juge administratif[600] a refusé d'examiner le caractère discriminatoire des contrôles d'identité opérés à la frontière franco-italienne, la Cour d'appel de Paris[601] et la Cour de cassation[602] ont récemment établi une « jurisprudence innovante » permettant de faciliter la contestation de tels contrôles. En l'espèce,

[599] Toutefois, dans un arrêt du 3 novembre 2016, la Cour de cassation a confirmé l'annulation d'un contrôle d'identité requis effectué à l'encontre d'un ressortissant égyptien qui avait été par la suite poursuivi pénalement pour délit de maintien irrégulier en France. Elle a relevé le caractère discriminatoire du contrôle d'identité en s'appuyant sur une mention du procès-verbal faisant référence à l'aspect « nord-africain » de l'individu contrôlé. La Cour a ainsi jugé que « les mentions du procès-verbal sont de nature à faire présumer que le contrôle d'identité a été motivé par l'appartenance ethnique, réelle ou supposée, de la personne contrôlée, en méconnaissance de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme » : Cour de cassation, chambre criminelle, 3 novembre 2016, n° 15-85.548.

[600] Conseil d'État, Ordonnance du 29 juin 2015, *Gisti et autres,* n° 391192, 391275, 391276, 391278, 391279 : En juin 2015, alors que des centaines de migrants étaient bloqués durant plusieurs semaines à Vintimille, des associations avaient saisi le juge des référés du Conseil d'État le 22 juin 2015 estimant que les autorités françaises mettaient en œuvre des contrôles permanents mais surtout discriminatoires depuis le 11 juin. Sur l'aspect discriminant des contrôles, les requérants précisaient que ces derniers s'effectuaient « exclusivement sur des personnes d'apparence migrante ». La requête ne fût néanmoins pas entendue et, devant l'absence de preuve établissant que ces contrôles provenaient du Préfet ou d'un représentant de l'État, le juge des référés a contourné l'éventuelle discrimination opérée lors des contrôles en concluant « qu'en l'état de l'instruction, il ne ressort ni des pièces des dossiers, ni des informations données au cours de l'audience que ces contrôles, par leur ampleur, leur fréquence et leurs modalités de mise en œuvre, excèderaient manifestement le cadre défini par ces dispositions et procéderaient ainsi d'une décision du ministre de l'intérieur ou d'une autre autorité nationale, de rétablir à la frontière franco-italienne un contrôle permanent et systématique, dont le Conseil d'Etat pourrait connaître en premier et dernier ressort »[600]. Sur cette rapide motivation centrée uniquement sur le caractère systématique des contrôles frontaliers, le juge des référés a invité les requérants à soumettre au juge compétent leurs doléances concernant l'irrégularité des contrôles opérés.

[601] Cour d'appel de Paris, 24 juin 2015, n° 13/24269, 13/24265, 13/24286, 13/24303, 13/24267, 13/242300, 13/24277, 13/24274, 13/24261, 13/24255, 13/24284, 13/24299, 13/24262.

[602] Cour de cassation, Première chambre civile, 9 novembre 2016, n° 15-24.207, n° 15-24.208, n° 15-24.209, n° 15-24.213, n° 15-25.876, n° 15-25.877, n° 15-25.873, n° 15-24.210, n° 15-24.211, n° 15-24.212, n° 15-24.214, n° 15-25.872, n° 15-25.875.

treize personnes avaient fait l'objet de contrôles d'identité requis, qui n'avaient donné lieu à aucune suite administrative ou judiciaire. Ces dernières s'estimaient néanmoins victimes de contrôles discriminatoires et avaient par conséquent assigné l'État en réparation devant les juridictions judiciaires sur le fondement de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire[603]. Mais si le caractère discriminatoire du contrôle d'identité est parfois reconnu par les juridictions judiciaires dans le cadre de l'examen de la légalité d'une procédure y trouvant sa source[604], il est au contraire difficile de trouver quelconque décision relative à un contrôle n'ayant donné lieu à aucune suite administrative ou judiciaire[605]. Là était donc tout l'enjeu de la saisine, avec la possible reconnaissance de la responsabilité de l'État. Après avoir été déboutés par le Tribunal de grande instance de Paris qui avait considéré que les treize plaignants ne rapportaient pas la preuve de l'existence d'un contrôle discriminatoire, ces derniers ont interjeté appel au soutien du Défenseur des droits qui apportait des observations démontrant l'existence avérée de discriminations opérées sur une catégorie précise de la population – principalement nord-africaine[606]. Contrairement au Tribunal de grande instance, la Cour d'appel de Paris a accueilli les arguments des appelants et reconnu, dans cinq des treize affaires qui lui étaient soumises[607], le caractère discriminatoire des contrôles d'identité opérés. Au soutien de textes fondamentaux en matière de droit à la non-discrimination[608], elle a jugé que ces contrôles ont été effectués « en tenant compte de l'apparence physique et de l'appartenance, vraie ou supposée à une ethnie ou une race » sans que soit « démontr[é] en quoi le contrôle systématique et exclusif d'un type de population, en raison de la couleur de sa peau ou de son origine [...] était justifié par des circonstances précises et particulières ». En conclusion, la Cour a précisé « qu'à défaut d'une telle preuve », les contrôles d'identité entrepris « présentent un caractère discriminatoire qui engage la responsabilité de l'État » pour faute lourde au sens de

[603] Cet article dispose que « l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ».
[604] Pour exemple : un procès-verbal établissant le contrôle d'un « individu nord-africain » poursuivi, à l'issue du contrôle d'identité requis, pour délit de maintien irrégulier : Cour de cassation, chambre criminelle, 3 novembre 2016, n° 15-85.548.
[605] Thomas DUMORTIER, « Les "contrôles au faciès" saisis par la justice », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 10 septembre 2015, http://revdh.revues.org/1400 ; DOI : 10.4000/revdh.1400
[606] Défenseur des droits, décision MSP-MDS-MLD-2015-021 du 3 février 2015 relative à des contrôles d'identité discriminatoires, observations présentées devant la Cour d'appel de Paris.
[607] Cour d'appel de Paris, 24 juin 2015, 13/242300, 13/24277, 13/24261, 13/24255, 13/24262 ; Thomas DUMORTIER, « Les "contrôles au faciès" saisis par la justice », *op. cit.*
[608] Le Pacte international sur les droits civils et politiques mais également la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 7 novembre 2002, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et l'arrêt *Timichev c. Russie* (Cour européenne des droits de l'Homme, 13 décembre 2005, *op. cit.*).

l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire[609]. Elle a ainsi ouvert la voie à un recours effectif à l'encontre des contrôles d'identité sans suite présentant un caractère discriminatoire.

144. Droit au recours effectif – Consacré par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme[610], le droit au recours effectif reconnaît à « toute personne dont les droits ou libertés reconnus dans la présente Convention fondamentaux ont été violés, [le] 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 ». Ce droit entraîne l'obligation pour l'État de garantir une voie de recours devant une instance nationale à tout individu qui s'estime victime « de manière plausible » d'une violation de ses droits ou libertés reconnus par la Convention[611], afin qu'il puisse obtenir réparation[612]. De cette garantie découle le fait que le recours de l'article 13 doit être « effectif en pratique et en droit »[613], en ce sens que « son exercice ne [doit] pas [être] entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'État »[614].

145. Atteinte au droit au recours effectif – Au sein des arrêts précités, la Cour d'appel de Paris s'est directement inspirée de l'article 13 de la Convention en précisant que pour être effectif, un recours doit « s'inscrire dans un régime juridique permettant la démonstration, par l'intéressé, des faits qu'il estime arbitraires ou abusifs ». Et sur ce point justement, la Cour

---

[609] Cour d'appel de Paris, 24 juin 2015, *op. cit.*

[610] Ce droit figure également à l'article 47.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, qui précise que « [t]oute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article ». Néanmoins, le respect de ce droit s'impose aux autorités de chacun des États membres uniquement lorsqu'elles adoptent des décisions entrant dans le champ d'application du droit de l'Union.

[611] Cour européenne des droits de l'Homme, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, § 64 ; Cour européenne des droits de l'Homme, 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, § 113.

[612] *Ibid.* Bien que les États parties jouissent d'une marge d'appréciation pour se conformer à l'article 13 et que la portée de cette obligation varie en fonction du grief allégué (Cour européenne des droits de l'Homme, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93*,* § 150-151, 28 juin 2007, *Kaya c. Allemagne*, n° 31753/02, § 106 ; Cour européenne des droits de l'Homme, 20 mars 2008, *Budayeva et autres c. Russie*, n° 15339/02, § 190-191), la Cour précise que la réparation doit être constituée d'un « redressement approprié » (*Kaya c. Allemagne,* § 106 ; 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93 § 95 ; *Chahal c. Royaume-Uni,* § 145 ; 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, n° 30696/109, § 288 ; 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, n° 20605/92, § 104). Lorsque la victime subit des actes de tortures, le droit au recours effectif implique ainsi, outre le versement d'indemnités, des investigations approfondies et effectives propres à punir les responsables (*Aksoy c. Turquie*, § 98 ; 9 juin 1998, *Tekin c. Turquie*, n° 22496/93, § 66 ; 27 juin 2000, *Ilhan c. Turquie*, n° 22277/93, § 97).

[613] Cour européenne des droits de l'Homme, 19 février 1998, *Kaya c. Turquie*, n° 22729/93, § 106 ; 10 septembre 2010, *McFarlane c. Irlande*, n° 31333/06, § 114 ; 29 mars 2006, *Pizzati c. Italie*, n° 62361/00, § 38.

[614] *Ibid.* ; voir aussi : Cour européenne des droits de l'Homme, *Aksoy c. Turquie*, *op. cit,* § 95 ; 25 septembre 1997, *Aydin c. Turquie*, n° 23178/94, § 103 ; 6 février 2007, *Mentes c. Turquie*, n° 23186/94, § 89 ; 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne,* n° 30210/96*,* § 157 *; Chahal c. Royaume-Uni, op. cit., § 145.*

d'appel a relevé que le contrôle d'identité requis ne fait l'objet d'aucun procès-verbal lorsqu'il n'est pas suivi d'une procédure judiciaire ou administrative, qu'il n'est pas plus enregistré, et qu'il ne donne pas non plus droit à la remise d'un récépissé. Dès lors, la loi ne prévoit aucune obligation de traçabilité lorsque le contrôle d'identité ne donne pas lieu à la constatation d'une infraction. Autrement dit, c'est l'absence de traçabilité du contrôle d'identité qui entraîne l'impossibilité, pour la personne contrôlée, de contester ce contrôle. C'est en ce sens que le droit au recours effectif prévu par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme est atteint selon les juges du second degré.

146. Aménagement de la preuve – L'absence d'établissement d'un procès-verbal, ou plutôt d'une « traçabilité » du contrôle d'identité sans suite, aboutit en effet à une violation du droit au recours effectif nécessitant un aménagement de la charge de la preuve. Afin d'assurer l'effectivité du recours permis par l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire, la Cour d'appel a donc procédé à un aménagement de la charge de la preuve favorable à la victime.

S'inspirant de la loi du 27 mai 2008[615] qui a transposé les directives relatives à la protection contre la discrimination dans le cadre des relations de travail[616], elle a déclaré que la preuve de la discrimination des contrôles d'identité peut être rapportée « par un faisceau de circonstances graves, précises et concordantes, l'autorité publique devant elle quant à elle démontrer le caractère justifié de la différence de traitement »[617]. Malgré cette volonté non-équivoque de condamner le caractère discriminatoire des contrôles d'identité, seuls cinq des treize contrôles contestés ont été reconnus discriminatoires par la Cour d'appel. Il s'agit des cas où le plaignant avait pu rapporter un témoignage attestant de la discrimination opérée lors des

---

[615] Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.*

[616] Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ;*
directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;*
directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail* ;
directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 *mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services* ;
directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.*
Olivera BOSKOVIC, Sabine CORNELOUP, Fabienne JAULT-SESEKE, Natalie JOUBERT, Karine PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 269.

[617] La Cour d'appel a sur ce point entériné la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : *Natchova et autres c. Bulgarie, op. cit. ; Timichev c. Russie, op. cit. ;* 27 juin 2000, *Salman c. Turquie,* n° 21986/93.

contrôles[618]. Contrairement à la Cour européenne des droits de l'Homme qui juge que des données statistiques constituent un commencement de preuve en matière de discrimination[619], la Cour d'appel a refusé de s'appuyer sur les données transmises par le Défenseur des droits, qui faisaient état de la discrimination subie par certaines catégories de personnes auxquelles appartenaient les requérants[620]. Selon la Cour, ces statistiques ne sont pas suffisantes pour établir le faisceau de circonstances requis en l'absence d'un élément de fait propre à étayer la discrimination opérée lors du contrôle d'identité contesté. Cette appréciation a empêché un renversement de la charge de la preuve. Car si l'élément statistique avait été admis, celle-ci aurait entièrement pesé sur l'État qui, confronté à l'invocation de ces statistiques, aurait dû démontrer qu'il n'y avait pas d'atteinte à l'égalité de traitement ou que cette atteinte était justifiée[621].

147. Décision insuffisante – Plus encore, en précisant que le régime juridique des contrôles d'identité doit permettre au plaignant de démontrer les faits qu'il estime arbitraires ou abusifs, l'on aurait pu penser que la Cour d'appel aurait dénoncé, au-delà de l'absence de traçabilité des contrôles requis, leur absence de motivation. Car même si les contrôles d'identité requis devenaient « traçables », cette traçabilité ne favoriserait pas la contestation des faits abusifs ou arbitraires subis par le plaignant. Elle se limiterait à prouver l'existence du contrôle d'identité, mais en aucun cas celle des faits abusifs. Certes, cette traçabilité permettrait d'exercer le recours prévu à l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire ; mais sans explication des motifs du contrôle d'identité, ce recours resterait ineffectif car il ne permettrait pas à la victime de démontrer le caractère abusif du contrôle. L'aménagement de la preuve est certes une avancée dans la contestation des contrôles d'identité discriminatoires ; il demeure toutefois bien insuffisant pour permettre un recours véritablement effectif[622]. Saisie, la Cour de cassation s'est

[618] L'un des témoins avait en effet observé les opérations de contrôles durant une heure et demie et attesté que ces dernières ne visaient que les personnes d'apparence étrangère.
[619] Voir notamment : Cour européenne des droits de l'Homme, 13 novembre 2007, *D. H. et autres c. République Tchèque*, n° 57325/00.
[620] DEFENSEUR DE DROITS, *Enquête sur l'accès au droit*, *volume 1, Relation police/population, le cas des contrôles d'identité*, *op. cit.*
[621] Fabienne JAULT-SESEKE, « Le contrôle d'identité à l'aune du principe de non-discrimination », Colloque sur *Le droit et les étrangers en situation irrégulière sur le territoire national* organisé par la Cour de cassation le 21 novembre 2016.
[622] Voir notamment : Benoit CAMGUILHEM, « Le juge face à l'impossible », *Actualité juridique de droit administratif,* 2016, p. 2457 ; Olivera BOSKOVIC, Sabine CORNELOUP, Fabienne JAULT-SESEKE, Natalie JOUBERT, Karine PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *Recueil Dalloz,* 2017, p. 26.

pourtant bornée à valider l'analyse de la Cour d'appel, sans y apporter de précisions supplémentaires[623].

148. Cour de cassation – À la suite des pourvois formés à l'encontre des arrêts de la Cour d'appel, la Cour de cassation a d'abord reconnu la possibilité d'engager la responsabilité de l'État en cas de contrôle d'identité discriminatoire en jugeant « que la faute lourde résultant d'une déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi, au sens de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, doit être regardée comme constituée lorsqu'il est établi qu'un contrôle d'identité présente un caractère discriminatoire »[624]. Elle a ensuite entériné l'aménagement de la preuve opéré par les juges du fond en précisant « qu'il appartient à celui qui s'en prétend victime d'apporter des éléments de fait de nature à traduire une différence de traitement et laissant présumer l'existence d'une discrimination, et, le cas échéant, à l'administration de démontrer, soit l'absence de différence de traitement, soit que celle-ci est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »[625]. Si cette jurisprudence a rendu moins difficile la contestation d'un contrôle d'identité discriminatoire, elle n'a rien résolu, encore une fois, de la difficulté matérielle pour la victime d'apporter la preuve du caractère discriminatoire du contrôle d'identité subi[626], que celui-ci soit ou non suivi d'un procès-verbal. Dans les hypothèses d'un contrôle frontalier ou d'un contrôle requis, ce procès-verbal n'aura en effet à contenir aucune justification objective en dehors du cadre spatio-temporel et de la finalité établis par le législateur et/ou le parquet. Or, sans justification, la victime est dans l'impossibilité de démontrer l'existence d'éléments de faits « laissant présumer l'existence d'une discrimination ». Elle est dès lors déboutée sans que l'administration n'ait à prouver l'absence de différence de traitement ni même la justification de cette différence par

[623] Cour de cassation, Première chambre civile, 9 novembre 2016, n° 15-24.207, n° 15-24.208, n° 15-24.209, n° 15-24.213, n° 15-25.876, n° 15-25.877, n° 15-25.873, n° 15-24.210, n° 15-24.211, n° 15-24.212, n° 15-24.214, n° 15-25.872, n° 15-25.875. Voir : Olivera BOSKOVIC, Sabine CORNELOUP, Fabienne JAULT-SESEKE, Natalie JOUBERT, Karine PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 269 ; CAROLINE FLEURIOT, « Contrôles d'identité au faciès : confirmation de la condamnation de l'État », 10 novembre 2016 ; Cécile BENELLI-DE BENAZE, « Contrôles d'identité au faciès : entre nullités et responsabilités », *Dalloz Actualité*, 18 novembre 2016 ; Astrid GARRAUD, « Des contrôles d'identité discriminatoires : l'État condamné dans une décision historique », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 2, p. 303.
[624] Cour de cassation, Première chambre civile, 9 novembre 2016, *op. cit.*
[625] *Ibid.*
[626] Benoit CAMGUILHEM, « Le juge face à l'impossible », *op. cit.*, p. 2457 ; Olivera BOSKOVIC, Sabine CORNELOUP, Fabienne JAULT-SESEKE, Natalie JOUBERT, Karine PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *op. cit.,* p. 269.

des motifs non discriminatoires. C'est donc sur la victime que pèse encore le risque de la preuve[627].

S'il n'appartient pas à la juridiction suprême de modifier la législation actuelle, une décision plus vigoureuse, reconnaissant notamment les études statistiques comme faisceau de présomption de discrimination, aurait peut-être permis de motiver le législateur à agir. En attendant, la voie de recours offerte par l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire apparaît, même après l'aménagement de la charge de la preuve, ineffective car non disponible en raison de l'absence de motivation du contrôle. La décision du Conseil constitutionnel du 24 janvier 2017 n'a rien changé à cet état de fait[628]. Il semble dès lors indispensable d'encadrer plus strictement la mise en œuvre des contrôles frontaliers et requis.

Paragraphe II. La nécessité d'un encadrement plus strict

149. La difficulté de prouver la discrimination opérée lors d'un contrôle d'identité révèle la nécessité de penser un encadrement plus strict de ces actes procéduraux lié, d'une part, à l'exigence d'une traçabilité des contrôles d'identité sans suite **(A)** et, d'autre part, à l'instauration d'une obligation de motivation des contrôles requis et frontaliers **(B)**.

A. L'exigence d'une traçabilité des contrôles d'identité sans suite

150. Matricule, caméra-piéton – Plusieurs propositions ont été effectuées afin de permettre un recours véritablement effectif à l'encontre des contrôles d'identité discriminatoires, telles que par exemple le port d'un matricule ou d'une caméra-piéton[629]. Si ces deux propositions ont l'avantage d'accroître la transparence des opérations de contrôles, leur effectivité et leur efficacité restent néanmoins douteuses. Déjà parce que l'enregistrement du contrôle par le biais

[627] Jean-Daniel BRETZNER, Augustin AYNES, « Droit de la preuve », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 259.
[628] Dans sa décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, le Conseil constitutionnel a pris soin de rappeler que « la mise en œuvre des contrôles ainsi confiés par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes » (n° 26). De manière implicite, le Conseil a ainsi reconnu que la légèreté de l'encadrement des contrôles requis peut entraîner des discriminations : Christine LAZERGES, « Pour une politique criminelle de lutte contre les contrôles d'identité discriminatoires », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 2017, p. 177 ; voir aussi : Dominique TURPIN, « L'étau se resserre sur les contrôles au faciès ! », *La Semaine Juridique Edition Générale,* n° 6, 6 Février 2017, p. 270. Cette avancée est néanmoins insuffisante. Tant qu'aucune modification législative ne permettra d'instaurer une obligation de motivation, le caractère discriminatoires des contrôles d'identité frontaliers et requis continuera d'être difficilement contestable.
[629] Voir sur ces points : Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Prévention des pratiques de contrôles d'identité discriminatoires et/ou abusives*, avis du 8 novembre 2016, pp. 38-45.

d'une caméra-piéton serait soumis à l'appréciation de l'autorité de police[630], ensuite parce que ni ce dispositif, ni le port d'un matricule ne seraient de nature à éliminer la discrimination à sa source[631]. Tout au plus ces dispositifs instaureraient-ils une suspicion de discrimination à l'égard des autorités de police, qui, à part accroître la défiance des justiciables à leur égard, n'aurait aucun effet bénéfique sur la lutte contre les discriminations.

151. Attestation nominative – Une autre solution, qui a fait l'objet de nombreux propositions et amendements déposés au Parlement sans avoir été adoptée[632], prend forme dans la remise d'un récépissé[633] à la personne contrôlée. En formalisant le contrôle d'identité, le récépissé permettrait d'en apporter la preuve et de favoriser ainsi l'exercice d'un recours judiciaire par la personne victime ou qui s'estime victime d'un contrôle discriminatoire. Toutefois, pour que ce recours soit effectif, le récépissé devrait consister en une attestation nominative[634] qui indiquerait l'identité de la personne contrôlée, celle de l'autorité de police ayant procédé au contrôle par un identifiant de type matricule, le lieu et l'horaire du contrôle, mais surtout le motif pour lequel il a été entrepris[635]. L'attestation nominative conduirait ainsi l'autorité de police à *motiver* le contrôle d'identité. Cette motivation constitue la condition nécessaire à l'exercice d'un recours véritablement effectif car sans connaissance des raisons ayant conduit au contrôle d'identité, il est impossible pour la victime de contester la régularité de celui et, plus encore, pour la juridiction de contrôler cette régularité et l'absence de discrimination. Une difficulté est toutefois posée par les contrôles d'identité frontaliers et requis, qui ne sont soumis à aucune motivation. Dans ce contexte, l'instauration d'une obligation de motivation apparaît nécessaire pour conférer à l'attestation nominative la qualité de preuve susceptible de conduire à la reconnaissance juridictionnelle de l'irrégularité du contrôle opéré.

---

630 Sur ce point : *ibid.,* p. 41.
631 Sur ce point : *ibid.,* p. 39.
632 *Ibid.,* p. 42 ; sur les propositions de loi relatives à la mise en œuvre de ce procédé, voir : Céline CHASSANG, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, *op. cit.,* pp. 184 et suivantes.
633 Plusieurs associations, parmi lesquelles la Ligue des droits de l'Homme, SOS Racisme, et HUMAN RIGHTS WATCH, se sont prononcées en faveur d'un tel dispositif. Le Collectif Stop contrôle au faciès a par ailleurs proposé un prototype de récépissé. Voir aussi, Céline CHASSANG, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, *op. cit.* Ce récépissé permettrait d'opérer une traçabilité des contrôles d'identité, nécessaire à leur contestation : Christine LAZERGES, « Pour une politique criminelle de lutte contre les contrôles d'identité discriminatoires », *op. cit.*, p. 182.
634 Défenseur des droits, *Rapport relatif aux relations police /citoyens et aux contrôles d'identité*, octobre 2012, p. 43.
635 *Ibid.,* Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Prévention des pratiques de contrôles d'identité discriminatoires et/ou abusives, op. cit.*, p. 42 ; Jérôme KARSENTI, « Contrôles d'identité : comment lutter contre le contrôle au faciès ? », *Gazette du Palais,* n° 13-14, janvier 2012, p. 20 ; Céline CHASSANG, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation, op. cit.*, p. 181.

B. L'instauration d'une obligation de motivation

152. L'instauration d'une obligation de motivation est le seul moyen d'assurer un recours effectif contre les contrôles d'identité discriminatoires. Les contrôles requis et frontaliers devraient être soumis à des motivations distinctes en fonction de leur finalité. Dans ce cadre, la double finalité du contrôle frontalier nécessiterait l'instauration de deux motivations différentes **(1)**, tandis que le contrôle requis pourrait être subordonné à une obligation de motivation identique au contrôle judiciaire d'identité **(2)**.

1. La motivation du contrôle frontalier calquée sur sa finalité

153. Le contrôle d'identité frontalier pourrait être encadré de plusieurs manières. La finalité liée à recherche et à la prévention de la criminalité transfrontalière pourrait d'abord faire peser sur les autorités de police l'obligation de motiver le contrôle au regard du comportement de la personne. Il s'agirait alors d'établir une obligation inhérente au contrôle d'identité judiciaire qui imposerait à l'autorité chargé du contrôle d'identité de préciser en quoi le comportement de l''individu laissait supposer qu'il avait commis une infraction transfrontalière, qu'il était en train de la commettre ou qu'il se préparait à la commettre. La nature administrative de ce contrôle d'identité empêche néanmoins de le subordonner à une obligation de motivation liée au contrôle d'identité judiciaire. La seconde possibilité serait alors d'imposer au contrôle frontalier, la motivation exigée lors d'un contrôle administratif d'identité.

154. Une motivation calquée sur les contrôles administratifs d'identité – À l'inverse du contrôle judiciaire d'identité, le contrôle administratif peut être entrepris à l'égard de « toute personne, quel que soit son comportement » aux fins de « prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens »[636]. Il n'est donc pas subordonné au comportement de l'intéressé mais à un risque d'insécurité préalablement caractérisé par les autorités de police. Ce risque peut être constitué dans deux hypothèses. D'une part, lorsqu'il apparaît de manière soudaine, par exemple lors d'une alerte à la bombe. Il est alors laissé à l'appréciation de l'autorité de police qui doit être capable d'en justifier la réalité. Mais le risque de trouble peut également résulter d'une situation antérieure et objectivement constatée, par exemple lorsque des infractions ont été commises dans le lieu du contrôle dans les jours ou les

[636] Article 78-2 alinéa 6 du Code de procédure pénale.

semaines précédentes. Cette délinquance passée révèle un risque de délinquance future qui justifie le déploiement de contrôles d'identité préventifs. Cette seconde hypothèse conduit donc à justifier les opérations de contrôle d'identité en raison des désordres constatés au sein d'un espace géographique particulier. Bien qu'abrogées par la loi de 1986, les conditions spatio-temporelles sont particulièrement présentes dans le cadre du contrôle administratif d'identité. Or, le contrôle d'identité frontalier est justement limité par le législateur à certaines zones particulières, les zones frontalières, en ce que celles-ci révèlent le risque particulier de trouble relatif à la commission d'infractions transnationales ou liées à la migration irrégulière. Dans ces conditions, il n'y aurait aucun sens à imposer au contrôle frontalier une motivation ayant trait au risque d'atteinte à l'ordre public, ce risque étant déjà qualifié par le législateur.

155. Motivation particulière – Une seconde proposition pourrait envisager de subordonner chacune des deux finalités du contrôle frontalier à une motivation particulière. La finalité relative à la recherche et à la prévention de la criminalité transfrontalière pourrait d'abord faire peser sur les autorités de police l'obligation de motiver le contrôle au regard du comportement de la personne. Dans son arrêt *Bassilika*, la Cour de cassation avait d'ailleurs tenté d'imposer une telle motivation au contrôle administratif d'identité en jugeant que ce dernier devait être subordonné « à la prévention d'une atteinte à l'ordre public qui soit directement rattachable au comportement de la personne dont l'identité est contrôlée »[637]. Cette motivation ayant pour effet d'anéantir les contrôles d'identité préventifs en les subordonnant à une motivation liée au contrôle judiciaire d'identité[638], le législateur avait réagi en précisant que le contrôle d'identité administratif peut être entrepris à l'égard de toute personne, indépendamment de son comportement[639]. Néanmoins, la finalité liée à la recherche et à la prévention d'infractions transfrontalières révèle la nature hybride du contrôle frontalier effectué dans ce cadre. Si la prévention des infractions relève indéniablement de la police administrative, leur recherche doit être rattachée à la police judiciaire. Il serait alors envisageable de soumettre le contrôle frontalier entrepris en matière de prévention et de recherche d'infractions transfrontalières à une obligation de motivation inhérente au contrôle judiciaire d'identité, qui obligerait l'autorité de police à justifier l'acte en fonction du comportement de l'intéressé. L'on peut néanmoins entendre l'objection selon laquelle cette obligation de motivation réduirait fortement la possibilité de mettre en œuvre des contrôles d'identité dans des zones frontalières

[637] Cour de cassation, chambre criminelle, 10 novembre 1992, *Bassilika*, n° 92-83.352.
[638] Albert MARON, « Contrôles et vérifications d'identité », *Revue de droit pénal*, 1993, commentaire 23.
[639] Loi n° 93-992 du 10 août 1993 *relative aux contrôles et vérifications d'identité.*

pourtant particulièrement sensibles à la criminalité transfrontalière. Nous ne sommes donc pas véritablement opposés à ce que les contrôles d'identité frontaliers demeurent préventifs et continuent d'être justifiés par les conditions de lieu et de temps imposées par le législateur.

156. Transposition de la formule de l'article L. 611-1 – Toutefois, lorsqu'ils sont entrepris en vue de vérifier le « respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi » – autrement dit de contrôles de la migration irrégulière – les contrôles d'identité frontaliers révèlent un risque important de discrimination. La nationalité étrangère de l'individu peut en effet, consciemment ou non, être déduite de l'apparence physique de l'individu. Afin d'éviter un tel écueil, les contrôles d'identité frontaliers devraient à tout le moins être subordonnés à l'existence d'« éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé [...] de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger ». Cette exigence particulière est déjà imposée au contrôle direct de titres d'entrée et de séjour qui permet aux officiers de police judiciaire de solliciter des personnes de nationalité étrangère la présentation des « pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France »[640]. Ce contrôle de titre peut être entrepris à la suite d'un contrôle d'identité[641], lorsque celui-ci révèle la nationalité étrangère de l'individu, mais également en dehors de tout contrôle d'identité[642]. Si le contrôle des titres effectué dans le cadre de la première hypothèse est entrepris de manière objective, la nationalité étrangère ayant été révélée par le contrôle d'identité, la seconde hypothèse révèle au contraire une grande subjectivité. Consciente du risque de discrimination inhérent à ce contrôle direct d'extranéité, la Cour de cassation a limité la liberté d'appréciation des autorités de police en exigeant que le contrôle de titres repose sur des « éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger »[643]. D'abord « constitutionnalisée »[644], cette formule a ensuite été reprise par la loi du 31 décembre 2012 et insérée au sein de l'article L. 611-1 du CESEDA. La juridiction judiciaire l'applique strictement en refusant que l'opération de contrôle de titres repose sur le fait, pour

[640] Article L. 611-1 du CESEDA.
[641] Article L. 611-1 alinéa 2 du CESEDA.
[642] Article L. 611-1 alinéa 1 du CESEDA.
[643] Cour de cassation, chambre criminelle, 25 avril 1985, *Bogdan et Vuckovic*, n° 84-92.916 et 85-91.324.
[644] Dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel a précisé que « la mise en œuvre des vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes »

l'intéressé, de s'exprimer dans une langue étrangère[645] ou de lire un journal étranger[646]. À l'inverse, elle juge régulier le contrôle de titres effectué à l'encontre des passagers d'un véhicule immatriculé à l'étranger ou d'un individu connu des services de police pour avoir déjà fait l'objet d'une procédure en raison de son séjour irrégulier[647]. La transposition de la formule de l'article L. 611-1 aux contrôles d'identité frontaliers effectués en vue de contrôler la migration irrégulière pourrait ainsi constituer un rempart efficace contre d'éventuelles discriminations inhérentes à l'absence de motivation de ce contrôle. Surtout, l'ajout d'une telle condition est particulièrement justifié en raison du caractère ambigu du contrôle frontalier qui, s'il est défini par le législateur comme un contrôle d'identité, vise à vérifier le « respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi ». Malgré le caractère général de cette formule, les étrangers apparaissent seuls concernés par le contrôle frontalier, les autres contrôles de titre étant organisés par des lois spéciales qui organisent leur application sur l'ensemble du territoire national et non à des zones frontalières[648]. Il se rapproche donc de manière évidente du contrôle de titre de l'article L. 611-1 du CESEDA qui vise la présentation des « pièces ou documents sous le couvert desquels [les personnes de nationalité étrangères] sont autorisées à circuler ou à séjourner en France ». Dans ce cadre, le contrôle frontalier serait, en dépit de la qualification retenue par le législateur, davantage un « contrôle des titres d'entrée et de séjour en France trouvés dans une zone frontalière (frontières terrestres, gares, ports ou aéroports internationaux), [qu'un] un contrôle de leur identité »[649]. Derrière un « contrôle d'identité apparent se cache donc un réel contrôle d'extranéité »[650] qui justifie pleinement que l'autorité de police procédant à un contrôle frontalier destiné à contrôler la migration irrégulière soit soumis à l'obligation de démontrer des « éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé [...] de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger ». Cette condition inhérente au contrôle de titre de l'article L. 611-1 du CESEDA devrait ainsi être transposée au sein de l'article 78-2 alinéas 8 et 9 lorsque les contrôles d'identité frontaliers sont opérés en vue de vérifier le « respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi » en matière d'entrée et de séjour en France. L'instauration d'une obligation de motivation du contrôle d'identité requis s'inspirerait de son côté des contrôles judiciaires d'identité.

[645] Cour de cassation, chambre criminelle, 10 novembre 1992, n° 92-83.352 ; Cour de cassation, deuxième chambre civile, 14 décembre 2000, n° 99-50.089.
[646] Paris, 18 juillet 1991.
[647] Cour de cassation, chambre criminelle, 17 mai 1995, n° 94-85.231.
[648] Jacques BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op. cit.*, n° 175.
[649] *Ibid.,* n° 171.
[650] *Ibid.*

2. La motivation du contrôle requis calquée sur le contrôle judiciaire d'identité

157. Soumission des contrôles requis au comportement de la personne – Compte-tenu de la nature judiciaire du contrôle d'identité requis[651], ce dernier devrait être motivé par le comportement de la personne contrôlée. Le contrôle judiciaire d'identité est en effet un contrôle individualisé[652] qui nécessite pour sa mise en œuvre l'existence de « raisons plausibles »[653] de penser que telle personne en particulier est liée à la commission d'une infraction, ou qu'elle entretient en tout cas un rapport réel ou supposé avec une infraction. Dans cette logique, l'officier de police procédant à un contrôle judiciaire d'identité doit justifier ce dernier au regard du comportement de la personne contrôlée ; il doit démontrer la nécessité du contrôle opéré par des éléments objectifs et concrets qui doivent pouvoir être aisément vérifiés autant par le justiciable que par l'autorité judiciaire. Le caractère plausible des soupçons est en effet considéré par la Cour européenne des droits de l'Homme comme « un élément essentiel de la protection offerte par l'article 5-§ 1er-c, contre les privations de liberté arbitraires »[654]. Cette obligation de motivation permet à l'autorité judiciaire d'apprécier la nécessité du contrôle d'identité puisque l'application des règles relatives à cet outil procédural est soumise à son contrôle en vertu de l'article 78-1 du Code de procédure pénale. Seule cette exigence de motivation permettrait, au-delà du récépissé qui ne peut résoudre à lui seul les problèmes de discrimination[655], de réduire le nombre de contrôles d'identité discriminatoires en obligeant les autorités de police à justifier chaque contrôle opéré. Elle anéantirait également les détournements de procédure dont font actuellement l'objet les contrôles requis[656] en empêchant leur utilisation à d'autres fins que celles prescrites par le procureur de la République. Dans ces conditions, la découverte d'une infraction étrangère aux réquisitions ne serait plus que fortuite

---

[651] Ce rattachement judiciaire est néanmoins contesté par plusieurs auteurs, notamment : Étienne PICARD, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : deux régimes inutilement hétéroclites », *op. cit.,* 1994, p. 959, Danièle MAYER, « Prévention et répression en matière de contrôles d'identité : une distinction trompeuse », *op. cit.,* p. 272.

[652] Jacques BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op. cit.,* n° 62.

[653] Antérieurement à la loi du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité, l'article 78-2 parlait d'« indices ». Ce changement est dû à la volonté d'« aligner le droit des contrôles d'identité sur celui des conditions de placement en garde à vue, un lien étroit existant entre ces deux régimes juridiques », car la notion d'indice créait de « graves difficultés » pour l'activité policière : Christian ESTROSI, Rapport de l'Assemblée Nationale n° 508, 2002-2003, p. 55.

[654] Cour européenne des droits de l'Homme, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, 30 août 1990, n° 12244/86, 12245/86, 12383/86, §§ 31-32.

[655] Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Prévention des pratiques de contrôles d'identité discriminatoires et/ou abusives*, *op. cit.,* p. 41.

[656] Voir *supra* n° 117.

et les réquisitions ne pourraient plus servir de fondement à l'appréhension de la migration irrégulière que dans l'hypothèse où elles subordonneraient expressément la mise en œuvre des contrôles d'identité requis à cette fin.

158. Suppression des contrôles requis – Si la soumission du contrôle requis à une exigence de motivation liée au comportement de la personne contrôlée aboutirait à abaisser le nombre de contrôles, ces derniers gagneraient néanmoins en efficacité en étant davantage ciblés. De manière plus délicate, l'on ne peut contester que l'imposition d'une exigence de motivation anéantirait la raison d'être des contrôles requis, autant que leur spécificité. Dès lors, soumettre ces contrôles à une exigence de motivation reviendrait à demander leur suppression. Si de prime abord cette suppression peut sembler problématique pour la lutte contre la délinquance et plus particulièrement contre l'immigration irrégulière, il serait néanmoins erroné de penser qu'elle entrainerait une diminution de l'efficacité des contrôles. En effet, les infractions liées à l'immigration irrégulière peuvent parfaitement être découvertes par le biais d'un contrôle judiciaire d'identité. Dès lors que les personnes étrangères en situation irrégulière constatent la présence des autorités de police, leur peur d'être appréhendées et placées en rétention avant d'être reconduites à la frontière a nécessairement une incidence sur leur comportement[657]. Cette incidence peut alors constituer la « raison plausible de soupçonner » que la personne a commis une infraction, à savoir un délit de maintien irrégulier, permettant de procéder au contrôle judiciaire d'identité. Dans ces conditions, le contrôle d'identité se rattache à la suspicion de l'irrégularité de la situation de la personne contrôlée et non à des critères d'apparence.

CONCLUSION DE LA SECTION II

159. Difficile contestation – L'absence de motivation des contrôles d'identité requis et frontaliers entraîne un risque de discrimination à l'égard des personnes contrôlées lorsque ceux-ci sont effectués dans le but de prévenir ou de rechercher des infractions liées à la migration irrégulière. Dans cette hypothèse, les autorités de police peuvent en effet, consciemment ou non, entreprendre le contrôle d'identité en fonction de l'apparence étrangère de l'individu en violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. C'est ainsi que les juridictions françaises ont récemment facilité la contestation des contrôles d'identité

[657] Étienne PICARD, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : deux régimes inutilement hétéroclites », *op. cit.,* p. 959.

discriminatoires. La Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont créé une jurisprudence innovante en opérant un aménagement de la charge de la preuve au bénéfice de la victime, qui doit désormais apporter un faisceau d'indices de nature à laisser présumer l'existence de la discrimination, à charge pour l'administration de démontrer l'absence de discrimination. Malgré cette évolution, la difficulté matérielle pour la victime d'apporter la preuve du caractère discriminatoire du contrôle d'identité subi reste entière[658] du fait de l'absence de traçabilité des contrôles sans suite et de l'absence de motivation des contrôles d'identité frontaliers et requis. Dans ce cadre, il est nécessaire de penser un encadrement plus strict de ces contrôles en permettant d'une part la traçabilité des contrôles sans suite, et en instaurant d'autre part une obligation de motivation. Cette exigence devrait être pensée en fonction de la finalité poursuivie par le contrôle d'identité. Il serait ainsi nécessaire de soumettre le contrôle d'identité requis à une obligation de motivation similaire aux contrôles judiciaires d'identité qui obligerait l'autorité de police à justifier le contrôle au regard du comportement de l'individu. L'ajout de cette motivation permettrait non seulement d'écarter le risque de discrimination mais également de constituer un rempart efficace contre les détournements de cet outil procédural. En matière de contrôle d'identité frontalier, la finalité relative à la vérification du « respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi » nécessiterait l'ajout d'une condition particulière de nature à éviter le risque de discrimination. Bien que rédigée de manière générale, cette finalité vise en effet uniquement les étrangers[659] et plus particulièrement le contrôle des documents autorisant l'entrée et le séjour en France, faisant du contrôle frontalier un contrôle de titre similaire à celui de l'article L. 611-1 du CESEDA. Dès lors, le contrôle frontalier pourrait être soumis, comme le contrôle des titres d'entrée et de séjour, à des « éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé [...] de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger ». Et si l'on objecte à ces propositions « qu'un contrôle enfermé dans de telles conditions serait inefficace car, extérieurement, rien - ou peu de chose - ne distingue l'étranger en situation régulière de celui entré ou séjournant illégalement, il faut alors ou bien renoncer à pratiquer ces contrôles, ou bien procéder comme le permet et l'exige le droit commun des contrôles d'identité »[660].

[658] Benoit CAMGUILHEM, « Le juge face à l'impossible », *op. cit.,* p. 2457 ; Olivera BOSKOVIC, Sabine CORNELOUP, Fabienne JAULT-SESEKE, Natalie JOUBERT, Karine PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité, *op. cit.,* p. 269.
[659] Jacques BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op. cit.,* n° 175.
[660] Étienne PICARD, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : deux régimes inutilement hétéroclites », *Revue française de droit administratif*, 1994, p. 959.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

160. Combinaison – La combinaison des contrôles d'identité frontaliers et requis a permis de favoriser l'appréhension de la migration transfrontière pour deux raisons principales. Déjà, le contrôle d'identité requis a autorisé l'extension du cadre spatio-temporel dans lequel est enserré le contrôle d'identité frontalier. S'il n'est pas particulièrement dédié à la migration irrégulière, le contrôle requis est en pratique utilisé, voire détourné, pour appréhender les individus entrés en France de manière irrégulière. Contrairement au contrôle d'identité frontalier, il peut en effet être entrepris sur n'importe quelle partie du territoire délimitée par les réquisitions du procureur de la République. Bien que limité dans le temps, le contrôle d'identité requis permet ainsi de dépasser les zones frontalières au sein desquels le contrôle frontalier est astreint. La récente évolution législative favorise encore cette extension[661] en permettant la mise en œuvre de contrôles requis sur l'ensemble du trajet d'un véhicule de transport ferroviaire à liaison internationale, c'est-à-dire autant sur le territoire français que sur la partie du trajet effectué sur le territoire d'un État étranger[662]. Dès lors, cette nouvelle possibilité étend la compétence des autorités de police au-delà du territoire de la République et ajoute une dimension proactive évidente à l'outil procédural du contrôle d'identité qui pourra être utilisé non seulement en-deçà mais également au-delà de la frontière territoriale. Ensuite, les contrôles d'identité frontaliers et requis bénéficient d'un aménagement spécifique des règles procédurales qui facilite d'autant plus l'appréhension de la migration irrégulière. Ils ne sont en effet accompagnés d'aucune obligation de motivation, pourtant nécessaire pour assurer la légitimité de tout acte de contrainte.

161. Difficultés – Cette absence de motivation est à l'origine de deux difficultés majeures. L'une, relative à l'impossibilité d'exercer un recours effectif en l'absence d'information sur les motifs du contrôle, est d'autant plus grave que le contrôle d'identité est l'acte le plus efficace en matière d'appréhension de la migration irrégulière. L'autre difficulté a trait au risque de discrimination engendré par l'absence de motivation individuelle des contrôles requis et frontaliers. Ce défaut de motivation est en effet la cause directe de l'utilisation, par les autorités de police, de critères subjectifs liés à l'apparence de la personne. La migration irrégulière est ainsi discriminée, que celle-ci soit réelle ou supposée. Dans ce cadre, il semble nécessaire

[661] Loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 *relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs.*
[662] Article 78-7 du Code de procédure pénale, dernier alinéa.

d'établir une véritable obligation de motivation des contrôles d'identité frontaliers et requis. L'autorité de police procédant à un contrôle d'identité frontalier destiné à l'appréhension de la migration irrégulière pourrait ainsi être dans l'obligation de justifier l'existence d'éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger. Autrement dit, le contrôle d'identité frontalier effectué en matière de migration irrégulière devrait être encadré de la même manière que le contrôle des titres d'entrée et de séjour de l'étranger prévu à l'article L. 611-1 du CESEDA. Le contrôle d'identité requis pourrait quant à lui être subordonné à une obligation de motivation calquée sur le contrôle judiciaire d'identité, obligeant ainsi l'autorité de police à démontrer en quoi le comportement de l'individu contrôlé laissait supposer qu'il était en état de migration irrégulière. Cette motivation permettrait non seulement d'éloigner le risque de discrimination de la migration irrégulière réelle ou apparente mais également de neutraliser les détournements dont fait l'objet cet outil procédural. Le contrôle du juge s'en trouverait également renforcé ; ce qui ne peut être que souhaité car « au fur et à mesure que s'accroît le contrôle du juge, l'opportunité s'échappe »[663].

[663] Pierre DELVOLVE, « Le contrôle de l'opportunité existe-t-il ? », *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 295.

CONCLUSION DU TITRE I

162. Le caractère accessoire de la pénalisation de la migration irrégulière conduit à une utilisation détournée du droit pénal qui est alors mis au service de la procédure administrative d'éloignement. Érigé afin de sanctionner la violation des règles administratives relatives à l'entrée en France, le droit pénal est en pratique détourné, utilisé comme un simple moyen permettant l'éloignement dérogatoire de la migration irrégulière présente à la frontière. En zone d'attente, il fait l'objet d'une application modulée en fonction de la réussite ou de l'échec de la procédure de renvoi. Écartées en début de maintien afin de privilégier l'éloignement de l'étranger en situation irrégulière, les infractions relatives à la migration irrégulière sont mobilisées en cas d'échec de la procédure administrative pour éviter la délivrance d'un visa de régulation. Les zones frontalières ou de circulation internationale constituent quant à elles les espaces privilégiés des contrôles d'identité frontaliers et requis dont le caractère dérogatoire permet d'appréhender plus facilement et largement l'étranger qui vient de franchir la frontière. Plus encore, l'extension de la migration irrégulière est effectuée grâce au détournement du contrôle d'identité requis. Si ce dernier n'a pas spécifiquement trait à l'appréhension de la migration irrégulière, le législateur a étendu son application au-delà de la frontière nationale, dans des zones de circulation internationale extérieures au territoire français. Surtout, ce contrôle est utilisé au sein du territoire français afin d'étendre les zones frontalières et de compléter l'action des contrôles d'identité Schengen. Dans chacune de ces zones, frontalières ou d'attente, l'objectif du droit pénal est donc identique : permettre ou faciliter la procédure administrative d'éloignement. Or, cette finalité administrative du droit pénal soulève de grandes difficultés au regard des principes de nécessité et de subsidiarité, qui exigent que l'infraction et la peine soient établies à l'encontre d'un comportement grave portant atteinte à une valeur sociale protégée. L'utilisation spécifique dont le droit pénal fait l'objet à la frontière revêt ainsi une finalité uniquement administrative qui bouscule sa conception classique. Il en est de même au-delà de la frontière, où l'anticipation de la migration irrégulière entraîne l'établissement d'un droit pénal préventif.

TITRE II.

UN DROIT PÉNAL PRÉVENTIF DE LA MIGRATION AU-DELÀ DE LA FRONTIÈRE

163. Parallèlement à la mise en œuvre d'une procédure d'éloignement de la migration présente à la frontière, est apparue la nécessité d'anticiper le franchissement irrégulier des frontières. Cet objectif de prévention de la migration irrégulière a été impulsé par l'européanisation des questions migratoires ; elle est donc le fait de l'Union européenne, ce qui nécessite de penser les prochains développements à l'échelle de l'Union.

164. Coopération – La coopération en matière de contrôle et de surveillance des frontières a été initialement établie en dehors du cadre de l'Union, par les Accords de Schengen[664]. Le Traité d'Amsterdam a par la suite intégré l'Acquis Schengen au droit de l'Union, tout en communautarisant les questions d'asile et d'immigration. L'établissement d'une politique commune est ainsi devenu une priorité pour l'Union européenne qui a introduit une « gestion intégrée des frontières » en 2002[665], consacrée ensuite par le Traité de Lisbonne comme objectif de l'Union européenne[666]. Initialement, la gestion intégrée des frontières extérieures visait entre autres l'établissement d'un mécanisme de concertation et de coopération opérationnelle commun qui devait conduire à la création d'un corps européen de garde-frontières. Depuis sa création[667], l'Agence FRONTEX incarne ainsi la gestion intégrée des frontières extérieures[668], en mettant en œuvre une coopération opérationnelle aux frontières extérieures de l'Union.

---

[664] Accord de Schengen du 14 juin 1985.

[665] Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, Bruxelles, COM (2002) 233 final, 7 mai 2002 ; Conseil de l'Union européenne, « Plan for the Management of the External Borders of the Member States of the European Union », 10019/02, 14 juin 2002.

[666] Article 77.1, *c)* du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

[667] Règlement CE n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 *portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, *Journal officiel de l'Union européenne*, l 349, 25 novembre 2004. Ce règlement a été amendé à quatre reprises : par le règlement n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007, *Journal officiel de l'Union européenne,* l199, par le règlement UE n° 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013, *Journal officiel de l'Union européenne,* l 295, et par le règlement UE n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014, *Journal officiel de l'Union européenne*, 189. Par ailleurs, l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures a récemment été remplacée par le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes : règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 *relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil.*

[668] Hélène JORRY, « Une agence originale de l'Union : l'Agence Frontex », *in* Joël MOLINIER (dir.) *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 315.

165. Dimension externe – Parallèlement à une action purement interne des États membres et de l'Union sur l'immigration irrégulière présente à l'intérieur du territoire, la dimension externe de la politique migratoire a ainsi été développée. Celle-ci a, d'une part, « déterritorialisé »[669], et, d'autre part, « extraterritorialisé »[670] la surveillance et le contrôle de la migration irrégulière. Autrement dit, la coopération établie aux frontières extérieures est désormais destinée non plus à gérer l'immigration irrégulière présente sur le territoire mais à éviter la migration irrégulière, le franchissement des frontières extérieures de l'Union. L'action de l'Union s'est alors étendue au-delà des frontières extérieures. Le contrôle de la migration a ainsi été déterritorialisé pour s'effectuer en dehors du territoire de l'Union, dans des zones internationales. À côté de cette déterritorialisation, l'extraterritorialisation du contrôle de la migration constitue l'apanage de la dimension externe de la politique migratoire de l'Union. La politique migratoire n'est désormais plus interne à l'Union et aux États membres mais s'étend aux pays tiers de départ ou de transit qui sont considérés comme des « partenaires privilégiés ». Ces derniers prennent en main le contrôle de la migration en empêchant son départ.

166. « Extraterritorialisation » – « Déterritorialisation », « extraterritorialisation », ces termes compliqués n'ont au premier regard que peu de relation avec le droit pénal. Il faut pourtant s'y arrêter, car l'anticipation de la migration effectuée à l'échelle de l'Union revêt d'inévitables conséquences pour le droit pénal, qui demeure une nouvelle fois étroitement lié au contrôle administratif de la migration. La déterritorialisation et l'extraterritorialisation du contrôle de la migration sont en effet celles du droit pénal, dans ses dimensions tant substantielle que procédurale. Celui-ci est déplacé dans des espaces sans souveraineté ou extérieurs au territoire de l'Union. L'Agence FRONTEX est emblématique d'une telle extraterritorialisation. Créée en 2004[671], celle-ci vise à accroître la surveillance et le contrôle des frontières extérieures. À cet effet, l'Agence intervient sur le territoire des États membres mais également en amont des frontières extérieures, en mer ou au sein des pays tiers de départ. Les opérations d'interceptions maritimes représentent toutefois le budget le plus important de FRONTEX[672], qui accorde une attention particulière à la mer Méditérranée. Plusieurs grandes opérations

[669] Philippe BONDITTI, « L'Europe : tracer les individus, effacer les frontières », *CERISCOPE Frontières,* 2011, p. 4, [en ligne] : http://ceriscope.sciences-po.fr/content/part2/leurope-tracer-les-individus-effacer-les-frontieres
[670] Jorrit T. RIJPMA, Marise CREMONA, *The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law*, *European University Institute Working Papers*, LAW 2007/01, janvier 2007 ; Bernard RYAN, Valsamis MITSILEGAS (dir.), *Extraterritorial Immigration Control,* Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
[671] Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004.
[672] FRONTEX, *Programme of Work 2015*, 18 décembre 2014, p. 8.

d'interceptions maritimes[673] ont ainsi été déployées sous la coordonation de l'Agence afin d'intercepter la migration irrégulière en mer. À côté de ces interceptions préventives et coercitives, la migration est empêchée de se former au sein des États du Maghreb par la création d'une pénalisation de l'émigration et de l'immigration irrégulières visant à éviter le départ des migrants à destination de l'Union. Entravée en mer par FRONTEX **(Chapitre I)** ou empêchée sur terre par les législations maghrébines **(Chapitre II)**, la migration est neutralisée avant même de pouvoir devenir « irrégulière ». Il s'agit donc avant tout d'*éviter* la formation d'une immigration irrégulière au sein de l'Union. Ici, le caractère accessoire du droit pénal conduit à la répression de la migration en cours ou imminente. Car contrairement à l'utilisation du droit pénal à la frontière, la prévention de la migration poursuivie au-delà des frontières extérieures entraîne ou passe par la répression. Ce déplacement du droit pénal substantiel et procédural au-delà des frontières extérieures révèle alors une altération des fonctions du droit pénal, la peine et l'outil procédural poursuivant une finalité préventive qui retire au droit pénal sa fonction rétributive.

CHAPITRE I. LA MIGRATION ENTRAVEE EN MER PAR FRONTEX

CHAPITRE II. LA MIGRATION EMPECHEE SUR TERRE PAR LES ÉTATS TIERS

[673] La mer Méditerranée a en effet connu de multiples opérations d'interceptions maritimes coordonnées par FRONTEX. Pour exemple : depuis le 1er février 2018, l'opération Thémis a remplacé l'opération Triton mise en œuvre depuis 2014 pour soutenir l'Italie face à l'arrivée de migrants en provenance des côtes nord-africaines. En 2008 et 2011, les opérations Hermes et Minerva avaient déjà été déclenchées en méditerranée occidentale. En 2008, Malte a bénéficié de l'opération Nautilus. Poséidon constitue néanmoins l'opération la plus importante. En 2015, elle a permis le déploiement de 667 agents, dix-neuf navires, un avion et deux hélicoptères au fins de renforcer la surveillance des frontières extérieures en mer méditerranée orientale : COMMISSION EUROPEENNE, « Opérations de l'UE en mer méditerranée », fiche d'information du 4 octobre 2016.

CHAPITRE I.

LA MIGRATION ENTRAVÉE EN MER PAR FRONTEX

167. Poséidon – « Exauce-moi, Poséidon, qui portes la terre, dieu à la chevelure sombre. Si je suis vraiment ton fils, et si tu prétends être mon père, accorde-moi qu'il ne revienne jamais en sa maison, cet Ulysse, le saccageur des villes, le fils de Laërte, qui a sa demeure en Ithaque ! »[674]. Pour avoir aveuglé son fils, le cyclope Polyphème, Poséidon condamna Ulysse à errer durant dix années. Prisonnier des eaux, privé de sa terre, celui qui s'était initialement présenté comme (n') étant *Personne* auprès de Polyphème a finalement incarné, à lui seul, l'ensemble des exilés. Au sein de l'Odyssée, la mer constitue une barrière, elle est le théâtre de multiples interceptions, d'obstacles quasiment insurmontables, que l'espoir de retrouver Ithaque permet pourtant à Ulysse de franchir. Si aujourd'hui le *sens* de la migration est inversé – l'exilé espérant réussir à quitter son pays, et non plus à le retrouver – l'espace maritime continue d'être le lieu de multiples interceptions. Ceux que l'on nomme « étrangers », alors qu'ils ne le sont parfois pas encore, sont comme Ulysse : empêchés d'atteindre leur destination finale. Les routes maritimes empruntées hier par Ulysse sont celles, mêmes, que les migrants abordent aujourd'hui : la mer du soleil couchant, la mer du soleil levant, la mer Égée, désormais communément appelées mer Méditerranée. Poséidon, encore, dresse devant eux de multiples obstacles, mais le Dieu de la mer, de la navigation et des tempêtes a depuis prêté son nom à des opérations conjointes d'interceptions maritimes coordonnées par l'Agence FRONTEX.

168. FRONTEX – Créée en 2004[675], l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne a été transformée, par le règlement du Parlement et du Conseil du 13 septembre 2016, en un corps européen de garde-côtes et de garde-frontières, toujours « appelé FRONTEX »[676]. Institutionnalisant la gestion intégrée des frontières extérieures, FRONTEX vise à « garantir

[674] HOMERE, *Odyssée*, IX, vers 506-537, Flammarion, 2017, p. 188.
[675] Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004. FRONTEX « institutionnalise » la gestion intégrée des frontières extérieures, son règlement créateur précisant que si « la responsabilité du contrôle et de la surveillance des frontières extérieures incombe aux États membres, l'Agence rend néanmoins plus facile et plus efficace l'application des dispositions communautaires existantes et futures en matière de gestion des frontières extérieures […] ». Voir Jean-Christophe MARTIN, « Rapport introductif : quelle protection pour quelles frontières ? », *in* Jean-Christophe MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté,* Actes du colloque de Nice des 4-5 novembre 2010*,* Paris, Pedone, 2011, p. 31.
[676] Point 11 du règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 *relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement*

un niveau élevé et uniforme de contrôle et de surveillance des frontières extérieures »[677]. Initialement restreintes[678], les missions de l'Agence se sont peu à peu considérablement développées[679], jusqu'à ce que le règlement du 13 septembre 2016 confirme l'extension de ses compétences extraterritoriales[680]. L'Agence intervient dès lors aussi bien sur le territoire des

européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil.

[677] Jean-Christophe MARTIN, « Rapport introductif : quelle protection pour quelles frontières ? », *op. cit.,* p. 31.

[678] Initialement, l'Agence devait coordonner la coopération opérationnelle entre les États membres en matière d'opérations conjointes, assister les États membres pour la formation des garde-frontières nationaux, effectuer des analyses de risques, apporter aux États membres une assistance technique et opérationnelle renforcée aux frontières extérieures lorsque les circonstances l'exigent, et fournir un appui nécessaire aux États membres pour organiser des opérations de retour conjointes (article 2 du règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne). Elle ne disposait d'aucune autonomie, toute opération conjointe étant laissée à la libre appréciation des États membres : Commission européenne, « Securing europe's external borders : a european border and coast guard », 9 September 2015, en ligne : http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/securing-eu-borders/fact-sheets/docs/a_european_border_and_coast_guard_en.pdf

[679] Très rapidement, est apparue la nécessité de développer la capacité opérationnelle de l'Agence. De nombreuses modifications ont alors augmenté ses pouvoirs et son budget. L'Agence a acquis une véritable capacité opérationnelle en 2007 avec la création d'un réseau européen de patrouilles côtières (EPN) d'abord, qui a étendu les opérations de surveillance aux frontières maritimes méridionales de l'Union[679]. La création d'un mécanisme d'intervention rapide (RABIT) par le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 a ensuite développé ses missions en permettant de répondre « à la demande d'un État membre faisant face à une situation présentant un caractère urgent et exceptionnel », notamment à un afflux massif de migrants[679]. Dès lors, l'Agence a pu déployer une ou plusieurs équipes d'intervention rapide sur le territoire de l'État membre demandeur, comprenant des garde-côtes appartenant à d'autres États membres : Article 8 *bis* du règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007. À la suite de la première opération RABIT effectuée le 2 novembre 2010 à la demande la Grèce aux fins de renforcer le contrôle et la surveillance aux frontières extérieures la séparant de la Turquie, FRONTEX a continué d'apporter son aide à la Grèce avec l'opération maritime conjointe « Poséidon », qui a entraîné le déploiement d'agents FRONTEX en mer territoriale grecque afin d'anticiper l'arrivée des migrants sur le territoire terrestre. Cette crise grecque a constitué le point de départ du renforcement de la capacité opérationnelle de l'Agence et surtout de ses compétences externes[679]. Le règlement (UE) n° 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 a ainsi autorisé l'Agence à « faciliter la coopération opérationnelle entre les États membres et les pays tiers » (article 14.1), mais également à coopérer elle-même avec les autorités de ces pays (article 14.2). Le règlement de 2011 a fait bénéficier FRONTEX d'un mandat explicite lui octroyant les compétences nécessaires pour effectuer de telles interventions sur le territoire des pays tiers. Voir : Julien JEANDESBOZ, « Contrôles aux frontières de l'Europe. Frontex et l'espace Schengen », *La Vie des idées,* 10 janvier 2012, ISSN : 2105-3030, p. 7. URL : http://www.laviedesidees.fr/Controles-aux-frontieres-de-l-Europe.html ; Mélanie FINK, « Frontex Working Arrangements : Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding 'Technical Relationships' », *Utrecht Journal of International and European Law*, 28(75), pp. 20–35. URL : http://doi.org/10.5334/ujiel. be ;

[680] Cette extension a accordé à l'Agence une compétence en matière de criminalité transfrontière, et spécialement en ce qui concerne le terrorisme : voir *infra* n° 355. Le règlement précise également de manière expresse la possibilité pour FRONTEX d'intervenir sur le territoire d'un État tiers, possibilité qui n'était jusqu'à présent que déduite du règlement de 2011. L'Agence peut désormais « mener aux frontières extérieures des actions auxquelles participent un ou plusieurs États membres et un pays tiers voisin d'au moins un de ces États membres, sous réserve de l'accord de ce pays tiers voisin, y compris sur le territoire de ce dernier » (article 54 § 3 du règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016) et « déployer des équipes dans un pays tiers dans le cadre d'actions où les membres des équipes exercent des pouvoirs d'exécution » (article 54.4 du règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016). Ces officiers, qui appartiennent aux réseaux de coopération locaux et régionaux d'officiers de liaison immigration des États membres (créé le règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil du 19 février 2004), peuvent intervenir directement en assistant les garde-frontières ou les officiers de liaison Immigration locaux

États membres que sur celui des États-tiers et, plus particulièrement encore, sur des espaces sans souveraineté tels que la haute mer.

169. Interceptions maritimes – La protection de la frontière maritime forme en effet l'enjeu majeur de la politique migratoire de l'Union[681]. Dans ce contexte, les opérations en mer représentent naturellement l'activité la plus importante de FRONTEX[682] qui a mené, entre 2005 et 2008, cinquante opérations conjointes et vingt-trois projets pilotes[683]. Les opérations maritimes bénéficient également du budget le plus important de l'Agence, avec 31,1 millions d'euros en 2015 sur les 52,3 millions d'euros accordés à l'ensemble des opérations conjointes[684]. Triplées pour la période 2016-2019[685], ces ressources financières permettent d'intensifier les activités opérationnelles, principalement au sein des opérations maritimes Triton et Poséidon, et d'étendre leur portée territoriale[686]. L'objectif principal de ces opérations est relatif à l'interception de navires et d'embarcations suspectés de transporter des migrants. Établissant les règles relatives aux interceptions maritimes coordonnées par l'Agence, le règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 précise ainsi que la surveillance des frontières « ne se cantonne pas […] à la détection des tentatives de franchissements non autorisés des frontières, mais englobe également des mesures telles que l'interception des navires soupçonnés *d'essayer d'entrer* dans l'Union sans se soumettre aux vérifications aux frontières »[687]. Il s'agit donc de prévenir, d'empêcher l'entrée de la migration irrégulière sur le territoire de l'Union. Cette finalité préventive est conforme à la définition courante du verbe « intercepter » qui est relative au fait d'« arrêter quelque chose au passage, [d'] en arrêter le cours direct », ou encore de « s'emparer de quelqu'un », de quelque chose : de

---

[681] Comme le précise la Communication de la Commission, « Une politique maritime intégrée pour l'Union européenne », (Livre bleu) COM (2007) 575 final du 10 octobre 2007, p. 4. « La Méditerranée est traversée par les migrations » : Catherine WIHTOL DE WENDEN, « En contrepoint. L'espace migratoire méditerranéen et ses enjeux », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes : immigration sur émigration*, Karthala, 2009, p. 438.

[682] Idil ATAK, *L'européanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains : une étude des politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie,* Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 94.

[683] *Ibid.*

[684] FRONTEX, *Programme of Work 2015*, 18 décembre 2014, p. 8.

[685] Dans son programme 2016-2019, l'Agence estime à 92 828 000 euros le budget alloué aux opérations maritimes durant cette période ; un budget bien supérieur à celui des opérations de retour (57 750 000 euros), des opérations terrestres (12 345 000 euros) et des opérations aériennes (2 150 000 euros) : FRONTEX, *Programming Document 2016 – 2019*, 24 décembre 2015, n° 7/2016, p. 21.

[686] *Ibid.,* p. 20.

[687] Point 1 du règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai *2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.*

« l'arrêter en l'empêchant d'atteindre son but »[688]. Ces multiples définitions renvoient toutes à une idée unique d'évitement, de prévention, qui est clairement présente à la lecture du règlement du 15 mai 2014.

170. Dans ce cadre, les interceptions maritimes effectuées en haute mer et coordonnées par FRONTEX constituent le meilleur exemple de l'anticipation de la migration irrégulière à l'échelle de l'Union. Elles sont également très efficaces : contrairement aux interventions entreprises au sein des États tiers, les interceptions en haute mer ne nécessitent aucune coopération de leur part[689]. La haute mer étant néanmoins un territoire dépourvu de souveraineté, les États membres ne peuvent y exercer leurs pouvoirs de police. Afin de dépasser cette difficulté, les interceptions sont fondées sur un titre de compétence pénale autorisant les États à poursuivre en haute mer les infractions liées à la migration irrégulière – et notamment le trafic de migrants. Le droit pénal est alors une nouvelle fois instrumentalisé : le titre de compétence pénale permettant la répression du trafic de migrants en haute mer est détourné aux fins de repousser les embarcations de migrants, et non d'assurer la répression des auteurs de l'infraction visée. Fondées sur le détournement d'un titre de compétence pénale (**Section I)**, ces interceptions entreprises en haute mer révèlent par ailleurs une dimension coercitive incarnée par un recours excessif à la force **(Section II)**.

SECTION I. UN DETOURNEMENT DE LA COMPETENCE PENALE EN HAUTE MER

SECTION II. UN RECOURS EXCESSIF A LA FORCE

[688] Définition du Larousse.

[689] Cela limite l'échec des opérations qui nécessite le consentement des États tiers. Sur ces difficultés, voir notamment : Anneliese BALDACCINI, « Extraterritorial Border Controls in the EU : The Role of Frontex in Operations at Sea » *in* Bernard RYAN and Valsamis MITSILEGAS (dir.), *Extraterritorial Immigration Control,* Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 240 ; Mélanie FINK, « Frontex Working Arrangements : Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding 'Technical Relationships' », *op. cit.* URL : http://doi.org/10.5334/ujiel. be; Benoît GREMARE, *L'agence Frontex et la marine nationale*, Mémoire de Master 2 Droit Public « Sécurité et Défense Transméditerranéenne », 2012, p. 19 ; Jorrit T. RIJPMA, Marise CREMONA, *The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law*, *op. cit.,* p. 22.

SECTION I. UN DÉTOURNEMENT DE LA COMPÉTENCE PÉNALE EN HAUTE MER

171. « Plus on s'éloigne vers le large, plus la souveraineté et la juridiction de l'État côtier s'atténuent »[690]. Cette formule résume parfaitement l'exercice de la compétence pénale des États en haute mer, dont l'intervention est limitée à la répression de certaines infractions et notamment, en matière de migration, au trafic illicite de migrants **(Paragraphe I)**. Cet encadrement apparaît fortement remis en cause lors des interceptions coordonnées en haute mer par FRONTEX, qui poursuivent une finalité davantage préventive que répressive. Il s'agit en effet de dérouter les embarcations plus que de punir les auteurs d'un trafic illicite de migrants. Juridiquement limitées à la répression du trafic de migrants, les interceptions sont alors étendues à la prévention de la migration irrégulière **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I. Des interceptions limitées à la répression du trafic de migrants

172. Si le droit international octroie aux États le bénéfice d'une compétence pénale territoriale au sein de leurs eaux intérieures, cette compétence disparaît en haute mer. Dans cette zone dépourvue de souveraineté, les États ne bénéficient d'aucun titre de compétence pénale en matière de migration irrégulière **(A)**. Tout au plus un titre de compétence extraterritoriale a-t-il été aménagé afin de les inciter à poursuivre et à punir le trafic illicite de migrants **(B)**.

A. L'absence de titre de compétence pénale extraterritoriale en matière de migration irrégulière

173. Mer territoriale – Avant d'étudier la compétence des États en haute mer relative à la migration irrégulière, il convient d'évoquer leur compétence dans les zones territoriales et contigües. Dans ce domaine, la compétence des États apparaît en effet attachée au critère de la territorialité. La mer territoriale de l'État côtier faisant partie intégrante de son territoire, celui-ci dispose en son sein d'une plénitude de compétence. La mer territoriale relève en effet de la souveraineté de l'État côtier[691], bien que cette souveraineté soit « moins étendue et moins

[690] Alexia POGNONEC, « La difficile conciliation entre contrôle de l'immigration par voie maritime et respect des droits fondamentaux », *in Annuaire du droit de la mer*, tome XXI, Paris, Pedone, 2016, p. 225.
[691] Article 2 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, ratifiée par 168 États dont la France le 11 avril 1996.

absolue que la souveraineté terrestre »[692]. Elle est ainsi qualifiée de *sui generis*[693] en ce qu'elle permet l'exercice d'un droit de passage inoffensif[694] par les navires battant pavillon étranger. Si l'État côtier a pleine compétence pénale dans sa mer territoriale, il doit donc garantir ce droit de passage aux navires qui navigueraient dans cette zone[695]. Cette obligation ne remet cependant pas en cause l'exclusivité des compétences de l'État côtier qui est le seul à pouvoir s'assurer du respect des règles internationales concernant ce droit de passage, ou de ses lois nationales par l'exercice de mesures de police. Surtout, le passage d'un navire étranger dans les eaux territoriales n'est plus considéré comme « inoffensif » lorsque ce dernier procède à des activités d'embarquement ou de débarquement « de marchandises, de fonds ou de personnes en contraventions aux lois et règlements douaniers fiscaux, sanitaires ou d'immigration de l'État côtier »[696] auxquelles se livrerait le navire. Il en est ainsi de la présence dans les eaux territoriales d'une embarcation de migrants lorsque le trafiquant présent à son bord projette de débarquer ces personnes sur le territoire terrestre de l'État côtier[697]. L'État côtier peut alors prendre toute mesure nécessaire pour empêcher le passage du navire concerné[698]. Dans ce cadre, il exerce des pouvoirs par nature coercitifs ayant trait à l'arraisonnement, à la visite, à l'inspection et à la capture des navires soupçonnés de commettre des activités illicites, qui peuvent l'obliger à faire usage de la force lorsque cela est nécessaire[699].

174. Zone contigüe – Le pouvoir de police des États côtiers à l'égard de la migration irrégulière s'étend à leur zone contigüe, ou plus exactement appelée « zone de haute mer contigüe aux eaux territoriales »[700] qui, tout en étant une zone de haute mer, confère à l'État côtier des « compétences de police finalisées »[701] l'autorisant à prévenir ou à réprimer les infractions relatives à ses lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration sur son territoire ou dans sa mer territoriale[702]. L'État côtier a donc compétence pour agir à l'égard

[692] Oliver DE FERRON, *Le droit international de la mer*, Genève, Librairie Droz, 1958-1960, 2 t., t.1., § 15, p. 54.
[693] *Ibid.,* p. 54.
[694] Le droit de passage inoffensif permet aux navires étrangers de transiter dans les eaux territoriales de l'État côtier dans le respect des lois de ce dernier et des conventions internationales : Alexia POGNONEC, « La difficile conciliation entre contrôle de l'immigration par voie maritime et respect des droits fondamentaux », *op. cit.* ; voir également : Jean-Paul PANCRACIO, *Droit de la mer,* Dalloz, 1ère édition, 2010, pp. 245-246 et pp. 166-169.
[695] Article 17 de la Convention de Montego Bay.
[696] Article 19.2, g) de la Convention de Montego Bay.
[697] Guy S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, 2ème édition, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 164.
[698] Article 25 § 1 de la Convention de Montego Bay.
[699] Kiara NERI, *L'emploi de la force en mer*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 77.
[700] Gilbert GIDEL, *Le droit international de la mer,* Volume III, *La mer territoriale et la zone contiguë,* Paris, Sirey, 1934, p. 241. Cette zone a été consacrée par la Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contigüe (article 24).
[701] Kiara NERI, *L'emploi de la force en mer*, *op. cit.,* p. 117.
[702] Article 33 de la Convention de Montego Bay.

des navires qu'il soupçonne de transporter des étrangers en situation irrégulière. L'article 33 de la Convention de Montego Bay, qui s'applique de manière large aux lois et règlements « d'immigration », permet à l'État côtier de prévenir ou de réprimer le trafic d'êtres humains mais également l'éventuelle tentative d'entrée irrégulière sur le territoire lorsque celle-ci est punie par le droit national. La Convention de Montego Bay ne protège donc pas les migrants de poursuites pénales éventuelles et accorde un pouvoir de police général aux États côtiers, qui peuvent « exercer le contrôle nécessaire »[703] afin de vérifier que leur législation en matière d'immigration est respectée[704]. Ce « contrôle nécessaire » embrasse évidemment l'arraisonnement d'un navire, son déroutement vers un port, l'arrestation de l'équipage et la mise en œuvre de poursuites pénales[705]. En haute mer, la compétence de l'État côtier est toutefois plus limitée.

175. Haute mer – Au regard des questions qui nous intéressent, la haute mer peut être considérée comme la zone existant au-delà la mer territoriale et de la zone contigüe de l'État intervenant, c'est-à-dire dans l'espace maritime situé à partir de vingt-quatre milles marins[706]. Elle est donc une zone spécifique, qui ne relève d'aucun territoire étatique. La principale difficulté de l'intervention d'un État en haute mer est relative au régime de liberté de navigation[707] qui gouverne cet espace, les navires présents dans cette zone maritime étant soumis exclusivement au contrôle et à la juridiction de l'État pavillonnaire[708]. La compétence des États est ainsi limitée par le principe de l'exclusivité de la juridiction de l'État du pavillon[709] en vertu duquel seule la compétence personnelle de cet État peut s'exercer sur le navire concerné, présent en haute mer[710]. Dans l'*affaire du Lotus*, la Cour permanente de justice, aujourd'hui devenue Cour internationale de justice, avait jugé que « l'absence de souveraineté

[703] Article 33 de la Convention de Montego Bay.
[704] *Ibid*., Djamchid MONTMAZ, « La lutte contre "l'introduction clandestine" de migrants par mers », *Annuaire de droit de la mer*, t.IV, 1999, p. 52.
[705] Kiara NERI, *L'emploi de la force en mer, op. cit.,* p. 121.
[706] Solène GUGGISBERG, « Le trafic illicite de migrants en mer », *in* Efthymios D. PAPASTAVRIDIS and Kimberley N. TRAPP (dir.), *La criminalité en mer,* Martinus Nijhoff / Académie de Droit International de la Haye, 2014, p. 265. L'article 86 de la Convention de Montego Bay propose une définition négative de la haute mer comme étant « toutes les parties de la mer qui ne sont pas comprises ni dans la zone économique exclusive, la mer territoriale ou les eaux intérieures d'un État, ni dans les eaux archipélagiques d'un État archipel ».
[707]Article 87 de la Convention de Montego Bay.
[708] Article 92.1 de la Convention de Montego Bay.
[709] Article 92 de la Convention de Montego Bay.
[710] Jean-Pierre QUENEUDEC précise ainsi que le navire « est en quelque sorte considéré comme un espace national relevant de l'État du pavillon, dans lequel peuvent se mouvoir des personnes et se trouver des biens. Le navire est aussi regardé quelque fois comme un territoire pénal flottant sur lequel s'appliquent les lois répressives de l'État du pavillon, mais où peuvent également s'exercer plusieurs compétences étatiques concurrentes » : « Pour un véritable ordre public de la mer », *in* Annie CUDENNEC (dir.), *Ordre public et mer. Actes du colloque de Brest des 12 et 13 mai 2011*, Paris, Pedone, 2012, p. 261.

territoriale en haute mer [signifie qu'] aucun État ne peut y exercer des actes de juridiction quelconques sur des navires étrangers »[711]. Bien qu'affirmé, le principe de liberté de navigation subit plusieurs tempéraments. Les navires de l'État côtier bénéficient d'abord d'un droit de poursuite[712] accordé par la Convention de Montego Bay[713] afin de réprimer une infraction commise dans une zone relevant de sa souveraineté[714]. Un navire de guerre qui croiserait en haute mer un navire étranger peut également arraisonner ce dernier s'il a des raisons sérieuses de soupçonner qu'il est sans nationalité[715]. Cette dernière possibilité constitue le motif le plus fréquemment invoqué pour fonder l'intervention de l'État côtier en haute mer, à l'encontre des navires soupçonnés de transporter des migrants[716]. Pour agir plus avant, l'État côtier doit néanmoins disposer d'un titre de compétence extraterritoriale, la haute mer étant un espace qualifié de « *res nullius* » ou encore de « *res communis* »[717]. Il en est ainsi du titre de compétence extraterritoriale délivré aux États afin de leur permettre de poursuivre et de réprimer le trafic illicite de migrants.

B. L'existence d'un titre de compétence extraterritoriale en matière de trafic de migrants

176. Titre de compétence universelle – En haute mer, l'État peut jouir d'un titre de compétence extraterritoriale se rapprochant d'une nature « universelle ». Ayant trait à « l'universalité du droit de punir »[718], le titre de compétence universelle « donne vocation à juger une infraction aux tribunaux de l'État sur le territoire duquel le délinquant a été arrêté ou se trouve même passagèrement, quel que soit le lieu de commission de l'infraction et quelles que soient les nationalités de l'auteur et de la victime »[719]. La compétence universelle est une compétence, non législative, mais juridictionnelle[720] offrant aux juridictions françaises la

---

[711] Cour permanente de justice internationale., *Affaire du Lotus* (France c. Turquie), 7 septembre 1927, série A, n° 10, p. 25.
[712] Le droit de poursuite est défini comme le droit « de continuer en haute mer, au moyen de l'un de ses navires de guerre […] la poursuite non interrompue d'un navire étranger dont il considère qu'il est en contravention, dans une zone sous sa souveraineté ou juridiction, à ses lois et règlements applicables à cette zone » : Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 856.
[713] Article 111 de la Convention de Montego Bay.
[714] Kiara NERI, *L'emploi de la force en mer*, *op. cit.*, p. 145.
[715] Article 110.1, *d)* de la Convention de Montego Bay.
[716] Efthymios D. PAPASTAVRIDIS, « Interception of Human Beings on the High Seas : A Contemporary Analysis under International Law », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n° 36, 2008-2009, p. 157 ; Solène GUGGISBERG, « Le trafic illicite de migrants en mer », *op. cit.,* p. 267.
[717] Jean-Pierre QUENEUDEC, « Pour un véritable ordre public de la mer », *op. cit.*, p. 261.
[718] Frédéric DESPORTES, Francis LE GUHENEC, *Droit pénal général, op. cit.,* p. 364, n° 409.
[719] Renée KOERING-JOULIN, *Jurisclasseur procédure pénale*, fascicule n° 20, n° 91.
[720] Didier REBUT, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n° 200, p. 120. ; Frédéric DESPORTES, Francis LE GUHENEC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 364, n° 409.

possibilité de juger et de punir les actes infractionnels concernés. C'est ainsi que les règles relatives à ce titre de compétence ont été placées par le législateur français au sein du Code de procédure pénale[721]. Pour autant, celui-ci permet bien aux juridictions d'appliquer la loi pénale nationale : la compétence universelle a donc trait également à l'application de la loi pénale dans l'espace[722].

177. Code de procédure pénale – La définition traditionnelle de la compétence universelle est contenue au sein de l'article 689-1 du Code de procédure pénale. Ce dernier dispose qu'« [e]n application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles ». La compétence universelle est donc assortie de deux conditions : d'une part, elle ne peut être exercée qu'à l'encontre des infractions désignées par les conventions internationales[723] ; d'autre part, elle est subordonnée à la présence du délinquant sur le territoire national. Les cas de compétence universelle sont nombreux. Si la plupart figure au sein du Code de procédure pénale[724], certains ont néanmoins été insérés dans des textes extérieurs. Aucun de ces textes ne permet néanmoins de fonder la compétence des juridictions françaises pour les infractions commises en haute mer. Bien au contraire, il est à chaque fois nécessaire que la personne concernée ait été trouvée sur le territoire national, duquel la haute mer ne relève pas, et qu'elle soit soupçonnée d'avoir commis l'une des infractions mentionnées par les textes susvisés, parmi lesquels ne figurent pas les infractions liées à la migration irrégulière.

178. Conventions internationales – Pour découvrir un titre de compétence dans ce domaine, il faut se reporter à l'article 113-12 du Code pénal qui dispose que « [l]a loi pénale française est applicable aux infractions commises au-delà de la mer territoriale, dès lors que les conventions internationales et la loi le prévoient ». Certaines conventions internationales ont en effet édicté des règles permettant aux États parties d'appréhender et de juger les auteurs d'une infraction commise en haute mer alors même qu'il n'existe aucun critère de rattachement, l'infraction ayant été commise par un individu étranger à l'encontre de victimes étrangères, sur un navire étranger ou sans nationalité présent sur un territoire sans souveraineté. Il en est ainsi

[721] Articles 689-1 à 689-10, 689-12 et 689-13 du Code de procédure pénale.
[722] Frédéric DESPORTES, Francis LE GUHENEC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 365, n° 409.
[723] Didier REBUT, *Droit pénal international*, *op. cit.*
[724] Articles 689-1 à 689-10, 689-12 et 689-13 du Code de procédure pénale.

de la répression de la piraterie, « cas le plus ancien de compétence universelle »[725] consacré par le droit international dans la Convention de Montego Bay[726] et, surtout, des infractions de traite des personnes et de trafic illicite de migrants dont les Protocoles de New-York et de Palerme organisent la répression, même lorsque celles-ci sont commises en haute mer. Ces conventions créent une compétence spécifique, que l'on pourrait être tenté de qualifier d'universelle en ce qu'elle s'applique à une situation n'ayant aucun rattachement avec l'État partie. En autorisant la répression d'infractions commises en haute mer, ces conventions permettent pourtant de poursuivre des délinquants qui ne se trouvent pas sur le territoire de l'État, alors même que cette présence est l'une des conditions de mise en œuvre du titre de compétence universelle. Dans ce cadre, le titre de compétence organisé par les conventions susmentionnées est d'un type « particulier »[727], *sui generis*, qui s'applique *à côté* du titre de compétence universelle sans toutefois pouvoir y être complètement assimilé.

179. Traite – Le premier type de compétence universelle en matière de migration réside dans le Protocole de New-York visant à prévenir, à réprimer et à punir la traite des personnes qui, sans être directement centré sur le transport maritime, est applicable à ce domaine. Celui-ci sollicite de chaque État partie qu'il « adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale aux actes énoncés à l'article 3 du présent Protocole, lorsqu'ils ont été commis intentionnellement »[728], c'est-à-dire notamment « le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation »[729]. Les États parties doivent incriminer la traite, mais également sa tentative[730]. Dans ces conditions, la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 a créé l'article 225-4-

[725] Didier REBUT, *Droit pénal international*, *op. cit.,* p. 121, n° 202. La compétence universelle a d'ailleurs été « longtemps cantonnée à la piraterie » : André HUET, Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, *op. cit.*, p. 234, n° 139.

[726] L'article 105 de la Convention précise que « [t]out État peut, en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État, saisir un navire ou un aéronef pirate, ou un navire ou un aéronef capturé à la suite d'un acte de piraterie et aux mains de pirates, et appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord ».

[727] Frédéric DESPORTES, Francis LE GUHENEC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 367, n° 411.

[728] Article 5.1 du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies *contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants,* New York, 15 novembre 2000, entré en vigueur le 25 décembre 2003. Ce Protocole a été ratifié par 173 États, dont la France le 29 octobre 2002.

[729] Article 3, *a)* du Protocole de New-York.

[730] Solène GUGGISBERG, « Le trafic illicite de migrants en mer », *op. cit.,* p. 249 ; article 5 § 2, *a)* du Protocole de New-York vi*sant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.*

1 du Code pénal, siège de l'incrimination de traite des êtres humains. Celui-ci punit de 7 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende « le fait de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir à des fins d'exploitation »[731] et prévoit également la répression de sa tentative[732]. Si le Protocole de New-York ne précise pas les mesures à adopter lorsque ce crime est découvert en mer, les bases de compétences identiques entre l'infraction de trafic illicite de migrants et l'infraction de traite encouragent à penser que l'État concerné peut adopter des mesures identiques liées à l'arraisonnement, à la visite du navire et au traitement pénal des personnes concernées.

180. Trafic illicite de migrants – Le second type de compétence pénale en haute mer, le plus pertinent en matière de migration irrégulière, est établi par le Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air. Ce dernier sollicite des États parties qu'ils adoptent « les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement et pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou autre avantage matériel […] au trafic illicite de migrants »[733]. Le Protocole oblige ainsi les États parties à incriminer et à punir le trafic illicite de migrants[734], c'est-à-dire « le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État »[735]. Certes, les États parties au Protocole doivent, lorsqu'ils soupçonnent le navire battant pavillon d'un autre État partie de se livrer à de telles activités, solliciter l'autorisation de cet État afin de prendre des mesures appropriées, à savoir l'arraisonnement du navire, sa visite et en cas de découverte de preuves, toutes mesures à l'égard du navire, de la cargaison et des personnes à bord que l'État du pavillon l'a autorisé à prendre[736]. Mais lorsque le navire est sans nationalité – ce qui est très fréquent en matière de transport de migrants, l'État partie n'a évidemment pas à solliciter une telle autorisation et peut « prendre les mesures appropriées, conformément au droit interne et international pertinents »[737], c'est-à-dire mettre en œuvre des mesures coercitives[738] liées à

[731] Article 225-4-1 du Code pénal.
[732] Article 225-4-7 du Code pénal.
[733] Article 6.1, a) du Protocole *contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, entré en vigueur le 28 janvier 2004. Ce Protocole a été ratifié par 147 États dont la France, le 29 octobre 2002.
[734] Solène GUGGISBERG, « Le trafic illicite de migrants en mer », *op. cit.,* p. 247.
[735] Article 3, a) du Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer.
[736] Article 8.2 du Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer.
[737] Article 8.7 du Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer.
[738] Didier REBUT, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n° 207-208, pp. 124-125.

l'arraisonnement, à la visite du navire et le cas échéant poursuivre et punir les personnes s'étant livrées à cette infraction.

181. Délit d'aide à l'entrée irrégulière – En droit de l'Union et en droit français, le délit de trafic de migrants prend forme dans le délit d'aide à l'entrée irrégulière, défini par le droit de l'Union comme « le fait d'aider sciemment une personne non ressortissante d'un État membre à pénétrer sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de la législation de cet État relative à l'entrée ou au transit des étrangers »[739]. Si ce délit peut bénéficier d'une exemption lorsque « le comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée »[740], la directive n° 2002-90 n'oblige pas les États membres à prévoir dans leur législation une telle immunité, insistant sur le fait qu'il ne s'agit que d'une possibilité. C'est ainsi que le droit français punit de cinq ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un État partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer[741], tout en instaurant une exemption pénale doublement limitée. Celle-ci ne concerne d'une part que l'aide au séjour irrégulier, excluant ainsi l'aide apportée à l'entrée sur le territoire, et d'autre part les proches de la personne aidée[742] ou « toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci »[743]. Dans ces conditions, l'aide à l'entrée irrégulière sur le territoire français n'est en aucun cas concernée par les immunités pénales prévues par le CESEDA. Quand bien même cette aide serait uniquement « humanitaire » et dépourvue de toute contrepartie, elle tomberait sous l'empire de la qualification de trafic de migrants. La décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018 relative au délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irrégulier n'y change rien : si le Conseil a étendu

[739] Article 1.1 *a)* de la directive du Conseil n° 2002-90 CE du 28 novembre 2002 *définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers.*
[740] Article 1.2 de la directive du Conseil n° 2002-90 CE.
[741] Article L. 622-1 alinéa 4 du CESEDA.
[742] Article L. 622-4 du CESEDA : « les ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint ; 2° Du conjoint de l'étranger, de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, ou des ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui.
[743] Article L. 622-4, 3° du CESEDA.

l'exemption pénale de l'article L. 624-1 du CESEDA à toute aide humanitaire, il a, dans le même temps, exclu l'aide à l'entrée irrégulière de cette disposition[744].

182. Tentative – L'infraction de trafic illicite de migrants, prenant forme en droit français dans le délit d'aide à l'entrée irrégulière, constitue ainsi le titre de compétence pénale le plus pertinent en matière de migration irrégulière en haute mer[745]. Si cette infraction ne peut être consommée qu'après l'entrée irrégulière dans l'État partie concerné[746], le jeu de la tentative – prévu à l'article 6 §2, a) du Protocole contre le trafic illicite de migrants – permet à l'État côtier d'intervenir en haute mer, avant même, donc, que l'infraction soit consommée. Le droit français réprime d'ailleurs « celui qui aura facilité ou *tenté* de faciliter l'entrée » irrégulière sur le territoire. Plus encore, la loi du 15 juillet 1994 dispose que « [l]es auteurs ou complices d'infractions visées à l'article 18 [délit d'aide à l'entrée irrégulière] et *commises en haute mer* à bord des navires visés à l'article 19 [parmi lesquels figurent les navires étrangers ou sans nationalité présents en haute mer] peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises lorsque des accords bilatéraux ou multilatéraux le prévoient ou avec l'assentiment de l'État du pavillon, ainsi que dans le cas où ces infractions sont commises à bord d'un navire n'arborant aucun pavillon ou sans nationalité »[747]. L'infraction de trafic illicite de migrants commise en haute mer peut donc parfaitement être poursuivie par les juridictions françaises ou par tout autre État partie au Protocole de Palerme. Mais si l'incrimination de trafic illicite de migrants est destinée à favoriser la répression de l'aide intéressée à l'entrée irrégulière par mer, ce titre de

[744] Le Conseil a jugé que seule l'aide à la circulation irrégulière sur le territoire doit être ajoutée à l'article L. 624-1 du CESEDA en précisant que « l'aide apportée à l'étranger pour sa circulation n'a pas nécessairement pour conséquence, à la différence de celle apportée à son entrée, de faire naître une situation illicite » : Conseil constitutionnel, décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, cons. n° 12. Voir *supra* n° 252.

[745] Le plus souvent, les migrants présents sur l'embarcation ont consenti à leur transport irrégulier, contrairement aux victimes de traite qui subissent une exploitation. L'ambivalence de cette situation est révélée par le Protocole de Palerme qui, tout en affirmant que « les migrants ne deviennent pas passibles de poursuites pénales en vertu du présent Protocole du fait qu'ils ont été l'objet » de cette infraction (article 5 du Protocole de Palerme), précise qu' « aucune disposition du présent Protocole n'empêche un État partie de prendre des mesures contre une personne dont les actes constituent, dans son droit interne, une infraction » (article 6.4 du Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer). Si l'économie générale du Protocole est relative à la protection des migrants, cette dernière disposition démontre pourtant qu'aucune immunité ne leur est véritablement accordée. Les États qui punissent l'entrée irrégulière et sa tentative pourraient ainsi choisir de pénaliser les migrants ayant fait l'objet d'un trafic : voir Patricia MALLIA, *Migrant Smuggling By Sea : Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 67. Cette ambivalence est inhérente à la problématique de la migration irrégulière qui embrasse des aspects liés à la protection des migrants et à la volonté des États de restreindre ou de supprimer les flux d'immigration irrégulière sur leur territoire

[746] Solène GUGGISBERG, « Le trafic illicite de migrants en mer », *op. cit.,* p. 248.

[747] Article 22 de la loi n° 94-589 du 15 juillet 1994 *relative à la lutte contre la piraterie et aux modalités de l'exercice par l'État de ses pouvoirs de police en mer*, nous soulignons.

compétence pénale fondant l'intervention des États en haute mer semble être davantage utilisé dans le but de prévenir la migration, que de punir les trafiquants.

Paragraphe II. Des interceptions étendues à la prévention de la migration irrégulière

183. Alors que le Protocole de Palerme accorde un titre de compétence aux États afin d'appréhender les auteurs d'un trafic illicite de migrants, le règlement européen du 15 mai 2014 autorise le recours à l'interception maritime dans un tout autre but. Le titre de compétence pénale accordé par le Protocole de Palerme est ainsi utilisé non pour punir l'auteur d'un trafic illicite de migrants, mais pour repousser la migration se dirigeant vers le territoire des États membres **(A)**. Ce détournement conduit à un déni de pénalisation et, plus encore, à la violation du principe de non-refoulement **(B)**.

A. L'utilisation de la compétence pénale liée au trafic illicite de migrants

184. Logique préventive – La définition du terme « interception » proposée en 2000 par l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés était relative à « toutes les mesures prises par un Etat hors du territoire national pour prévenir, interrompre ou arrêter le mouvement de personnes dépourvues des papiers requis et franchissant des frontières internationales par terre, air et mer et se rendant vers le pays de destination recherché »[748]. Cette première définition[749] mettait ainsi en lumière la nature extraterritoriale des interceptions, qui visent à prévenir l'entrée des étrangers en situation irrégulière[750]. Si elle constitue le moyen d'appréhender les trafiquants de migrants en mer, l'interception est surtout un outil très efficace de gestion des flux migratoires : en stoppant le voyage des migrants, cette mesure empêche ces derniers de parvenir sur le

[748] Comité exécutif du programme du Haut-commissaire des Nations Unies*, Interception de demandeurs d'asile et de réfugiés : le cadre international et les recommandations en vue d'une approche globale*, 9 juin 2000, EC/50/SC/CRP 17, § 10.

[749] Une seconde est intervenue en 2003, gommant le caractère extraterritorial des opérations d'interception. L'interception a alors été définie comme « l'une des mesures employées par les États pour interdire l'embarquement de personnes pour un voyage international, interrompre le trajet international de personnes ayant déjà commencé leur voyage, ou arraisonner les navires lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'ils transportent des personnes en violation des règles du droit maritime national ou international, lorsque dans les cas ci-dessus les personnes sont dépourvues des documents nécessaires ou n'ont pas obtenu l'autorisation valable d'entrer sur le territoire, et lorsque ces mesures servent également à protéger la vie et la sécurité des voyageurs et des personnes introduites ou transportées de façon clandestine » : Comité exécutif du programme du Haut commissaire des Nations Unies, *Conclusion sur les garanties de protection dans les mesures d'interception*, n° 97 (LIV), 10 octobre 2003.

[750] Voir Barbara MILTNER, « Irregular Maritime Migration : Refugee Protection Issues in Rescue and Interception », *Fordham International law Journal*, volume 30, issue 1, 2006, pp. 75-125.

territoire national, de traverser la frontière étatique[751]. Les interceptions sont ainsi largement utilisées par les États pour contrôler la migration irrégulière de manière anticipée. Reconnaissant que les États peuvent librement déterminer quels non-nationaux sont admis à entrer ou à rester sur le territoire national sous réserve des obligations admises en droit international, l'Organisation internationale des migrations a précisé que l'interception est perçue comme l'un « des nombreux moyens », voire comme « la mesure la plus efficace » permettant à l'État de « prévenir la migration irrégulière »[752]. L'interception revêt donc un rôle évident en matière de contrôle de l'étranger irrégulier, qui est encore renforcé par sa nature préventive : il ne s'agit pas d'appréhender un individu déjà présent sur le territoire pour le soumettre à une mesure d'expulsion, mais de l'intercepter avant qu'il ne franchisse les frontières afin de pouvoir le détourner de sa destination initiale et d'empêcher son entrée sur le territoire. L'interception est une stratégie, une mesure d'évitement particulièrement remarquée au sein des opérations d'interceptions organisées à l'échelle de l'Union.

185. FRONTEX – Les interceptions maritimes peuvent être effectuées par un État individuellement ou par plusieurs qui agissent alors en collaboration, parfois sous l'égide d'un organisme supranational. Il en est ainsi des opérations maritimes coordonnées à l'échelle de l'Union par l'Agence FRONTEX[753]. Ces dernières reposent sur le règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 dont le but est d'établir les règles relatives à la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence. Or, ce règlement révèle une anticipation performante de la migration irrégulière en autorisant les unités participantes aux opérations d'interceptions à détourner un navire des eaux territoriales d'un État membre, que celui-ci soit présent en mer territoriale ou en haute mer. Surtout, cette possibilité est accordée, en totale contrariété avec le Protocole de Palerme, lorsque le navire est soupçonné de se livrer en haute mer à des activités de trafic illicite de migrants. Dans cette hypothèse, le règlement autorise les unités participantes FRONTEX à « avertir le navire et [à] lui ordonner de ne pas pénétrer dans la mer territoriale ou la zone contigüe et, si nécessaire, [à lui] demander […] de se dérouter afin de s'en éloigner »[754], ou

[751] *Ibid.,* p. 84.
[752] Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR), *Consultations mondiales sur la protection internationale : Protection des réfugiés et contrôle des migrations : positions du HCR et de l'OIM*, 31 Mai 2001, EC/GC/01/11, § 14. http://www.refworld.org/docid/3b36f46d2.html
[753] Sur la légalité de l'intervention de FRONTEX en haute mer voir : Mouloud BOUMGHAR, « La licéité internationale des opérations menées par Frontex », *in* Laurence DUBIN (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Buylant, 2012, pp. 131-145.
[754] Article 7.2, *b)* du règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014.

encore à « conduire le navire ou les personnes se trouvant à bord vers un pays tiers, ou autrement [à] remettre le navire ou les personnes se trouvant à bord aux autorités d'un pays tiers »[755]. La logique préventive de l'interception joue à plein : il s'agit ici d'éviter que l'embarcation détectée pénètre sur le territoire d'un État membre en lui imposant de se détourner de cette destination, de s'en éloigner. La même logique guide l'article 6 du règlement, qui permet aux unités participantes de détourner un navire détecté cette fois-ci dans les eaux territoriales des États parties. Les unités FRONTEX peuvent dans ce cadre « ordonner au navire de se dérouter afin de quitter la mer territoriale ou la zone contiguë ou de s'en éloigner, y compris [en escortant] le navire ou [en demeurant] à proximité de celui-ci jusqu'à ce qu'il soit confirmé que le navire suit la route demandée »[756]. Ces prérogatives sont accordées aux États membres en contradiction avec le Protocole de Palerme qui organise la répression du trafic illicite de migrants[757]. Pour ce faire, le Protocole autorise les États parties à mettre en œuvre des « mesures appropriées » autorisées par l'État du pavillon[758] ou, si le navire concerné ne possède aucune nationalité, « les mesures appropriées conformément au droit interne et au droit international pertinent »[759]. Or, ce Protocole ayant trait « à la prévention, aux enquêtes et aux poursuites concernant les infractions » de trafic illicite de migrants[760], il ne fait aucun doute que le déroutement du navire concerné ne fait pas partie des « mesures appropriées » envisagées. Le déroutement est uniquement destiné à empêcher la migration irrégulière sur le territoire de l'Union, et non à punir le trafic de migrants. Dans ces circonstances, l'on assiste à un détournement du titre de compétence délivré aux États parties en matière de trafic illicite de migrants. La possibilité de déroutement du navire en haute mer et en mer territoriale révèle que ce titre de compétence est utilisé aux fins d'empêcher la migration irrégulière et non de réprimer le trafic illicite de migrants ce qui entraîne, par conséquent, le glissement d'une logique de répression d'une infraction à une logique de prévention mise en œuvre à l'encontre d'un acte, la migration, qui ne peut même pas être qualifié d'irrégulier. Le détournement du titre de compétence universelle en matière de trafic illicite de migrants conduit à un résultat totalement opposé à celui qui est recherché par le Protocole de Palerme : l'impunité.

[755] Article 7.2, *c)* du règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014.
[756] Article 6.2, *b)* du Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014.
[757] Voir *supra* n° 180 ; Article 6 du Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer.
[758] Article 8.2, *c)* du Protocole de Palerme.
[759] Article 8.7, *c)* du Protocole de Palerme.
[760] Article 4 du Protocole de Palerme.

186. Une qualification anticipée – Le glissement de la répression du trafic de migrants à la prévention de la migration irrégulière introduit par le règlement du 25 mai 2014 conduit à malmener le principe de légalité en opérant une qualification anticipée de la migration irrégulière en dehors de tout texte l'y autorisant. Les unités participantes aux interceptions organisées par FRONTEX peuvent en effet détourner des bateaux suspectés de transporter des migrants alors que ces derniers se trouvent en haute mer, loin des eaux territoriales et de la zone contigüe au sein desquelles l'État côtier jouit d'une compétence en matière de répression des contraventions aux règles d'immigration. Autrement dit, ces interceptions reposent non seulement sur le détournement d'un titre de compétence pénale, mais elles sont également effectuées pour prévenir une migration qui n'est pas encore irrégulière[761]. La haute mer étant une zone sans souveraineté, les personnes s'y trouvant à bord d'un navire sont certes en état de migration puisqu'elles se déplacent d'un État vers un autre, mais cette migration ne peut en aucun cas être qualifiée d'« irrégulière ». Elle le deviendra lorsque le navire aura franchi les frontières étatiques[762]. Or, le franchissement irrégulier d'une frontière ne peut être constaté que lorsque l'individu traverse l'un des points de passage frontaliers prévus à cet effet[763]. En matière maritime, « les vérifications concernant les navires sont effectuées dans le port d'arrivée ou de départ, ou dans une zone prévue à cet effet, située à proximité immédiate du navire ou à bord du navire dans les eaux territoriales, telles qu'elles sont définies par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Les États membres peuvent conclure des accords en vertu desquels des vérifications peuvent également être effectuées en cours de traversée ou, lors de l'arrivée ou du départ du navire, sur le territoire d'un pays tiers […] »[764]. Il apparaît donc certain que les opérations de vérifications aux frontières, définies par le règlement 2016/399 du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes comme les « vérifications effectuées aux points de passage frontaliers afin de s'assurer que les personnes, y compris leurs moyens de transport et les objets en leur possession,

[761] Voir également l'extension de la compétence territoriale en matière de contrôles d'identité requis : *infra* n° 118.
[762] Pour certains, tant qu'il est en mer, le migrant n'est pas en situation irrégulière : Alexia POGNONEC, « La difficile conciliation entre contrôle de l'immigration par voie maritime et respect des droits fondamentaux », *op. cit.,* p. 225.
[763] L'article 2.11 du règlement UE n° 2016/399 du Parlement et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) précise que les vérifications sont « effectuées aux points de passage frontaliers » ; Voir Claire SAAS, « La Méditerranée, une zone de non-droit pour les boat-people ? » *in* Patrick CHAUMETTE (dir.), *Espaces marins : surveillance et prévention des trafics en mer,* Gomylex Editorial, 2016, p. 191.
[764] Paragraphe 3.1.1 de l'annexe VI relative aux Modalités spécifiques relatives aux différents types de frontières et aux moyens de transport utilisés pour le franchissement des frontières extérieures, du règlement UE n° 2016/399 du Parlement et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

peuvent être autorisés à entrer sur le territoire des États membres ou à le quitter », ne peuvent être mises en œuvre qu'au sein du territoire de l'État côtier, ou au sein d'un État tiers en cas d'accord. Les prérogatives des États se trouvent limitées à leur mer territoriale, ou à la traversée de cette zone. Ils ne peuvent étendre leur compétence au-delà, sauf à conclure un accord avec les pays tiers[765] qui leur permettrait le cas échéant d'effectuer des vérifications dans les eaux territoriales de ce pays, mais jamais en haute mer. Le détournement du titre de compétence pénale en matière de trafic illicite de migrants conduit ainsi non seulement à qualifier de manière anticipée la migration irrégulière, mais également à étendre, sans qu'il soit besoin d'accord, les opérations de vérifications en haute mer et d'y refouler le cas échéant les personnes dépourvues d'autorisation d'entrée sur le territoire de l'État concerné. Le principe de liberté de navigation en haute mer est alors atteint[766], tout comme le principe de légalité, les États dépassant les limites fixées à la compétence pénale en matière de trafic illicite de migrants.

187. Déni de pénalisation – Le règlement FRONTEX du 25 mai 2014 bouleverse les règles de compétence extraterritoriale en conduisant en pratique à un résultat totalement opposé à celui recherché. Alors que le titre de compétence accordé en matière de trafic illicite de migrants vise à permettre la répression de cette infraction en haute mer – la compétence extraterritoriale poursuivant « une logique purement répressive »[767] –, son utilisation aux fins de déroutement conduit en pratique à un véritable déni de pénalisation. En totale contrariété avec le principe de légalité, le titre de compétence susvisé est utilisé afin non pas de punir les trafiquants de migrants mais d'éloigner une migration qui n'est pas encore irrégulière. Le titre de compétence accordé par le Protocole de Palerme se transformerait alors en « clause d'autodéfense »[768] visant à empêcher l'entrée irrégulière sur le territoire. Plus encore, le détournement de ce titre de compétence ne se fonde sur aucune infraction, le délit d'entrée irrégulière n'étant pas qualifié en haute mer, et sa tentative étant non punissable. Il s'agit simplement d'utiliser la compétence établie par le Protocole de Palerme afin d'éloigner la répression et d'éviter la prise en charge

[765] Sur les difficultés de tels accords, voir notamment : Anneliese BALDACCINI, « Extraterritorial Border Controls in the EU : The Role of Frontex in Operations at Sea » *op. cit.*, p. 240 ; Mélanie FINK, « Frontex Working Arrangements : Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding 'Technical Relationships' », *op. cit.,* pp. 20–35 ; Benoît GREMARE, *L'agence Frontex et la marine nationale*, Mémoire de Master 2 Droit Public « Sécurité et Défense Transméditerranéenne », 2012, p. 19 ; Jorrit T. RIJPMA, Marise CREMONA, *The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law*, *op. cit.,* p. 22 ; Anneliese BALDACCINI, « Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operations at Sea » in Bernard RYAN and Valsamis MITSILEGAS (dir.), *Extraterritorial Immigration Control,* Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 240.

[766] Voir Claire SAAS, « La Méditerranée, une zone de non-droit pour les boat-people ? », *op. cit.*

[767] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 1343, n° 1933.

[768] Angelo YOKARIS, « Les critères de compétence des juridictions nationales », *in* Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2ème édition, 2012, p. 1003.

des migrants présents à bord de l'embarcation ; prise en charge que l'arrestation du trafiquant impliquerait nécessairement. Le détournement du titre de compétence pénale lié au trafic illicite de migrants entraîne ainsi un déni de pénalisation et, corrélativement, la violation du principe de non-refoulement.

B. La violation du principe de non-refoulement

188. Consécration – Le principe de non-refoulement est inscrit à l'article 33 §1 de la Convention de Genève qui stipule qu' « [a]ucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »[769]. Le Protocole de Palerme contient quant à lui une « clause de protection » précisant que lorsqu'un État partie prend des mesures à l'encontre d'un navire, il lui incombe de « veiller à la sécurité et au traitement des personnes à bord »[770]. Les mesures prises ne doivent par ailleurs pas entraver « les droits et obligations des États côtiers et l'exercice de leur compétence conformément au droit international de la mer »[771]. Le Protocole rappelle, en écho au Protocole contre la traite des personnes, l'obligation de respecter le principe de non-refoulement[772]. Au-delà de ces textes internationaux spécifiques, les conventions de protection des droits humains prévoient généralement cette obligation de non-refoulement à l'égard cette fois-ci de *toute personne*. La Convention contre la torture précise par exemple qu' « [a]ucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture »[773]. De ces différents instruments internationaux découleraient ainsi deux contraintes pour les États parties : l'interdiction, d'abord, de refouler *toute personne* qui risquerait d'être torturée ou de subir des traitements inhumains et dégradants dans le pays de retour et l'interdiction, ensuite, de refouler *les demandeurs d'asile* sur des

---

[769] Voir Elihu LAUTERPACHT et Daniel BETHLEHEM, « The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement : Opinion », *in* Erika FELLER, Volker TÜRK and Frances NICHOLSON (dir.), *Refugee Protection in International Law : UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2001, p. 89, n° 2.

[770] Article 9.1, *a)* du Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer.

[771] Article 9.3, *a)* du Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer.

[772] Article 19.1 du Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer ; Article 14.1 du Protocole de New York visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

[773] Article 3.1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987.

territoires où leur vie ou leur liberté serait menacée en raison de leur race, leur religion, leur nationalité, leur appartenance, ou leurs opinions[774]. Cette seconde contrainte est d'autant plus importante que la définition du terme « réfugié » est « universaliste »[775] : elle s'applique à tout réfugié, « présent ou futur »[776]. Une personne est qualifiée de « réfugié » dès lors qu'elle est susceptible de recevoir une telle qualité, avant même que sa demande d'asile n'ait été déposée et traitée[777]. La détermination du statut de réfugié est en effet « déclaratoire par nature : une personne ne devient pas un réfugié du fait de sa reconnaissance en tant que tel, mais est reconnue en tant que tel parce qu'il ou elle est un réfugié »[778]. Une telle interprétation interdit par conséquent à un État de détourner une embarcation de migrants présente dans ses eaux territoriales, au risque sinon de violer l'obligation de non-refoulement. Ce principe de non-refoulement s'applique particulièrement à l'égard des demandeurs d'asile : ces personnes étant susceptibles d'être des réfugiés, elles ne devraient pas être expulsées ou refoulées tant que leur statut n'est pas définitivement déterminé[779].

189. Application extraterritoriale – L'analyse des conséquences de l'article 33 est plus compliquée lorsque les migrants sont interceptés à la lisière de la frontière étatique, en dehors des eaux territoriales, comme le permet le règlement du 15 mai 2014. La question se pose donc se savoir si l'article 33 se voit conférer une application extraterritoriale, permettant d'obliger les États parties à respecter le principe de non-refoulement même lorsqu'ils agissent à l'extérieur de leur territoire. Le Haut-commissariat pour les réfugiés a conclu à l'application extraterritoriale de l'article 33 en précisant que « le but, l'intention et le sens de l'article 33(1) de la Convention de 1951 sont sans ambiguïté et établissent une obligation de ne pas renvoyer un réfugié ou un demandeur d'asile vers un pays où il ou elle risquerait une persécution ou tout autre préjudice sérieux, qui s'applique partout où l'Etat exerce son autorité, y compris à la frontière, en haute mer ou sur le territoire d'un autre État »[780]. L'unique limite géographique

---

[774] Solène GUGGISBERG, « Le trafic illicite de migrants en mer », *op. cit.,* p. 252 ; Elihu LAUTERPACHT et Daniel BETHLEHEM, « The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement : Opinion », *op. cit.,* p. 163, n° 253.
[775] Danièle LOCHAK, « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique », *Pouvoirs*, volume 144, n° 1, 2013, p. 46.
[776] *Ibid.*
[777] Solène GUGGISBERG, « Le trafic illicite de migrants en mer », *op. cit.*, p. 252.
[778] Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, Genève, 1979, réédition 1992, § 28 ; Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR), *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967,* § 6.
[779] *Ibid.*
[780] Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *ibid.,* § 24. Voir également Solène GUGGISBERG, « Le trafic illicite de migrants en mer », *op. cit.,* p. 275 ; Barbara MILTNER, « Human Security and Protection from

établie par la Convention de Genève est relative aux pays tiers dans lesquels les demandeurs d'asile ne peuvent être renvoyés, et non aux zones géographiques à partir desquelles ils peuvent l'être[781].

190. Signification – Surtout, les mots employés par l'article 33 ne laissent aucune place au doute : en interdisant explicitement le « refoulement » *et* l'« expulsion », la Convention démontre la volonté des États parties d'appliquer cette disposition autant aux situations dans lesquelles l'étranger est déjà présent sur leur territoire, qu'à celles où il demeure à l'extérieur de celui-ci[782]. Autrement dit, l'utilisation de ces deux termes révèle la différence des actions qui leur sont attachées : expulser a trait au fait de « repousser hors des frontières »[783], d'ordonner « à un étranger de quitter le territoire »[784], alors que le refoulement est caractérisé par « un refus d'entrée […] opposé à un étranger se présentant à la frontière […] et ne remplissant pas les conditions légales pour pénétrer sur le territoire »[785]. Refouler signifie donc « repousser quelqu'un », l'« empêcher de pénétrer dans un lieu »[786], en l'occurrence sur le territoire d'un État. Par conséquent, le verbe « expulser » s'applique à l'égard d'un individu qui est déjà présent *sur* le territoire, lorsque le verbe « refouler » concerne par essence le refus d'entrée appliqué à un étranger présent *hors* du territoire. Cette analyse est encore confirmée par l'opinion dissidente du juge BLAKMUN établie à la suite de l'arrêt *Sale* dans lequel la Cour suprême des États-Unis a jugé que l'article 33 de la Convention ne s'applique pas de manière extraterritoriale en invoquant que le mot « *return* » ne peut être analysé comme étant relatif au fait de « refouler »[787]. Opposé à une telle analyse, le juge BLAKMUN a relevé que « [l]es mots sont clairs et l'ordre est simple. [...] En omettant d'emblée son sens ordinaire, et en partant du principe que le mot "retour", tel qu'il est utilisé dans le traité, "a un sens juridique plus étroit que son sens commun ", la majorité s'égare. [...] L'interprétation directe du devoir de non-retour est fortement renforcée par l'utilisation, dans la Convention, du terme français "refouler".

Refoulement in the Maritime Context », *in* Alice EDWARDS et Carla FERSTMAN (dir.), *Human Security and Non-Citizens : Law, Policy and International Affairs*, Cambridge University Press, 2010, p. 95.

[781] *Ibid.,* paragraphe 26.

[782] *Ibid.,* paragraphe 26 ; Solène GUGGISBERG, « Le trafic illicite de migrants en mer », *op. cit.,* pp. 274-275.

[783] Définition du Larousse

[784] Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, « Refoulement », *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2018.

[785] *Ibid*.

[786] Définition du Larousse.

[787] Cour suprême des États-Unis, *Sale c. Haitian Centers Council*, 509 US 155, 1993 : l'affaire concernait notamment l'applicabilité de l'article 33.1 de la Convention de 1951 à la question du retour à Haïti de personnes haïtiennes interceptées en haute mer par des navires des gardes-frontières américains. La Cour suprême des États-Unis a estimé que cette disposition était applicable seulement aux personnes présentes sur le territoire des États-Unis.

Le sens ordinaire de "refouler", comme la majorité le reconnaît, est "[t] o repulse… ; repousser "[...]. Ainsi interprété, l'article 33.1 de la Convention se lit comme suit : "Aucun État contractant n'expulsera ni ne [repoussera ou refoulera] un réfugié, de quelque manière que ce soit, aux frontières de territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée…". »[788]. Considérer que les interceptions effectuées en haute mer n'entrent pas dans le cadre général de l'article 33 de la Convention aboutirait en effet à retirer à cette disposition tout son sens et sa portée[789], alors même qu'elle revêt une application extraterritoriale évidente[790]. La Commission interaméricaine des droits de l'Homme a d'ailleurs reconnu que le principe de non-refoulement ne subit aucune limite territoriale[791]. De son côté, le comité exécutif du Haut-commissariat pour les réfugiés des Nations Unies a réaffirmé l'importance du principe de non-refoulement « tant à la frontière qu'à l'intérieur d'un État »[792]. L'État serait donc tenu de respecter ses obligations conventionnelles liées au principe de non-refoulement, non seulement lorsqu'il exerce une compétence formelle, mais également dans les hypothèses où il exerce une juridiction effective ou *de facto* à l'extérieur de son territoire[793]. Les interceptions maritimes entreraient parfaitement dans cette dernière catégorie d'hypothèses : en constituant un « *extraterritorial refoulement* »[794], les interceptions effectuées par l'État, en dehors de son territoire, entraineraient l'exercice d'une compétence effective ou *de facto.*

191. Contrôle effectif – Cette notion de compétence effective est justement utilisée par la Cour européenne des droits de l'Homme qui considère selon une jurisprudence bien établie que les obligations de la Convention peuvent s'étendre à des actions situées au-delà du territoire d'un État partie[795]. Les États parties à la Convention peuvent donc engager leur responsabilité

[788] Opinion dissidente du juge BLACKMUN : Cour suprême des États-Unis, *Sale c. Haitian Centers Council*, 509 US 155,1993, nous traduisons.
[789] Solène GUGGISBERG, « Le trafic illicite de migrants en mer », *op. cit.,* p. 275 ; Barbara MILTNER, « Human Security and Protection from Refoulement in the Maritime Context », *op. cit.*, p. 95.
[790] Barbara MILTNER, *ibid.* ; Andrew BROUWER, Judith KUMIN, « Interception and Asylum : When Migration Control and Human Rights Collide », *Refuge*, n° 21, 2003, pp. 13-14 ; Solène GUGGISBERG, « Le trafic illicite de migrants en mer », *op. cit.,* p. 274.
[791] Commission interaméricaine des droits de l'Homme, Fond, 13 mars 1997, *Haitian Centers Council et al. c. Etats-Unis d'Amérique*, rapport n° 51/96, affaire 10.675, § 157, en ligne : Commission interaméricaine des droits de l'Homme <http://www.cidh.org/annualrep/96fren/EtatsUnis10675.htm>.
[792] Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Non-refoulement, Executive Committee, Conclusion n° 6, (XXVIII), 1977, paragraphe c, nous traduisons.
[793] James C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, 312, 312-13, Cambridge University Press, 2005, p. 169.
[794] *Ibid.*
[795] Maria-Teresa GIL-BAZO, « The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension : The Safe Third Country Concept Revisited », *International Journal of Refugee Law,* vol. 18, n° 3-4, 2006, p. 594 ; Jorrit T. RIJPMA, *Building borders : The regulatory framework for the management of the external borders of the European Union*, PhD Thesis, European University Institute, Florence, 2009(a), pp. 251-348.

concernant les « actes émanant de leurs autorités et déployant leurs effets en dehors de leur territoire, qu'ils soient accomplis à l'intérieur ou à l'extérieur de leurs frontières nationales »[796]. Plus encore, la notion de « contrôle effectif » permet d'engager la responsabilité de l'État au titre de la Convention, même lorsque les violations sont effectuées à l'extérieur de ses frontières. La Cour a ainsi jugé à plusieurs reprises qu'un État peut être tenu responsable des violations effectuées par l'un de ses agents intervenant légalement ou illégalement sur le territoire d'un autre État. Dans cette hypothèse, la victime des violations est en effet considérée par la Cour comme étant placée sous l'autorité ou le contrôle du premier État, par l'intermédiaire des agissements de ses agents[797]. Dans l'arrêt *Hirsi Jamaa*, la Cour a rappelé que *«* dès l'instant où un État, par le biais de ses agents opérant hors de son territoire, *exerce son contrôle et son autorité sur un individu*, **et** par voie de conséquence sa juridiction, pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas *»*[798]. La Cour reconnaît ainsi que l'État partie peut exercer sa compétence en dehors de son territoire, notamment à bord de « navires battant son pavillon »[799]. Dans ce cadre, les mesures d'interception pourraient avoir pour effet d'engager la responsabilité de l'État lorsqu'elles entraînent notamment une prise en charge des migrants à bord du navire battant pavillon de l'État partie. Toujours au sein de son arrêt *Hirsi Jamaa*, la Cour a condamné l'Italie pour avoir renvoyé des migrants vers la Libye après avoir procédé à l'interception de leur embarcation en haute mer, en relevant que les autorités italiennes « s'étaient bornées à faire monter l'ensemble des migrants interceptés sur les navires militaires et à les débarquer sur les côtes libyennes »[800] sans assurer aucune procédure d'identification permettant d'effectuer un examen individuel de chacune des personnes concernées au regard notamment du droit d'asile. L'ordre des garde-côtes italiens visant à faire monter les migrants sur le navire et leur présence à bord a ainsi permis à la Cour de conclure au contrôle effectif des migrants par les autorités italiennes et à la violation de l'article 3 de la Convention. Se pose néanmoins la question de savoir si cette jurisprudence pourrait s'appliquer à une interception qui ne viserait qu'à empêcher une embarcation de pénétrer sur le territoire de l'État partie, sans pour autant que les migrants ne soient obligés de monter à bord du navire

[796] Cour européenne des droits de l'Homme, *Guide pratique sur la recevabilité*, point 170, p. 43
[797] Cour européenne des droits de l'Homme*,* 16 novembre 2004, *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96, § 71 ; Cour européenne des droits de l'Homme*,* Grande chambre, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, § 91 ; Cour européenne des droits de l'Homme*,* Grande chambre, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03, §§ 66-67.
[798] Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09, § 74, nous soulignons.
[799] Cour européenne des droits de l'Homme, *Medvedyev et autres c. France*, § 75.
[800] Cour européenne des droits de l'Homme, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, § 185.

des garde-côtes et sans qu'ils soient transportés par eux. L'action des garde-côtes se limiterait ici à empêcher un bateau de franchir les frontières territoriales, de sorte qu'il apparaîtrait possible de contester l'effectivité du contrôle exercé par l'État partie. Mais quand bien même l'interception ainsi effectuée n'entraînerait pas un contrôle « effectif » de l'État partie sur les passagers de l'embarcation au sens de l'arrêt *Hirsi Jamaa*, celle-ci constituerait une *action* effective tendant à *contraindre* les migrants à faire demi-tour. C'est bien l'État partie, par le biais de l'action de ses garde-côtes, qui empêcherait ces personnes de pénétrer sur le territoire. Peu importe alors que les migrants ne montent pas à bord des navires de garde-côtes et ne soient pas transportés par eux : l'État exerce une compétence effective dès lors qu'il agit et que son action, de quelque nature qu'elle soit, rend impossible le franchissement des frontières.

192. Obligation de porter secours – Par ailleurs, la détection d'une embarcation de migrants impose aux États l'obligation de porter secours à un navire en détresse. Dans ce cadre, la découverte d'une embarcation en difficulté – ce qui n'est pas rare puisque les bateaux de migrants sont non seulement surchargés, mais également en mauvais état, avec une réserve d'essence et de vivres limitée – impose aux autorités de porter assistance et secours aux personnes présentes à son bord[801]. Cette obligation de porter assistance est une règle coutumière du droit de la mer, codifiée à l'article 12 de la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer[802] et consolidée par la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes[803]. Cette dernière définit le sauvetage comme une opération visant à récupérer des personnes en détresse, « à pourvoir à leurs premiers besoins et soins médicaux et à les conduire dans un lieu sûr »[804]. Cette exigence de conduire les migrants dans un lieu sûr est encore établie par les directives sur le traitement des personnes secourues qui précise que « la responsabilité de fournir un lieu sûr, ou de veiller à ce qu'un lieu sûr soit fourni, incombe au Gouvernement responsable de la région de recherche et de sauvetage dans laquelle les survivants ont été récupérés »[805]. Les espaces océaniques et maritimes sont en effet divisés en plusieurs « régions » de sauvetage et de recherche, aussi appelées « zones de responsabilité », au sein desquelles les États parties à la Convention SAR doivent mettre en place des centres de

[801] Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « Les boat people de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », *La Revue des droits de l'homme*, 9 | 2016, 02 mars 2016, pp. 7-8. URL : http://revdh.revues.org/1838, pp. 90-92.
[802] Reprise par la Convention de Montego Bay (article 98).
[803] Chapitre 2.1.10 de la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes « SAR », Hambourg, 1979, entrée en vigueur en 1985.
[804] Chapitre 1.3.2 de la Convention « SAR ».
[805] Paragraphe 2.5 des directives *sur le traitement des personnes secourues en mer*, adoptées par l'Organisation maritime internationale le 20 mai 2004.

coordination et des moyens permettant d'assurer le sauvetage en mer. La détection d'une embarcation en détresse dans l'une des régions de sauvetage et de recherche d'un État partie à la Convention entraînerait ainsi directement la responsabilité, pour cet État, d'organiser une opération de secours et d'acheminer les migrants vers l'un de ses ports. Ce débarquement sur le territoire de l'État ayant procédé au sauvetage n'est néanmoins pas une obligation contraignante. Il semble en effet que les obligations internationales incombant aux États en matière de sauvetage en mer revêtent un caractère flou permettant à ces derniers d'assurer le sauvetage d'une embarcation en détresse sans avoir à acheminer les migrants présents à bord sur le territoire. Aucune norme n'exige, en droit international, qu'un État assure le débarquement, sur son territoire, des migrants qu'il a secourus[806]. Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a d'ailleurs précisé que le droit international de la mer « n'étend pas la responsabilité des États côtiers au débarquement ou à l'atterrissage des personnes secourues, ni à des obligations de suivi », relevant qu'en cas contraire, les États côtiers ayant de longues côtes ou des zones de sauvetage étendues seraient particulièrement affectés[807]. Un État pourrait donc prétendre que l'opération de sauvetage se limite à secourir et transférer les migrants sur un autre navire, sans avoir à les débarquer sur son territoire terrestre. Le règlement du 15 mai 2014 a ainsi naturellement étendu le bénéfice du caractère extraterritorial des interventions en précisant que le débarquement d'une embarcation interceptée ou secourue en haute mer dans le cadre d'une opération FRONTEX s'effectue prioritairement au sein du pays tiers « que le navire est présumé avoir quitté »[808]. Le caractère extraterritorial des interceptions effectuées en haute mer est donc invoqué afin d'admettre la possibilité de renvoyer une embarcation interceptée ou secourue en haute mer vers un pays tiers de départ[809], ce qui revêt l'intérêt d'éviter toute prise en charge des migrants présents à bord.

[806] Olivier BARSALOU, « L'interception des réfugiés en mer : un régime juridique aux confins de la normativité », *Lex Electronica*, vol. 12, n° 3, hiver 2008, p. 13 ; Mark PALLIS, « Obligations of States Towards Asylum Seekers at Sea : Interactions and Conflicts between Legal Regimes », *International Journal of Refugee Law*, Volume 14, Issue 2_and_3, 1 April 2002, p. 53.

[807] UNHCR, *Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea*, 18 mars 2002, paragraphe 7, nous traduisons.

[808] Article 10 § 1, *b)* du Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 *établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*.

[809] Ce qui n'est pas sans rappeler les pratiques américaines à l'égard des migrants haïtiens : Olivier BARSALOU, « L'interception des réfugiés en mer : un régime juridique aux confins de la normativité », *op. cit.,* p. 14.

CONCLUSION DE LA SECTION I

193. Si la Convention de Montego Bay permet aux États de réprimer les infractions liées à la migration irrégulière commises au sein de leur mer territoriale ou en zone contiguë, l'intervention pénale en haute mer est une question épineuse. L'absence de souveraineté de cet espace maritime entraîne en effet la nécessité d'établir un titre de compétence extraterritoriale au bénéfice des États, afin de les autoriser à poursuivre et à punir certaines infractions commises en haute mer. Dans ce cadre, le Protocole de Palerme a incité les États à réprimer le trafic illicite de migrants même lorsque cette infraction est commise en haute mer. Découle de cette incitation la délivrance d'un titre de compétence pénale leur permettant d'agir dans une zone extérieure à leur territoire et dépourvue de rattachement avec ce dernier. La compétence pénale extraterritoriale des États en haute mer s'arrête néanmoins ici en matière de migration, ces derniers étant autorisés à poursuivre le trafic de la migration et non la migration elle-même. L'interception en haute mer revêtant néanmoins une logique préventive intéressante visant à empêcher la migration de poursuivre sa destination et de pénétrer de manière irrégulière sur le territoire, l'Union a aménagé, dans le cadre des interceptions coordonnées par l'Agence FRONTEX et effectuées par les États membres, la possibilité pour ces derniers de repousser les navires qui s'adonnent en haute mer au trafic illicite de migrants. Cette action a certes pour effet de repousser le trafic de migrants et non de le punir, mais elle permet surtout de repousser la migration présente à bord du navire et qui est destinée à entrer irrégulièrement sur le territoire de l'Union. Autrement dit, le titre de compétence extraterritoriale octroyé par le Protocole de Palerme est utilisé non pour punir le trafic illicite de migrants mais pour prévenir la migration irrégulière, ce qui conduit à un véritable déni de répression mais également à la violation du principe de non-refoulement. Plus encore, le contexte maritime dans lequel sont effectuées ces interceptions conduit à un recours excessif à la force.

SECTION II. UN RECOURS EXCESSIF À LA FORCE

194. Si elles poursuivent une finalité préventive, les interceptions opérées dans le cadre des opérations coordonnées par FRONTEX n'en sont pas moins coercitives. Il faut donc s'éloigner de l'idée selon laquelle l'absence de répression entraîne l'absence de coercition. Après que de nombreuses sources aient étayé l'usage d'une arme à feu par les garde-côtes grecs lors de

l'opération Poséidon[810], nous avons sollicité FRONTEX aux fins de transmission des rapports d'incident établis dans ce contexte[811]. Sur les seize rapports transmis par l'Agence[812], quatorze sont véritablement pertinents, auxquels s'ajoutent deux autres rapports non transmis par elle mais publiés par ailleurs[813]. Si tous sont relatifs à des interceptions entreprises au large des îles grecques, le plan opérationnel également transmis par l'Agence reprend les règles établies par le règlement du 15 mai 2014 relatives à l'interception en mer territoriale mais également en haute mer. Par ailleurs, la section du plan opérationnel destinée à délimiter la zone opérationnelle des interceptions a été censurée, ce qui, en plus de l'existence de deux rapports non transmis par l'Agence, laisse à penser que le recours à une arme à feu n'a pas été limité aux interceptions effectuées en mer territoriale. Parmi les seize rapports en notre possession, neuf font état de tirs d'avertissement, trois de tirs d'immobilisation vers le moteur sans que les migrants présents à bord n'aient été blessés ou tués, et quatre de tirs d'immobilisation ayant entrainé des blessures ou la mort d'une ou plusieurs personnes présentes à bord.

195. Légitimité – Si le recours à la force par les autorités étatiques est justifié par le fait que l'État bénéficie du monopole de la violence légitime[814], il n'en demeure pas moins que ce recours est assujetti à de strictes conditions. Pour être légitime, l'usage de la force doit se conformer « au respect de la légalité criminelle, c'est-à-dire que les atteintes aux libertés fondamentales ne pourront légalement s'exercer que dans le respect des exigences de nécessité

[810] Voir notamment : Eva OTTAVY, Olivier CLOCHARD, « Franchir les dispositifs établis par Frontex. Coopérations policières transfrontalières et refoulements en mer Égée », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 30 (2), 2014, pp. 137-156 ; FIDH, *Frontex, entre Grèce et Turquie : la frontière du déni,* 2014 ; Zach CAMPBELL, « Shoot First, Coast Guard Fired at Migrant Boats, European Border Agency Documents Show », *The intercept,* 22 août 2016, en ligne : https://theintercept.com/2016/08/22/coast-guard-fired-at-migrant-boats-european-border-agency-documents-show/; Louis CHAHUNEAU, Loreline MERELLE, « Frontex a-t-elle tiré sur des migrants ? », *Le Point*, 1er septembre 2016. http://www.lepoint.fr/monde/frontex-a-t-elle-tire-sur-des-migrants-01-09-2016-2065179_24.php ; L'ampleur de l'opération Poséidon justifie également que l'on s'y attarde. Celle-ci représente en effet l'une des plus grandes opérations maritimes effectuées à ce jour sous la coordination de l'Agence FRONTEX. En 2015, elle a été l'objet du déploiement de 667 agents, dix-neuf navires, un avion et deux hélicoptères afin de renforcer la surveillance des frontières extérieures en mer méditerranée orientale : COMMISSION EUROPEENNE, « Opérations de l'UE en mer méditerranée », fiche d'information du 4 octobre 2016.

[811] Le règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 confère à « tout citoyen de l'Union […] un droit d'accès aux documents des institutions » (article 2.1), c'est-à-dire aux documents « établis ou reçus par elle[s] et [leur] possession, dans tous les domaines d'activité de l'Union européenne » (article 2.3).

[812] Certains de ces rapports sont reproduits en annexe.

[813] Zach CAMPBELL, « Shoot First, Coast Guard Fired at Migrant Boats, European Border Agency Documents Show », *op. cit.*

[814] Article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ; Olivier CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal, thèse radicale », *op. cit.,* p. 25. À ce titre, les autorités de police jouissent d'une présomption de légalité dans l'exercice du recours à la force : Cour de cassation, chambre criminelle, 5 janvier 1821, *Bernard.*

et de proportionnalité »[815]. Au centre du droit de recourir à la force par les agents de l'État se situent donc les exigences de nécessité et de proportionnalité, particulièrement rappelées par le droit international des droits de l'Homme. La Convention européenne des droits de l'Homme consacre ainsi le droit à la vie dans son article 2, tout en y apportant des exceptions lorsque le recours à la force potentiellement meurtrière relève d'une nécessité absolue. De son côté, le droit de la mer s'est attaché à adapter l'exigence de proportionnalité au contexte maritime en l'érigeant en critère d'application générale pour le contrôle de la force étatique en mer. Or, les rapports d'incident transmis par FRONTEX révèlent que le recours à une arme à feu lors des interceptions effectuées dans le cadre de l'opération Poséidon est tout autant contraire au droit à la vie **(Paragraphe I)** qu'à l'exigence de proportionnalité des missions de police en mer, dégagée par le droit de la mer **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I. Un recours à la force contraire au droit à la vie

196. Le recours à la force meurtrière est particulièrement étudié par la Cour européenne des droits de l'Homme, sur le fondement de l'article 2 de la Convention. Si cette disposition fait du droit à la vie un droit fondamental, ce dernier n'est pour autant pas absolu. Les autorités étatiques peuvent ainsi recourir à une force potentiellement létale en cas de nécessité absolue **(A)**. La Cour est toutefois particulièrement vigilante, précisant que les exceptions de l'article 2 ne donnent pas « carte blanche » aux États. À la lumière de cette jurisprudence, le recours à une arme à feu dans le cadre des interceptions FRONTEX apparaît ainsi dépourvu de nécessité **(B)**.

A. Un recours subordonné à sa nécessité absolue

197. Applicabilité – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme permet d'asseoir les règles en matière d'usage de la force. Afin d'assurer l'applicabilité de la Convention à l'ensemble des espaces terrestres et maritimes, la Cour opère une interprétation large de l'article 1 de la Convention qui contraint les États parties à reconnaître « à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre 1 de la présente Convention », en jugeant que « la notion de juridiction au sens de l'article 1er de la Convention

[815] *Ibid.* Ces principes sont notamment rappelés en droit français par l'article 9 de la Déclaration de 1789 et par l'article préliminaire du Code de procédure pénale, ce dernier précisant que « les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet […] doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ».

ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes »[816]. La Convention européenne s'applique ainsi au sein des ports des États membres[817], de leurs mers territoriales[818], de leurs zones économiques exclusives[819] et même aux actes effectués par des autorités étatiques en dehors des zones relevant de leur juridiction au sens du droit de la mer. Plus précisément, la Cour a jugé que la Convention s'applique aux opérations de police effectuées par les navires étatiques en haute mer[820]. Dans ce contexte, sa jurisprudence relative au recours à la force par les autorités étatiques est applicable aux opérations d'interceptions effectuées par les navires de l'État partie en haute mer.

198. Principe – Cette jurisprudence a principalement été établie au regard de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui protège le droit à la vie, « condition nécessaire à l'exercice de tous les autres droits »[821]. Le recours à la force aux fins d'arrêter un individu sur terre ou en mer risque en effet de heurter directement ce droit. L'article 2 interdit que la mort soit infligée intentionnellement ou de manière involontaire, la Cour européenne ayant étendu son contrôle à ce dernier cas[822] afin de ne pas restreindre trop fortement le champ d'application de l'article 2[823]. Elle a également étendu l'article 2 lui-même à des hypothèses où une force « potentiellement mortelle » a été utilisée par les agents de l'État, sans pour autant provoquer la mort[824].

199. Exceptions – Bien que fondamental, le droit à la vie contient toutefois des exceptions : le paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention stipule que « la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence

---

[816] Voir notamment Cour européenne des droits de l'Homme, 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, § 52 ; Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 13ème édition, 2016, p. 320, n° 206.
[817] Commission européenne des droits de l'Homme, 31 août 1994, *Consorts D. c. France,* n° 21166/93.
[818] Cour européenne des droits de l'Homme, 15 janvier 1997, Antonsen c. Norvège, n° 17383/90.
[819] Commission européenne des droits de l'Homme, 30 juin 1993, *M.A. et X.SA c. Norvège* ; Cour européenne des droits de l'Homme, 4 mai 2000, *Geert Drieman et autres c. Norvège,* n° 33678/96.
[820] Cour européenne des droits de l'Homme, 12 janvier 1999, *Rigopoulos c. Espagne*, n° 37388/97 ; grande chambre, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03.
[821] Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme,* n° 293.
[822] Cour européenne des droits de l'Homme, 27 septembre 1995, *McCann et al. c. Royaume-Uni*, n° 18984/91, § 148.
[823] *Ibid.* ; Frédéric SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme,* Presses universitaires de France, 8ème édition, 2017, pp. 30 et suivantes.
[824] Cour européenne des droits de l'Homme, 10 décembre 2013, *Leyla Alp et a. c. Turquie,* n° 29675/02, § 65 ; Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 20 décembre 2004, *Makaratzis c. Grèce*, n° 50385/99, § 55.

illégale ; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ». La Cour a rappelé à plusieurs reprises le caractère fondamental du droit à la vie en précisant que ses dérogations doivent être interprétées de manière stricte[825]. L'article 2 ne saurait en effet donner « carte blanche » dans l'usage de la force meurtrière. La Cour a précisé que « l'emploi des termes "absolument nécessaire" donne à entendre qu'il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement utilisé pour déterminer si l'intervention de l'État est "nécessaire dans une société démocratique" en vertu du paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention. En particulier, le recours à la force doit être strictement proportionné à la réalisation des buts énumérés aux alinéas 2 a), b) et c) de l'article 2 »[826]. Dans son arrêt *Andreou c. Turquie,* la Cour a conclu à la violation de l'article 2 dans une affaire où la requérante avait été blessée après que les forces armées turques aient utilisé leurs armes à feu pour tenter de contenir des troubles survenus au sein de la zone tampon contrôlée par les Nations Unies à Chypre. Elle a jugé que le recours à une force potentiellement meurtrière n'était en l'espèce ni « absolument nécessaire » ni justifié par une des exceptions autorisées par l'article 2. Même lorsque le recours à la force est utilisé dans l'une des exceptions visées à l'article 2.2, la Cour n'hésite pas à reconnaître la violation du droit à la vie sur le fondement de l'absence de nécessité. Dans son arrêt *Natchova c. Bulgarie,* elle a jugé que les autorités policières doivent être formés afin de pouvoir apprécier si l'usage d'une arme est ou non absolument nécessaire et ce en suivant les règlements établis en la matière, mais également en tenant compte de la prééminence de la vie humaine. La Cour a ainsi conclu que l'usage d'une arme à feu par la police militaire, à l'encontre de plusieurs personnes dont il s'agissait de procéder à l'arrestation et qui avaient été tués par les tirs, était dépourvu de nécessité[827].

200. Infraction violente – La Cour a également considéré que « le recours à une force potentiellement meurtrière ne saurait passer pour " absolument nécessaire " lorsque l'on sait que la personne qui doit être appréhendée ne représente aucune menace pour la vie ou l'intégrité physique d'autrui et n'est pas soupçonnée d'avoir commis une infraction à caractère

[825] Olivier CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal, thèse radicale », *op. cit.,* p. 26 ; voir notamment : Cour européenne des droits de l'Homme, 27 septembre 1995*, Mc Cann et autres c. Royaume-Uni,* série A, n° 324.
[826] Cour européenne des droits de l'Homme, 12 octobre 1999, *Perk et autres c. Royaume-Uni*, n° 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 et 28456/95, § 55 ; Cour européenne des droits de l'Homme, 27 septembre 1995*, Mc Cann et autres c. Royaume-Uni,* § 149.
[827] Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 6 juillet 2005, *Natchova c. Bulgarie,* n° 43577/98 et 43579/98.

violent »[828]. Autrement dit, l'usage de la force potentiellement meurtrière n'est pas d'emblée admis dès lors qu'il s'effectue aux fins d'arrêter une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction. Encore faut-il que cette infraction soit d'une gravité particulière et que l'individu soupçonné de l'avoir commise représente une menace pour la vie ou l'intégrité physique des tiers. La Cour a ainsi conclu à la violation de l'article 2 dans l'arrêt *Ülufer c. Turquie*, en relevant qu'il n'était pas allégué que « les gendarmes avaient des raisons de penser que [la victime] avait commis des crimes violents, qu'il était dangereux ou que sa non-arrestation aurait eu des conséquences néfastes irréversibles »[829]. En l'espèce, la victime s'était enfuie à la sortie du tribunal correctionnel où elle avait été jugée et condamnée pour vol à la tir commis lors de son service militaire. Elle avait alors été grièvement blessée par l'officier de police qui avait tiré dans sa direction afin de l'arrêter, après avoir effectué deux tirs de sommation. La Cour a considéré que l'article 2 de la Convention avait été violé, en estimant que « rien, dans [le] comportement [de la victime,] ne pouvait laisser penser qu'[elle] constituait une réelle menace pour les gendarmes ou pour des tiers ». Autrement dit, le délit de vol pour lequel elle venait d'être condamnée n'était pas suffisant pour justifier le recours à une arme létale à son encontre, et « l'article 2 de la Convention interdisait tout recours à une force potentiellement meurtrière, nonobstant le risque de fuite [du requérant] »[830]. Dans ce contexte, le recours à une arme à feu lors des interceptions FRONTEX paraît méconnaître l'exigence de nécessité.

B. Un recours non nécessaire lors des interceptions FRONTEX

201. Arrestation de l'auteur d'un trafic de migrants – Le recours à une arme à feu aux fins de procéder à l'arrestation d'un individu doit donc être nécessaire au regard du caractère violent de l'infraction commise par la personne que les autorités cherchent à appréhender, mais également par la dangerosité de cet individu pour les tiers. La dangerosité de l'individu, la gravité de l'infraction qu'il est soupçonné d'avoir commise sont en effet autant d'indices qui doivent obligatoirement être pris en compte avant de recourir à une force potentiellement meurtrière. Or, si le règlement du 15 mai 2014 relatif aux opérations maritimes coordonnées par FRONTEX fonde les interceptions en haute mer sur la commission d'une infraction de trafic illicite de migrants, celles-ci, nous l'avons vu, interviennent aux fins de repousser la migration irrégulière[831]. Par ailleurs, dans les eaux territoriales de l'État grec, les interceptions peuvent

[828] *Ibid.,* § 107.
[829] Cour européenne des droits de l'Homme, 5 juin 2012, *Ülüfer c. Turquie*, n° 23038/07, § 69.
[830] *Ibid*, § 70.
[831] Voir *supra* n° 185.

être effectuées aux fins d'appréhender ou de repousser la migration irrégulière[832] en vertu du titre de compétence territoriale dont bénéficie chaque État côtier dans leur mer territoriale. Il convient donc de distinguer deux situations, celle où l'interception était destinée à appréhender la migration irrégulière, et celle dans laquelle l'interception a été effectuée aux fins d'appréhender une personne soupçonnée de se livrer au trafic illicite de migrants.

202. Migration irrégulière – La première hypothèse liée au recours à la force aux fins d'intercepter une embarcation soupçonnée de transporter des migrants en situation irrégulière pose peu de difficultés. L'entrée irrégulière effectuée dans la mer territoriale de l'État côtier ne devrait pas pouvoir justifier l'usage d'une arme à feu. Quand bien même cette entrée est considérée comme une infraction, elle ne revêt pas le caractère violent requis par la Cour européenne et ne révèle pas non plus le danger de ses auteurs à l'égard des tiers. C'est certainement pour cette raison que les rapports d'incident délivrés par FRONTEX ont tendance à assimiler les conducteurs des embarcations à des trafiquants alors même que ces derniers restent de plus en plus sur terre et délèguent la conduite de l'embarcation à des migrants, en échange d'une réduction du prix de leur « voyage ». Les individus chargés de la conduite de l'embarcation sont alors de simples migrants qui ne peuvent en aucun cas être considérés comme des trafiquants au sens du Protocole de Palerme. Les rapports d'incident semblent donc indiquer la présence de trafiquants pour justifier le recours à une arme à feu aux fins d'intercepter l'embarcation, alors même qu'il ne peut pas davantage être considéré comme étant nécessaire au sens de l'article 2.2 de la Convention.

203. Trafic illicite de migrants – Dans la seconde hypothèse, l'usage de la force potentiellement meurtrière pourrait être conforme à l'exception visée à l'article 2.2, b) de la Convention. Le trafic illicite de migrants est en effet une infraction particulièrement grave qui a conduit à l'adoption du Protocole de Palerme et à l'octroi, aux États parties, d'un titre de compétence extraterritoriale en haute mer pour la répression du trafic illicite de migrants. Il existe donc une volonté unanime de punir cette infraction et d'aménager des règles de compétence permettant d'éviter toute impunité. Dans ces conditions, l'usage de la force pourrait être jugé nécessaire pour procéder à une arrestation régulière de l'auteur d'un trafic illicite de migrants, d'autant plus que ce dernier met en danger la vie des migrants présents à bord de l'embarcation en essayant de s'enfuir. Les rapports d'incident font en effet état de « manœuvres

[832] Article 6.1 et 6.2 *b)* du règlement 656/2014 du 15 mai 2014. Voir également *supra* n° 185.

dangereuses » effectuées par le conducteur du bateau de nature à représenter un danger pour l'intégrité physique des personnes présentes à bord. Toutes les conditions semblent ainsi réunies pour que le recours à l'usage d'une arme tel qu'il est décrit dans les rapports d'incident soit considéré comme étant nécessaire. Néanmoins, et réside ici un paradoxe essentiel, l'usage d'une arme à feu dans le cadre des interceptions maritimes risque de porter directement atteinte à l'intégrité physique et à la vie des personnes embarquées parmi lesquelles figurent plusieurs dizaines voire centaines de migrants[833]. Les rapports d'incident révèlent les blessures ou la mort d'un ou de plusieurs migrants présents à bord de l'embarcation à la suite des tirs effectués par les garde-côtes. Il apparaît dès lors difficile de considérer que la force meurtrière employée pour immobiliser l'embarcation soit destinée à protéger les migrants contre le trafic opéré par le passeur, alors même qu'elle représente un risque extrêmement grave pour la vie des personnes embarquées. Dans ces conditions, l'usage des armes à feu par les garde-côtes grecs semble être contraire à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme mais également au principe de proportionnalité tel qu'établi par le droit de la mer.

Paragraphe II. Un recours à la force contraire au droit de la mer

204. Si la Cour européenne a établi l'exigence de nécessité et, dans le silence de l'article 2 de la Convention, l'exigence de proportionnalité, cette dernière exigence a particulièrement été au centre de la limitation du recours à la force par le droit de la mer **(A)**. Or, les règles établies par la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer révèlent l'absence de proportionnalité de l'usage d'une arme à feu dans le cadre des opérations FRONTEX **(B)**.

A. L'exigence de proportionnalité

205. Principes – Le contexte maritime dans lequel se déroulent les interceptions rend nécessaire une adaptation des règles d'usage de la force pas les autorités étatiques. La Convention de Montego Bay reste silencieuse concernant l'usage de moyens coercitifs par les États parties lors des opérations d'interception en mer[834], mais les textes internationaux plus

[833] Voir *infra* n° 212.

[834] La Convention de Montego Bay précise seulement que les pouvoirs de police ne peuvent être exercés que par des « agents officiellement habilités, ainsi [que par] les navires de guerre ou aéronefs militaires ou les autres navires ou aéronefs qui portent des marques extérieures indiquant clairement qu'ils sont affectés à un service public et qui sont autorisés à cet effet » (article 224 de la Convention). Ces pouvoirs de police ne doivent par ailleurs « pas mettre en danger la sécurité de la navigation, ni faire courir aucun risque à un navire ou le conduire à un port ou lieu de mouillage dangereux ni non plus faire courir de risque excessif au milieu marin » (Article 225 de la Convention).

spécifiques identifient les critères permettant aux États de recourir à la force. Le Protocole de 2005 relatif à la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime précise ainsi que dans les hypothèses d'arraisonnement et de fouilles des navires, « l'usage de la force doit être évité sauf lorsque cela est *nécessaire* pour assurer la sécurité des agents et des personnes à bord, ou lorsque ces agents sont empêchés d'exécuter les mesures autorisées. Tout usage de la force fait en vertu du présent article ne doit pas *aller au-delà du degré minimum de force qui est nécessaire et raisonnable* compte tenu des circonstances »[835]. De son côté, l'accord sur les stocks chevauchants précise que « [l]'État qui procède à l'inspection veille à ce que ses inspecteurs dûment habilités […] f) évitent de faire usage de la force sauf lorsque, et dans la mesure où cela s'avère *nécessaire* pour garantir leur sécurité et lorsqu'ils sont empêchés d'exercer leurs fonctions. *Le degré de force dont il est fait usage ne doit pas dépasser ce qui est raisonnablement requis en la circonstance* »[836]. Ces textes identifient clairement les principes de nécessité et de proportionnalité qui, en procédure pénale, permettent de limiter et d'encadrer le recours à la force par les États, par le biais de leurs agents. Ils mettent en lumière le fait que l'usage de la force doit être le seul moyen, pour les agents de l'État, de se protéger et de se défendre, ou d'exercer leurs fonctions. Mais outre son caractère nécessaire, l'usage de la force doit être surtout proportionné au regard des circonstances de l'espèce, c'est-à-dire de l'infraction poursuivie et des agissements du navire suspecté. En droit de la mer, la proportionnalité s'est ainsi affirmée comme un critère d'application générale relatif au contrôle des pouvoirs fonctionnels reconnus aux États agissant unilatéralement[837].

206. Proportionnalité – En matière d'interception maritime, l'arbitrage international a permis de mettre en lumière le principe de proportionnalité lors des interceptions maritimes[838] et de dégager les conditions propres à caractériser ce critère. Initialement, la pratique avait développé une conception négative de la proportionnalité, en mettant à jour les conditions nécessaires pour conclure à une disproportion des moyens employés, sans toutefois préciser les conditions requises pour qu'une intervention soit reconnue proportionnée[839]. Il a fallu attendre

---

[835] Article 8*bis* .9 du Protocole relatif à la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, Londres, 14 octobre 2005, entré en vigueur le 28 juillet 2010.
[836] Article 22 *f)* de l'accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, New-York, 4 août 1995.
[837] Voir Enzo CANNIZZARO, « Pouvoirs discrétionnaires des États et proportionnalité dans le droit de la mer », *Revue générale de droit international public*, 2002, pp. 241-268.
[838] Kiara NERI, *L'emploi de la force en mer*, *op. cit.,* p. 598.
[839] Cour suprême des Etats-Unis, *Church v. Hubbart,* 2 Cranch 187 (1804) ; Enzo CANNIZZARO, « Pouvoirs discrétionnaires des États et proportionnalité dans le droit de la mer », *op. cit.,* p. 244.

le XIX[ème] siècle pour qu'une conception positive de la proportionnalité apparaisse. A alors émergé l'idée selon laquelle « la poursuite d'un objectif légitime, comme par exemple la répression d'infractions mineures, ne peut à elle seule justifier la licéité de n'importe quelle intervention conduite avec des moyens excessifs ou disproportionnés »[840]. Que l'intervention maritime se déroule en mer territoriale ou en haute mer, la proportionnalité est devenue un « critère de limitation des pouvoirs coercitifs des États » en mer[841]. Deux sentences arbitrales ont particulièrement mis en lumière le caractère limitatif du principe de proportionnalité. L'affaire *I'm Alone* concernait l'intervention de deux navires américains en mer territoriale, qui avaient coulé un navire canadien suspecté de se livrer à une contrebande de liqueurs. Dans son rapport, la Commission a soutenu que si les États-Unis bénéficiaient de la possibilité d'utiliser la force afin de rechercher, d'arraisonner, de saisir le navire canadien soupçonné de se livrer à des activités illicites dans sa mer territoriale, cet usage devait cependant être nécessaire et raisonnable[842], autrement dit proportionné au regard des circonstances de l'espèce[843]. La licéité des moyens répressifs employés dépend donc étroitement de leur nécessité et de leur proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi[844]. En l'espèce, l'action visant à couler le navire canadien soupçonné d'exercer des activités de contrebande d'alcool ne peut être considérée comme étant licite en raison de son absence de nécessité et de proportionnalité. Les moyens employés étaient excessifs au regard de l'objectif poursuivi. D'autres actions auraient pu être envisagées par les navires américains, qui auraient revêtu une proportionnalité plus adaptée à l'objectif de poursuite des activités de contrebande.

207. ***Red Crusader*** **–** L'interprétation du critère de proportionnalité a été approfondie au sein de l'affaire du *Red Crusader*, où l'usage de la force était relatif au recours à des armes à feu. En l'espèce, le District naval des îles Féroé avait informé la frégate danoise *Niels Ebbesen* de la présence de quatre chalutiers au sein de la zone de pêche interdite aux chalutiers

[840] Enzo CANNIZZARO, « Pouvoirs discrétionnaires des États et proportionnalité dans le droit de la mer », *op. cit.,* p. 244.
[841] *Ibid.,* p. 243.
[842] Sur l'utilisation de la notion de « raisonnable » en tant que limite aux pouvoirs discrétionnaires des États, voir : Jean SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Mélanges en hommage à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1982, pp. 447-478 ; Olivier CORTEN, *Le concept de raisonnable en droit international public. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997 ; Olivier CORTEN, « l'interprétation du raisonnable par les juridictions internationales : au-delà du positivisme juridique », *Revue générale de droit international public*, janvier-mars 1998, numéro 1, Paris, Pedone, pp. 6-43.
[843] Sentence arbitrale, Affaire du SS « I'm Alone », 5 janvier 1935, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unie*s, Volume III, p. 1617, nous traduisons.
[844] Enzo CANNIZZARO, « Pouvoirs discrétionnaires des États et proportionnalité dans le droit de la mer », *op. cit.,* p. 244.

britanniques en vertu d'un accord anglo-danois du 27 avril 1959. Après avoir rejoint *The Crusader*, le capitaine du *Niels Ebbesen* avait envoyé sur le chalutier un officier et un homme chargés d'informer le capitaine de sa mise en état d'arrestation. L'ordre lui était également donné de suivre le *Niels Ebbesen* jusqu'à Thorshaven afin qu'il y soit jugé. Le capitaine du *Crusader* avait d'abord obtempéré, avant d'informer le *Niels Ebbesen* par message qu'il n'irait finalement pas à Torshaven et de tenter de prendre la fuite vers Aberdeen. Le *Niels Ebbesen* avait alors tiré sur le chalutier, le touchant de plusieurs projectiles, avant de cesser le feu sur ordre de l'Amirauté danoise. Chargée de se prononcer sur ces faits, la Commission d'enquête a reconnu que l'usage des armes à feu était en l'espèce disproportionné en précisant que les tirs avaient mis « en danger des vies humaines à bord du Red Crusader sans nécessité démontrée » et que les circonstances de la fuite du *Red Crusader* ne peuvent *«* justifier une action aussi violente. La commission est d'avis que d'autres moyens auraient pu être employés […] »[845]. Le critère de proportionnalité permet ainsi d'opérer une graduation entre les différents moyens coercitifs employés. Si l'action doit être nécessaire, elle doit également et surtout être proportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Ce critère s'évalue au regard de la nature des moyens employés par rapport à l'infraction poursuivie et en considération des différentes mesures à disposition de l'État intervenant. Il s'agit alors de vérifier que l'État intervenant a utilisé la mesure la moins coercitive et la moins dangereuse pour les personnes présentes à bord et pour le navire.

208. Considérations d'humanité – Désormais, le critère de proportionnalité est ainsi utilisé par le droit international comme un objet de « comparaison entre, d'un côté, le risque pour le bien ou la valeur juridique que l'intervention vise à protéger et, de l'autre, les risques éventuels pour les biens ou les valeurs juridiques qui font l'objet de l'intervention »[846], autrement dit « le risque auquel sont exposés les biens et les valeurs qui sont atteints par cette action »[847]. Au sein de l'arrêt *Saïga*, le Tribunal international du droit de la mer a utilisé les sentences arbitrales précédemment citées afin de souligner la nécessité de respecter le principe de proportionnalité lors du recours à la force en mer[848] en énonçant « une limite implicite au

[845] Sentence arbitrale, Affaire *The Red Crusader* (Commission d'enquête, Danemark - Royaume-Uni, 1962), I.L. R, volume 35, p. 485; voir également Gérard TIMSIT, « Le fonctionnement de la procédure d'enquête dans l'affaire du Red Crusader », *Annuaire français de droit international,* 1963, p. 471.
[846] Enzo CANNIZZARO, « Pouvoirs discrétionnaires des États et proportionnalité dans le droit de la mer », *op. cit.,* p. 257.
[847] *Ibid.,* p. 258.
[848] Philippe GAUTIER, « Le rôle du Tribunal international du droit de la mer face a la violence en mer » *in* Jose Manuel SOBRINO HEREDIA (dir.), *Sûreté maritime et violence en mer/Maritime security and violence at sea*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 483-492.

droit de l'État côtier d'employer la force pour assurer l'effectivité de ses propres droits »[849]. En l'espèce, un navire avait été arraisonné par des agents guinéens qui, pour opérer cette mission, avaient ouvert le feu sur le navire à partir de leur vedette, puis une fois à bord du Saïga alors qu'ils n'y rencontraient aucune résistance. Afin de rendre sa décision, le Tribunal international s'est fondé sur « le droit international, qui […] prescrit que l'usage de la force doit être évité autant que possible et que, lorsque le recours à la force s'avère inévitable, cela ne doit pas dépasser ce qui est raisonnablement requis en la circonstance »[850]. La force publique doit donc, « sur mer comme sur terre, proportionner la vigueur de ses moyens à l'obtention des résultats qu'elle se propose : il s'agit d'empêcher un navire de se soustraire par la fuite à la répression d'infractions qu'il a commises : il ne s'agit pas de le couler »[851]. Le Tribunal a ainsi détaillé et précisé le sens et la portée des règles coutumières relatives à l'usage de la force lors de l'arraisonnement de navires en mer. Il a rappelé les règles relatives à l'usage des armes à feu lors des interceptions maritimes en précisant que « la pratique normale à laquelle il est fait recours pour stopper un navire en mer est, tout d'abord, d'émettre un ordre sonore ou visuel de stopper, en utilisant des signaux reconnus internationalement. Lorsque cela s'avère insuffisant, un certain nombre de mesures peuvent être prises, y compris des coups de feu tirés *par-dessus l'étrave* du navire. C'est uniquement lorsque ces mesures s'avèrent insuffisantes que le navire poursuivant peut, en dernier ressort, faire usage de la force »[852]. Mais même dans ce cas, et conformément à la jurisprudence arbitrable, le Tribunal a souligné que l'État interceptant doit « tout [mettre] en œuvre pour veiller à ne pas mettre de vie en danger »[853]. Le Tribunal a ainsi mis en lumière une véritable « considération d'humanité »[854] : celle de sauvegarder la vie humaine en mer. Dans ces conditions, il a considéré que le recours à des armes à feu par les agents guinéens n'était pas justifié. Ces derniers avaient en effet tiré en direction du Saïga, à partir de leur vedette lancée à grande vitesse et sans avoir émis de signal sonore ou visuel préalable. Une fois à bord du navire et alors que les personnes à bord n'opposaient aucune résistance, les agents guinéens avaient ouvert le feu sans discernement pour stopper les moteurs du navire. Le Tribunal en a déduit qu'« en recourant, de cette manière, à des armes à feu, les agents guinéens semblent avoir attaché peu ou pas d'importance à la sécurité du navire et des

[849] Enzo CANNIZZARO, « Pouvoirs discrétionnaires des États et proportionnalité dans le droit de la mer », *op. cit.,* p. 245.
[850] *Ibid.,* § 155.
[851] Gilbert GIDEL, « Mer territoriale et zone contigüe », *Cours à l'académie de droit international*, p. 239.
[852] *Ibid.,* § 156, nous soulignons.
[853] *Ibid.,* § 156. Voir également affaire du *S.S.* « *I'm Alone* » *(Canada c. États-Unis d'Amérique, 1935), R.S.A.N.U, vol. III*, p. 1609 ; affaire *The Red Crusader (Commission d'enquête, Danemark - Royaume Uni, 1962), I.L. R, vol. 35,* p. 485.
[854] Tribunal international du droit de la mer, Affaire du navire Saïga n° 2, *op. cit.,* § 155.

personnes se trouvant à son bord »[855]. Il a alors conclu à un usage excessif des armes à feu en relevant que cette utilisation avait endommagé le navire, du matériel d'importance vitale et avait, plus gravement, blessé deux personnes se trouvant à bord[856]. Cette étude de l'exigence de proportionnalité mise en lumière par le droit de la mer révèle que les interceptions maritimes effectuées dans le cadre de l'opération Poséidon sont le siège d'un recours excessif à la force en mer.

B. La disproportion du recours à la force lors des interceptions FRONTEX

209. Absence de proportionnalité – Les rapports d'incident transmis par l'Agence FRONTEX précisent tous que l'utilisation de l'arme à feu a été effectuée en raison des manœuvres dangereuses du conducteur de l'embarcation, sans toutefois étayer ces dernières. La même formule est par ailleurs à chaque fois employée pour justifier le recours à la force. À titre d'exemple, le rapport n° 441[857] relatif à une interception effectuée le 10 septembre 2016 précise que

« Le navire des garde-côtes grecs [passage censuré] a tenté d'arrêter [trois ressortissants de pays tiers à bord d'un bateau] en faisant usage de signaux sonores répétés. Ces individus n'ont toutefois pas arrêté le bateau et ont entrepris des manœuvres dangereuses destinées à s'échapper. Les garde-côtes ont alors effectué des tirs d'avertissement, mais le bateau ne s'est toujours pas arrêté et les individus l'ont dirigé de manière à ce qu'il percute le navire des garde-côtes. Ces derniers ont alors immobilisé le bateau en procédant à des tirs dirigés vers le moteur. […] L'un des individus a été blessé au bras droit et transféré à l'hôpital »[858].

210. Absence de légitime défense – Le recours à une arme à feu est ici justifié par l'évocation d'une situation de légitime défense qui tentent de démontrer la proportionnalité du recours à une arme à feu. Les tirs auraient en effet été effectués pour mettre fin aux manœuvres dangereuses du conducteur de l'embarcation qui tentait de heurter le navire des garde-côtes grecs. Ces manœuvres ne sont néanmoins pas détaillées, ce qui permet difficilement de juger de la situation de légitime défense. Surtout, les bateaux transportant les migrants sont de petites embarcations, certes parfois rapides, mais peu résistantes – certains rapports d'incident

[855] *Ibid*., § 158.
[856] *Ibid.,* § 158.
[857] Voir annexe n° 1.
[858] Nous traduisons.

précisent d'ailleurs que ces dernières sont en plastique gonflable[859] ou en caoutchouc[860]. À côte des navires de guerre employés par les garde-côtes grecs ou par FRONTEX, ces embarcations sont d'une taille minime et ne semblent pas pouvoir causer de dommages physiques aux garde-côtes présents à bord, en tout cas pas de dommage suffisamment important pour justifier de l'usage d'une force potentiellement meurtrière à l'égard des tiers. Le recours à une arme à feu semble dans cette hypothèse recouvrir une disproportion manifeste au regard du danger représenté par les manœuvres du skipper.

211. Absence d'*ultima ratio* – Plus encore, si la procédure d'avertissement – signaux sonores et visuels, tirs par-dessus l'étrave du navire – semble avoir été respectée à la lecture des rapports d'incident, l'utilisation d'une arme à feu ne semble pas avoir été effectuée en dernier ressort. Les garde-côtes auraient pu utiliser des mesures moins dangereuses en faisant appel à un navire de renfort – celui de FRONTEX par exemple – afin d'augmenter la pression subie par le conducteur de l'embarcation. Les garde-côtes auraient également pu choisir de se retirer momentanément tout en gardant l'embarcation sous surveillance – à une distance raisonnable ou par radar – afin d'appréhender les personnes présentes à bord à leur arrivée sur le territoire terrestre de l'État membre ou du pays tiers de départ[861]. Le recours à une arme à feu ne constitue donc pas ici l'*ultima ratio*, exigence pourtant essentielle pour qualifier la proportionnalité de l'utilisation d'une force potentiellement meurtrière. Il est par ailleurs manifestement disproportionné au regard du danger représenté par les manœuvres du skipper.

212. Absence de « considérations d'humanité » – Enfin, la présence de personnes parfois nombreuses à bord des embarcations – jusqu'à 93 personnes dans les rapports d'incidents transmis par FRONTEX[862] – conduit à conclure que l'utilisation d'une arme à feu par les garde-côtes a été effectuée en dehors de toute « considérations d'humanité ». Que ces tirs aient été effectués par-dessus l'étrave du navire ou en direction du moteur, ils ont nécessairement entraîné un danger pour les personnes présentes à bord : sur les sept rapports d'incidents établissant des tirs dirigés vers le moteur des embarcations, plus de la moitié – quatre – établissent ainsi des dommages physiques ou même la mort de personnes présentes à bord[863]. Le contexte maritime et les circonstances de l'interception, cette dernière étant effectuée à

[859] Rapport n° 102.2015 : voir annexe n° 2.
[860] Rapport n° 198.2015 : voir annexe n° 3.
[861] En cas d'accord conclu en ce sens.
[862] Rapport n° 124.2015 : voir annexe n° 4.
[863] *Ibid.* : le rapport fait état de la mort d'un mineur de 17 ans, « peut-être causée par un tir ».

l'encontre d'embarcations souvent fragiles et surchargées de personnes, ne peuvent que conduire au constat selon lequel les garde-côtes grecs n'ont pas tout mis « en œuvre pour veiller à ne pas mettre de vie en danger »[864]. Au contraire, il était quasiment certain que l'usage d'une arme à feu entraînerait, au regard des circonstances décrites, des blessures ou la mort de certains passagers présents à bord. Dans ces conditions, les considérations d'humanité dégagées par le Tribunal international du droit de la mer commande que l'utilisation d'une arme à feu soit prohibée lorsque l'interception est effectuée dans les circonstances décrites et que des procédures plus conformes à l'exigence de proportionnalité soient détaillées dans le plan opérationnel des opérations FRONTEX. Si ce dernier détaille sur plusieurs pages les conditions d'usage d'une arme à feu[865] en s'appuyant sur la loi grecque relative au recours à une arme à feu par les agents de l'État[866], il ne relève qu'en quelques lignes les exigences de nécessité et de proportionnalité[867]. Or, les rapports d'incident démontrent que ces précisions ne permettent pas d'assurer la conformité des opérations maritimes avec le droit de la mer et le droit international des droits de l'Homme. Tout en continuant de rappeler la loi nationale de l'État d'accueil de l'opération maritime qui demeure le siège légal des interceptions effectuées dans le cadre des opérations FRONTEX, le plan opérationnel devrait ainsi, au regard du contexte maritime qui nécessite une adaptation des règles relatives à l'usage de la force sur terre, préciser les conditions dans lesquelles cet usage peut être effectué en mer au regard du droit international et de la jurisprudence établie en la matière. Il devrait particulièrement énoncer l'interdiction de recourir à une arme à feu ou à toute autre mesure létale en l'absence d'un danger mortel pour les garde-côtes ou pour les personnes présentes à bord de l'embarcation. L'ajout de ces précisions permettrait d'assurer la conformité des opérations d'interceptions avec l'exigence de proportionnalité.

CONCLUSION DE LA SECTION II

213. L'utilisation d'un titre de compétence pénale aux fins de procéder à des interceptions maritimes conduit à la mise en œuvre d'une forte coercition. Les rapports d'incidents établis lors de l'opération maritime Poséidon révèlent en effet une utilisation de la force meurtrière par

[864] *Ibid.,* § 156. Voir également affaire du *S.S.* « *I'm Alone* » *(Canada c. Etats-Unis d'Amérique, 1935), R.S.A.N.U, vol. III,* p. 1609 ; affaire *The Red Crusader (Commission d'enquête, Danemark - Royaume Uni, 1962), I.L. R, vol. 35,* p. 485.
[865] FRONTEX, Plan opérationnel Poséidon, pp. 15-17.
[866] Loi n° 3169/2003 du 24 juillet 2003 intitulée « Port et usage d'armes à feu par les policiers, formation des policiers et autres dispositions ».
[867] FRONTEX, Plan opérationnel Poséidon, p. 15.

les garde-côtes grecs autant contraire à l'exigence de nécessité révélée par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme qu'à l'exigence de proportionnalité consacrée par le droit de la mer en matière d'interceptions maritimes. La Cour européenne a établi que le recours à la force meurtrière au cours de l'arrestation de l'auteur d'une infraction doit suivre deux conditions pour être conforme à l'exception visée par l'article 2.2, b) de la Convention : l'infraction en cause doit être violente et l'individu concerné doit représenter un danger pour les tiers. Si la première condition est remplie lorsque l'interception a pour but officiel d'appréhender l'auteur d'un trafic de migrants, il n'en est pas de même de la seconde : il est certes possible de considérer que l'auteur de l'infraction met en danger la vie des personnes qu'il transporte, mais l'on ne peut que relever le danger auquel les migrants sont confrontés lorsque les garde-côtes utilisent leurs armes à feu pour immobiliser l'embarcation. Les rapports d'incident le démontrent, révélant les blessures ou la mort de migrants présents à bord. De la même manière, l'usage d'une arme est disproportionné au regard de l'exigence de proportionnalité adaptée le Tribunal international de la mer, qui a relevé l'existence d'une « considération d'humanité »[868] imposant de sauvegarder la vie humaine en mer.

[868] Tribunal international du droit de la mer, *Affaire du navire Saïga n° 2*, *op. cit.,* § 155.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

214. Détournement – Les interceptions maritimes coordonnées par FRONTEX poursuivent une finalité préventive destinée à entraver la migration, à l'empêcher de franchir les frontières extérieures du territoire de l'Union. Dès lors, l'intervention des États membres et de FRONTEX est centrée sur la migration elle-même, avant que celle-ci ne devienne irrégulière, c'est-à-dire avant que les migrants n'entent sur le territoire. Cette fonction préventive des interceptions maritimes se constate particulièrement en haute mer, zone sans souveraineté dans laquelle les États sont en principe dépourvus de pouvoirs de police en matière de répression de la migration irrégulière. Surtout, cet espace maritime étant situé en dehors des territoires étatiques, aucun État ne peut agir sur la migration présente en son sein ; migration qui ne peut d'ailleurs pas être qualifiée d'irrégulière, les migrants étant loin d'avoir franchi les frontières nationales. La haute mer présentant néanmoins l'avantage de ne pas avoir à développer de coopération avec les pays tiers, et donc à négocier leur accord afin d'intervenir dans leur mer territoriale, l'Union a naturellement étendu à cet espace les interceptions maritimes organisées dans le cadre de la surveillance de ses frontières extérieures. Afin de contourner l'impossibilité pour les États d'agir sur la migration présente dans cette zone, le règlement du 15 mai 2014 s'est appuyé sur la création, par le Protocole de Palerme, d'un titre de compétence extraterritoriale et pénale autorisant les États parties à procéder à l'arrestation, à la poursuite et au jugement des auteurs de telles infractions. Le règlement prévoit ainsi la possibilité, lorsqu'un trafic illicite de migrants est détecté en haute mer, de dérouter l'embarcation concernée de son itinéraire afin de l'éloigner des frontières extérieures de l'Union. Cette possibilité est également dévolue lorsque l'embarcation est déjà présente dans les eaux territoriales. Dès lors, le titre de compétence extraterritoriale accordée par le Protocole de Palerme à des fins répressives est détourné pour servir un objectif préventif. Cette possibilité de déroutement des embarcations révèle en effet que les interceptions en haute mer ne sont pas effectuées dans une finalité répressive mais, au contraire, préventive destinée à éloigner l'infraction commise et, surtout, la migration des personnes présentes à bord. La mise en œuvre des interceptions préventives est ainsi contraire au principe de non-refoulement qui prohibe le détournement des embarcations présentes dans les eaux territoriales, mais également en haute mer lorsque l'État exerce à leur égard un contrôle effectif, et dans lesquelles sont présents des demandeurs d'asile.

215. Coercition – Ces interceptions préventives de la migration irrégulière sont loin, paradoxalement, d'éloigner la coercition. Au contraire, elles sont le lieu d'un usage de la force

dépourvu de nécessité et de proportionnalité. Les rapports d'incident transmis par l'Agence révèlent ainsi que les garde-côtes grecs engagés dans l'opération maritime Poséidon ont utilisé à plusieurs reprises leur arme à feu, jusqu'à entraîner une atteinte à l'intégrité physique ou à la vie des migrants présents à bord. Or, le risque inhérent à l'utilisation d'une arme à feu dans un contexte maritime et à l'encontre d'une embarcation fragile et surchargée de personnes conduit à éloigner autant la nécessité d'une telle action au regard de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme – quand bien même celle-ci serait effectivement destinée à la répression du trafiquant présent à bord – que sa proportionnalité au regard du droit de la mer. Adaptant l'exigence de proportionnalité à la force en mer, le tribunal international du droit de la mer a en effet dégagé des « considérations d'humanité » qui constituent un obstacle à la mise en œuvre de procédés qui risquent de porter atteinte à la vie des personnes présentes à bord du navire concerné. La prévention est donc loin d'éloigner la coercition, d'autant plus lorsqu'elle s'exerce en dehors des bornes de la légalité.

CHAPITRE II.

LA MIGRATION EMPÊCHÉE SUR TERRE PAR LES ÉTATS TIERS

216. Dimension externe de la politique migratoire de l'Union – Parallèlement à la création d'un corps européen de gardes-frontières, l'Union européenne a encore renforcé l'évolution de la dimension externe de sa politique migratoire. Initialement assurée de manière purement interne, la nécessité s'est faite de développer cette dernière sur un versant extérieur, faisant participer de plus en plus activement les pays tiers à la lutte contre l'immigration irrégulière. Cette dimension externe a pris principalement deux formes. La première, relative au développement d'une politique de réadmission, a eu pour objectif de faciliter le retour des étrangers irréguliers présents au sein du territoire de l'Union. Il s'agissait alors de « vider » plus rapidement l'Union de l'immigration irrégulière présente au sein de son territoire, par le biais de clauses de réadmission insérées au sein des accords d'association ou de coopération, ou par la conclusion d'accord de réadmission obligeant les pays tiers à réadmettre leurs ressortissants et les étrangers ayant transité sur leur territoire. Les pays d'origine ou de transit étaient ainsi en quelque sorte « sanctionnés » de ne pas avoir correctement contrôlé leurs frontières. Mais peu à peu, la dimension extérieure de la politique migratoire de l'Union s'est étendue et a pris en compte, au-delà de l'objectif de réadmission, la nécessité d'établir un partenariat avec les pays tiers d'origine ou de transit afin que ces derniers non seulement réadmettent leurs ressortissants partis de leurs côtes, mais développent également le contrôle de leurs frontières et la lutte contre l'immigration irrégulière au sein de leur territoire. Désormais, les pays tiers font plus que simplement collaborer avec l'Union : ils mettent en œuvre une législation pénale de nature à restreindre le départ des migrants de leurs côtes.

217. Collaboration des pays du Maghreb – La collaboration des pays tiers à la lutte contre la migration irrégulière engagée par l'Union se constate particulièrement au sein des pays du Maghreb, considérés comme étant des pays de départ et de transit de l'immigration subsaharienne à destination de l'Union[869]. Est ainsi principalement visée l'émigration de transit

[869] Les principaux flux migratoires à destination de l'Union proviennent du Maghreb, de l'Afrique de l'Ouest, mais également du sous-continent indien et de l'Amérique du Sud : voir Catherine WIHTOL DE WENDEN, *Atlas des migrations. Un équilibre mondial à inventer*, Autrement, 4ème édition, 2016, pp. 10-11. En onze ans, le nombre d'émigrants a doublé au Maroc. À cette « fonction traditionnelle d'espace d'émigration […] s'ajoutent désormais [pour la région du Maghreb] celle d'espace d'immigration et, emboîtée à celle-ci, la fonction de transit » : Ali BENSAAD, « Introduction. Immigration sur émigration. Le Maghreb entre " rétrécissement " du monde et mutations socio-spatiales », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes : immigration sur émigration*, Karthala, 2009, p. 5.

présente au sein du Maghreb, c'est-à-dire « l'émigration en direction d'un pays dans l'intention d'y chercher la possibilité d'émigrer dans un autre pays ou vers le pays de destination finale »[870]. Si le Maghreb a toujours constitué une zone de transit de l'immigration subsaharienne, celle-ci était à l'origine constituée principalement de ressortissants tchadiens et maliens qui se déplaçaient en Libye et dans le sud de l'Algérie pour effectuer des travaux saisonniers de manière stable[871]. C'est à partir des années 1990 que le Maghreb a connu une immigration subsaharienne massive impulsée par la déstabilisation politique des pays africains[872]. Dès lors, les migrants subsahariens ont espéré, au-delà d'une installation provisoire au sein de Maghreb, rejoindre le territoire de l'Union[873]. Confrontée à cette nouvelle source d'immigration irrégulière, l'Union européenne a alors décidé de développer sa politique migratoire extérieure vers les pays du Maghreb notamment par la conclusion d'accords d'association au début des années 2000, par lesquels le Maroc, la Tunisie et l'Algérie se sont engagés à prévenir et à lutter contre l'immigration irrégulière. Il apparaît ainsi intéressant d'étudier les changements opérés par les États du Maghreb au sein de leur législation pénale traitant de l'immigration irrégulière et de les relier avec la naissance de la dimension extérieure de la politique migratoire de l'Union.

218. Développement de la pénalisation maghrébine de l'immigration irrégulière – Au lendemain du Sommet de Séville[874] et concomitamment à la conclusion d'accords de coopération et de partenariats avec l'Union ou ses États membres, les pays du Maghreb ont instauré ou renforcé leur législation pénale en matière d'immigration irrégulière[875], qui était

[870] International Migration Bulletin, n° 3, 1993

[871] Mehdi LAHLOU, « Les migrations des Africains du sud de Sahara », *Entre mondialisation et protection des droits – Dynamiques migratoires marocaines : histoire, économie, politique et culture*, Colloque des 13,14 et 15 juin 2003, Casablanca.

[872] Le Maghreb est alors devenu « un espace migratoire multifonctionnel » : Ali BENSAAD, « Introduction. Immigration sur émigration. Le Maghreb entre " rétrécissement " du monde et mutations socio-spatiales », *op. cit*., p. 5 ; Gabriela RODRÍGUEZ PIZARRO, Rapport soumis par la Rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme des migrants, visite au Maroc, E/CN.4/2004/76/Add.3 15 janvier 2004, en ligne : http://www.december18.net/web/docpapers/doc1271.pdf

[873] Ali BENSAAD, « Le ténéré, ou les mirages d'une vie meilleure. Voyage au bout de la peur avec les clandestins du Sahel », *Le Monde diplomatique*, septembre 2001.

[874] Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002.

[875] Également en matière de terrorisme. Une loi antiterroriste a été adoptée le 10 décembre 2003 en Tunisie, le 28 mai 2003 au Maroc. Les dispositions de cette dernière ont été renforcées par la loi n° 86-14 du 20 mai 2015. Désormais, l'article 218-1-1 du Code pénal marocain punit « le fait de se rallier ou de tenter de se rallier individuellement ou collectivement, dans un cadre organisé ou non, à des entités, organisations, bandes ou groupes, terroristes, quel que soit leur forme, leur objet, ou le lieu où ils se trouvent situés, même si les actes terroristes ne visent pas à porter préjudice au Royaume du Maroc ou à ses intérêts ; le fait de recevoir ou de tenter de recevoir un entraînement ou une formation quelle qu'en soit la forme, la nature ou la durée à l'intérieur ou l'extérieur du Royaume du Maroc, en vue de commettre un acte de terrorisme à l'intérieur ou à l'extérieur du Royaume indépendamment de la survenance d'un tel acte ; le fait d'enrôler par quelque moyen que ce soit, d'entraîner ou

très peu règlementée jusqu'au début des années 2000. En Tunisie, la loi du 20 mai 1975[876] a étendu à l'encontre des nationaux les délits d'entrée et de sortie irrégulières que la loi de 1968 n'établissait qu'à l'égard des seuls étrangers[877]. La loi du 3 février 2004[878] a quant à elle clôturé ce cadre général de la répression de l'entrée et de la sortie irrégulière de l'étranger ou du ressortissant tunisien en créant une incrimination d'aide à l'entrée ou à la sortie irrégulière[879]. De la même manière, les sanctions pénales liées au séjour ou à la circulation irrégulière de l'étranger sur le territoire tunisien ont été aggravées. Au Maroc, le cadre juridique de l'émigration irrégulière était incarné jusqu'en 2003 par le Dahir du 8 novembre 1949, qui punissait uniquement l'émigration irrégulière du travailleur marocain[880]. Devenue désuète avec la fin du protectorat, cette infraction qui n'était plus appliquée aurait alors pu être simplement abrogée, mais la loi du 11 novembre 2003 a décidé de la conserver en élargissant son champ d'application. Est désormais punie « toute personne » qui quitte le territoire marocain d'une façon clandestine »[881] ou qui s'y introduit[882]. Surtout, la loi marocaine de 2003 a entièrement créé la législation pénale relative à l'immigration irrégulière en sanctionnant en plus de l'entrée, le séjour et la circulation irrégulière sur le territoire. Enfin, après plusieurs années de résistance, l'Algérie, qui ne souhaitait pas devenir le « gendarme de l'Europe »[883], a pourtant décidé d'aggraver sensiblement les sanctions pénales encourues par l'étranger irrégulier. La loi du 21 juin 2008 a ainsi abrogé l'ordonnance de 1996 qui régissait jusqu'alors l'entrée, le séjour et la circulation des étrangers sur le territoire, et imposait les sanctions pénales relatives à

---

de former ou de tenter d'enrôler, d'entraîner ou de former une ou plusieurs personnes, en vue de leur ralliement à des entités, organisations, bandes ou groupes, terroristes à l'intérieur ou à l'extérieur du terrorisme du Royaume du Maroc ». Cette disposition n'est pas sans rappeler le renforcement de la répression de la migration à caractère terroriste au sein du droit français et du droit de l'Union. Elle s'ancre ainsi « dans la volonté de répondre aux attentes européennes, mais aussi internationales et états-uniennes, vis-à-vis des migrants et des réseaux terroristes » et révèle surtout que l'assimilation de la migration irrégulière et de la migration à caractère terroriste est « désormais une tendance générale » : Delphine PERRIN, « Immigration et création juridique au Maghreb. La fragmentation des mondes et des droits », », *op. cit.,* p. 250 ; Mona BEN JEMIA, « La répression des migrations clandestines en Tunisie », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes : immigration sur émigration*, Karthala, 2009, p. 270 ; voir aussi notre développement sur la pénalisation de la migration à caractère terroriste en droit français : *infra* n° 290 et suivants.

[876] Articles 34 et 35 de la loi n° 1975-40 du 20 mai 1975, *relative aux passeports et aux documents de voyage, Journal Officiel de la République Tunisienne* (JORT), n° 34.

[877] Article 23 de la loi n° 1968-0007 du 8 mars 1968, *relative à la condition des étrangers en Tunisie, Journal officiel* du 8-12 Mars 1968.

[878] Loi organique n° 2004-6 du 3 février 2004 modifiant et complétant la loi n° 75-40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage, *Journal Officiel de la République Tunisienne* n° 11 du 6 février 2004, p. 252 et suivantes.

[879] Article 38 de la Loi organique n° 2004-6 du 3 février 2004.

[880] Article 10 du Dahir du 8 novembre 1949 portant réglementation de l'émigration des travailleurs marocains, *Bulletin officiel,* 1950-01-06, no 1941, p. 11

[881] Article 50 de la loi 02-03 du 11 novembre 2003 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, *Bulletin Officiel n° 5162.*

[882] *Ibid.,* article 50.

[883] Hassan MOALI, « L'Algérie ne veut plus jouer le gendarme de l'Europe », *El Watan,* 2 juin 2009.

l'immigration irrégulière. Si l'objectif officiel était d'assurer la protection des étrangers irréguliers présents sur le territoire, l'aggravation de la répression ordonnée par cette loi démontre une volonté sous-jacente de criminaliser encore davantage l'immigration irrégulière[884]. Ce mouvement a été entériné par la loi du 25 février 2009 instaurant le délit d'émigration irrégulière. L'on assiste ainsi à une « criminalisation effective de toutes les formes de migrations clandestines »[885].

219. Le développement des législations pénales maghrébines en parallèle du renforcement de la coopération établie entre l'Union et le Maroc, l'Algérie et la Tunisie n'est pas sans soulever quelque question quant à l'influence de l'Union et de ses États membres dans ce phénomène. Ces questions sont d'autant plus présentes que la répression engagée semble destinée à empêcher la migration de se former en développant une législation pénale de nature à punir, soit l'émigration effectuée à partir du territoire maghrébin, soit l'immigration irrégulière installée ou de transit, présente sur ce territoire. L'instauration de ces infractions et de ces sanctions pénales conduit à créer une barrière invisible de nature à faire obstacle, par la contrainte pénale, à la formation de la migration à destination de l'Union. Empêchée d'être, la migration est dans l'impossibilité de se transformer en une immigration irrégulière au sein du territoire de l'Union. Les législations pénales migratoires du Maghreb sont donc établies au regard de la fonction préventive du droit pénal, au détriment de sa fonction répressive. Car s'il s'agit bien de punir un comportement déterminé, cette répression pénale n'est mise en œuvre qu'en considération de son intérêt préventif à l'égard de l'Union européenne. Dans ce cadre, l'on assiste à un bouleversement des fonctions du droit pénal qui conduit les législateurs maghrébins à établir une pénalisation décomplexée, tant du franchissement de la frontière des ressortissants nationaux **(Section I)** que de l'immigration irrégulière présente au sein de leur territoire **(Section II)**.

SECTION I. UNE PENALISATION DE L'EMIGRATION IRREGULIERE

SECTION II. UNE PENALISATION DE L'IMMIGRATION IRREGULIERE

[884] Samuel BON, « Les États du Maghreb face à la politique migratoire de l'UE », *in* Philippe ICARD (dir.), *La politique méditerranéenne de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 173 ; Azzouz KERDOUN, « La loi 08-11 sur la condition des étrangers : mutation des règles juridiques algériennes et leur impact sur la migration irrégulière », *CARIM* Analytic and Synthetic Notes, Juin 2009.
[885] Samuel BON, *ibid.*

SECTION I. UNE PÉNALISATION DE L'ÉMIGRATION IRRÉGULIÈRE

220. La création des délits d'entrée et de sortie irrégulières au sein des États du Maghreb s'inscrit dans le cadre de la dimension extérieure de la politique migratoire de l'Union, entamée au début des années 1990[886]. Celle-ci s'est d'abord concentrée sur l'objectif de réadmission en développant la coopération des pays tiers dans le retour des étrangers irréguliers présents sur son territoire. Rapidement, la nécessité est apparue d'étendre cette coopération afin de développer un aspect préventif visant à éviter le départ des migrants vers l'Union. Dès lors, la politique migratoire extérieure de l'Union s'est axée sur l'objectif d'inciter les pays tiers, et notamment les États du Maghreb, à contrôler strictement leurs frontières nationales afin d'éviter le départ de la migration irrégulière vers l'Union. Pour ce faire, ces derniers ont créé des délits d'immigration mais surtout d'émigration irrégulières visant prévenir la formation d'une migration irrégulière vers l'Union. Encouragée par l'Union **(Paragraphe I)**, cette pénalisation préventive s'analyse comme une violation du droit de quitter son pays, et d'y revenir **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I. Une pénalisation encouragée par l'Union

221. Les délits d'émigration et d'immigration irrégulière maghrébins ont été mis en œuvre sous l'impulsion de l'Union européenne qui, après avoir développé la coopération des pays tiers en matière de réadmission dans les années 1990[887], a rapidement cherché « comment, dans chacun des pays concernés, les populations potentielles de migrants peuvent être maintenues dans leur zone d'origine »[888]. Cet objectif préventif visant à éviter le départ des étrangers irréguliers vers l'Union s'est ainsi naturellement adjoint à l'objectif premier de réadmission, pourtant considéré comme la « pierre angulaire »[889] de la dimension extérieure de la politique

[886] Katharina EISELE, *The external dimension of the EU's Migration Policy : Different Legal Positions of Third-Country Nationals in the EU. A Comparative Perspective*, Brill | Nijhoff, 2014, 540 pages, p. 53.
[887] L'objectif était alors de faciliter le retour des étrangers irréguliers présents sur le territoire de l'Union en obtenant des pays tiers qu'ils réadmettent leurs ressortissants mais également les étrangers ayant transité par leur territoire avant de rejoindre l'Union. Il s'agissait de leur faire supporter le poids de leur défaillance en matière de contrôle aux frontières. Ces accords ont formé un « cordon de sécurité », un « sas » qui, à défaut d'empêcher les migrants de pénétrer le territoire de la Communauté, en a facilité l'expulsion en obligeant les pays tiers à les réadmettre sur leur territoire : voir notamment Caroline INTRAND, « La politique du donnant – donnant », *Plein droit,* 2003/2, n° 57 ; Claudia CHARLES, *Accords de réadmission et respect des droits de l'Homme dans les pays tiers, Bilan et perspectives pour le Parlement européen,* 2007, p. 6.
[888] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'immigration, SEC (91), 1855, 23 octobre 1991.
[889] Caroline INTRAND, « La politique du donnant – donnant », *Plein droit,* 2003/2, n° 57, p. 26.

migratoire de l'Union. L'étude des accords bilatéraux[890] mais également des accords de coopération[891] conclus entre les pays du Maghreb et l'Union ou ses États membres démontrent les prémices d'obligations plus larges que la simple réadmission, relatives notamment au renforcement des frontières des pays tiers[892] et au développement de la prévention de l'émigration « irrégulière » par le développement d'une dimension répressive. Plus encore, les accords d'association ou de coopération, ou les partenariats pour la mobilité conclus plus tard avec les pays du Maghreb[893] ont révélé la volonté de l'Union de renforcer le contrôle des frontières nationales de ces États afin de réduire l'immigration irrégulière. La coopération des pays tiers est alors devenue préventive et a visé à constituer une barrière invisible qui empêcherait les migrants de sortir du territoire national.

[890] La Tunisie, le Maroc et l'Algérie ont chacun signé des accords bilatéraux avec plusieurs États membres de l'Union – dont notamment l'Italie et la France, les engageant à réadmettre à l'égard de l'État membre concerné aussi bien leurs ressortissants que les étrangers ayant transité par leur territoire avant d'atteindre l'État membre. Le Maroc a ainsi conclu des accords bilatéraux avec l'Allemagne et l'Italie en 1998, mais aussi avec la France le 1er mai 2001, par lesquels il s'est engagé à réadmettre ses nationaux et les étrangers ayant transité sur son territoire avant d'arriver de manière irrégulière sur le territoire de l'un de ces États : Décret n° 93-850 du 15 juin 1993 portant publication de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume du Maroc portant modification de l'accord du 10 novembre 1953 relatif à la circulation des personnes, signé à Paris le 25 février 1993, *Journal officiel de la République française* n° 138 du 17 juin 1993. L'Algérie se trouve quant à elle à la tête des pays maghrébins ayant négocié le plus grand nombre d'accords de réadmission avec les États membres de l'Union. Elle s'est liée notamment à l'Espagne en 2004, à l'Allemagne en 1999, au Royaume-Uni en 2006, à l'Italie en 2000, et à la France en 2003 : Caroline INTRAND, « La politique du donnant – donnant », *op. cit*. Enfin, la Tunisie a signé des accords bilatéraux avec l'Italie.

[891] La Tunisie a ainsi été la première à conclure un accord d'association avec la Communauté et ses États membres, le 17 juillet 1995 : Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part, JO L 132/98, entré en vigueur le 1er mars 1998. Le Maroc a rapidement suivi en concluant un accord du même type avec l'Union le 18 mars 2000 : Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume du Maroc, d'autre part, 18 mars 2000, JO L 70/2. Enfin, l'Algérie a signé un accord d'association le 10 octobre 2005 : Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République Algérienne démocratique et populaire, d'autre part, 10 octobre 2005, JO L265/2.

[892] À titre d'exemple, la France s'est obligée, par la signature du Protocole relatif à la gestion concertée des migrations le 28 avril 2008, « à renforcer les capacités des services et unités de l'administration tunisienne en charge de la circulation transfrontalière d'une part, de la prévention et de la lutte contre le franchissement illégal des frontières et de l'émigration clandestine d'autre part » notamment par la fourniture de matériels et d'équipements de surveillance et de contrôles aux frontières : voir articles 3 et 4 du Protocole relatif à la gestion concertée des migrations, signé le 28 avril 2008 (annexe du décret n° 2009-905 du 24 juillet 2009 portant publication de l'accord-cadre relatif à la gestion concertée des migrations et au développement solidaire, du protocole relatif à la gestion concertée des migrations (ensemble deux annexes) et du protocole en matière de développement solidaire (ensemble trois annexes) entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République tunisienne, signés à Tunis le 28 avril 2008).

[893] Partenariat pour la mobilité UE-Maroc, signé le 7 juin 2013 : voir communiqué de presse de la Commission européenne, « L'UE et le Maroc signent un partenariat pour gérer la migration et la mobilité », 7 juin 2013, URL : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-513_fr.htm; Partenariat pour la mobilité UE-Tunisie établi le 3 juin 2014 : voir communiqué de presse de la Commission européenne, « L'UE et la Tunisie établissent leur partenariat de mobilité », 3 juin 2014, URL : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-208_fr.htm;

222. Remonter le temps de la migration – À partir du début des années 2000, l'Union européenne développe une politique de plus en plus exigeante à l'égard des pays tiers qui doivent, sous peine de sanctions, éviter le départ des personnes présentes sur leur territoire. Dès 2001, la Commission pointe en effet le manque de volonté des pays tiers de transit dans le développement une politique migratoire restrictive[894] ; manque de volonté qui est, à son sens, l'une des causes de l'immigration irrégulière présente au sein du territoire de l'Union[895]. Elle affirme ainsi que « les migrants clandestins profitent des défaillances des contrôles aux frontières et d'autres lacunes au niveau des mesures de contrôle ». C'est ici que transparait la volonté de voir se développer au sein des pays tiers, considérés comme des « maillons de la chaine »[896], une politique migratoire restrictive qui permettrait de réduire les départs vers l'Union. Il ne s'agit plus seulement d'intervenir *a posteriori*, par le biais des accords de réadmission, mais de remonter le temps de la migration pour interrompre le voyage des migrants avant que ces derniers ne parviennent à quitter le pays de transit. La coopération des pays tiers est ici d'autant plus importante qu'elle nécessite que ces derniers modifient leur législation interne et agissent par conséquent directement sur leur territoire.

223. Conseil européen de Séville – Le ton se durcit encore lors du Conseil européen de Séville, qui constitue un « tournant décisif »[897] en matière de participation des pays tiers à la lutte contre l'immigration irrégulière. Il est en effet « instamment » demandé que dans « tout futur accord de coopération, d'association ou accord équivalent que l'Union européenne […] conclura avec quelque pays que ce soit, soit insérée une *clause sur la gestion conjointe des flux migratoires* […] »[898]. L'Union européenne prend désormais directement part à cette gestion, en l'assurant conjointement avec les pays tiers. Les pays tiers deviennent ainsi, comme le souhaitait la Commission en 2001, le maillon essentiel de la chaine dédiée à la lutte contre l'immigration irrégulière ; un maillon à ce point essentiel que le Conseil estime que toute mauvaise volonté d'un pays tiers en cette matière l'exposera à une dégradation de ses relations

[894] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, 15 novembre 2001, COM(2001) 672 final, point 3.4.
[895] La Commission ajoute : « Certains pays de transit montrent peu de détermination à combattre les flux migratoires irréguliers pour ne pas se transformer à leur tour en pays de destination. Il est donc nécessaire de nouer un dialogue avec les pays de transit afin de soutenir leurs efforts dans la lutte contre ce problème » : communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, 15 novembre 2001, COM(2001) 672 final, point 3.4.
[896] *Ibid*., point 4.3.2.
[897] Abdelkhalq BERRAMDANE, « L'émergence d'une politique européenne commune d'immigration et son externalisation progressive », *in* Abdelkhalq BERRAMDANE *et* Jean ROSSETTO (dir.), *La politique européenne d'immigration*, Karthala, 2009, p. 53.
[898] Conclusions de la présidence du Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002, point 33.

avec l'Union. Le Conseil européen menace ainsi les pays tiers peu coopératifs de contre-mesures[899] qui rendraient « plus difficile l'approfondissement des relations [des pays en question] avec l'Union »[900]. La logique sécuritaire joue à plein pour aboutir *in fine* à l'instauration de mesures répressives par les pays tiers dans le but de prévenir tout départ de migrants vers l'Union.

224. La Haye – Le programme de La Haye adopté les 4 et 5 novembre 2004[901] amplifie ce mouvement, en précisant que l'Union doit soutenir « les efforts déployés par les pays tiers pour améliorer leur capacité à gérer les migrations et les réfugiés, *pour prévenir et combattre l'immigration clandestine*, […] pour renforcer les moyens de surveillance des frontières et pour s'attaquer au problème du retour »[902]. L'objectif de prévention de l'immigration irrégulière revient, incitant les pays tiers à mettre en œuvre toutes les mesures qui permettraient d'éviter le départ des ressortissants nationaux. Le contrôle, par les pays tiers, de leurs frontières devient donc un élément fondamental de la coopération entre ces derniers et l'Union, qui attend désormais la mise en œuvre de mesures de dissuasion et de répression de l'immigration irrégulière présente au sein du pays tiers. La lutte contre l'immigration irrégulière ne se conçoit plus tellement au sein des États membres, mais surtout à l'extérieur de leurs frontières avec une préoccupation accrue d'éviter le départ des étrangers irréguliers. La logique est préventive : pour enrayer le problème de l'immigration irrégulière, il faut remonter à sa source c'est-à-dire aux pays tiers de départ d'où proviennent les étrangers qui souhaitent tenter leur chance au sein de l'Union.

225. Le programme AENEAS – Ce qui n'était encore qu'une supposition est explicitement affirmé en 2004, lorsque le Parlement et le Conseil adoptent un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers – et notamment du Maghreb[903] – dans le domaine

[899] Abdelkhalq BERRAMDANE, « L'émergence d'une politique européenne commune d'immigration et son externalisation progressive », in *La politique européenne d'immigration*, *op. cit.,* p. 53.
[900] Conclusions de la présidence du Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002, point 34. Le Conseil européen de Thessalonique reprendra en substance cette menace en demandant l'instauration d'un « mécanisme d'évaluation pour assurer le suivi des relations avec les pays tiers qui ne coopèrent pas avec l'UE dans la lutte contre l'immigration clandestine » : Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003, point 19.
[901] Programme de La Haye, « Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne », Conclusions de la présidence, Bruxelles, 4-5 novembre 2004.
[902] Point 1.6.1 du Programme de La Haye, p. 20.
[903] Voir la liste des projets publiée par la Commission européenne et relevant du programme AENEAS qui concernent, pour la majorité d'entre eux, les pays du Maghreb en tant que pays de transit de l'immigration subsaharienne : « Programme for financial and technical assistance to third countries in the area of migration and asylum ».

des migrations et de l'asile (AENEAS)[904], dont le but est d'assurer une aide technique et financière aux pays tiers afin de soutenir leurs efforts en matière de « gestion des flux migratoires dans toutes leurs dimensions »[905]. Dans ce cadre, l'Union affirme vouloir aider la coopération des pays tiers dans plusieurs domaines (élaboration d'une législation relative à l'immigration légale, promotion d'une migration légale etc.)[906], et notamment dans « *l'établissement,* dans les pays tiers concernés*, d'une politique efficace et préventive en matière de lutte contre les migrations illégales*, incluant la lutte contre le trafic des êtres humains et la traite des migrants *ainsi que l'élaboration d'une législation en la matière* »[907]. Pour la première fois, l'Union européenne assume et précise de façon explicite sa volonté de solliciter des pays tiers une modification de leur législation nationale relative à la migration irrégulière. L'objectif répressif de « lutte contre les migrations illégales » laisse peu de place au doute quant à la nature des législations impulsées : il s'agit bien de combattre la « migration irrégulière », c'est-à-dire autant l'immigration irrégulière que l'émigration irrégulière en mobilisant l'outil pénal. Peu à peu, l'Union européenne transporte ainsi ses objectifs de prévention et de lutte contre l'immigration irrégulière au sein des pays du Maghreb, qui vont demeurer une priorité dans le domaine de la réduction des flux migratoires.

226. Influence – Dans ce contexte, l'établissement et le renforcement de la criminalisation de l'émigration et de l'immigration irrégulières apparaissent directement issus du renforcement sécuritaire de la politique extérieure de l'Union en matière migratoire. En mai 2006, soit postérieurement à la création des délits d'émigration marocain et tunisien, la Conférence des ministres de l'Intérieur des pays de la Méditerranée occidentale, alors présidée par le ministre français de l'Intérieur, a ainsi salué les « efforts des pays de la rive sud de la Méditerranée pour contenir l'émigration illégale vers l'Europe »[908]. L'exemple de la Bulgarie est encore frappant. Entre 1989 et 1998, cet État a connu une émigration de ses ressortissants comptant environ 747 000 personnes, dont 502 210 ont rejoint le territoire de l'Union[909]. Cette vague

Overview of projects funded 2004 – 2006 », disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/publication-aeneas-programme-projects-funded-2004-2006_en_7.pdf

[904] Règlement (CE) n° 491/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile (AENEAS).

[905] Article 1.1 du règlement (CE) n° 491/2004.

[906] Article 2.1 du règlement (CE) n° 491/2004.

[907] Article 2.1. d) du règlement (CE) n° 491/2004, nous soulignons.

[908] Claire RODIER, « Derrière l'aide à l'Afrique, la guerre aux migrants », *Plein droit*, 4/2006 (n° 71), p. 30-32.

[909] Sur ces 747 000 personnes, 2 253 ont émigré en Suisse, 124 383 en Allemagne, 32 978 en Grèce, 344 849 en Turquie et 6 307 aux Etats-Unis : August GÄCHTER, *The Ambiguities of Emigration : Bulgaria since 1988*, disponible à l'adresse http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp39.pdf

d'émigration a conduit l'Union européenne à soumettre l'émigration des ressortissants bulgares au sein de son territoire à une exigence de visa[910]. Durant six années, l'Union européenne a ainsi subordonné la suppression de l'obligation de visa à la mise en œuvre de concessions substantielles de la part de la Bulgarie concernant un large éventail de questions relatives aux frontières et à la circulation des personnes[911]. Au cours de cette période, le gouvernement bulgare a mis en place une stratégie globale visant à exempter ses ressortissants de l'obligation de visa[912]. Parmi les mesures adoptées, l'article 76 §6 de la loi bulgare de 1998 relative aux documents d'identité a créé l'interdiction administrative de sortie du territoire. Cette mesure s'appliquait au ressortissant bulgare expulsé d'un pays étranger pour infraction à sa législation sur l'immigration. Le ressortissant expulsé pouvait alors, de retour dans son pays, faire l'objet d'une interdiction de quitter la Bulgarie et être privé de son passeport pendant une période d'un an ; durée ensuite portée à deux ans par un amendement entré en vigueur le 31 mars 2003. Le 1er décembre 2000, le Conseil Justice et affaires intérieures a confirmé la proposition de règlement de la Commission dont l'objet était de fixer une première liste de pays tiers dont les ressortissants seraient soumis à l'obligation de visa pour entrer sur le territoire de l'Union et une seconde visant les pays tiers dont les ressortissants seraient exemptés de cette obligation. La Bulgarie a figuré dans la « liste blanche », ce qui a permis de lever l'obligation de visa qui incombait alors à ses ressortissants. En 2001, le rapport de la Commission au Conseil sur la Bulgarie[913] a mis en lumière l'importance de la législation bulgare relative à l'immigration irrégulière sur la décision d'exemption de visa[914]. Il a ainsi relevé l'existence du délit d'aide à l'immigration ou à l'émigration irrégulière, de l'interdiction de quitter le territoire bulgare établie par la loi de 1998, mais également celle des délits d'entrée et de sortie irrégulières du territoire punissant de cinq ans d'emprisonnement et de 30 000 BGN d'amende « toute personne qui entre sur le territoire ou franchit la frontière nationale sans autorisation des autorités compétentes, ou avec leur autorisation mais sans passer par l'un des points de passage frontaliers »[915]. À la lumière de cette législation, la Commission a conclu qu'il en « ressort clairement que la Bulgarie dispose des instruments juridiques nécessaires pour lui permettre de

[910]European Dialogue, Politics and Current Affairs, n° 1, Jan-Feb 1996 (retrievable from http://www.europa.eu.int/comm/dg10).
[911] Elspeth GUILD, « Moving the Borders of Europe », Inaugural lecture, University of Nijmegen, 2001.
[912] *What about the Neighbours ? The Impact of Schengen along the EU's External Borders,* document de travail du CEPS n° 210/octobre 2004, disponible à l'adresse suivante : http://aei.pitt.edu/6641/1/1171_210.pdf
[913] Rapport de la Commission au Conseil - Rapport sur la Bulgarie, dans la perspective de l'adoption du règlement fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, /* COM/2001/0061 final */
[914] § 1.1 du rapport.
[915] Article 279 du Code pénal bulgare.

lutter contre l'immigration clandestine en provenance ou à destination de son territoire, ou transitant par celui-ci. […] La Bulgarie a fait des efforts considérables dans ce sens et entend poursuivre ses efforts pour améliorer encore la situation. En conclusion, la Bulgarie a déployé des efforts significatifs ces dernières années et s'est engagée à les poursuivre, tant dans le domaine du régime des visas que dans le contexte plus large de sa préparation à l'adhésion à l'Union européenne ». La pénalisation de l'immigration et de l'émigration irrégulières semble ainsi être en lien direct avec la levée de l'obligation de visa à l'égard de la Bulgarie et à son adhésion future à l'Union européenne. Cet exemple bulgare révèle la manière dont « les autorités d'Etats tiers modifient leurs règles, leurs règlements et leurs pratiques pour aider l'Union à atteindre ses objectifs en matière de contrôle des personnes »[916], jusqu'à mettre en œuvre des sanctions pénales liées à l'émigration et à l'immigration de leurs propres ressortissants qui viennent en réalité empêcher et punir leur immigration irrégulière au sein de l'Union.

227. Incidence de droit – Si l'Union n'a jamais demandé expressément l'établissement d'un délit d'émigration irrégulière ni même d'une plus forte pénalisation de l'immigration irrégulière présente au Maghreb, elle a toutefois créé une obligation de résultat pour ces États, sous peine de sanctions. La forte incitation qu'elle a effectuée à l'égard des pays du Maghreb afin que ces derniers préviennent de manière efficace la migration irrégulière constitue donc une *incidence de droit*, c'est-à-dire d'une translation qui a non seulement été prévue, mais également planifiée[917]. Jean CARBONNIER a affirmé que l'incidence de la loi peut émaner de la volonté du législateur[918]. Prenant l'exemple d'une loi qui supprimerait la possibilité pour les femmes divorcées de percevoir une pension alimentaire et qui aurait donc une incidence sur le marché de l'emploi en obligeant ces femmes à rechercher une activité pour subvenir à leurs besoins et à ceux de leurs enfants, il a mis en lumière la recherche de cette incidence par le législateur qui « n'édictera une loi matrimoniale qu'en considération de la réaction qu'elle déterminera et qui sera captée vers une finalité économique ». En apparence très éloignée de cet exemple, la création des délits d'émigration et d'immigration irrégulières à l'égard des ressortissants nationaux au sein des pays du Maghreb pourrait pourtant se rapprocher de l'incidence volontaire précédemment décrite. En concluant des accords de coopération et des

[916] COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE*, Le droit de quitter un pays,* Document thématique, Éditions du Conseil de l'Europe, novembre 2003, p. 57.
[917] Paul-Marie GAUDEMET, *Précis de finances publiques,* Les cours de droit, 1969.
[918] Jean CARBONNIER, *Flexible Droit*, LGDJ, 2014, pp. 149-154.

partenariats avec les pays du Maghreb, les États membres et l'Union semblent poursuivre un objectif de pénalisation qui n'est ni précisé ni nommé dans les accords. Pourtant, ces contrats ne sont conclus « qu'en considération de la réaction qu'ils déterminent » sur les pays tiers, réaction qui est captée vers une finalité répressive afin de réduire efficacement la pression migratoire en provenance de ces pays. Les États du Maghreb ont ainsi « l'obligation [implicite] de sanctionner, au nom de l'Europe, la sortie du territoire de leurs propres ressortissants [et] des migrants étrangers »[919]. Une telle pénalisation ne peut que souffrir d'un contresens évident.

Paragraphe II. Une pénalisation préventive contraire au droit de quitter son pays et d'y revenir

228. Si l'émigration des ressortissants tunisiens, algériens et marocains n'est pas un phénomène nouveau, ces derniers n'ont que tardivement emprunté les routes irrégulières et aventureuses[920]. Dès les années 2000, cette émigration s'est néanmoins intensifiée, incitant les États maghrébins à pénaliser le départ de leurs propres ressortissants[921]. La création des délits d'entrée et de sortie irrégulières maghrébins révèle alors une pénalisation inversée qui réprime en réalité l'entrée ou la tentative d'entrée irrégulière sur le territoire de l'Union. Au Maroc, l'article 50 de la loi du 11 novembre 2003[922] dispose qu' « est punie d'une amende de 3000 à 10 000 dirhams et d'un emprisonnement de un à dix mois, ou de l'une de ces deux peines seulement, […] **toute personne qui quitte** le territoire marocain de façon clandestine, en utilisant, au moment de traverser l'un des postes frontières terrestres, maritimes ou aériens, un moyen frauduleux pour se soustraire à la présentation des pièces officielles nécessaires ou à l'accomplissement des règles prévues par la loi ou les règlements en vigueur, ou en utilisant des pièces falsifiées ou par usurpation de nom, **ainsi que toute personne qui s'introduit** sur le territoire marocain ou le quitte par des issues ou des lieux autres que les postes frontières

[919] Mohammed ZEROUALI, « Union européenne-Maghreb, coopération et subordination dans la lutte contre la migration illégale », *in* Abdelkhalq BERRAMDANE *et* Jean ROSSETTO (dir.), *La politique européenne d'immigration*, Karthala, 2009, p. 239.
[920] Voir particulièrement : Ali BENSAAD, « L'immigration en Algérie. Une réalité prégnante et son occultation officielle », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes. Immigration sur émigration,* Karthala, 2009, pp. 41-42.
[921] Durant l'année 2002, les autorités espagnoles ont ainsi intercepté près de 2 500 Algériens après leur traversée irrégulière de la Méditerranée. Depuis, le phénomène est « devenu massif » et concerne de jeunes personnes dont les deux tiers occupent un emploi. Pour près de la moitié d'entre eux, cet emploi est de niveau universitaire : *ibid.*
[922] Cette loi a contribué « à institutionnaliser les migrations subsahariennes comme "problème" » : Anaïk PIAN, « Entre "visibilisation"et "invisibilisation", les migrations subsahariennes au Maroc », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes. Immigration sur émigration,* Karthala, 2009, p. 78.

créés à cet effet ». L'article 35 de la loi tunisienne du 20 mai 1975[923] précise quant à lui que « **[t]out Tunisien qui quittera** sciemment le territoire tunisien **ou y entrera** sans être muni d'un document de voyage officiel sera puni d'un emprisonnement de 15 jours à 6 mois et d'une amende de 30 à 120 dinars ou de l'une de ces deux peines seulement », peines doublées en cas de récidive[924]. Enfin, la loi algérienne du 25 février 2009 a créé l'article 175 bis 1 du Code pénal qui dispose qu'« […] est puni d'un emprisonnement de deux mois à six mois et d'une amende de 20 000 DA à 60 000 DA ou de l'une de ces deux peines seulement, **tout algérien ou étranger résident qui quitte** le territoire algérien d'une façon illicite, en utilisant lors de son passage à un poste frontalier terrestre, maritime ou aérien, des documents falsifiés ou en usurpant l'identité d'autrui, ou tout autre moyen frauduleux à l'effet de se soustraire à la présentation de documents officiels requis ou à l'accomplissement de la procédure exigée par les lois et règlements en vigueur ». La disposition précise en son alinéa 2 que « la même peine est applicable à **toute personne qui quitte** le territoire national en empruntant des lieux de passage autres que les postes frontaliers ». Le seul fait de quitter le territoire en dehors des points de passage frontaliers suffit donc à déclencher la pénalisation du ressortissant national. Si les délits d'entrée et de sortie irrégulières des ressortissants nationaux révèlent tous deux la fonction préventive de la pénalisation entreprise, le délit d'entrée en est le siège en ce qu'il constitue une infraction obsatcle à finalité préventive **(A)** qui bouleverse les fonctions du droit pénal. Le choix est donc naturellement fait d'accentuer l'étude de ce délit en particulier, avant de démontrer qu'en constituant un obstacle à la migration, les incriminations d'entrée et de sortie irrégulières contreviennent à l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme **(B)**.

A. Une infraction obstacle de nature préventive

229. Infraction obstacle – En punissant l'émigration des étrangers et des ressortissants nationaux, les États du Maghreb ont établi une infraction obstacle. Tout comme l'infraction formelle, l'infraction obstacle est indifférente au résultat[925]. Elle s'en distingue néanmoins par la plus grande distance qui la sépare de celui-ci[926]. Les infractions obstacles sont aussi appelées infractions « de prévention »[927]. Elles « correspondent à des incriminations qui se situent très

[923] Loi n° 1975-40 du 20 mai 1975, *relative aux passeports et aux documents de voyage, Journal Officiel de la République Tunisienne*, n° 34.
[924] Article 35 alinéa 2 de la loi n° 1975-40 du 20 mai 1975.
[925] Yves MAYAUD, *Droit pénal général,* Presses universitaires de France, 6ème édition, 2018, p. 252, n° 194.
[926] *Ibid*., p. 240, n° 194.
[927] Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 6ème édition, 2005, p. 213.

en amont sur *l'iter criminis* […] : en faisant intervenir la répression de façon anticipée, [ces infractions] visent à prévenir la commission d'infractions matérielles […] »[928]. Elles punissent ainsi une « simple éventualité »[929], caractérisée par des actes préparatoires révélant un comportement considéré comme « intrinsèquement dangereux »[930], qui peut potentiellement conduire à la commission d'autres infractions non déterminées, ou bien chercher à prévenir un résultat déterminé [931]. Surtout, l'infraction obstacle se distingue de l'infraction formelle en ce que le résultat redouté, s'il se produit, « *caractérise une autre infraction* »[932]. Autrement dit, le législateur punit un comportement déterminé dans le but d'empêcher, *de faire obstacle à* la survenance d'une seconde infraction.

230. Délit d'émigration – Le délit d'émigration irrégulière créé par les législateurs maghrébins s'inscrit dans cette logique. Si son caractère obstacle n'est pas clairement établi par la loi, il n'en demeure pas moins que l'objectif de ce délit est d'éviter la commission l'entrée irrégulière au sein de l'Union européenne, autrement dit d'empêcher la commission d'une autre infraction que celle qui est punie. La proximité des côtes méditerranéennes maghrébines et européennes conduit en effet à établir une « présomption de tentative d'entrée » sur le territoire de l'Union, à l'encontre de toute personne qui quitterait ou tenterait de quitter les côtes du Maghreb[933]. Le délit d'émigration est ainsi directement « lié à la probabilité » de la commission du délit d'entrée irrégulière au sein du territoire européen[934] : il s'agit pour les pays du Maghreb de suivre les objectifs assignés par l'Union en matière de lutte contre l'immigration irrégulière et de réduction de la pression migratoire vers son territoire. Alors que la lutte contre l'immigration irrégulière s'effectue généralement par une fermeture des frontières *extérieures*, la diffusion de cet objectif vers les pays tiers permet de traiter l'immigration irrégulière en amont, de l'éviter en verrouillant les frontières *intérieures*. Le délit d'émigration irrégulière s'apparente alors « à un délit d'immigration irrégulière dans un pays autre que celui qui est censé sanctionner cette infraction »[935]. Ce délit d'émigration constitue donc une infraction

[928] Philippe CONTE, Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général,* A. Colin, 7ème édition, 2004, n° 162. Voir aussi Xavier PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 173, n° 170.
[929] *Ibid.* Des « prodromes d'actes antisociaux » : Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 44, n° 52.
[930] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 530.
[931] *Ibid.,* p. 531.
[932] Frédéric DESPORTES, Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 420, n° 461, souligné par les auteurs.
[933]Delphine PERRIN, « Sémantique et faux-semblants juridiques de la problématique migratoire au Maghreb », *Migrations Société*, volume 123-124, n° 3, 2009, p. 31.
[934] *Ibid.,* p. 30.
[935] *Ibid.,* Plus encore, l'incrimination de l'aide à la sortie irrégulière des nationaux et des étrangers tend à réprimer l'aide à l'immigration irrégulière en Europe : Mona BEN JEMIA, « La Tunisie, cerbère des frontières européennes », *Plein Droit*, n° 73, juillet 2007.

obstacle clandestine dont l'objectif véritable – mais non révélé par le législateur maghrébin – est d'empêcher l'entrée irrégulière sur le territoire de l'Union.

231. Fonction préventive du droit pénal – Ce n'est ainsi que dans l'objectif d'éviter l'entrée irrégulière au sein du territoire français ou européen que le législateur maghrébin réprime la sortie irrégulière des étrangers présents sur son territoire, mais également de ses nationaux. Dans ces conditions, le droit pénal n'apparaît mobilisé qu'au regard de sa fonction préventive. Certes, la prévention est l'une des fonctions du droit pénal, qui se décline en deux volets : une prévention générale d'abord, qui est relative à une fonction de dissuasion destinée à intimider les délinquants potentiels[936], et une prévention spéciale ensuite, qui a trait plus spécifiquement à l'auteur de l'infraction et qui tend à empêcher la récidive[937]. Mais si elle fait partie du droit pénal, cette fonction préventive ne constitue pas pour autant sa fonction première. Bien au contraire, le droit pénal est un droit de répression qui est par conséquent rattaché à une fonction rétributive[938], ou répressive. Cette dernière est d'ailleurs la fonction essentielle du droit pénal, qui poursuit avant tout l'objectif de sanctionner les comportements dangereux pour l'ordre public[939]. Or, le délit d'émigration irrégulière vient bouleverser les fonctions du droit pénal en établissant la répression davantage en considération de la fonction préventive du droit pénal que de sa fonction répressive. Si le délit d'émigration entraîne bien l'application de sanctions pénales à l'encontre de l'auteur de la sortie irrégulière du territoire, cette pénalisation n'est instaurée qu'au regard d'un objectif préventif visant à éviter la commission d'une infraction – l'entrée irrégulière sur le territoire de l'Union – autre que celle qui est officiellement punie. L'anticipation de l'entrée irrégulière dans l'Union passe ici par une pénalisation de la sortie du territoire maghrébin. La fonction préventive prend donc le pas sur la fonction rétributive alors même que cette dernière révèle toute la particularité du droit pénal. Il en est de même, d'ailleurs, du délit d'immigration irrégulière *stricto sensu*. En pénalisant l'entrée irrégulière des ressortissants nationaux, les législateurs tunisien et algérien utilisent la fonction de prévention spéciale du droit pénal, destinée à dissuader l'auteur de l'infraction de récidiver ou de réitérer. Si ce délit ne constitue pas une infraction obstacle, il est

[936] Michel VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, volume 127, n° 7, 2005, n° 9. La peine « doit être choisie de telle sorte qu'elle évite la contagion du mal » : Bernard BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 5ème édition 2017, p. 7, n° 9.
[937] *Ibid.,* n° 10. Cette fonction de prévention spéciale est considérée comme une « réalité plus sérieuse » que l'intimidation collective mise en œuvre par la prévention générale : Bernard BOULOC, *ibid*., p. 8, n° 10.
[938] La peine a d'ailleurs « toujours rempli une fonction de rétribution ». Elle intervient en effet « à raison de la faute commise par l'auteur de l'infraction et doit être fixée en tenant compte de la gravité de cette faute » : Bernard BOULOC, *ibid.,* p. 5, n° 6.
[939] Frédéric DESPORTES, Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 21, n° 48.

néanmoins créé afin d'éviter la récidive du ressortissant maghrébin et de l'inciter à renoncer à son projet d'émigrer vers l'Union.

232. Conséquence – Cette primauté de la fonction préventive entraîne des conséquences sur le droit pénal dont l'application est subordonnée, au regard du principe de nécessité, à l'existence d'une atteinte grave à une valeur sociale protégée[940]. Un tel encadrement permet de limiter la création des incriminations pénales ; il est donc essentiel car le droit pénal n'est pas « neutre »[941] : il constitue au contraire un droit répressif qui va jusqu'à établir des peines d'emprisonnement de nature à priver de liberté les personnes concernées. Le droit pénal symbolise donc « l'extrême »[942] et il est, en cela, destiné à ne s'appliquer qu'à « l'essentiel »[943]. « Marqué du sceau de la gravité »[944], le droit pénal est donc limité à l'existence de valeurs sociales ou de biens juridiques[945] qui mettent en lumière son caractère subsidiaire. La valeur sociale peut recouvrir « tout ce qui anime le législateur dans sa politique répressive, tout ce qui le détermine à élever au rang des infractions les différents comportements qu'il sanctionne […] »[946], tandis que le bien juridique se définit comme « un bien (c'est-à-dire un intérêt, une valeur) socialement important et digne de protection pénale »[947]. Le droit pénal intervient donc pour « sanctionner des comportements qui affectent gravement l'ordre public en atteignant les valeurs fondamentales que se donne le corps social dans son ensemble »[948]. Plus encore, c'est l'atteinte grave à une valeur sociale qui rend l'incrimination légitime[949]. Or, le délit d'émigration n'a pas été créé au regard de l'atteinte grave portée à une valeur sociale protégée, pas plus, d'ailleurs, que le délit d'immigration. La pénalisation des ressortissants nationaux le démontre, tant il semble difficile d'établir la gravité de leur comportement et d'identifier la valeur sociale atteinte par celui-ci. Dès lors, les délits de sortie et d'entrée irrégulières des ressortissants nationaux n'ont pas été établis au regard de la nécessité de punir la commission

---

[940] Voir Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit,* p. 61, n° 84 et suivants.
[941] Yves MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.,* p. 27, n° 18.
[942] *Ibid.*
[943] *Ibid.*
[944] *Ibid.*
[945] André DECOCQ, *Droit pénal général,* Armand Colin, 1971, p. 81.
[946] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit,* n° 18, p. 27, cité par Pierre CASTERA, « Le principe de nécessité de la loi. Le point de vue du constitutionnaliste », *in Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Actes du colloque organisé les 8 et 9 novembre 2012 par le CERCLLE et l'ISCJ de l'Université Montesquieu-Bordeaux, Cujas, 2013, p. 41.
[947]Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie,* Paris, LGDJ, 2010, p. 174 ; voir également Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, collection Fondation Varenne, n° 39, janvier 2011.
[948] Olivier CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal – Thèse radicale *», Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales, op. cit.,* p. 22.
[949] Pierre CASTERA, « Le principe de nécessité de la loi. Le point de vue du constitutionnaliste », *op. cit.*

d'une atteinte grave à une valeur sociale protégée au sein du droit maghrébin, mais davantage en considération d'intérêts politiques qui rendent indispensable la prévention de la formation d'une migration à destination de l'Union. La primauté de la fonction préventive sur la fonction répressive du droit pénal tend à décomplexer l'utilisation de cette branche du droit en l'éloignant des limites établies par le principe de légalité, jusqu'à établir une pénalisation contraire au droit de quitter son pays et d'y revenir.

B. Une infraction contraire au droit de quitter son pays et d'y revenir

233. Les délits d'entrée et de sortie irrégulières s'inscrivent en violation du droit de quitter son pays et d'y revenir, par leur absence de nécessité **(1)** et de proportionnalité **(2)**.

1. Une absence de nécessité

234. Droit de quitter son pays et d'y revenir – Les délits d'entrée et de sortie irrégulières établis à l'encontre des ressortissants nationaux s'imposent en contradiction avec les dispositions constitutionnelles des pays maghrébins, qui protègent toutes le droit de quitter son pays[950], mais également celui d'y revenir[951]. Ces droits font écho à l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme qui affirme également le droit, pour toute personne, « de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ». Conformément aux pratiques des Nations-Unies en matière de droits de l'Homme, cette disposition est reprise de manière spécifique par l'article 12 §2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé et ratifié par le Maroc[952], la Tunisie[953] et l'Algérie[954], qui reconnaît que « [t]oute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien »[955] et que « [n]ul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays »[956]. Or, les délits d'entrée et de sortie irrégulière du ressortissant national portent bien atteinte au droit de quitter son pays et d'y revenir en appliquant des sanctions pénales à l'encontre de l'individu qui se risquerait à

[950] Article 24 de la Constitution tunisienne ; article 24 de la Constitution marocaine ; article 44 de la Constitution algérienne. Voir : Delphine PERRIN, « Immigration et création juridique au Maghreb. La fragmentation des mondes et des droits », », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes. Immigration sur émigration,* Karthala, 2009, p. 250.
[951] Article 25 de la Constitution tunisienne ; article 24 de la Constitution marocaine ; article 44 de la Constitution algérienne.
[952] Signature le 19 janvier 1977, ratification le 3 mai 1979.
[953] Signature le 30 avril 1968, ratification le 18 mars 1969.
[954] Signature le 10 décembre 1968, ratification le 12 septembre 1989.
[955] Article 12.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, entré en vigueur le 23 mars 1976.
[956] Article 12.4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

franchir les frontières de son pays sans posséder les documents de voyage nécessaires à son entrée dans un pays étranger. Ces délits conditionnent donc la sortie du ressortissant national à une situation administrative précise, liée à son émigration. Il s'agit d'une dissuasion par la répression qui limite par essence le droit de quitter son pays et d'y revenir. Pire, le ressortissant national poursuivi et jugé pour entrée ou sortie irrégulière s'expose à une peine d'emprisonnement qui le sanctionnera d'avoir usé d'un droit reconnu non seulement par la Constitution de son pays, mais également par les textes internationaux signés et ratifiés par ce dernier. Les délits de sortie irrégulière portent ainsi atteinte à l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme sans pouvoir être considérés par les juges nationaux comme une restriction permise par ces textes.

235. Une restriction non autorisée – Les seules restrictions permises par le Pacte doivent être « prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte »[957]. Or, appliqués au ressortissant national, les délits d'entrée et de sortie « irrégulières » ne revêtent aucune atteinte à l'ordre public ou à la sécurité de l'État et, de toute évidence, les lois tunisienne, marocaine et algérienne ne font aucune référence à ce type d'atteinte ou à l'objectif poursuivi par l'incrimination. La lutte contre l'immigration irrégulière pourrait certes être considérée comme un objectif de protection de l'ordre public. Néanmoins, le délit d'émigration punit la sortie du territoire : il ne peut par conséquent être considéré comme un outil de lutte contre l'immigration irrégulière, puisqu'il vient sanctionner pénalement des individus, nationaux ou non, qui *quittent* le territoire national. Par ailleurs, en s'adressant également au ressortissant national, les délits d'entrée et de sortie irrégulières révèlent leur déconnexion de tout objectif de lutte ou de gestion de l'immigration irrégulière. Ces infractions sont ainsi dépourvues de toute nécessité, alors que les restrictions apportées au droit de quitter son pays et d'y revenir doivent être nécessaires pour protéger notamment l'ordre public en vertu de l'article 12.3 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

236. Doublon – Cette absence de nécessité est également révélée par le caractère « doublon » du délit d'émigration qui vient punir des actes qui pouvaient déjà être appréhendés par la loi pénale. Le Code pénal algérien punit toute personne qui quitte « le territoire national

[957] Article 12.3 du Pacte.

d'une façon illicite, en utilisant lors de son passage à un poste frontalier terrestre, maritime ou aérien, des documents falsifiés ou en usurpant l'identité d'autrui ou tout autre moyen frauduleux, à l'effet de se soustraire à la présentation de documents officiels requis ou à l'accomplissement de la procédure exigée par les lois et règlements en vigueur »[958]. Ce délit d'émigration algérien semble ainsi punir un acte frauduleux : le fait d'utiliser des documents falsifiés pour obtenir la « permission » de sortir du territoire national. Or, cet acte frauduleux se rapproche directement du délit de « faux commis dans certains documents administratifs », que le Code pénal algérien réprime déjà en son article 222 précisant que « [q]uiconque contrefait, falsifie ou altère les permis, certificats, livrets, cartes, bulletins, récépissés, passeports, ordres de mission, feuilles de route, laissez-passer ou autres documents délivrés par les administrations publiques en vue de constater un droit, une identité ou une qualité, ou d'accorder une autorisation, est puni d'un emprisonnement de six (6) mois à trois (3) ans et d'une amende de mille cinq cents (1.500) à quinze mille (15.000) DA ». L'article 222 du Code pénal algérien incrimine donc la falsification ou la contrefaçon de documents de voyages, à savoir des passeports, des feuilles de route, des laissez-passer ou plus généralement des documents délivrés par les administrations. Dans ce cadre, l'individu qui tente de quitter le territoire national algérien à l'aide de documents falsifiés peut parfaitement être poursuivi et condamné en vertu de cette disposition. Le délit d'émigration, en ce qu'il incrimine la sortie du territoire à l'aide de documents falsifiés, fait office de « doublon » dépourvu d'utilité en matière de répression. Cette infraction apparaît dès lors dénuée de toute nécessité répressive ; nécessité dont l'absence révèle le but davantage « politique » que « juridique » de l'établissement d'une telle incrimination. C'est en effet ici que se constate la volonté du législateur de prouver son action en matière de lutte contre l'immigration irrégulière à destination de l'Union européenne, avec l'édification d'un délit propre à la lutte contre l'immigration irrégulière qui vient incriminer un comportement qui aurait très bien pu être puni en vertu d'autres incriminations « de droit commun », sans lien avec la politique migratoire. Cette volonté d'affichage se constate également dans la multiplicité des éléments constitutifs de l'infraction puisque le législateur maghrébin autorise l'incrimination à embrasser, en plus de la fraude commise lors de l'émigration, toute sortie effectuée en dehors des points de passage frontaliers. Peu importe que l'individu soit en règle avec l'administration, il peut être poursuivi dès lors qu'il sort du territoire algérien, marocain ou tunisien, en dehors des postes frontières. Cette seconde facette du délit d'émigration a l'avantage important d'étendre les poursuites à l'encontre d'individus

[958] Article 175 *bis* 1, alinéa 2 du Code pénal algérien.

qui tenteraient de quitter le territoire national en se soustrayant à la présentation des documents nécessaires à cette sortie, car cette dernière est présumée être effectuée dans le but de rejoindre le territoire de l'Union et d'y pénétrer de manière irrégulière. C'est ici qu'apparaît le *sens* de l'édification d'un tel délit. L'émigration irrégulière est réprimée pénalement non pas parce qu'elle atteint les intérêts de l'État créateur de l'incrimination, mais parce qu'elle atteint ceux de l'État destinataire des émigrants. Cet objectif ne peut en aucun cas permettre d'établir la nécessité d'un tel délit.

2. Une absence de proportionnalité

237. Proportionnalité – Le Pacte international sur les droits civils et politiques impose également que les restrictions effectuées à l'entrée ou à la sortie d'un pays soient proportionnées, c'est-à-dire « appropriées pour remplir leurs fonctions de protection »[959]. Elles doivent encore « constituer le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre d'obtenir le résultat recherché et […] être proportionnées à l'intérêt à protéger »[960]. Or, non seulement les délits d'entrée et de sortie irrégulières ne remplissent aucune fonction de protection de l'ordre public en ce qu'ils ne permettent pas de lutter contre l'immigration irrégulière au sein du territoire national, mais ils constituent surtout le moyen le plus coercitif en ayant recours à des sanctions pénales incluant une peine d'emprisonnement. Par ailleurs, « les exigences d'un État voisin qui ne veut pas recevoir l'émigrant ne sauraient évidemment pas constituer un motif valable pour les autorités de départ »[961] leur permettant d'instaurer des sanctions pénales liées à l'émigration ou à l'immigration irrégulière de leurs propres ressortissants. Dans cette hypothèse, ce serait en effet le sens même du droit de quitter son pays qui serait atteint, car que vaudrait « le droit de quitter un pays si n'exist[ait] pas le droit concomitant d'entrer dans un autre pays ? »[962]. Les délits d'entrée et de sortie irrégulières appliqués au ressortissant national et à l'étranger ne peuvent ainsi entrer dans les restrictions autorisées par le Pacte. Cette analyse est encore renforcée par l'étude de la jurisprudence de la

[959] Observations générales adoptées par le Comité des droits de l'Homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international sur les droits civils et politiques, point 14. Disponible à l'adresse suivante : http://www.refugeelawreader.org/fr/fr/francia/section-ii/cadre-international-pour-la-protection-des-refugies/ii1-principes-et-concepts-du-droit-des-refugies/ii-1-7-le-droit-de-quitter-un-pays/actes-concertés-non-conventionnels-6/9008-comité-des-droits-de-l'homme-des-nations-unies,-'observation-générale-n° 27-liberté-de-circulation',-novembre-1999/file.html
[960] *Ibid.*
[961] Alain MORICE, « Conceptualisation des migrations et marchandages internationaux », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes : immigration sur émigration*, Karthala, 2009, p. 206.
[962] *Ibid.*

Cour européenne des droits de l'Homme à laquelle, certes, les États algérien, marocain et tunisien ne sont pas soumis, mais qui apporte un éclairage sur l'interprétation de l'article 12 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

238. Cour européenne des droits de l'Homme – Le 27 novembre 2002[963], la Cour européenne des droits de l'Homme s'est prononcée pour la première fois sur la compatibilité des interdictions de voyager destinées à prévenir les infractions aux législations nationales ou étrangères sur l'immigration, avec l'article 2 du Protocole 4 de la Convention qui établit un droit similaire à celui de l'article 12 du Pacte international. Dans cette affaire, le requérant bulgare, qui bénéficiait d'un visa étudiant aux États-Unis, y avait finalement abandonné ses études pour y exercer un emploi rémunéré. Cet abandon avait conduit à son expulsion du territoire américain pour avoir contrevenu aux règles inhérentes à son visa étudiant. De retour en Bulgarie, le requérant avait été frappé d'une interdiction administrative de voyager d'une durée de deux ans pour contravention aux règles d'immigration dans un pays étranger. L'article 76 § 6 de la loi bulgare disposait en effet qu'un ressortissant bulgare qui avait été expulsé d'un pays étranger pour infraction à la législation de celui-ci sur l'immigration pouvait être frappé de l'interdiction de quitter la Bulgarie et se voir refuser un passeport pendant une période de deux ans. Après avoir épuisé les voies de recours interne, le requérant avait saisi la Cour européenne des droits de l'Homme qui était alors invitée à se prononcer pour la première fois sur la compatibilité de la mesure avec l'article 2 du Protocole 4 de la Convention. À l'instar de l'article 12 du Pacte international sur les droits civils et politiques, l'article 2 du Protocole 4 stipule que « [t]oute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien »[964]. Il autorise également que soient établies des ingérences à ce droit en précisant que l'exercice de [ce droit] ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »[965]. Il s'agissait donc pour la Cour d'établir si l'interdiction de voyager bulgare pouvait entrer dans l'une des restrictions prévues par l'article 2 §3 du Protocole.

[963] Cour européenne des droits de l'Homme, 27 novembre 2002, *Stamose c. Bulgarie*, n° 29713/05.
[964] Article 2.2 du Pacte international sur les droits civils et politiques. L'article 3.2 précise que « [n]ul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant ».
[965] Article 2.3 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

La Cour s'est refusée à une telle analyse en jugeant la mesure litigieuse contraire audit article. Elle a en effet considéré non proportionnée l'interdiction de voyager bulgare qu'elle a qualifiée de « mesure […] générale et dépourvue de discernement »[966] et a relevé que les conséquences logiques d'une contravention aux règles d'immigration d'un pays seraient l'expulsion, par ledit État, de l'individu concerné et l'infliction d'une interdiction de retour dans cet État. L'interdiction de voyager bulgare s'inscrivait donc dans une logique bancale qui consistait à sanctionner un ressortissant en lui interdisant la sortie du territoire, pour l'infraction aux règles d'immigration qu'il a commise à l'étranger ; autrement dit, l'État bulgare avait sanctionné le requérant alors même que « l'on ne peut considérer [qu'il avait été] directement touché par l'infraction »[967] de ce dernier. La Cour a par ailleurs relevé le caractère injustifié de la mesure administrative et l'absence de considération de la situation personnelle du requérant, avant d'en déduire que l'interdiction litigieuse pouvait s'analyser en une restriction générale et « presque » automatique[968]. Enfin, si la Cour a admis que la création de l'interdiction de voyager bulgare peut avoir été créée dans un contexte de « courtoisie internationale » afin d' « apaiser les craintes que pouvaient avoir notamment les Etats membres d'alors de l'Union européenne quant à l'immigration illégale en provenance de Bulgarie »[969], elle a néanmoins jugé que la mesure « telle qu'appliquée au requérant ne peut pas être justifiée par le simple fait qu'elle ait pu être provoquée par cette pression »[970]. Une interdiction de quitter le pays dont on est ressortissant ne pourrait ainsi être légitime que dans des « situations impérieuses » et ne saurait en aucun cas être automatique[971]. Cet arrêt met en lumière l'impossibilité d'établir une interdiction automatique de voyager à l'encontre des ressortissants nationaux ayant contrevenu aux règles d'immigration d'un État étranger. La Cour a subordonné cette interdiction à des « nécessités impérieuses » qui ne peuvent en aucun cas être reconnues dans un seul contexte de « courtoisie internationale ». Les juridictions chargées du contrôle de la mesure auraient dû établir la présence d'éléments propres au requérant tels que ses antécédents judiciaires, la gravité de l'infraction commise à l'étranger, le risque qu'il réitère l'infraction au sein d'autres États, mais également sa situation personnelle, familiale et financière. Si les droits maghrébins ne sont pas soumis aux décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, cet arrêt permet

[966] Cour européenne des droits de l'Homme, 27 novembre 2002, *Stamose c. Bulgarie*, *op. cit.,* § 34.
[967] *Ibid.,* § 34.
[968] *Ibid.,* § 35.
[969] *Ibid.,* § 36.
[970] *Ibid.,* § 36.
[971] *Ibid.,* § 36.

toutefois d'éclairer l'interprétation de l'article 12 du Pacte international sur les droits civils et politiques ; Pacte que les droits maghrébins sont tenus d'appliquer.

239. Droits maghrébins – Contrairement à la situation présente dans l'arrêt *Stamose*, l'impossibilité, pour les ressortissants algériens, marocains et tunisiens de quitter leur pays n'est pas établie par une mesure administrative d'interdiction de sortie ou de voyager mais par une incrimination qui sanctionne pénalement le fait de quitter le territoire de manière clandestine. Ce caractère clandestin recouvre soit, pour les délits marocain et algérien, l'utilisation de faux documents ou de tout autre moyen frauduleux[972] ou encore le passage par des lieux autres que les points frontaliers[973], soit, pour le délit tunisien, le fait de quitter le territoire sans être muni des documents officiels[974]. Autrement dit, la sortie « clandestine » du territoire effectuée par le ressortissant national est punie pour ce qu'elle est : un acte d'émigration vers un État étranger. Lorsque le ressortissant commet cet acte, il encourt – outre une peine d'amende – une peine d'emprisonnement de deux à six mois en droit algérien, de un à dix mois en droit marocain, et une peine de 15 jours à six mois pouvant être doublée en cas de récidive en droit tunisien. C'est donc la mise en œuvre d'une contrainte pénale, de la garde-à-vue jusqu'à l'emprisonnement, qui permet d'empêcher l'individu de sortir du territoire. En plus d'être une infraction pénale aux effets bien plus coercitifs qu'une mesure administrative d'interdiction, le délit de sortie irrégulière est infligé au ressortissant sans considération de son passé judiciaire. Les délits d'émigration maghrébins étant des infractions obstacles *clandestines* qui ne s'assument pas, leur application n'est pas subordonnée à l'existence d'une infraction aux règles d'immigration commise sur un territoire étranger. Le ressortissant est puni pénalement pour un acte dérisoire qui – comme nous l'avons vu – ne touche pas l'État incriminateur. Plus encore, le délit de sortie irrégulière s'applique à lui avant même qu'il ne commette un délit d'entrée irrégulière sur le territoire de l'Union ; avant même, donc, qu'il ne commette une infraction aux règles d'immigration d'un État étranger. Autrement dit, le délit d'émigration maghrébin n'est pas *consistant* et ne peut être qualifié de nécessaire au regard des exigences de l'article 2 du Protocole 4. Les sanctions pénales encourues, et notamment les peines d'emprisonnement établies, annulent toute proportionnalité du délit édicté. L'arrêt *Stamose* révèle qu'un tel délit ne saurait en aucun cas être considéré comme nécessaire alors même qu'il punit un comportement parfois dérisoire – tel que le fait de quitter son propre pays en dehors des

[972] Article 175 *bis* 1 du Code pénal algérien ; article 50 de la loi marocaine du 11 novembre 2003.
[973] *Ibid.*
[974] Article 35 de la loi tunisienne du 14 mai 1975.

passages frontaliers, ou en étant démuni de documents officiels. Ce caractère dérisoire annule toute proportionnalité des sanctions d'emprisonnement encourues, ces dernières étant établies de manière automatique, sans que le législateur ne les aient subordonnées, par exemple, à l'existence d'une infraction aux règles d'immigration commise sur un territoire étranger, ou encore à la probabilité que cette infraction soit réitérée. Au regard de l'arrêt *Stamose* précité, le délit d'émigration irrégulière peut être jugé contraire au droit de quitter son pays établi par le Protocole 4 à la Convention mais également par le Pacte international sur les droits civils et politiques, en ce qu'il établit une sanction automatique qui ne peut être qualifiée de nécessaire.

240. Opposition historique – Enfin, à l'impossibilité juridique pour un pays donné de pénaliser l'émigration de ses ressortissants s'ajoute une opposition historique : le droit de quitter son pays a été consacré à l'après-guerre afin d'éradiquer définitivement la pratique des pays du bloc soviétique qui « avaient inventé sans le nommer »[975] le crime d'émigration. Dès lors, méconnaître la contrariété de l'incrimination d'émigration irrégulière à l'égard des ressortissants nationaux reviendrait à nier l'essence même du droit de quitter son pays.

CONCLUSION DE LA SECTION I

241. Le développement de la dimension extérieure de la politique migratoire de l'Union a revêtu une incidence pénale sur les législations des États du Maghreb qui ont adopté des incriminations visant à réprimer le départ des étrangers mais également de leurs nationaux vers l'Union, en contrariété évidente avec le droit de quitter son pays et d'y revenir. Les délits d'entrée et de sortie irrégulières établis par les législateurs maghrébins témoignent ainsi d'une pénalisation inversée destinée à punir la migration irrégulière à destination des États membres de l'Union. De manière plus particulière, le délit d'émigration irrégulière constitue une infraction obstacle de nature à empêcher la migration. La création de ce délit bouleverse les fonctions du droit pénal car s'il entraîne l'infliction d'une sanction pénale, ce caractère punitif n'est établi qu'au regard d'un résultat préventif : éviter la formation d'une migration irrégulière à destination de l'Union. La fonction préventive du droit pénal dépasse alors sa fonction répressive, qui nécessite pourtant que cette branche du droit soit strictement encadrée par le principe de légalité, et plus précisément par les principes de nécessité et de subsidiarité. La primauté de la fonction préventive du droit pénal conduit au contraire à éloigner ce dernier des

[975] Alain MORICE, « Conceptualisation des migrations et marchandages internationaux », *op. cit.*, p. 207.

bornes établies par le principe de nécessité, relatives à l'existence d'une atteinte grave à une valeur sociale protégée. Or, le délit d'émigration n'est en aucun cas établi dans ce cadre et poursuit des intérêts davantage politiques : il ne s'agit de rien d'autre que de prévenir l'immigration irrégulière au sein de l'Union en passant par une pénalisation de l'émigration, et d'assurer ainsi aux États du Maghreb un statut de partenaire privilégié auprès de l'Union. La conséquence inévitable de ce bouleversement des fonctions du droit pénal a trait à un recours décomplexé à cette branche du droit qui conduit, comme le démontre encore la pénalisation de l'immigration irrégulière présente sur le territoire maghrébin, à l'établissement d'une répression quasiment dépourvue de limite.

SECTION II. UNE PÉNALISATION DE L'IMMIGRATION IRRÉGULIÈRE

242. Depuis plusieurs années, le Maghreb est confronté à la « nouvelle réalité sociétale »[976] de l'immigration irrégulière[977]. « En se greffant sur [la] circulation euromaghrébine », celle-ci amplifie l'émigration à destination de l'Europe[978]. Dans ce contexte, l'interférence de l'Union a conduit les États du Magheb à développer, parallèlement à la création et au renforcement des délits d'entrée et de sortie irrégulières, leur droit pénal de l'immigration[979]. L'étude des incriminations et des sanctions créées par la loi marocaine de 2003 révèle ainsi une captation parfaite de la législation pénale migratoire établie au sein des États membres de l'Union, et particulièrement au sein du droit français. Mais au-delà de cette répression mimétique **(Paragraphe I)**, le droit pénal de l'immigration des États du Maghreb témoigne d'une répression plus importante, dont la fonction est, là encore, purement préventive. Dans ce contexte, les pays du Maghreb ont renforcé la pénalisation des étrangers en situation irrégulière sur leur territoire et de leurs aidants **(Paragraphe II)** dans l'objectif d'éviter, par la contrainte pénale, leur départ vers l'Union.

Paragraphe I. Une répression mimétique au droit français

243. L'expansion, voire la création des incriminations liées à l'irrégularité de l'étranger[980] au sein des pays du Maghreb, est considérée depuis quelques années comme étant le produit de l'externalisation, de la dimension externe de la politique migratoire de l'Union. À ce titre, l'exemple du Maroc révèle une « prise en main » de la répression de l'immigration irrégulière, telle qu'elle est conçue au sein des États membres de l'Union. Alors que le Dahir marocain de

---

[976] Ali BENSAAD, « Introduction. Immigration sur émigration. Le Maghreb entre " rétrécissement " du monde et mutations socio-spatiales », *op. cit.,* p. 8. En Algérie, la ville de Tamanrasset, qui compte entre 100 000 et 120 000 habitants, abrite 50 000 migrants africains : Ali BENSAAD, « L'immigration en Algérie. Une réalité prégnante et son occultation officielle », *op. cit.*, p. 7.

[977] L'apparition de cette immigration irrégulière au sein du Maghreb est notamment liée au durcissement de la lutte contre la migration irrégulière à l'échelle de l'Union. Ne parvenant plus à atteindre le territoire européen, les migrants – en majorité subsahariens – demeurent au sein des pays du Maghreb. Leur immigration de transit, destinée à ne durer que le temps nécessaire à leur départ vers l'Union, se transforme alors en une véritable installation sur le territoire : Ali BENSAAD, « Introduction. Immigration sur émigration. Le Maghreb entre " rétrécissement " du monde et mutations socio-spatiales », *ibid.,* p. 9

[978] Cette immigration « se projette […] sur l'Europe » : Ali BENSAAD, *ibid.,* p. 8.

[979] Cette répression pénale a rendu plus difficile l'émigration vers l'Union, mais elle a égalemnt revêtu une incidence sur les circulations traditionnelles (commerçantes notamment) : Ali BENSAAD, *ibid.,* p. 10.

[980] Certains utilisent le qualificatif de « transmigrants » pour montrer que cette immigration spécifique est destinée à n'être qu'en transit, ne fait que traverser le territoire maghrébin pour s'installer ailleurs, notamment en Europe : Claire ESCOFFIER, « Transmigration et communautés d'itinérances au Maghreb », *in* Ali BENSAAD, *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes. Immigration sur émigration*. Editions Karthala, 2009, p. 44.

1949 ne réprimait que l'émigration irrégulière du travailleur marocain, la loi du 11 novembre 2003 est venue organiser un cadre administratif et répressif de l'immigration irrégulière identique au système français **(A)**. Cette surprenante similitude entre les deux régimes démontre que la relation de pouvoir qui s'est établie entre le Maghreb et l'Union a produit une circulation des normes françaises et de l'Union vers la rive Sud de la Méditerranée dans le but de tarir les flux migratoires à destination du territoire européen **(B)**.

A. Un régime juridique de l'immigration irrégulière similaire au droit français

244. Mimétisme du régime pénal – Le régime juridique de l'immigration irrégulière au Maroc révèle de nombreuses similitudes avec le droit français. Cette ressemblance se constate d'abord dans la pénalisation de l'immigration irrégulière entreprise par le législateur maghrébin. Pour exemple, ce dernier a créé, parallèlement à la pénalisation de l'entrée irrégulière de l'étranger sur le territoire[981], un délit de retour irrégulier similaire au droit français. Tout comme la répression établie à l'article L. 624-1-1 alinéa 1 du CESEDA français[982], la loi marocaine punit ainsi l'étranger qui pénètre de nouveau sur le territoire après avoir été expulsé ou avoir fait l'objet d'une interdiction du territoire[983]. C'est ensuite le maintien irrégulier de l'étranger qui fait l'objet de plusieurs incriminations, punissant d'abord l'étranger « qui s'est maintenu sur le territoire marocain au-delà de la durée autorisée par son visa »[984], et ensuite l'étranger « qui s'est maintenu sur le territoire marocain dont la carte d'immatriculation ou la carte de résidence est arrivée à expiration et qui ne formule pas, dans les délais prescrits par la loi, une demande de renouvellement »[985]. Cette incrimination anticipe un séjour irrégulier qui fait également l'objet d'une pénalisation, la loi réprimant le fait de « résider au Maroc sans être titulaire de la carte d'immatriculation ou de la carte de résidence prévue par la loi »[986]. Si ce délit a fait l'objet d'une abrogation en droit français, il n'en demeure pas moins qu'il était encore en vigueur en 2003, lorsque la loi marocaine a été adoptée.

---

[981] Article 42 de la loi 02-03 du 11 novembre 2003 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, *Bulletin Officiel n° 5162.*

[982] Cet article dispose que « [t]out étranger qui se soustrait ou qui tente de se soustraire à l'exécution d'une mesure de refus d'entrée en France, d'une interdiction administrative du territoire, d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'une obligation de quitter le territoire français ou qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire, d'une interdiction administrative du territoire, d'une interdiction de retour sur le territoire français ou d'une interdiction de circulation sur le territoire français, pénètre de nouveau sans autorisation en France est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement ».

[983] Article 45 de la loi 02-03 du 11 novembre 2003. La peine est de six mois à deux ans d'emprisonnement.

[984] Article 42 de la loi 02-03 du 11 novembre 2003.

[985] Article 44 de la loi 02-03 du 11 novembre 2003.

[986] Article 43 de la loi 02-03 du 11 novembre 2003.

Au-delà de ces incriminations qui punissent la présence irrégulière de l'étranger sur le territoire français, le législateur marocain a également élaboré, à l'instar du législateur français, des infractions relatives à la violation des mesures administratives imposées aux étrangers irréguliers présents sur le territoire. La loi marocaine de 2003 punit ainsi la soustraction à une mesure de reconduite à la frontière ou à une décision d'expulsion[987], ou la violation des règles d'assignation à résidence[988], de la même manière que le droit français[989]. Mais ce mimétisme ne s'arrête pas au cadre pénal : il déborde sur le régime administratif de l'immigration irrégulière.

245. Mimétisme du régime administratif – Le mimétisme du régime administratif marocain à l'égard du droit français est révélé par le dispositif juridique de la zone d'attente, précédemment étudié[990]. Ce dernier a en effet été créé par la loi marocaine de 2003 qui précise dans son article 38 que « l'étranger qui arrive au territoire marocain, par voie maritime ou aérienne, et qui n'est pas autorisé à y entrer, ou demande son admission au titre de l'asile, peut être maintenu dans la zone d'attente du port ou de l'aéroport pendant le temps strictement nécessaire à son départ ou à l'examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée ». La loi marocaine utilise donc non seulement le même qualificatif de « zone d'attente » que le droit français, mais elle prévoit également les mêmes règles[991]. La zone d'attente marocaine est ainsi, de la même manière que la zone d'attente française, extensible et « peut inclure, sur l'empire du port ou de l'aéroport, un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations convenables »[992]. La durée et les conditions de prolongation du maintien en zone d'atteinte sont également identiques au droit français, la loi marocaine précisant que l'administration peut décider d'un maintien en zone d'attente durant quarante-huit heures, renouvelable une fois. Au-delà de quatre jours de

[987] Article 45 de la loi 02-03 du 11 novembre 2003.
[988] Article 46 de la loi 02-03 du 11 novembre 2003.
[989] Article L. 624-1 du CESEDA : « [t]out étranger qui, faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière, d'une obligation de quitter le territoire français, d'une interdiction administrative du territoire ou d'une interdiction judiciaire du territoire, se sera maintenu irrégulièrement sur le territoire français sans motif légitime, 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, sera puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende » ; l'article L. 624-1-1 alinéa 2 prévoit une peine de trois ans d'emprisonnement à l'encontre de « l'étranger maintenu en zone d'attente ou en rétention administrative qui se soustrait ou tente de se soustraire à la mesure de surveillance dont il fait l'objet ». Concernant la soustraction à une mesure d'assignation à résidence, voir l'article L. 624-4 du CESEDA.
[990] Voir *supra* chapitre I, n° 39 et suivants.
[991] Pour un exposé de la zone d'attente française, voir *supra* n° 44-50 et les articles L. 221-1 à L. 224-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France.
[992] Article 38 de la loi n° 02-03 du 11 novembre 2003 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, *Bulletin Officiel n° 5162.*

maintien, un magistrat du siège, comme en France, peut prolonger le maintien de huit jours supplémentaires. Après douze jours de maintien, ce dernier peut une nouvelle fois être prolongé de huit jours sur autorisation du président du tribunal de première instance. La fiction juridique du maintien en zone d'attente, sa durée, et les conditions de son renouvellement sont donc strictement identiques au régime organisé par le droit français, et ne font « que copier certaines méthodes appliquées ailleurs »[993]. Il apparaît alors que ce mimétisme est le fruit du déplacement, vers les pays de la rive Sud de la Méditerranée, du régime juridique applicable à l'étranger en droit français.

B. Une circulation horizontale des normes

246. Circulation – Les ressemblances du régime juridique marocain avec le régime juridique français révèlent que les normes françaises ne sont pas restées localisées sur le territoire de la République mais se sont « exportées », déplacées vers d'autres systèmes juridiques. La norme a ainsi *circulé* au-delà d'un système juridique unique. Si la circulation évoque « traditionnellement l'idée d'un mouvement en circuit fermé, il renvoie aujourd'hui beaucoup plus largement à l'idée d'un mouvement qui se propage, *voir à celle d'un simple déplacement* »[994]. La circulation d'une norme ne se conçoit donc pas d'une manière purement interne, et peut désigner l'exportation, le déplacement d'un régime juridique d'un système national à l'autre. Elle fait référence à l'extension, à la propagation, à la diffusion, et surtout au déplacement des normes d'un territoire à l'autre, en fonction des relations établies entre eux.

247. Relation – Dans sa dimension territoriale, la circulation est ainsi entendue comme « une relation qui fait qu'une norme dans un espace juridique est la "copie" de celle d'un autre espace juridique »[995]. Or, c'est exactement le cas de la pénalisation de l'étranger irrégulier organisée par la loi marocaine de 2003, qui démontre un cadre juridique identique à celui établi par le droit français antérieur à la loi du 31 décembre 2012. La loi marocaine est même l'exacte copie de ce système, « un clonage sécuritaire et […] un "copier-coller" littéral »[996] de

[993] Abdelkrim BELGUENDOUZ, « Le Maroc, vaste zone d'attente ? », *in* Gisti, *Une Europe du rejet*, Plein droit, n° 57, juin 2003.
[994] Jean-Arnaud MAZIERES, « Dynamique des normes et lutte contre le terrorisme », *in* Charlotte GIRARD (dir.) *La lutte contre le terrorisme : l'hypothèse de la circulation des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 297, nous soulignons.
[995] *Ibid.,* nous soulignons.
[996] Abdelkrim BELGUENDOUZ, « Le Maroc, vaste zone d'attente ? », *op. cit.*

l'Ordonnance française de 1945, autant dans les incriminations et les sanctions établies, que dans le régime administratif opéré.

Surtout, l'élaboration et l'entrée en vigueur de la loi marocaine s'inscrivent parfaitement dans la logique du Plan d'action « Maroc » établi par le Groupe de Haut niveau asile-immigration de l'Union pour les années 2002 à 2004[997]. Dans ce projet, le contrôle frontalier est présenté comme « un programme institutionnel de lutte contre l'immigration illégale qui devra aider le gouvernement marocain à renforcer le contrôle des frontières, ***via*** la fourniture des équipements et l'assistance technique nécessaire »[998]. Près de quarante millions d'euros ont été accordés à ce programme, dont les objectifs sont notamment d'assurer une plus grande sécurité des frontières afin de diminuer la criminalité transfrontalière et la migration illégale. Une relation s'est ainsi nouée entre le Maroc et les États membres de l'Union, notamment la France, qui explique le mimétisme opéré par la loi marocaine de 2003 à l'égard du droit interne des États membres. Pour qu'une norme circule d'un espace à l'autre, il faut en effet qu'une relation s'établisse entre ces deux espaces, à la suite de laquelle une norme édictée dans l'un sera adoptée dans l'autre. Cette relation n'est donc pas uniquement verticale, à saisir entre les normes elles-mêmes (par le biais de la hiérarchie) ; elle est également horizontale, s'établissant entre les espaces juridiques qui les reçoivent[999].

248. Relations de pouvoir – Or, cette circulation horizontale des normes s'effectue généralement en raison de l'établissement d'une relation de pouvoir entre les espaces juridiques concernés. Il faut en effet aller au-delà de la simple constatation et s'interroger sur la nature des relations qui lient les espaces juridiques entre eux, afin de comprendre les raisons de la circulation des normes constatée, les raisons de la répétition. Gilles Deleuze écrivait que si « la répétition ne change rien dans l'objet qui se répète, […] elle change quelque chose dans l'esprit qui la contemple »[1000]. C'est ainsi qu'interviennent des notions comme celles d'imitation, d'influence, d'adoption libre ou contrainte d'un modèle : autant de situations qui sont au-delà

[997] *Ibid.* ; Abdelkrim BELGUENDOUZ, « Expansion et sous-traitance des logiques d'enfermement de l'Union européenne : l'exemple du Maroc », Cultures & Conflits, 57 | 2005, 155-219.
[998] Partenariat euro-méditerranéen, Maroc, document de stratégie (2002-2004), Programme indicatif national (2002-2004), 24 octobre 2001, p. 25. Le descriptif de ce projet figure dans le point 7.2.2.2.2, sous le titre « Gestion des contrôles frontaliers », pp. 40-41 ; voir également Abdelkrim BELGUENDOUZ, « Expansion et sous-traitance des logiques d'enfermement de l'Union européenne : l'exemple du Maroc », Cultures & Conflits, 57 | 2005, 155-219.
[999] Jean-Arnaud MAZIERES, « Dynamique des normes et lutte contre le terrorisme », *op. cit*, p. 298.
[1000] Gilles DELEUZE, *Différence et répétition*, Paris, Presses universitaires de France, 1968, p. 96.

des normes elles-mêmes et font apparaître des relations de pouvoir entre les espaces juridiques qui édictent et reçoivent les normes[1001].

La création des régimes pénal et administratif de l'étranger par la loi marocaine de 2003 renvoie l'image d'une adoption au moins influencée, sinon contrainte, du modèle de l'Union ; adoption contrainte par la signature de contrats et de partenariats qui font de la lutte contre l'immigration irrégulière l'objectif primordial et nécessaire à la continuation des relations privilégiées entre Union et pays tiers. Les relations privilégiées entre pays du Maghreb et Union sont véritablement subordonnées à cette répression migratoire effectuée par ces pays tiers en lieu et place des États membres. Tout se passe comme si ces États abandonnaient une partie de leur souveraineté en signant des accords avec les États membres de l'Union et l'Union elle-même. Cette idée de l'abandon de souveraineté a été développée à propos de la lutte antiterroriste menée par les États-Unis, qui, « en désignant comme ennemi combattant tout habitant de la planète, et en faisant de celui-ci un combattant illégal, c'est-à-dire un criminel, […] se donnent une fonction de police qu'ils exercent de façon quasi impériale à l'échelle mondiale »[1002]. Cette affirmation est transposable à la lutte contre l'immigration irrégulière effectuée par les États membres et l'Union par le biais des accords signés avec les pays tiers. Cette lutte est devenue la condition *sine qua non* de l'aide au développement apportée par l'Union. Dès lors, les États tiers ne sont pas en mesure de refuser le contenu des accords et leurs obligations en matière de gestion des flux migratoires, sauf à faire cesser toute relation privilégiée avec l'Union. Ils abandonnent ainsi une partie de leur souveraineté, parfois après plusieurs années de résistance[1003], en acceptant de traiter l'immigration irrégulière au sein de leur territoire pour le compte de l'Union européenne. Le caractère extrêmement répressif de la pénalisation des aidants met néanmoins en lumière une certaine prise en main, par les pays tiers, de la répression de l'irrégularité.

Paragraphe II. Une répression renforcée

249. Si le régime juridique de l'immigration irrégulière en droit marocain révèle un certain mimétisme de la législation française, il semble toutefois exister, au sein du Maghreb, un

[1001] Jean-Arnaud MAZIERES, « Dynamique des normes et lutte contre le terrorisme », *op. cit.,* 299.
[1002] Jean-Claude PAYE, « Ennemi de l'empire », in *Multitudes,* n° 32, printemps 2008 ; voir aussi Mireille DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010.
[1003] L'Algérie a ainsi résisté jusqu'en 2008 : voir Samuel BON, « Les États du Maghreb face à la politique migratoire de l'UE », *in* Philippe ICARD (dir.), *La politique méditerranéenne de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 173.

dépassement de la pénalisation entreprise en droit français. Cette répression, qui « va aujourd'hui au devant des exigences européennes et s'en alimente »[1004], se constate particulièrement dans le délit d'aide à la migration irrégulière[1005]. Ce dernier a connu un renforcement considérable au Maghreb à partir des années 2000, tandis qu'il était en déclin au sein de l'Union – et notamment en France – avec l'instauration d'une immunité pénale. Au-delà d'une pénalisation extensive **(A)**, le délit d'aide à la migration irrégulière a connu, en droit tunisien, un accroissement de sa répression par l'établissement d'un régime dérogatoire au droit commun **(B)**.

A. Une pénalisation extensive

250. Alors que l'aide à la migration irrégulière a connu un recul de la pénalisation au sein du droit français **(1)**, elle a subi un mouvement exactement inverse au sein des pays du Maghreb **(2)**.

1. Le recul de la pénalisation du délit français d'aide à l'immigration irrégulière

251. Première extension de l'immunité pénale – Le droit français punit l'aide à l'immigration irrégulière. Dans son article L. 622-1, le CESEDA dispose que « toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 Euros ». Cette pénalisation de l'aide apportée à l'entrée, au séjour ou à la circulation de l'étranger sur le territoire national est toutefois édictée « sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4 ». Ce dernier est relatif à l'immunité pénale de l'aide au séjour irrégulier – à l'exclusion de l'entrée et de la circulation – d'un étranger en France. Jusqu'en 2013, seuls certains proches de la personne aidée bénéficiaient de cette exemption sans condition. Les autres – personnes physiques ou morales, ne bénéficiaient de cette immunité que si l'acte reproché avait été, « face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la personne de l'étranger, sauf s'il y a[vait] disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a[vait] donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte »[1006]. Les personnes physiques – à l'exception des proches – ou morales devaient

[1004] Ali BENSAAD, « L'immigration en Algérie. Une réalité prégnante et son occultation officielle », *op. cit.,* pp. 36-37.
[1005] Mona BEN JEMIA, « La répression des migrations clandestines en Tunisie », *op. cit.,* p. 268.
[1006] Article L. 622-4, 3° du CESEDA dans sa version en vigueur du 18 juin 2011 au 2 janvier 2013.

donc, pour bénéficier de cette immunité pénale, n'aider que les étrangers dont la vie était en danger. Les aides matérielles liées à la distribution de repas ou au logement de l'étranger, mais également l'aide juridique de ce dernier, pouvaient être passibles, comme en droit tunisien ou algérien, aux poursuites prévues à l'article L. 622-1 du CESEDA. Et même lorsque l'aide était apportée dans le cadre d'un « danger actuel ou imminent », son bénéfice pouvait être refusé si les moyens employés pour aider l'étranger étaient disproportionnés au regard de la gravité de la menace, ou si l'aide avait fait l'objet d'une contrepartie directe ou indirecte. C'est dans ce contexte que la première extension de l'immunité pénale de l'article L. 622-4 du CESEDA est intervenue à la suite de l'arrêt *Mallah c. France*[1007] de la Cour européenne des droits de l'Homme. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si la condamnation d'un ressortissant marocain pour avoir hébergé son gendre, compatriote en situation irrégulière, constituait une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention. Si la Cour a considéré l'affaire recevable en précisant que la « notion de "famille" visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens "familiaux" *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital »[1008], elle a pourtant refusé de reconnaître une violation de l'article 8 en raison de la dispense de peine dont avait bénéficié le gendre poursuivi pour délit d'aide, et qui démontrait selon elle que les autorités avaient « ménagé un juste équilibre entre les divers intérêts en présence, à savoir la nécessité de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions pénales d'une part, et de protéger le droit du requérant au respect de sa vie familiale d'autre part »[1009]. Si, en statuant *in concreto*, la Cour a semblé priver « sa solution de l'essentiel de son intérêt »[1010], cette décision a néanmoins conduit à la première extension de l'immunité pénale de l'article L. 622-4 du CESEDA[1011]. La loi du 31 décembre 2012 a ainsi accordé le bénéfice de cette immunité aux « ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ». Plus encore, elle a étendu l'immunité pénale déjà accordée aux personnes physiques et morales aux situations où « l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et

[1007] Cour européenne des droits de l'Homme, 10 novembre 2011, *Mallah c. France*, n° 29681/08.
[1008] *Ibid*., § 30.
[1009] *Ibid.,* § 40.
[1010] Nicolas HERVIEU, « Conventionalité du "délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger" dit "délit de solidarité" », in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 11 novembre 2011.
[1011] L'étude d'impact de la loi du 31 décembre 2012 a néanmoins révélé le lien direct entre l'arrêt *Mallah* et l'extension de l'immunité pénale en précisant que « quand bien même la France n'a pas été condamnée, les modifications proposées [sur l'extension de l'immunité pénale] ont pour objet de tirer toutes les conséquences de cet arrêt et d'adapter les immunités aux réalités de la vie familiale des personnes » : Point 2.2.2 de l'étude d'impact du Ministère de l'Intérieur du 21 septembre 2012, sur le projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci ». L'immunité pénale du délit d'aide a donc été étendue par une énumération des différents types d'aide soustraits à la répression de l'article L. 622-1. L'exigence d'un « danger actuel ou imminent » avait, elle, cédé sa place à une condition relative au fait de « préserver la dignité ou l'intégrité physique » de la personne aidée. Malgré cette évolution, l'immunité pénale demeurait enserrée dans des conditions particulièrement étroites, notamment au regard du droit de l'Union. La directive du Conseil de l'Union du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers a en effet établi la possibilité pour tout État membre de prévoir une immunité pénale à l'égard de toute personne qui aurait apporté une « aide humanitaire » à l'entrée ou au transit irréguliers d'un étranger sur le territoire[1012]. C'est dans ce cadre que le Conseil constitutionnel a impulsé une seconde extension de l'immunité pénale prévue à l'article L. 622-4 du CESEDA.

252. Seconde extension – Dans sa décision du 6 juillet 2018[1013], le Conseil a reconnu la valeur constitutionnelle du principe de fraternité[1014] et considéré que la disposition précitée ne pouvait, sans méconnaître la Constitution, limiter son application à la seule aide apportée au séjour irrégulier[1015]. Il a dès lors jugé que l'immunité pénale de l'article L. 622-4 du CESEDA devait s'étendre à l'aide à la circulation de l'étranger, celle-ci n'ayant « pas nécessairement pour conséquence, à la différence de [l'aide] apportée à son entrée, de faire naître une situation illicite »[1016]. Le Conseil a par ailleurs déclaré contraire à la Constitution la limitation de celle-ci à certains types d'aide seulement en jugeant que les dispositions de l'article L. 622-4, 3° ne sauraient, « sans méconnaître le principe de fraternité, être interprétées autrement que comme s'appliquant en outre à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire »[1017]. À compter du 1er décembre 2018, l'aide relative à l'entrée irrégulière de l'étranger sur le territoire français sera ainsi la seule à être écartée de l'immunité pénale prévue à l'article L. 622-4 du CESEDA et à encourir une répression pénale. Si, depuis plusieurs années, la pénalisation du délit d'aide à

[1012] Article 1.2 de la directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 *définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers*, nous soulignons. Voir l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, « Mettre fin au délit de solidarité », 18 mai 2017, p. 7.
[1013] Conseil constitutionnel, décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre*, point 12. Voir Claire SAAS, « Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1894.
[1014] Conseil constitutionnel, décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, cons. n° 7-8.
[1015] *Ibid.,* cons. n° 13.
[1016] *Ibid.,* cons. n° 12.
[1017] *Ibid.,* cons. n° 14.

l'immigration irrégulière se restreint au sein du droit français, la situation est exactement inverse au sein des pays maghrébins[1018] qui, en plus d'être encouragés par l'Union et ses États membres à faire preuve d'une plus grande répression, ne sont pas soumis au droit de la Convention européenne des droits de l'Homme.

2. Le renforcement de la répression des délits maghrébins d'aide à l'immigration irrégulière

253. Le renforcement de la répression du délit d'aide à l'immigration irrégulière au sein des droits maghrébins se constate au regard de l'absence d'immunité pénale. Le délit d'aide à l'immigration irrégulière connaît ainsi un champ d'application particulièrement étendu au regard de l'auteur et du « bénéficiaire » de l'infraction (**2.1)**, de la nature de l'aide apportée **(2.2)** et de l'obligation de signalement instaurée **(2.3)**.

2.1 Une définition large de l'auteur et du bénéficiaire du délit d'aide

254. Champ d'application étendu – À l'inverse du droit français, les droits algérien, marocain et tunisien punissent toute aide, qu'elle soit apportée par un particulier ou une association, à titre gratuit ou mercantile[1019]. Le législateur marocain permet ainsi de poursuivre « quiconque organise ou facilite »[1020] l'entrée ou la sortie du ressortissant national ou de l'étranger, que l'aide soit apportée « à titre gratuit ou onéreux ». De son côté, le législateur tunisien sanctionne « quiconque » aura aidé une personne en situation irrégulière, lors de son entrée, de sa sortie, de son séjour ou de sa circulation sur le territoire national, ou bien encore en l'hébergeant, ou en lui fournissant un moyen de transport[1021]. Le droit algérien s'inscrit dans la même logique en permettant de poursuivre « toute personne » sans exception, qui apporterait une aide relative à l'entrée, à la sortie, à la circulation ou au séjour irrégulier de l'étranger[1022],

---

[1018] Delphine PERRIN, « Immigration et création juridique au Maghreb. La fragmentation des mondes et des droits », », *op. cit.,* p. 259.
[1019] Monia BEN JEMIA, « La répression des migrations clandestines en Tunisie », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes*, Karthala, 2009, p. 268 ; Delphine PERRIN, « Immigration et création juridique au Maghreb. La fragmentation des mondes et des droits », », *ibid.,*
[1020] Article 52 de la loi 02-03 du 11 novembre 2003 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, *Bulletin Officiel n° 5162.*
[1021] Les articles 38 à 41 de la loi de 2004 utilisent ainsi le pronom « quiconque » afin de punir largement l'ensemble des aidants.
[1022] Article 46 de la loi algérienne du 25 juin 2008 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie, JORA n° 36, 2 juillet 2008.

ou encore qui logerait un étranger, peu importe sa situation, sans effectuer la déclaration obligatoire prévue par la loi[1023]. Les proches des personnes aidées ne bénéficient donc d'aucune immunité pénale, pas plus que les associations qui sont d'ailleurs plus sévèrement punies. La loi marocaine prévoit en ce sens une aggravation de la peine encourue lorsque l'aide est apportée à titre habituel[1024] ou lorsqu'elle est effectuée par « les membres de toute association ou entente, formée ou établie dans le but de préparer ou commettre » le délit d'aide susvisé[1025]. Une exemption de peine est prévue en droit tunisien uniquement pour l'individu qui, faisant partie d'une organisation ou d'une entente, « aura pris l'initiative de signaler aux autorités compétentes, avant qu'elles ne s'en rendent compte d'elles-mêmes, les renseignements ou informations qui auraient permis de dévoiler les infractions prévues au présent chapitre avant leur commission, d'éviter leur perpétration, de limiter leurs effets, ou de découvrir ou d'arrêter certains ou l'ensemble de leurs auteurs »[1026]. De la même manière, les délits algériens relatifs à l'emploi d'un étranger en situation irrégulière ou au « mariage blanc » ne font logiquement aucune référence à une quelconque immunité pénale, et la personne morale peut également être poursuivie[1027]. Dès lors, les infractions d'aide établies par les droits tunisien et marocain permettent de poursuivre tout « aidant », que celui-ci soit une personne privée ou une personne morale[1028]. La responsabilité de la personne morale peut d'ailleurs être engagée lorsque l'aide est le fait de l'un de ses dirigeants ou agents[1029]. En ne prévoyant aucune immunité pénale concernant l'aide humanitaire ou associative, les délits d'aide à l'immigration irrégulière prévus par les droits tunisien, marocain et algérien, permettent ainsi de poursuivre toute personne qui aurait apporté une aide, de quelque nature qu'elle soit, à un individu en situation irrégulière. Cette absence d'immunité pénale se double d'une définition très large de la personne aidée.

255. Pénalisation de l'aide apportée au ressortissant national – À l'exception du droit algérien, les droits maghrébins pénalisent aussi bien l'aide apportée à l'étranger qu'au

[1023] Article 38 de la loi algérienne du 25 juin 2008.
[1024] Article 52 alinéa 2 de la loi 02-03 du 11 novembre 2003 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, *Bulletin Officiel n° 5162*.
[1025] Article 52 alinéa 3 de la loi 02-03 du 11 novembre 2003 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, *Bulletin Officiel n° 5162*.
[1026] Article 46 de la loi organique n° 2004-6 du 3 février 2004 modifiant et complétant la loi n° 75-40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage, JORT n° 11 du 6 février 2004, p. 252 et suivantes.
[1027] Article 50 de la loi algérienne du 25 juin 2008 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie, JORA n° 36, 2 juillet 2008.
[1028] Delphine PERRIN, « Immigration et création juridique au Maghreb. La fragmentation des mondes et des droits », », *op. cit.,* p. 259.
[1029] Article 51 de la loi organique tunisienne n° 2004-6 du 3 février 2004 modifiant et complétant la loi n° 75-40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage, JORT n° 11 du 6 février 2004, p. 252 et suivantes.

ressortissant national qui entrerait ou sortirait de manière irrégulière du territoire français. Ces délits d'aide à l'entrée ou à la sortie irrégulière du ressortissant national sont le pendant des délits d'émigration et d'immigration, démontrant une pénalisation globale de ce processus. La loi marocaine de 2003 punit ainsi « toute personne qui prête son concours ou son assistance pour l'application des faits »[1030] relatifs à l'entrée ou à la sortie irrégulière du territoire marocain, qui concernent aussi bien l'étranger que le ressortissant national[1031]. En sanctionnant l'aide apportée à l'entrée ou à la sortie clandestine « d'une personne du territoire tunisien », la loi tunisienne de 2004 a de son côté élargi le champ d'application de cette disposition, qui ne concernait auparavant que l'aide apportée à l'étranger[1032]. Cette pénalisation est d'autant plus problématique qu'elle est accompagnée d'une définition extensive de l'aide incriminée.

2.2 Une définition extensive de l'aide incriminée

256. Droit marocain – Au-delà d'une définition large de l'auteur et du « bénéficiaire » de l'infraction, la répression de l'aide à l'immigration irrégulière s'est également accrue par une extension de la définition de l'aide incriminée entre 2003 et 2009. Avant 2003, le Maroc ne punissait que l'aide apportée à l'émigration irrégulière seulement, à l'égard d'une catégorie unique de personnes : le travailleur marocain[1033]. Tombée en désuétude à la fin du protectorat, cette infraction a été remaniée par la loi du 11 novembre 2003 qui est venue étendre l'incrimination à l'aide visant à faciliter l'entrée sur le territoire. Le fait d'aider une personne à entrer ou à sortir du territoire marocain de manière irrégulière, autrement dit l'aide apportée à l'émigration et à l'immigration irrégulières au sens strict, est désormais réprimée. De leur côté, la Tunisie et l'Algérie se distinguent du Maroc en établissant une pénalisation plus large de l'aide apportée à une personne en situation irrégulière.

257. Droit algérien – L'aide susvisée ne concerne pas uniquement le franchissement des frontières mais embrasse plus largement l'ensemble de la vie du migrant[1034]. Alors que le délit d'aide ne concernait qu'une seule disposition au sein du droit algérien issu de l'ordonnance de 1966, la loi de 2008 a étendu ce délit en établissant pas moins de cinq incriminations. À cet

[1030] Article 51 de la loi marocaine 02-03 du 11 novembre 2003 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, *Bulletin Officiel n° 5162.*
[1031] Article 50 de la loi marocaine 02-03 du 11 novembre 2003.
[1032] Article 25 de la loi marocaine 02-03 du 11 novembre 2003.
[1033] Article 11 alinéa 3 du Dahir du 13 juillet 1938.
[1034] Monia BEN JEMIA, « La répression des migrations clandestines en Tunisie », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes*, Karthala, 2009.

égard, il est remarquable que les dispositions répressives à l'encontre des migrants soient répertoriées dans la loi de 2008, quand les dispositions plus protectrices sont, elles, insérées au sein du Code pénal. Ainsi, le Code pénal algérien incrimine l'aide apportée lors de la sortie du territoire, mais sous la qualification de « trafic illicite de migrants »[1035]. Au-delà de l'aide apportée lors du franchissement des frontières, la loi de 2008 incrimine quant à elle le fait de « faciliter ou tenter de faciliter l'entrée, la circulation, le séjour ou la sortie irrégulière d'un étranger sur le territoire algérien »[1036]. L'aide apportée lors du séjour de l'étranger fait l'objet d'une particulière attention de la part du législateur pénal algérien. La loi de 2008 incrimine ainsi le fait d'employer « un étranger en situation irrégulière au plan du séjour »[1037]. Plus encore, l'aide concerne également la vie privée du migrant. L'article 48 de la loi algérienne de 2008 réprime ainsi le mariage blanc, soit « le fait de contracter un mariage mixte aux seules fins […] de faire obtenir une carte de résident […] ou de faire acquérir la nationalité algérienne ». Il ne s'agit donc plus de criminaliser uniquement l'aide à l'entrée ou à la sortie du territoire, au simple franchissement des frontières, mais de traiter l'ensemble de la situation du migrant Le droit tunisien rejoint cette approche avec un renforcement de la répression de l'aide au lendemain des accords bilatéraux signés avec la Tunisie, et une incrimination de l'ensemble du processus d'aide à l'immigration irrégulière[1038] en pénalisant également l'aide à la circulation et au séjour de ce dernier.

258. Droit tunisien – La loi de 2004 va ainsi punir l'aide au franchissement des frontières en criminalisant le fait de renseigner, de concevoir, de faciliter, d'aider, de s'entremettre ou d'organiser « par un quelconque moyen […] l'entrée ou la sortie clandestine d'une personne du territoire tunisien, par voie terrestre, maritime ou aérienne, soit des points de passage soit d'autres points »[1039]. L'« aide » n'est plus qu'un qualificatif parmi d'autres, plus vastes, qui permettent de poursuivre toute personne qui prendrait part, de manière quelconque, au franchissement des frontières. À côté de ce délit d'aide à l'émigration et à l'immigration irrégulières, le droit tunisien incrimine également l'aide au séjour de l'étranger, et notamment l'hébergement de « personnes entrant dans le territoire tunisien ou le quittant clandestinement

[1035] Article 303 *bis* 30 du Code pénal algérien.
[1036] Article 46 de la loi algérienne du 25 juin 2008 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie, JORA n° 36, 2 juillet 2008.
[1037] Article 49 de la loi algérienne du 25 juin 2008.
[1038] Mona BEN JEMIA, « La Tunisie, cerbère des frontières européennes », *op., cit.* ; du même auteur : « La répression des migrations clandestines en Tunisie », *op. cit*., p. 271.
[1039] Article 38 de la loi organique n° 2004-6 du 3 février 2004 modifiant et complétant la loi n° 75-40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage, JORT n° 11 du 6 février 2004, p. 252 et suivantes.

ou les auteurs des infractions prévues au présent chapitre [entrée et sortie du territoire] », ou encore le fait d'affecter « un lieu à leur hébergement », de les « cacher », « d'œuvrer à leur assurer la fuite » ou enfin, « d'empêcher leur découverte ou leur punition »[1040]. Une nouvelle fois, l'aide ne se réduit pas à mettre un logement à disposition de la personne en situation irrégulière, mais s'étend à toute action visant à la soustraire des poursuites liées à sa situation ou à un traitement administratif relatif à sa rétention ou à son expulsion, ou encore au fait d'entraver l'action des autorités afin de lui permettre de prendre la fuite avant qu'elle ne soit appréhendée. L'aide à la circulation de la personne en situation irrégulière sur le territoire national est également appréhendée au sein de trois incriminations distinctes, dont deux sont prévues au sein de la loi de 2004. La première concerne la fourniture d'un « moyen de transport, de quelque nature qu'il soit »[1041], alors que la seconde est relative au fait de « transporter sciemment » une ou plusieurs personnes dans le but de les faire entrer ou sortir clandestinement du territoire[1042]. À côté de ces aides « conscientes » apportées à la circulation de la personne, le Code de l'aéronautique a érigé, au lendemain des accords bilatéraux avec l'Italie, des sanctions pénales à l'encontre de l'aide involontaire apportée par « tout commandant de bord qui embarque ou débarque, en contravention avec la réglementation en vigueur, des passagers ou des marchandises »[1043]. La répression du délit d'aide à l'immigration irrégulière est enfin renforcée par l'instauration d'une obligation de signalement à l'égard de toute personne ayant connaissance de la commission de cette infraction.

2.3 Une obligation de signalement

259. Droit tunisien – Le droit tunisien renforce la répression du délit d'aide à l'immigration irrégulière avec l'instauration d'une obligation de « délation » à l'égard de tout individu – exceptés les ascendants, descendants, frères et sœurs et conjoint – même tenu au secret professionnel. La personne qui, sans aider directement l'étranger, « se sera sciemment abstenu[e] de signaler immédiatement aux autorités compétentes les informations, renseignements et actes dont [elle] a eu connaissance, relativement à la commission des infractions » prévues au chapitre relatif à l'entrée et à la sortie du territoire tunisien, encourra

[1040] Article 39 de la loi organique n° 2004-6 du 3 février 2004.
[1041] *Ibid.*
[1042] Article de la loi organique n° 2004-6 du 3 février 2004.
[1043] Article 146, 4° du Code de l'aéronautique tunisien. Auparavant, aucune sanction pénale n'était prévue pour l'aide involontaire.

ainsi des sanctions pénales[1044]. La disposition instaure même une immunité pénale à l'égard des personnes ayant effectué ce signalement, et l'impossibilité d'engager une action en réparation à son encontre. Cette obligation est également instaurée en droit algérien, bien qu'elle soit plus restreinte.

260. Droit algérien – Si le droit algérien prévoit également une obligation de signalement soumise à sanctions pénales, celle-ci est néanmoins beaucoup plus circonscrite puisqu'elle ne concerne que les logeurs professionnels ou particuliers qui hébergent un étranger « à quelque titre que ce soit ». Il s'agit alors d'obliger une personne à informer les autorités du fait qu'elle héberge un étranger, et non, contrairement au droit tunisien, de la contraindre à dénoncer l'entrée ou la sortie irrégulière du territoire. La mise en œuvre de cette disposition accroît néanmoins l'enfermement social de l'étranger, en l'empêchant de consulter un médecin pour des soins, ou un avocat pour des conseils juridiques, puisque ces derniers, en plus de risquer d'être poursuivis pour aide à l'entrée ou au séjour irrégulier, seraient dans l'obligation de signaler le migrant irrégulier aux autorités[1045]. En incluant expressément dans sa disposition les personnes soumises au secret professionnel, le législateur tunisien a en effet sciemment étendu cette obligation à l'égard des professionnels de santé, de auxiliaires de justice, ou même des journalistes.

La mise en perspective de l'incrimination d'aide à l'immigration irrégulière en droit maghrébin et en droit français révèle une évolution exactement inverse de la pénalisation de l'immigration irrégulière au sein de ces deux droits. Alors que les droits français et de l'Union se concentrent désormais moins sur la répression que sur l'efficacité des procédures d'éloignement[1046] et l'instauration de mesures proactives destinées à empêcher la migration de pénétrer sur le territoire[1047], les États du Maghreb, dans le même temps, renforcent considérablement leur législation pénale en matière d'immigration. L'affaiblissement de la répression au sein de l'Union s'est ainsi répercuté par un accroissement considérable de la répression au Maghreb révélant une nouvelle fois un déplacement horizontal des normes de nature à démontrer la fonction préventive de la pénalisation entreprise. Il s'agit ici de rendre plus difficile la formation de la migration mais également, par une action répressive, de tarir les

[1044] Article 45 de la loi organique n° 2004-6 du 3 février 2004.
[1045] Souhayma BEN ACHOUR, « Le cadre juridique des migrations clandestines en droit tunisien : les mesures répressives », Colloque sur *les migrations dans l'espace euro-maghrébin*, Faculté des sciences juridiques, avril 2006.
[1046] Voir notre premier titre de la première partie.
[1047] Voir notre développement sur les interceptions maritimes coordonnées par FRONTEX : notamment *supra* n° 184 et suivants.

flux migratoires présents sur le territoire du Maghreb afin d'éviter les départs à destination de l'Union. L'idée est simple mais revêt une conséquence inévitable pour le droit pénal qui est alors mis en œuvre au regard d'une finalité préventive. La même logique peut être relevée concernant le caractère dérogatoire de la répression engagée.

B. Une répression dérogatoire au droit commun

261. Parallèlement à l'extension du champ d'application du délit d'aide, le législateur maghrébin a choisi d'augmenter la répression pénale en permettant la répression des actes préparatoires **(1)**, en dérogeant au principe de confusion des peines **(2)**, et en allongeant le délai de prescription **(3)** des infractions d'aide.

1. La répression des actes préparatoires

262. Répression de la tentative – La tentative d'infraction est punie en droit pénal tunisien par l'article 59 du Code pénal qui dispose, de façon similaire au Code pénal français, que « [t]oute tentative d'infraction est punissable comme l'infraction elle-même si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ». La notion d'actes préparatoires n'apparaît dans le Code pénal tunisien qu'à l'occasion des infractions liées au terrorisme ou aux infractions commises envers des représentants de l'État. Elle permet alors soit de punir plus sévèrement l'auteur des faits lorsque celui-ci a également accompli des actes préparatoires –ces derniers sont alors perçus comme une préméditation de l'acte[1048], soit de réduire la peine d'emprisonnement encourue lorsque le complot n'a été suivi d'aucun acte préparatoire visant à l'exécution d'un attentat[1049], soit enfin d'anticiper la répression en punissant l'acte préparatoire lié à la commission d'un attentat[1050]. La notion d'acte préparatoire revêt alors une triple fonction permettant de déclencher, d'accroître, mais également de réduire la répression.

[1048] L'article 120 du Code pénal tunisien punit ainsi de trois ans de prison le complot formé pour commettre des violences contre des fonctionnaires s'il n'a été accompagné d'aucun acte préparatoire. Dans le cas contraire, l'accomplissement de tels actes aggrave la peine qui s'élève alors à cinq ans d'emprisonnement.
[1049] L'article 68 du Code pénal tunisien punit « de cinq ans d'emprisonnement, l'auteur du complot formé dans le but de commettre l'un des attentats contre la sûreté intérieure de l'État […] », mais réduit la peine à deux ans d'emprisonnement lorsque « le complot n'a pas été suivi d'un acte préparatoire tendant à l'exécution de l'attentat ».
[1050] L'article 71 du Code pénal tunisien punit « d'un an d'emprisonnement, quiconque se sera résolu seul à commettre un attentat contre la sûreté intérieure de l'État et réalisé ou entamé seul la réalisation d'un acte préparatoire destiné à son exécution effective ».

En dehors des trois infractions isolées précitées, le Code pénal tunisien ne fait jamais état de la répression des actes seulement préparatoires. En principe, seule la tentative, manifestée par un commencement d'exécution, est ainsi punissable. Il s'agit alors de « punir pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est nécessaire »[1051], en permettant l'application du droit pénal uniquement lorsque la période d'exécution a commencé. Dans ces conditions, seul le commencement d'exécution permet de déclencher la répression ; les seuls actes préparatoires ne pouvant, eux, être incriminés. L'absence d'incrimination des actes préparatoires découle directement de l'impossibilité de savoir, au vu de ces seuls actes, si l'individu a effectivement arrêté sa volonté de commettre l'infraction[1052]. L'acte préparatoire est en effet équivoque par nature[1053], et permet encore au délinquant d'abandonner son projet criminel. Dès lors, l'incrimination du seul commencement d'exécution permet de subordonner le déclenchement de la répression à la certitude que l'individu va commettre l'infraction. En dehors de cette hypothèse, la répression est donc théoriquement impossible. Pourtant, le droit pénal tunisien prévoit une exception à ce principe, en permettant de sanctionner pénalement les actes préparatoires commis en matière d'aide à l'immigration irrégulière.

263. Sanction des actes préparatoires – L'article 38 de la loi tunisienne de 2004 qui punit l'aide à l'entrée, à la sortie, à la circulation ou au séjour irréguliers précise que « la tentative est punissable ainsi que les actes préparatoires liés directement à la perpétration de l'infraction ». Il s'agit plus particulièrement de punir « l'entente ou l'organisation […] constituée par le simple accord, concertation et résolution entre deux ou plusieurs personnes »[1054] établie en vue de commettre un acte d'aide à l'immigration irrégulière. Cette dérogation évidente au principe de non incrimination des actes préparatoires, auquel le Code pénal tunisien se conforme pourtant, n'est pas sans rappeler celle établie en matière d'infractions de terrorisme en droit français, que le droit tunisien connaît également. Contrairement aux développements précédents, la fonction préventive du droit pénal est ici parfaitement assumée puisqu'elle prend forme dans les éléments constitutifs de l'infraction, et notamment dans son élément matériel. Il s'agit donc d'une « infraction préventive » destinée à anticiper la répression d'actes qui ne manifestent aucune volonté non équivoque de commettre effectivement l'infraction. Mais à l'inverse de la

[1051] Françoise TULKENS, Michel VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal, aspects juridiques et criminologiques*, Stori Scientia, 1998, p. 312 ; voir aussi
[1052] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 697, n° 923.
[1053] Frédéric DESPORTES, Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 413, n° 452-453.
[1054] Article 41 de la loi organique n° 2004-6 du 3 février 2004 modifiant et complétant la loi n° 75-40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage, JORT n° 11 du 6 février 2004, p. 252 et suivantes.

répression anticipée en matière de terrorisme, la pénalisation des actes préparatoires d'un délit lié à l'immigration irrégulière ne peut être justifiée par l'exceptionnelle gravité du risque encouru par la commission de l'infraction. Se prononçant sur la constitutionnalité du délit d'entreprise individuelle terroriste, le Conseil constitutionnel français s'est en effet fondé sur cette gravité particulière pour reconnaître la conformité partielle de cette infraction au principe de nécessité des délits et des peines. Il a ainsi reconnu la possibilité de punir les actes préparatoires d'une infraction terroriste en jugeant que le législateur français « a limité le champ du délit contesté aux actes préparatoires à la commission d'une infraction portant atteinte à la personne humaine et s'inscrivant dans une volonté terroriste »[1055]. Cette justification ne peut être avancée en matière de délits liés à l'immigration irrégulière qui n'entraînent aucune atteinte à la personne humaine. Si le délit d'aide à l'immigration et à l'émigration irrégulières peut certes embrasser les actes graves de trafic illicite de migrants, la loi tunisienne ne limite en aucun cas la répression des actes préparatoires à cette infraction. La participation à une entente ou à une organisation en vue d'aider à l'émigration ou à l'immigration irrégulière est ainsi punie même dans l'hypothèse où l'aide a été apportée à « titre bénévole »[1056]. Par conséquent, la répression des actes préparatoires du délit d'aide à la migration irrégulière entraîne une atteinte non justifiée au principe de légalité des délits et des peines qui limite l'action du droit pénal au commencement d'exécution de l'infraction. Cette anticipation de la répression du délit d'aide met encore en lumière la fonction préventive du droit pénal qui, par son application, empêche la commission de l'aide, par conséquent, la formation de la migration irrégulière à destination de l'Union.

Au-delà de la répression des actes préparatoires, l'accroissement de la répression se constate dans l'exclusion du bénéfice de la confusion des peines, qui permet d'accroitre la sanction pénale des aidants.

2. L'exclusion du bénéfice de la confusion des peines

264. Absence de confusion – En Tunisie, la répression de l'aide à l'immigration irrégulière met en place un véritable régime dérogatoire visant à exclure le bénéfice du principe de confusion des peines. L'article 47 de la loi prévoit ainsi que « l'auteur de plusieurs infractions distinctes, sera puni pour chacune d'elles à part. Les peines ne seront pas confondues ». Cette

[1055] Conseil constitutionnel, décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, *Amadou S.*, cons. n° 15.
[1056] Article 41 combiné à l'article 38 de la loi organique tunisienne n° 2004-6 du 3 février 2004.

exclusion du principe de confusion des peines est d'autant plus surprenante qu'elle intervient de manière beaucoup plus tranchée en matière de migration irrégulière. Si le Code pénal tunisien exclut le principe de confusion des peines pour « tout individu coupable de plusieurs infractions distinctes »[1057], il aménage toutefois un principe de non-cumul de peines dans deux hypothèses.

265. Premier tempérament – D'abord, le Code pénal dispose que « lorsque le même fait constitue plusieurs infractions, la peine, encourue pour l'infraction entraînant la peine la plus forte, est seule prononcée »[1058]. En droit français, cette hypothèse est celle du concours idéal d'infractions, qui voit apparaître un fait unique correspondant à plusieurs incriminations possibles[1059]. Dans ce cadre, l'unité factuelle en cause pourra entrainer un cumul de peines si et seulement si elle a pour effet de porter atteinte à plusieurs valeurs sociales protégées. Ainsi, « soit les valeurs sont les mêmes, et le non-cumul s'impose, soit au contraire elles sont différentes, et le cumul est possible »[1060]. Cette règle s'inscrit dans la logique de la finalité de l'incrimination. Cette dernière ayant pour fonction de protéger certaines valeurs sociales supérieures, il apparaît normal de permettre le cumul de peines si le comportement litigieux a entrainé une atteinte à plusieurs valeurs protégées[1061]. À l'inverse, retenir le cumul de peine lorsque le fait en cause a entraîné une atteinte circonscrite à une seule valeur protégée reviendrait à punir plusieurs fois pour un même fait. Dans ce cas, il est alors pertinent de laisser agir le principe de non-cumul et de punir l'auteur d'une peine ne pouvant dépasser le maximum prévu pour l'infraction la plus sévèrement punie[1062].

266. Second tempérament – Le second tempérament au principe de non-cumul établi par le Code pénal tunisien prend forme dans l'article 55 précisant que « plusieurs infractions accomplies dans un même but et se rattachant les unes aux autres, de façon à constituer un ensemble indivisible, sont considérées comme constituant une infraction unique qui entraîne la peine prévue pour la plus grave de ces infractions »[1063]. Sont ainsi exclues du bénéfice de la confusion les infractions divisibles, caractérisant une réitération ou une récidive. Néanmoins,

[1057] Article 56 du Code pénal tunisien.
[1058] Article 54 du Code pénal tunisien.
[1059]Contrairement au concours réel d'infractions, le concours idéal est une notion jurisprudentielle, qui ne fait l'objet d'aucune disposition dans le Code pénal.
[1060] Yves MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.,* n° 56, p. 192.
[1061] *Ibid.*
[1062] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 1086, n° 1501-1502.
[1063] Article 55 du Code pénal tunisien.

cette disposition est de nature à permettre le non-cumul des peines lorsque les infractions commises rejoignent la même finalité.

267. Récidive – Si l'approche du droit tunisien est plus restrictive que celle reconnue par le droit pénal français, en considérant le principe de confusion comme une exception et non comme un principe, elle reconnaît toutefois deux tempéraments qui viennent limiter l'application du cumul de peines aux hypothèses de réitération ou de récidive. Surtout, ces exceptions devraient en théorie permettre d'éviter un cumul de peines en matière de délit d'aide, lorsque les faits commis sont relatifs à l'hébergement et au transport d'une personne en situation irrégulière dans le but de la faire entrer ou sortir du territoire tunisien. Ces deux comportements constituent deux infractions distinctes punies respectivement de quatre ans d'emprisonnement et de dix mille dinars d'amende[1064], et de cinq ans d'emprisonnement et de douze mille dinars d'amende[1065]. Néanmoins, ces faits d'hébergement et de transport d'une personne en situation irrégulière constituent un même but, celui d'aider celle-ci à entrer ou à sortir du territoire français. Dans cette hypothèse, l'auteur des infractions devrait bénéficier du tempérament précisé par l'article 55 du Code pénal tunisien, qui permet une confusion des peines lorsque les infractions commises sont accomplies dans un même but, et directement rattachables les unes aux autres. L'hébergement et le transport de l'individu en situation irrégulière constituant un ensemble indivisible dont la finalité est identique, l'auteur de ces faits devrait ainsi encourir une peine maximum de cinq ans d'emprisonnement et de douze mille dinars d'amende, correspondant à la peine la plus élevée des deux infractions encourues, à savoir celle relative au transport de la personne en situation irrégulière. Pourtant, la loi de 2004 organise une exclusion du bénéfice de la confusion des peines dans cette hypothèse, en précisant que « l'auteur de plusieurs infractions distinctes, sera puni pour chacune d'elles à part. Les peines ne seront pas confondues »[1066]. Dans ce cadre, l'auteur de l'hébergement et du transport de l'individu en situation irrégulière encourra un cumul des peines prévues pour ces infractions, et pourra être puni de 9 ans d'emprisonnement et de vingt-deux mille dinars d'amende.

268. La loi de 2004 accorde ainsi un régime dérogatoire intervenant uniquement en matière d'aide à l'immigration irrégulière. L'exclusion de la confusion des peines concernant

[1064] Article 39 du Code pénal tunisien relatif au délit d'hébergement d'un étranger irrégulier.
[1065] Article 40 Code pénal tunisien.
[1066] Article 47 de la loi organique n° 2004-6 du 3 février 2004 modifiant et complétant la loi n° 75-40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage, JORT n° 11 du 6 février 2004, p. 252 et suivantes.

l'hypothèse de plusieurs infractions indivisibles est en effet absente du Code pénal, mais également des délits commis par l'étranger irrégulier lui-même. Même pour les infractions les plus graves, le Code pénal ne prévoit ainsi aucune exclusion à l'application de ses articles 55 et 56 qui assoient les tempéraments au cumul des peines. Le renforcement de la répression se concentre donc sur l'aide à l'immigration irrégulière par l'instauration de peines très élevées d'une part, et qui ne se cumulent pas d'autre part, mais également par une nouvelle dérogation, procédurale celle-ci, relative à un allongement du délai de prescription encore une fois réservé aux seuls délits d'aide.

3. L'allongement du délai de prescription

269. Délais – Les délais légaux de prescription des infractions pénales sont prévus à l'article 5 du Code de procédure pénale tunisien. Ce dernier annonce un régime similaire au droit antérieur français, avec l'application d'un délai de prescription d'un an pour les contraventions, de trois ans pour les délits, et de dix ans en matière criminelle. S'il n'exclut pas la possibilité d'aménager ces délais, aucune disposition de ce Code, ni du Code pénal, ne semble prévoir un délai de prescription dérogatoire concernant un type d'infraction. L'ensemble des infractions se réfère ainsi à la classification tripartite effectuée par l'article 5. Alors qu'aucune exception n'est prévue concernant les infractions « de droit commun », la loi tunisienne de 2004 va venir effectuer un nouvel aménagement répressif en instaurant une dérogation aux délais de prescription de droit commun.

270. Dérogation – Elle précise ainsi dans son article 54 que les différentes infractions d'aide qu'elle énonce se prescrivent par douze ans entiers lorsque celles-ci constituent un crime, et par cinq ans lorsqu'elles constituent un délit. Elles sont donc exclues des délais de prescription de droit commun. Cet allongement de deux ans des délais de prescription des infractions d'aide révèle la répression engagée à l'encontre de l'aide à l'immigration irrégulière. L'on ne peut en effet exclure le fait que la durée du délai de prescription est aussi valeur de la gravité de l'infraction. Comme le *quantum* de la peine, la durée du délai de prescription vient ainsi démontrer une certaine classification des infractions selon leur degré d'atteinte à la valeur sociale protégée[1067]. Dans certains pays comme l'Italie, la durée du délai de prescription est

[1067] Raphaële PARIZOT, « La prescription de l'action publique en éclats », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2498 ; Carole HARDOUIN - LE GOFF, « Indéfectible prescription de l'action publique », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 309.

ainsi alignée sur le *quantum* de la peine encourue[1068] ; la prescription est alors l'égale de la peine en matière de gravité de l'infraction. Elle est donc une « institution de pur droit pénal »[1069], « une institution matérielle réagissant […] à l'infraction elle-même (qu'il s'agisse de sa gravité, de sa structure ou de sa nature spéciale) et non une simple institution procédurale axée sur l'action et qui ne viserait qu'à sanctionner un ministère public trop laxiste »[1070]. En ce sens, le mécanisme de la prescription se réfère directement à l'infraction elle-même et est un révélateur du degré de gravité de celle-ci. C'est pour cette raison que les délais de prescription les plus élevés doivent être réservés aux infractions les plus graves. Dans ce contexte, la prescription des délits d'aide à l'immigration irrégulière devrait être alignée à la classification tripartite établie par le Code de procédure pénale tunisien et être acquise au bout de trois ans. La dérogation assignée par le législateur tunisien est une nouvelle manifestation de la gravité dont il souhaite revêtir les infractions d'aide à l'immigration irrégulière. Sous couvert de vouloir réduire les incidents mortels en Méditerranée[1071], le législateur tunisien établit des exceptions qui se révèlent uniquement dans le cadre de la lutte contre les migrations irrégulières. Enfin, l'absence d'immunité pénale ou de distinction entre l'aide gratuite et l'aide mercantile conduit à un allongement général du délai de prescription qui s'applique aussi bien aux « passeurs » qu'aux personnes apportant une aide humanitaire au migrant. L'argument tiré de la protection des migrants pour justifier l'allongement du délai de prescription s'effondre alors, permettant ainsi de découvrir le véritable objectif de cette nouvelle exception : bâtir une politique migratoire « exclusivement sécuritaire »[1072] dépourvue de toute mesure de protection des migrants. L'aggravation de la répression de l'aide en matière d'immigration irrégulière opérée par la loi de 2004 est telle que les premiers commentateurs l'ont qualifiée de « loi d'exception », relevant que « les entorses multiples aux principes fondamentaux du droit pénal [sont] sans équivalent, si ce n'est dans les dispositions relatives aux atteintes à la sûreté de l'Etat ou à la lutte contre le terrorisme et le blanchiment d'argent »[1073].

[1068] Raphaële PARIZOT, « La prescription de l'action publique en éclats », *op. cit.*
[1069] André VARINARD, « Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire », in *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 605
[1070] Carole HARDOUIN - LE GOFF, « Indéfectible prescription de l'action publique », *op. cit.,* p. 312.
[1071] Monia BEN JEMIA, « La répression des migrations clandestines en Tunisie », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes*, Karthala, 2009, p. 274.
[1072] *Ibid.*
[1073] Monia BEN JEMIA, « La Tunisie, cerbère des frontières européennes », *op. cit.*

CONCLUSION DE LA SECTION II

271. L'analyse de l'adoption des législations répressives au sein des pays du Maghreb à partir des années 2000 révèle une véritable captation des législations de l'Union. La promotion, par l'Union, de son propre acquis à destination des États tiers a conduit à une circulation horizontale des normes qui se sont déplacées de l'Union européenne, et particulièrement du droit français, vers le droit maghrébin. En témoignent les incriminations pénales de l'immigration irrégulière et le régime administratif de la zone d'attente créés par la loi marocaine de 2003. Les États du Maghreb ont ainsi adopté dans leur ordre juridique national[1074] les législations relatives à l'immigration irrégulière établies en France. Toutefois, ce mimétisme n'est pas totalement parfait puisque la répression de l'immigration irrégulière établie au sein des droits maghrébins se révèle bien plus étendue qu'en droit français. Alors que ce dernier a connu un certain recul de la pénalisation de l'immigration irrégulière au cours des dernières années, un mouvement exactement inverse est constaté au sein des droits maghrébins où la pénalisation de l'immigration irrégulière n'a fait que se renforcer. Le délit d'aide à la migration irrégulière est un exemple de transfert de la répression. Tendant particulièrement à se restreindre en droit français grâce au renforcement de l'immunité pénale, cette infraction connaît au contraire un champ d'application particulièrement étendu au sein du Maghreb. Plus encore, sa répression est facilitée par l'établissement de nombreux aménagement substantiels et procéduraux. Le législateur tunisien autorise par exemple la répression des actes seulement préparatoires à cette infraction, mettant une nouvelle fois en lumière la finalité préventive de la répression engagée, en totale contrariété avec le principe de légalité.

[1074] Jorrit T. RIJPMA and Marise CREMONA, *The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law*, European University Institute Working Papers, LAW 2007/01, janvier 2007,

CONCLUSION DU CHAPITRE II

272. Le développement de la dimension extérieure de la politique migratoire de l'Union a incité les pays tiers à participer à la lutte contre l'immigration irrégulière à destination de ce territoire. Afin de mieux tarir les flux migratoires, l'Union a développé sa coopération avec les pays tiers « partenaires », en privilégiant ceux qui constituent des pays de départ de l'immigration irrégulière. Les pays du Maghreb ont ainsi été encouragés, par différents textes et accords, à développer une législation de nature à poursuivre l'objectif préventif visant à éviter le départ de l'immigration irrégulière de leurs côtes. Le droit pénal s'est alors déplacé du territoire de l'Union à celui des pays tiers du Maghreb, témoignant d'une circulation horizontale des normes. Surtout, la pénalisation mise en œuvre par les législateurs maghrébins poursuit une finalité préventive incarnée notamment par l'instauration des délits d'entrée et de sortie irrégulières à l'encontre des ressortissants nationaux. Si cette finalité n'est pas assumée par les législateurs maghrébins, il n'en demeure pas moins que ces derniers ont établi les délits précités au regard de la fonction préventive du droit pénal. Le délit d'entrée irrégulière a en effet été créé aux fins d'éviter, par la dissuasion, la réitération de ce comportement, tandis que le délit de sortie irrégulière constitue une véritable infraction obstacle destinée à empêcher la commission d'une seconde infraction : l'entrée irrégulière au sein de l'Union. Il s'agit donc d'éviter, par la sanction pénale, l'immigration irrégulière. La prévention de ce phénomène passe ici par la pénalisation. L'instauration d'une pénalisation en considération d'une finalité uniquement préventive n'est pas sans conséquence sur le droit pénal, qui connaît alors un bouleversement fonctionnel. La création des délits d'entrée et de sortie irrégulières des nationaux révèle que la fonction préventive du droit pénal dépasse sa fonction rétributive, alors que cette dernière constitue pourtant l'aspect essentiel de cette branche du droit. Plus encore, la primauté de la fonction préventive conduit à détacher le droit pénal des exigences du principe de légalité et notamment de la nécessité pénale, les délits d'émigration et d'immigration irrégulières n'étant pas créés au regard de l'atteinte particulièrement graves à des valeurs sociales protégées mais en fonction d'intérêts politiques. Ce changement de sens de la pénalisation conduit à une application décomplexée du droit pénal qui, libéré de l'exigence de nécessité, peut désormais s'établir presque sans limite. La pénalisation entreprise à l'encontre de l'immigration irrégulière présente sur les territoires magrébins le révèle encore à travers le délit d'aide à la migration irrégulière dont le champ d'application est particulièrement étendu, alors même que la pénalisation de ce délit est en recul constant en France depuis plusieurs années.

CONCLUSION DU TITRE II

273. Déni de pénalisation – L'objectif de prévention de la migration irrégulière développé au sein de l'Union européenne a conduit à l'extension de l'instrumentalisation du droit pénal substantiel et procédural au-delà des frontières extérieures. Ce n'est plus seulement le droit pénal français ou le droit pénal de l'Union qui est mobilisé afin de prévenir la migration irrégulière, mais le droit pénal international et, même, celui des États tiers de départ de la migration. Une première extension est ainsi incarnée par les interceptions maritimes coordonnées par FRONTEX, qui révèlent l'utilisation détournée du titre de compétence extraterritoriale délivré par le Protocole de Palerme dans le but de permettre aux États de poursuivre et de punir le trafic illicite de migrants commis en haute mer. De nature pénale, ce titre de compétence est pourtant au fondement d'interceptions qui visent davantage à refouler la migration présente en haute mer qu'à punir le trafic illicite de migrants. Le détournement de ce titre de compétence pénale conduit ainsi à un déni de pénalisation de cette infraction, alors même qu'il a été établi afin de renforcer la répression de ce comportement. Un tel détournement revêt pour conséquence de transférer la répression vers la migration présente à bord des embarcations : le détournement du titre de compétence pénale aux fins de prévenir l'immigration irrégulière aboutit en effet à entraver la migration en mer par le recours à une coercition importante. Les embarcations récalcitrantes à un ordre de déroutement s'exposent à l'usage d'armes à feu, autrement dit au recours à une force potentiellement meurtrière par les garde-côtes qui apparaît dans ce contexte détaché des exigences de nécessité et de proportionnalité. Contrairement à l'utilisation particulière dont le droit pénal fait l'objet à la frontière, qui vise uniquement à permettre l'éloignement de l'individu sans qu'aucune sanction ne soit prononcée, l'anticipation de l'immigration irrégulière hors des frontières extérieures aboutit à l'application d'une réelle répression.

274. La prévention par la répression – Ce lien entre répression et prévention se constate plus encore dans la coopération établie entre l'Union et les États tiers, qui s'est progressivement renforcée jusqu'à ce que ces derniers opèrent une véritable prise en main du contrôle de la migration irrégulière. Les États du Maghreb ont été incités à développer des législations répressives de nature à satisfaire l'objectif préventif développé par l'Union en matière d'immigration irrégulière. Ils ont alors renforcé le contrôle de leurs frontières mais également créé des législations extrêmement répressives en matière migratoire en utilisant le droit pénal en considération de sa fonction préventive uniquement. Les législateurs maghrébins ont ainsi

établi un délit-obstacle d'entrée irrégulière et un délit de sortie irrégulière visant à éviter que les étrangers et leurs ressortissants nationaux quittent le territoire pour entrer irrégulièrement au sein de l'Union. La prévention de l'immigration irrégulière dans l'Union passe ici par l'application de sanctions pénales. La primauté de la fonction préventive du droit pénal sur sa fonction répressive entraîne la mise à distance du principe de légalité et plus particulièrement de l'exigence de nécessité pénale. Les incriminations ne sont plus créées en fonction d'une valeur sociale protégée mais d'intérêts politiques. Le principe de nécessité s'oppose pourtant à une telle pénalisation utilitaire qui ne peut que favoriser une mise en œuvre décomplexée du droit pénal, comme le révèle encore la pénalisation étendue et dérogatoire de l'immigration irrégulière établis par les législateurs maghrébins à l'encontre des étrangers présents sur leur territoire.

275. Légalité – La politique migratoire de l'Union européenne conduit ainsi à une prévention de la migration irrégulière qui passe nécessairement par sa répression. Que cette répression soit la conséquence de l'utilisation d'un outil procédural fondant l'interception et le détournement de la migration en mer, ou qu'elle soit au contraire établie par la création d'incriminations pénales spécialement destinées à la contraindre de demeurer sur le territoire d'un État tiers, il n'en demeure pas moins que la prévention de l'immigration irrégulière au sein de l'Union dépend de l'outil pénal. Ce dernier est alors détourné de son objectif initial ou de sa fonction principale afin de revêtir une fonction préventive qui conduit à le détacher des exigences de légalité.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

276. Instrumentalisation – Face à la migration irrégulière, le droit pénal n'est qu'un droit accessoire, dont l'objet est de sanctionner la violation des règles administratives. Ce caractère accessoire conduit à encourager la mobilisation du droit pénal à des fins autres que celles pour lesquelles il est créé, à détourner et à instrumentaliser ses outils substantiels et procéduraux, autant à la frontière qu'au-delà de cette dernière. À la frontière, le droit pénal substantiel et procédural est utilisé afin de faciliter l'éloignement de la migration irrégulière présente en zones d'attente et frontalières. En zone d'attente, l'action pénale est décidée en fonction de la réussite ou de l'échec du maintien administratif tandis qu'en zone frontalière, les contrôles d'identité frontaliers et requis servent de fondement à l'appréhension de la migration irrégulière dans des conditions dérogatoires de nature, là encore, à favoriser la mise en œuvre d'une procédure d'éloignement. Au-delà de la frontière, l'objectif de prévention de l'immigration irrégulière développé au sein de l'Union a revêtu des conséquences autant sur le droit pénal international que sur le droit pénal des États tiers de départ de la migration. Le droit pénal international a ainsi été détourné afin d'entraver la migration en mer méditerranée, tandis que le droit pénal des États maghrébins a été utilisé aux fins d'empêcher la formation de la migration et son départ vers l'Union. À l'inverse de l'utilisation particulière dont le droit pénal français fait l'objet à la frontière, où celui-ci n'est mobilisé que pour faciliter l'éloignement de l'individu sans qu'aucune sanction ne soit prononcée, l'anticipation de l'immigration irrégulière aboutit, au-delà des frontières, à l'application d'une réelle répression.

277. Conséquence – Face à la migration irrégulière, le droit pénal est ainsi bousculé ; il est façonné à toutes les échelles : en droit français, en droit de l'Union européenne, en droit international mais également en droit étranger et, plus particulièrement, en droit maghrébin. La migration irrégulière conduit à un enchevêtrement de normes, de sphères liées entre elles par une synergie évidente. Si un tel enchevêtrement complique la traduction du mouvement étudié, il révèle néanmoins que le détournement des outils substantiels et procéduraux du droit pénal conduit non seulement à une négation des principes auxquels ce droit est arrimé, mais également à un véritable bouleversement de ses fonctions. Les principes de nécessité et de subsidiarité s'effacent ainsi devant une utilisation du droit pénal fortement utilitaire, tournée vers une finalité administrative ou vers un objectif préventif. Quant à ses fonctions, celles-ci font face à une confusion inhérente à l'utilisation préventive des outils pénaux, la fonction

rétributive du droit pénal étant mise au service de la prévention d'une migration qui n'est, parfois, pas encore irrégulière. Ce face-à-face avec la migration irrégulière entraîne ainsi une application instrumentalisée et par conséquent décomplexée du droit pénal.

278. Migration pour motif terroriste – Toutefois, la migration irrégulière ne constitue pas l'unique objet du droit pénal en matière de migration transfrontière. Si l'entrée sur le territoire français ou européen est conditionnée, le franchissement de la frontière – l'entrée et la sortie – peut être restreint dès lors que l'individu porte une menace grave pour l'ordre public. Cette exception d'ordre public revêt un écho en droit pénal, ce dernier visant à sanctionner les troubles à l'ordre public créés par la commission d'infractions pénales[1075]. En matière de migration, le droit pénal embrasse plus particulièrement les infractions liées à la criminalité transfrontière qui revêtent un lien évident avec le franchissement des frontières étatiques. Le droit pénal tisse donc un lien avec la migration à caractère criminel. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne le confirme, en accordant la possibilité au Parlement européen et au Conseil d'établir des « règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière »[1076]. Surtout, l'énumération des domaines de criminalité transfrontière entreprise par l'article 83.1 du Traité[1077] révèle que le terrorisme est considéré comme la forme la plus grave de criminalité transfrontière : il ouvre en effet la liste des domaines cités par le Traité. Au sens de l'article 83.1 précité, le terrorisme constitue également l'unique forme de criminalité transfrontière en lien avec la migration des personnes[1078]. Plus encore, le droit pénal n'appréhende pas seulement la migration comme un risque : il en fait également un remède au terrorisme. La peine complémentaire d'interdiction du territoire français permet ainsi de punir, par le départ forcé de l'individu, la migration à caractère terroriste et, plus généralement, tout acte de terrorisme. Facultative pour toutes les infractions qu'elles concernent, cette peine – qui entraîne l'émigration forcée de l'individu concerné – constitue le *principe* en matière de terrorisme[1079]. Qu'elle soit considérée comme un risque ou comme un remède au terrorisme, la migration pour motif terroriste constitue donc, après la migration irrégulière, la seconde forme de migration transfrontière intéressant particulièrement le droit pénal.

[1075] Francis LAMY, « La production de la sécurité publique », *op. cit.,* p. 18.
[1076] Article 83.1 du Traité.
[1077] « Le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée ».
[1078] Les autres domaines sont relatifs à la migration d'objets ou de capitaux, ou à la migration de personnes en danger et non à risque pour l'ordre public.
[1079] Article 422-4 du Code pénal.

279. L'intérêt porté par le droit pénal à l'égard de la migration irrégulière et de la migration pour motif terroriste démontre que ces dernières sont inextricablement liées. Toutes deux représentent l'*ailleurs* sous ses formes les plus diverses : l'ailleurs à raison de la nationalité étrangère, l'ailleurs géographique, l'ailleurs fantasmé… un ailleurs qui n'est jamais pensé de manière neutre. Car ce qui unit la migration irrégulière et la migration pour motif terroriste au regard du droit pénal, c'est la manière dont elles sont pensées en termes de risque. Unies par le droit pénal, ces deux formes de migration se distinguent pourtant dans le rapport qu'elles entretiennent avec cette branche du droit. À l'inverse de la migration irrégulière qui conduit à une instrumentalisation du droit pénal – et donc à son recours –, la migration pour motif terroriste pousse celui-ci vers un mouvement opposé. Que cette dernière soit le signe d'un risque terroriste ou qu'elle en soit le remède en impulsant le départ forcé de l'individu présentant une telle menace, la migration pour motif terroriste semble en effet entraîner un réel dépassement du droit pénal. Ce dernier n'est plus mobilisé ; au contraire, il s'efface devant une menace recouvrant une gravité pourtant bien plus importante que celle portée par la migration irrégulière.

SECONDE PARTIE

LE DROIT PÉNAL DÉPASSÉ FACE À LA MIGRATION POUR MOTIF TERRORISTE

280. Face à la migration pour motif terroriste, le droit pénal se retire. « Les chemins de la répression »[1080] pénale ne sont ici plus empruntés, même lorsqu'ils sont teintés d'une finalité préventive. Le droit pénal est alors dépassé, autant par la migration à caractère terroriste, que par l'émigration forcée organisée par le prononcé d'une mesure d'expulsion à raison d'un comportement terroriste.

281. Migration à caractère terroriste – La migration à caractère terroriste désigne le déplacement d'un Français ou d'un individu de nationalité étrangère vers un territoire étranger dans l'objectif de participer à des activités terroristes. Plus particulièrement, cette migration a trait au déplacement d'une personne, à l'étranger, à destination d'un théâtre d'opérations de groupements terroristes aux fins de commettre, à son retour en France, une infraction terroriste. La gravité de l'objet de cette migration a conduit à son appréhension par le droit pénal, par le biais d'une pénalisation préventive. Pour autant, celle-ci est demeurée subordonnée à l'existence d'éléments tangibles de nature à démontrer le risque terroriste porté par une migration. En l'absence de tels éléments, le droit pénal ne peut faire l'objet d'une quelconque application. C'est pour cette raison que la branche administrative du droit a été convoquée, à travers la création de mesures de police administrative et de systèmes d'échange de données destinés à remonter l'*iter criminis* bien au-delà de la pénalisation préventive établie en la matière. Le droit pénal est alors dessaisi de la migration à caractère terroriste **(Titre I)** par des dispositifs qui viennent appréhender une migration dont le risque terroriste n'est pas matérialisé.

282. Émigration forcée à raison d'un comportement terroriste – Dessaisi de la migration à caractère terroriste, le droit pénal est encore supplanté par l'émigration forcée mise en œuvre par le prononcé de l'expulsion pour motif terroriste **(Titre II)**. La migration n'est pas ici l'objet de la répression ; elle la constitue, en opérant le départ forcé de l'étranger dont le comportement à caractère terroriste révèle une menace pour l'ordre public. Si l'expulsion

[1080] Formule tirée de l'ouvrage de Mireille DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, *op. cit.*

constitue une mesure de police administrative par nature préventive, son application en matière de terrorisme conduit à révéler son caractère sanctionnateur. Tout comme dans l'hypothèse d'une migration à caractère terroriste, le droit pénal est dépassé par une mesure administrative qui vient anticiper une prévention pénale pourtant créée aux fins d'empêcher la réalisation du risque terroriste.

TITRE I. LE DROIT PENAL DESSAISI DE LA MIGRATION A CARACTERE TERRORISTE

TITRE II. LE DROIT PENAL SUPPLANTE PAR L'EXPULSION A RAISON D'UN COMPORTEMENT TERRORISTE

TITRE I.

LE DROIT PÉNAL DESSAISI DE LA MIGRATION À CARACTÈRE TERRORISTE

283. Essor d'un droit pénal du risque – La migration à caractère terroriste se détermine par sa finalité, le terrorisme, dont le caractère extrêmement grave a naturellement conduit à son appréhension par le droit pénal. Mais la migration à caractère terroriste ne constitue pas le résultat redouté : elle n'est qu'un acte préparatoire à l'infraction recherchée qui, s'il tend à la réalisation du crime, ne présente pas « un lien de causalité certain […] entre l'attitude de l'agent et la production d'un résultat dont l'obtention, ou la recherche, est érigée en infraction »[1081]. Sa répression ne peut en conséquence être fondée sur une infraction matérielle qui nécessite, pour être consommée, la réalisation du résultat redouté. Elle ne peut l'être non plus sur la notion de tentative qui subordonne l'anticipation de la répression à l'existence d'un commencement d'exécution de l'infraction, c'est-à-dire à un acte qui a pour conséquence directe et immédiate la réalisation de celle-ci. Dans ce contexte, l'appréhension pénale de la migration à caractère terroriste est nécessairement fondée sur des infractions obstacles qui viennent punir les actes préparatoires à l'infraction. La migration à caractère terroriste oblige donc le droit pénal à remonter le chemin du crime au-delà de ce qu'autorise le principe de légalité[1082] afin de se saisir d'actes seulement équivoques qui ne manifestent pas une matérialité suffisante et révèlent une distance très – trop – prononcée avec le résultat redouté. Elle contribue ainsi à l'essor d'un droit pénal du risque, qu'elle étend et qu'elle renforce.

284. Dessaisissement progressif du droit pénal – Paradoxalement, l'étude de la migration à caractère terroriste révèle pourtant que le droit pénal, malgré l'anticipation qu'il met en œuvre, est progressivement dessaisi de la répression de cette migration. Si la prévention pénale autorise une anticipation répressive, encore faut-il qu'il existe des éléments tangibles de nature à révéler le risque terroriste porté par la migration. En cas contraire, aucune pénalisation, aussi anticipée qu'elle soit, ne peut être mise en œuvre. Afin de dépasser cette limite qui

[1081] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 697, n° 923.
[1082] Christine LAZERGES, Hervé HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.,* p. 650.

constitue un obstacle à la pénalisation de la migration à caractère terroriste[1083], la création de dispositifs administratifs a progressivement entraîné un dessaisissement du droit pénal en opérant une anticipation du risque porté par la migration, bien au-delà de ce que permet la prévention pénale.

285. La pénalisation de la migration à caractère terroriste est ainsi écartée **(Chapitre I)** par la création de mesures de police administrative destinées à se saisir de la migration dont le risque terroriste n'est pas matérialisé. Si ces mesures ne semblent au premier regard constituer qu'un palliatif de l'impossible action pénale, elles s'érigent en réalité en véritables concurrentes de celle-ci, autant par leur ressemblance avec certaines mesures de contrainte pénale que par leur application, non pas à défaut, mais en parallèle du déclenchement de poursuites pénales. Plus encore, le développement de l'échange et de l'analyse d'informations et de données a révolutionné la prévention de l'infraction terroriste en procédant à une véritable prédiction de la migration revêtant un tel objet, qui conduit par conséquent à l'obsolescence de la pénalisation établie en la matière **(Chapitre II)**. Ce dessaisissement progressif du droit pénal à l'égard de la migration à caractère terroriste révèle l'existence d'une répression nouvelle, administrative, qui, détachée de toute matérialité, permet d'appréhender de manière bien plus large le risque terroriste au prix d'un recul des garanties inhérentes au droit pénal ; garanties qui fondent pourtant la légitimité de toute répression.

CHAPITRE I. UNE PENALISATION ECARTEE

CHAPITRE II. UNE PENALISATION OBSOLETE

[1083] Sur les 250 personnes de retour sur le territoire français au début de l'année 2016 après une migration à caractère terroriste, près d'une centaine a échappé à des poursuites pénales en réfutant toute implication dans un projet de nature terroriste destiné à s'accomplir sur le territoire national : rapport n° 491 de Michel MERCIER fait au nom de la commission des lois du Sénat, *relatif au projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, déposé le 23 mars 2016, tome 1, p. 193.

CHAPITRE I

UNE PÉNALISATION ÉCARTÉE

286. Migration – La vague d'attentats commis sur le sol français au cours des dernières années a révélé que le terrorisme peut désormais être impulsé par les déplacements d'un individu à destination de territoires particuliers. Le Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la surveillance des filières et des individus djihadistes a noté l'accroissement important du nombre de départs de Français ou d'étrangers résidants en France à destination de la zone irako-syrienne et précisé que « Les retours de djihadistes […] sont l'un des facteurs importants de l'aggravation de la menace [terroriste], la majorité d'entre eux ayant combattu dans les rangs de Daech, qui a officiellement appelé le 21 septembre 2014 à la commission d'attentats terroristes en France et dans les pays participant à la coalition »[1084]. La France est donc confrontée à un phénomène « largement inédit, tant au regard de son ampleur que de sa nature »[1085] : celui des migrations à caractère terroriste qui, au vu des risques qu'elles comportent, ont été appréhendées par le droit pénal.

287. Prévention pénale – Si le droit pénal a été pensé comme un droit de la matérialité qui réagit à la violation d'une valeur sociale essentielle, à la survenance d'un « résultat redouté »[1086], la création des incriminations « débute par une volonté de prévention »[1087]. Lorsqu'il crée la loi pénale, le législateur est en effet mû d'une préoccupation d'abord préventive : il s'agit d'éviter les conséquences d'un « résultat redouté »[1088], de s'en protéger. Le « premier pas de la répression » est ainsi impulsé par la nécessité de réagir face « au danger social que représentent certaines situations »[1089]. CARBONNIER écrivait ainsi qu'« il n'est nullement insolite qu'avant toute inobservation les règles diffusent préventivement l'obéissance qu'elles demandent »[1090]. Plus encore, le législateur est conscient que certains résultats sont « trop lourds »[1091] pour attendre leur survenance. Il a donc permis au droit pénal

---

[1084] Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la surveillance des filières et des individus djihadistes, par Éric CIOTTI et Patrick MENNUCI, enregistré à l'Assemblée nationale le 2 juin 2015, pp. 19 et suivantes.
[1085] *Ibid.*
[1086] André DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 171 ; Marc PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 212, n° 584.
[1087] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 42, n° 33.
[1088] André DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171 ; Marc PUECH, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 212, n° 584.
[1089] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 42, n° 33.
[1090] Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Armand Colin, 1972, p. 130.
[1091] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 255, n° 196.

de remonter peu à peu le chemin du crime afin de prévenir, et non plus seulement de punir, le résultat redouté. Agissant à l'occasion d'un « trouble ou [d'un] *risque de trouble* à l'ordre public »[1092], le droit pénal peut appréhender l'auteur d'un comportement prohibé par la loi pénale, que ce comportement constitue soit réellement, soit *potentiellement* un trouble à l'ordre public. L'action du droit pénal s'étend alors à la prévention du résultat redouté. Si la notion de tentative a constitué la première manifestation de l'anticipation pénale en autorisant la répression du simple commencement d'exécution d'une infraction[1093], le terrorisme a impulsé une anticipation bien plus importante grâce à l'émergence d'infractions obstacles. Est alors apparue en la matière une véritable « prévention pénale »[1094] destinée à punir, en-deçà du commencement d'exécution, les seuls actes préparatoires de l'infraction terroriste par la création d'infractions non lésionnaires[1095]. Il ne s'agit plus seulement de réprimer l'acte terroriste mais de l'anticiper en adoptant une définition large du terrorisme, détachée de la réalisation du résultat redouté.

288. Migration à caractère terroriste – Le droit pénal se saisit donc naturellement de la migration à caractère terroriste en se fondant sur les infractions préventives déjà établies en matière de terrorisme et, plus particulièrement, sur l'une d'entre elles : le délit d'association de terroristes. Mais la pénalisation de la migration à caractère terroriste ne fait pas que se nourrir de la prévention pénale déjà établie en matière de terrorisme : elle la développe également en impulsant la création de nouvelles règles de compétence pénale et incriminations. L'action préventive du droit pénal est ainsi creusée par la migration à caractère terroriste, ce qui apparaît d'autant plus problématique que cette action conduit à un recul du principe de matérialité. Pourtant, l'on ne peut que remarquer un certain malaise de la part du législateur français. La migration à caractère terroriste est certes saisie par le droit pénal, mais jamais de manière expresse : aucune incrimination n'est directement ni exclusivement relative à la répression de ce phénomène. Plus encore, la saisie de la migration à caractère terroriste par le droit pénal demeure limitée, malgré l'anticipation pénale existante, par le principe de matérialité auquel le droit pénal est arrimé. Si les infractions préventives conduisent à détendre ce principe, leur répression continue tout de même de nécessiter des éléments matériels tangibles de nature à fonder une condamnation pénale. Or, il est bien compliqué, en matière de migration à caractère

[1092] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 1, n° 2, nous soulignons.
[1093] Article 121-5 du Code pénal
[1094] Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes, op. cit.,* p. 402, n° 503
[1095] Julie ALIX, « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », *in Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2014, p. 430.

terroriste, de fournir de tels éléments. La volonté de toujours plus anticiper le risque terroriste se heurte donc à cet obstacle inhérent au droit pénal, raison pour la laquelle la potentielle pénalisation de la migration à caractère terroriste **(Section I)** apparaît désormais éclipsée par la police administrative **(Section II)**. Les lois des 13 novembre 2014 et 3 juin 2016 ont ainsi respectivement créé l'interdiction de sortie du territoire[1096] et le contrôle administratif[1097], mesures destinées à prévenir la commission d'un acte de terrorisme lorsqu'il existe des « raisons sérieuses de penser » que l'individu concerné projette de se déplacer ou s'est déplacé en zone irako-syrienne afin de porter atteinte à la sécurité publique à son retour en France. Détachées de tout élément probatoire, ces mesures sont présentées comme un remède à l'impossible action du droit pénal en l'absence d'éléments tangibles. En réalité, elles conduisent surtout à contourner l'action pénale en entraînant une répression détachée de toute matérialité.

SECTION I. UNE PENALISATION POTENTIELLE DE LA MIGRATION A CARACTERE TERRORISTE

SECTION II. UNE PENALISATION ECLIPSEE PAR LA POLICE ADMINISTRATIVE

[1096] Créée par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, à l'article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure.
[1097] Créé par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, à l'article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure.

SECTION I. UNE PENALISATION POTENTIELLE DE LA MIGRATION A CARACTERE TERRORISTE

289. Un rapide balayage des incriminations créées en matière de terrorisme conduit au surprenant constat qu'aucune d'entre elles n'est spécifiquement consacrée à la répression de la migration à caractère terroriste. Cela ne signifie pas pour autant que cette dernière n'est pas saisie par le droit pénal : au contraire, il semble que la prévention pénale du terrorisme serve de point d'appui à la pénalisation de la migration présentant un tel caractère. Malgré l'existence de cette pénalisation dérivée **(Paragraphe I)**, l'on ne peut que s'interroger sur l'absence d'appréhension expresse de ce phénomène par le droit pénal tant elle semble révéler un certain malaise à incriminer **(Paragraphe II)**, alors même que le renforcement de la pénalisation des actes de soutien au terrorisme ne cesse d'étendre la définition du terrorisme.

Paragraphe I. Une pénalisation dérivée

290. La migration à caractère terroriste est saisie par le droit pénal, par le biais d'infractions obstacles préexistantes à ce phénomène. Cette pénalisation dérivée se fonde principalement sur le délit d'association de terroristes **(A)** qui permet de punir tout autant la migration projetée que la migration consommée. Mais si, au premier regard, la pénalisation de la migration à caractère terroriste emprunte l'anticipation déjà mise en œuvre par certaines infractions préventives, elle semble également participer à l'extension de la prévention pénale engagée en matière de terrorisme. Ce mouvement d'extension apparaît toutefois réduit, la pénalisation expresse de la migration à caractère terroriste étant en réalité limitée **(B)** à la création d'une nouvelle règle de compétence et d'une incrimination non exclusivement réservée à ce phénomène.

A. Une pénalisation fondée sur l'association de terroristes

291. Prévention pénale du terrorisme – Si « le droit pénal n'a jamais été indifférent à la problématique de la prévention des infractions pénales »[1098], le terrorisme a révélé l'insuffisance de l'effet préventif général et spécial attaché à la peine. Ce dernier n'est pas de nature à empêcher le délinquant de commettre une infraction terroriste, laquelle est par ailleurs d'une gravité telle qu'elle nécessite la mise en œuvre d'une prévention efficace permettant

[1098] Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, *op. cit.,* n° 501.

d'éloigner le spectre de la réalisation du résultat terroriste redouté[1099]. Le législateur en a pris acte en développant un véritable dispositif de prévention pénale du terrorisme par la création d'infractions obstacles[1100]. Destinée à combler l'« inadaptation »[1101] des infractions matérielles, l'infraction obstacle touche à la structure même des incriminations en se délestant[1102] de la réalisation du résultat afin d'autoriser la répression pénale en amont de sa survenance. Leur appellation l'indique : les infractions obstacles visent à « *faire obstacle* à la survenance d'un trouble à l'ordre public en interrompant le délinquant dans son action »[1103]. Elles constituent en ce sens des « infractions de prévention » qui « incriminent ou interdisent […] un comportement dangereux révélant un dol ou une faute de danger et produisant nécessairement mais seulement un résultat dangereux »[1104]. Il s'agit en effet de « défendre les intérêts sociaux les plus précieux »[1105] en incriminant de « simples podromes d'actes antisociaux graves, pour raréfier les moyens de commettre l'infraction […], pour ériger en délit des situations dangereusess […] »[1106]. La volonté de prévenir le terrorisme par le droit pénal a donc conduit à une « mutation de l'objet répressif »[1107]. La loi du 22 juillet 1996[1108] est ainsi à l'origine d'une véritable rupture. Elle signe l'avènement d'une nouvelle « modalité de prévention »[1109], pénale celle-ci. Alors que la répression du terrorisme était jusqu'alors subordonnée à la commission d'un acte d'une telle nature – ou de sa tentative, le législateur de 1996 a bouleversé cet équilibre en mobilisant pour la première fois l'incrimination pénale à des fins principalement préventives[1110]. Le délit de participation à une association de terroristes a été créé, mais il n'a constitué que la première pierre posée à l'édifice de l'anticipation pénale en matière de

[1099] *Ibid.,* p. 402, n° 502. Pour l'auteure, « plus la criminalité en cause est grave, plus sa prévention s'impose ».
[1100] Il peut être ici souligné que la prévention de la migration irrégulière à destination de l'Union s'effectue, au sein des pays maghrébins, par le même mécanisme d'infraction obstacle, incarné notamment par le délit d'émigration : voir *supra* n° 218 et n° 229-232.
[1101] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 255, n° 196.
[1102] *Ibid.*
[1103] Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes, op. cit.,* p. 405, n° 507, souligné par l'auteure. Voir aussi Xavier PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 173, n° 170
[1104] Anne PONSEILLE*, L'infraction de prévention en droit pénal français*, thèse Montpellier I sous la direction du Professeur Christine Lazerges, 2001, § 587. Pour Xavier PIN, il s'agit d'incriminer la « création d'un péril » : *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 173, n° 170.
[1105] Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 213.
[1106] Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit*., p. 44, n° 52.
[1107] Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes, op. cit.,* p. 404, n° 506.
[1108] Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 *tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.*
[1109] Julie ALIX, « Terrorisme », *JurisClasseur Pénal Code*, Articles 421-1 à 422-7, fascicule 20, 2 décembre 2015, point 43.
[1110] Julie ALIX, Olivier CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *op. cit.,* p. 847.

terrorisme[1111]. Depuis 1996, le législateur a en effet établi un catalogue d'infractions destiné à réprimer les actes de « soutien au terrorisme »[1112], opérant ainsi une « extension progressive de la qualification terroriste aux comportements périphériques au terrorisme »[1113]. Le terrorisme ne fait donc pas l'objet d'une qualification unique mais d'une conception globale et d'une définition particulièrement large. Il ne s'agit en effet plus tant de punir le trouble à l'ordre public provoqué par l'infraction que de réprimer la menace de ce trouble portée par un comportement non lésionnaire[1114] : l'ensemble des incriminations créé depuis la loi du 15 novembre 2001 a trait à des comportements de soutien au terrorisme qui touchent tout autant à la structure de ce phénomène, à son approvisionnement, qu'à sa provocation[1115]. Il en est ainsi notamment, mais pas seulement[1116], de l'association de terroristes[1117], du financement du terrorisme[1118], de la provocation au terrorisme[1119], de l'apologie du terrorisme[1120] ou encore de l'entreprise individuelle terroriste[1121]. Mais alors qu'en opérant une définition extensive du terrorisme le législateur ne semble plus subir de limites dans l'incrimination des actes périphériques, préparatoires au terrorisme, l'on ne peut que remarquer l'absence d'incrimination expresse de la migration à caractère terroriste. En réalité, si celle-ci est bien saisie par le droit pénal, ce n'est que par le biais de la pénalisation préventive mise en œuvre en matière de terrorisme.

292. Délit d'association de terroristes – Aucune incrimination n'est en effet expressément et uniquement consacrée à la migration à caractère terroriste, au déplacement d'un individu vers des territoires d'entreprise terroriste. Toutefois, cette absence d'incrimination ne signifie pas que le phénomène dont il est question ici n'est pas appréhendé par le droit pénal. Au contraire, la pénalisation de la migration à caractère terroriste se nourrit de la prévention pénale opérée en matière de terrorisme, autrement dit de l'incrimination des actes de soutien au terrorisme. Plus particulièrement, le fait de projeter une telle migration est susceptible de recouvrir la qualification du délit d'association de terroristes. Siège de cette incrimination, l'article 421-2-1 du Code pénal dispose que « [c]onstitue […] un acte de

[1111] *Ibid.*
[1112] Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes, op. cit.,* p. 404, n° 507.
[1113] Julie ALIX, « Terrorisme », *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 421-1 à 422-7, fascicule 20, 2 décembre 2015, point 41.
[1114] Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes, op. cit.,* p. 406, n° 508.
[1115] *Ibid.*, p. 405, n° 508 ; pp. 180-183, n° 238-242.
[1116] Voir Julie ALIX, « Terrorisme », *op. cit.,* points 44 et suivants.
[1117] Article 421-2-1 du Code pénal.
[1118] Article 421-2-2 du Code pénal.
[1119] Article 421-2-4 du Code pénal.
[1120] Article 421-2-5 du Code pénal.
[1121] Article 421-2-6 du Code pénal.

terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents ». « Dérivée »[1122] du délit de participation à une association de malfaiteurs[1123], cette incrimination constitue le « pilier »[1124], « le pivot de la législation antiterroriste française »[1125] en raison de sa « dimension anticipatrice »[1126]. Représentant entre 50% et 80% des condamnations pénales selon les années[1127], le délit d'association de terroristes est « la principale arme »[1128] des magistrats[1129] « pour anticiper »[1130] le risque terroriste. Le caractère « inconsistant »[1131] de cette incrimination facilite en effet la preuve de sa consommation et encore davantage de sa suspicion, ce qui permet de poursuivre toute personne qui ne fait que « graviter » autour de la structure[1132].

293. Migration consommée – En pratique, l'association de terroristes sert depuis le début des années 2000 de fondement à la pénalisation de la migration à caractère terroriste et, d'abord, au déclenchement de poursuites pénales à l'encontre de l'individu de retour en France après un tel déplacement[1133]. Initialement, la pénalisation de la migration sur le fondement de

---

[1122] Julie ALIX, « Fallait-il étendre la compétence des juridictions pénales en matière terroriste ? (à propos de l'article 2 de la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme) », *Recueil Dalloz,* 2013, p. 519.
[1123] Article 450-1 du Code pénal.
[1124] Julie ALIX, « Réprimer la participation au terrorisme », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 2014, p. 849.
[1125] Rapport n° 409 *relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme* enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 14 novembre 2012, fait par Marie-France BECHTEL au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 297 adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, p. 36.
[1126] Julie ALIX, « Réprimer la participation au terrorisme », *op. cit.*, p. 850.
[1127] Laurent BONELLI, *in* Camille POLLONI, « Laurent BONELLI : "La figure du loup solitaire catalyse toutes les peurs" », *Le Nouvel Observateur*, 29 juin 2014. https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-le-grand-entretien/20140629.RUE4663/laurent-bonelli-la-figure-du-loup-solitaire-catalyse-toutes-les-peurs.html
[1128] Jean-François RICARD et Marie-Antoinette HOUYVET, « Lutte contre le terrorisme : spécificités de la loi française », *Actualité juridique Pénal*, 2004, pp. 191-192.
[1129] Julie ALIX, « Terrorisme », *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 421-1 à 422-7, fascicule 20, 2 décembre 2015, point 77 ; Jean-Éric GICQUEL, « Lutte contre le terrorisme - Le droit de l'antiterrorisme, un droit aux confins du droit administratif et du droit pénal », *La Semaine Juridique,* Edition Générale n° 40, 2 Octobre 2017, doctr. 1039, point 11, p. 1779.
[1130] Jean-François RICARD et Marie-Antoinette HOUYVET, « Lutte contre le terrorisme : spécificités de la loi française », *op. cit.*, pp. 191-192.
[1131] Julie ALIX, « Terrorisme », *JurisClasseur Pénal Code*, *op. cit.*, point 77.
[1132] Tel que l'individu qui entrepose « des tracts pour un proche connu pour ses thèses subversives » : Julie ALIX, « Terrorisme », *JurisClasseur Pénal Code*, *op. cit.*, point 77. Voir également les propos de Laurent BONELLI, recueillis par Isabelle MANDRAUD et Alain SALLES *in* « Nous sommes dans une logique d'extension du contrôle », *op. cit.*
[1133] Intervention de Marc TREVIDIC, premier président du Tribunal de grande instance de Lille, au cours de la conférence-débat organisée sur le thème « Penser la prévention et la répression du terrorisme aujourd'hui », à l'Université de Lille II le 13 mars 2016. Une retranscription partielle de cette intervention figure au sein de l'article de Julie ALIX, « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », *op. cit.,* note de bas de page n° 28, pp. 429-430.

l'association de terroristes était étroite puisqu'elle exigeait que la personne concernée porte un projet terroriste à son retour en France. Le seul déplacement à destination de territoires suspects, l'Irak ou l'Afghanistan, ne suffisait donc pas pour déclencher l'action pénale à l'encontre d'un individu qui venait d'effectuer un tel déplacement. Rapidement, le déclenchement de poursuites pénales a néanmoins été facilité afin de favoriser la répression de la migration présentant un risque terroriste. Dès 2002, l'intéressé était ainsi poursuivi dès lors qu'il existait une preuve de son appartenance à un groupement terroriste, sans considération de la nature de cette appartenance[1134]. La preuve d'un projet terroriste n'avait donc plus à être rapportée ; le fait que l'individu ait appartenu à un groupement terroriste à l'étranger révélait un danger suffisamment important pour déclencher les poursuites pénales.

294. Pénalisation de la migration projetée – Mais c'est plus encore la vague d'attentats commis en France depuis 2012 qui a entraîné une véritable dilatation du délit d'association de terroristes, étendant *de facto* son champ d'application. Depuis lors, cette infraction est utilisée afin de punir la migration non plus consommée mais la migration seulement projetée. Il s'agit ici de poursuivre l'individu qui projette un tel déplacement afin d'empêcher son émigration et ce, sur la « seule preuve de [sa] volonté de départ »[1135] et non plus seulement la personne de retour en France après un déplacement vers des territoires où évoluent des groupements terroristes. La migration à caractère terroriste entraîne ainsi une extension du champ d'application matériel de l'association de terroristes qui s'applique tant à l'encontre des individus qui reviennent en France après un déplacement au cours duquel ils ont appartenu à un groupement terroriste, que ceux qui projettent cette appartenance uniquement. La migration projetée approfondit alors l'anticipation pénale mise en œuvre en matière de terrorisme et conduit à appréhender un individu qui n'a pas encore rejoint un tel groupement. Une telle anticipation se situe en-deçà du champ d'application de la tentative[1136] de l'association de terroristes, qui peut être poursuivie lorsqu'elle constitue un crime en raison des circonstances aggravantes l'accompagnant[1137]. Il n'y a en effet ici aucun commencement d'exécution qui

[1134] Marc TREVIDIC invoquait par exemple que la fonction de « cuisinier » au sein du groupement terroriste permettait de déclencher les poursuites pénales, *ibid.*
[1135] *Ibid.*
[1136] Article 121-5 du Code pénal.
[1137] Article 121-4 du Code pénal combiné à l'article 421-5 alinéa 2 qui punit de trente ans de réclusion criminelle et de 500 000 euros d'amende la direction ou l'organisation d'un groupement terroriste, ou à l'article 421-6 du Code pénal qui punit de trente ans de réclusion criminelle et de 450 000 euros d'amende la participation à un groupement ayant « pour objet la préparation : 1° Soit d'un ou plusieurs crimes d'atteintes aux personnes visés au 1° de l'article 421-1 ; « 2° Soit d'une ou plusieurs destructions par substances explosives ou incendiaires visées au 2° de l'article 421-1 et devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner la mort d'une ou plusieurs personnes ; 3° Soit de l'acte de terrorisme défini à l'article 421-2 lorsqu'il est susceptible

permettrait de faire entrer la migration projetée dans le champ de la répression. Défini comme l'acte manifestant de manière non équivoque l'intention irrévocable[1138] de commettre l'infraction, en tendant immédiatement et directement à la commission de celle-ci, le commencement d'exécution nécessite que la personne soit entrée sur le « chemin du crime » qui l'aurait menée, en l'absence d'interruption extérieure à sa volonté, à matérialiser son appartenance à un groupement terroriste. Il y a en effet commencement d'exécution « lorque l'acte accompli révèle la volonté définitive et arrêtée de commettre telle infraction »[1139], autrement dit lorsqu'il existe un acte univoque tendant vers la réalisatiou du crime ou du délit. Or, la simple projection ne peut constituer ce commencement d'exécution. Tant que l'individu ne s'apprête pas à se déplacer vers des territoires étrangers où évoluent des groupements terroristes, tant que cette migration n'est pas imminente, il apparaît bien difficile de considérer que celui-ci est entré dans la phase d'exécution de l'infraction. Le déclenchement de poursuites pénales à son encontre pour association de terroristes est ainsi susceptible de conduire à sa mise en examen alors qu'il n'a commis, non un commencement d'exécution, mais des actes préparatoires d'une infraction qui punit déjà de simples actes préparatoires au résultat redouté ! S'il n'est pas directement relatif à la migration à caractère terroriste, le fondement de l'association de terroristes permet donc de poursuivre l'individu de retour en France après un tel déplacement et même, celui qui ne fait que projeter ce déplacement. Cette saisie de la migration à caractère terroriste par le droit pénal est d'autant plus intéressante qu'elle permet la mise en œuvre de mesures de contrainte à l'encontre de l'individu concerné.

295. Mesures de contrainte – Plus encore que de fonder la répression pénale, l'incrimination d'association de terroristes autorise l'infliction de mesures de contrainte pénales à l'encontre de l'intéressé. Ces mesures sont d'autant plus intéressantes sur le plan de la prévention qu'elles permettent d'éviter que l'individu commette un acte de terrorisme à son retour en France, ou, plus encore, d'empêcher la migration et de neutraliser ainsi tout risque terroriste. La mise en œuvre de ces mesures est d'ailleurs l'objectif principal recherché par la prévention pénale en matière de migration à caractère terroriste : « [t]raditionnellement rétrospective dès lors qu'elle a pour objet d'établir un fait passé, [la procédure pénale] devient

d'entraîner la mort d'une ou plusieurs personnes ». Lee fait de diriger ou d'organiser un tel groupement ou une telle entente est par ailleurs puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 500 000 euros d'amende.

[1138] Pour Alain PROTHAIS, la qualification juridique déterminante du commencement d'exécution est attachée à l'intensité du désir criminel du délinquant : *Tentative et Attentat*, LGDJ, 1985 ; Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit*., p. 218.

[1139] Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p. 239, n° 254.

lentement prospective [lorsqu'elle est] gouvernée par une logique prédictive »[1140]. La première mesure de contrainte est bien entendu constituée de la garde à vue, qui peut être prononcée dès lors qu'il existe « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner [que l'intéressé] a commis ou tenté de commettre »[1141] l'infraction d'association de terroristes ou d'entreprise individuelle de même nature. En matière de terrorisme, cette mesure peut être prolongée à de multiples reprises jusqu'à atteindre une durée de 144 heures[1142]. À l'issue de sa garde à vue, la personne soupçonnée d'avoir commis un délit d'association de terroristes ou d'entreprise individuelle de même nature peut être mise en examen et faire l'objet d'une mesure de contrôle judiciaire, d'assignation à résidence ou, « si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d'atteindre ces objectifs »[1143], d'un placement en détention provisoire. Le Code de procédure pénale dispose en effet que ce placement peut être ordonné ou prolongé lorsque « La personne mise en examen encourt une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement »[1144] dans l'objectif, notamment, de « mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement »[1145]. Fondée sur les délits d'association de terroristes, la procédure pénale prend ainsi parfaitement en compte la notion d'urgence[1146] et organise son intervention suffisamment tôt pour « faire face [au] départ de jeunes Français vers des zones [d]'apprentissage de la lutte armée »[1147] ou à leur retour en France. Malgré cette appréhension par le droit pénal et ses outils procéduraux, la migration à caractère terroriste ne fait l'objet que de timides manifestations d'une répression expresse.

B. Une pénalisation expresse limitée

296. Les seules manifestations explicites de la pénalisation de la migration à caractère terroriste en droit français sont très limitées et ne concernent que l'extension de la compétence de la loi pénale française **(1)** et la création d'une incrimination complexe qui n'est pas réservée à ce phénomène **(2)**.

[1140] Christine LAZERGES, Hervé HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2016, p. 654.
[1141] Article 62-2 du Code de procédure pénale.
[1142] Article 706-88 et 706-88-1 du Code de procédure pénale, nous soulignons.
[1143] Article 137 alinéa 3 du Code de procédure pénale.
[1144] Article 143-1, 2° du Code de procédure pénale.
[1145] Article 144, 6° du Code de procédure pénale.
[1146] Emmanuel DREYER, « La sortie du territoire interdite pour certains Français ? », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 912.
[1147] Projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions de la lutte contre le terrorisme, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 juillet 2014.

1. L'extension de la compétence de la loi pénale française

297. Article 113-13 du Code pénal – Alors même que le fondement de l'association de terroristes était utilisé dès la fin des années 1990 pour fonder la pénalisation du retour en France d'individus en provenance d'Irak ou d'Afghanistan[1148], la version actuelle de la migration à caractère terroriste vers la Syrie a impulsé une extension officielle de la compétence de la loi pénale française. La loi du 21 décembre 2012[1149] a ainsi complété la prévention pénale de l'acte de terrorisme en lien avec une migration en étendant la compétence des juridictions pénales aux actes de terrorisme commis à l'étranger[1150]. L'article 113-13 du Code pénal, créé par cette loi, dispose que « la loi pénale française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'actes de terrorisme […] commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français ». Confronté à ces jeunes personnes « parties faire le Jihad », le législateur français a officialisé la possibilité, pour la loi pénale française, de s'emparer de la migration à caractère terroriste en évoquant une « lacune »[1151] de notre droit. De la même manière que l'article 113-10 du Code pénal consacrant la compétence réelle, l'article 113-13 embrasse toute une catégorie d'infractions – les crimes et les délits qualifiés d'actes de terrorisme – dont la spécificité est de porter atteinte à l'État français. C'est en effet la volonté « de poursuivre et de condamner tous les Français [et les étrangers résidant en France] qui se rendraient à l'étranger, notamment *pour participer à des camps d'entraînement terroristes* »[1152] qui a impulsé la création de l'article 113-13[1153]. Malgré la limitation de son champ d'application aux Français et aux étrangers résidant en France, cette disposition obéirait donc au régime de la compétence réelle et devrait, de ce fait, être rattachée à ce type spécifique de compétence[1154]. Il est vrai que la possibilité de punir tous les actes de terrorisme, sans condition procédurale ni considération du lieu où ils ont été commis, révèle que ces actes sont perçus comme « portant en eux les germes d'une atteinte aux fondements de la nation »[1155], rapprochant ainsi l'article

[1148] Marc TREVIDIC, conférence-débat sur « la prévention et la répression du terrorisme aujourd'hui », *op. cit.*
[1149] Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 *relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme.*
[1150] Sur l'inutilité de l'article 113-13 du Code pénal, voir Julie ALIX, « Fallait-il étendre la compétence des juridictions pénales en matière terroriste ? (à propos de l'article 2 de la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme) », *op. cit.,*, p. 519.
[1151] Exposé des motifs du projet de loi relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, n° 6, déposé le 3 octobre 2012 à la présidence de l'Assemblée nationale.
[1152] *Ibid.*, nous soulignons.
[1153] Cette extension de la compétence de la loi pénale française a déjà été effectuée en matière de tourisme sexuel (article 225-12-3 du Code pénal) et de clonage humain (article 511-1-1 du Code pénal).
[1154] Didier REBUT, *Droit pénal international*, *op. cit.*, p. 72, n° 111.
[1155] Delphine BRACH-THIEL, « Le nouvel article 113-13 du code pénal : contexte et analyse », *Actualité juridique Pénal*, 2013, p. 94.

113-13 de la compétence réelle. Toutefois, cette dernière s'applique à l'ensemble des auteurs des infractions visés à l'article 113-10 du Code pénal, ce qui n'est pas le cas de l'article 113-13 qui limite son application aux Français et aux étrangers résidant en France. Surtout, cette restriction relative à la nationalité française de l'auteur ou à son rattachement à l'État français par la notion de résidence habituelle rappelle directement les règles de la compétence personnelle active, qui seraient alors étendues par l'article 113-13 du Code pénal. Davantage que d'appartenir à l'une ou à l'autre des compétences précitées, l'article 113-13 du Code pénal établit ainsi une compétence hybride, qui se rattache à la compétence réelle mais se teinte dans le même temps d'un « brin de personnalité active »[1156].

298. Absence de nécessité – Malgré l'apparente évolution qu'il impulse, l'article 113-13 du Code pénal semble peu pertinent au regard des règles déjà existantes en matière d'application de la loi pénale dans l'espace. L'article 113-2 du Code pénal, relatif au principe de territorialité, permet en effet de poursuivre et de juger l'auteur d'une infraction « commise sur le territoire de la République ». Son alinéa 2 étend cette compétence territoriale en précisant que « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». Autrement dit, il suffit, pour que la loi française soit applicable, qu'un seul des éléments constitutifs de l'infraction ait été commis sur le sol français. La compétence territoriale française est ainsi facilitée, d'autant plus lorsque l'infraction en cause est une infraction en lien avec le terrorisme - telle que l'association de terroristes ou l'entreprise individuelle de même nature - puisque ces infractions, par nature préventive, punissent les actes simplement préparatoires[1157]. Ces derniers sont donc aisément qualifiables, même lorsque l'individu se rend sur des territoires étrangers pour y acquérir une expérience terroriste, puisqu'il aura très souvent déjà commis des actes préparatoires avant son départ tels que la prise de contact avec les organisateurs de ces camps terroristes, la réservation de billets d'avion ou encore la consultation de sites internet liés à cette activité. Afin de justifier la nécessité de créer l'article 113-13 du Code pénal, l'exposé des motifs du projet de loi invoquait néanmoins la situation dans laquelle aucun élément constitutif n'aurait été commis sur le sol français. Dans ce cas – extrêmement rare – la loi française a pourtant vocation à s'appliquer en vertu de la compétence personnelle active. L'article 113-6 du Code pénal précise

[1156] *Ibid.*
[1157] Voir notamment Julie ALIX, « Fallait-il étendre la compétence des juridictions pénales en matière terroriste ? (à propos de l'article 2 de la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme) », *op. cit.,* p. 519.

en effet que la loi française est applicable à tout crime commis à l'étranger par un Français, ou à tout délit commis dans les mêmes conditions si celui-ci est également réprimé dans le pays où il a été perpétré. Dans l'hypothèse d'un délit, il convient donc de caractériser la réciprocité d'incrimination et de vérifier que l'infraction en cause a fait l'objet d'une plainte ou d'une dénonciation officielle de l'État[1158]. Ce sont exactement ces deux dernières conditions que l'exécutif a souhaité dépasser par la création de l'article 113-13, en précisant qu'elles « ne peuvent évidemment pas être remplies lorsqu'il s'agit d'un pays qui soutient ou tolère l'existence de ces camps d'entraînement »[1159]. Mais là encore, la disposition semble inutile : le caractère criminel de l'infraction en cause anéantit l'exigence de réciprocité requise par la compétence personnelle active. Or, l'association de terroristes – sur le fondement de laquelle la migration à caractère terroriste est réprimée – constitue un crime par le jeu des circonstances aggravantes[1160] et peut donc tout à fait fonder les poursuites pénales, sans condition de réciprocité, à l'encontre d'un individu qui s'est rendu ou projette de se rendre sur des territoires d'entreprise terroriste.

299. Bouleversement – Au premier regard, l'article 113-13 du Code pénal semble alors dénué d'utilité. Il participe pourtant au bouleversement de notre droit en érigeant l'extranéité en véritable risque pour la sécurité du territoire. L'extranéité *recherchée* d'abord en officialisant la possibilité de poursuivre en France les infractions terroristes perpétrées sur le sol étranger par un rançais, dans les mêmes conditions que si celles-ci avaient été commises sur le territoire de la République. Il s'agit donc bien de considérer que ces infractions effectuées à l'étranger « port[e]nt en [elles] les germes d'une atteinte aux fondements de la nation »[1161]. Mais le jeu de l'article 113-13 combiné au caractère extrêmement préventif de l'association de terroristes autorise la poursuite d'actes seulement préparatoires à une infraction terroriste alors que ces derniers, déjà très éloignés du résultat redouté, sont par ailleurs commis en dehors du territoire national. Cette anticipation extrême conduit à considérer que ce n'est plus seulement l'infraction elle-même qui est source d'une atteinte potentielle aux intérêts de la Nation mais l'individu qui, du fait de son déplacement à l'étranger, porte désormais en lui le risque d'un terrorisme potentiel.

[1158] Article 113-8 du Code pénal.
[1159] Exposé des motifs du projet de loi relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, n° 6, déposé le 3 octobre 2012 à la présidence de l'Assemblée nationale.
[1160] Voir *supra* n° 294.
[1161] Delphine BRACH-THIEL, « Le nouvel article 113-13 du code pénal : contexte et analyse », *op. cit.,* p. 95

300. Utilité – L'inutilité de l'article 113-13 du Code pénal n'est néanmoins qu'apparente, ce dernier mentionnant la possibilité de poursuivre les actes de terrorisme commis à l'étranger par un Français, mais également par une personne « résidant habituellement sur le territoire français »[1162] – c'est-à-dire, selon une jurisprudence constante, les étrangers qui ont fixé en France « le centre permanent ou habituel de leurs intérêts, avec la volonté de lui conférer un caractère stable »[1163]. L'article 113-13 du Code pénal autorise donc le droit pénal à se saisir du risque terroriste lorsque l'extranéité recherchée est accompagnée d'une extranéité *portée* par l'individu, du fait de sa nationalité étrangère. La compétence personnelle active de la loi pénale française est ainsi étendue en s'appliquant non seulement aux actes commis par un Français, mais également à ceux commis par une personne étrangère. Dès lors, le rattachement de l'infraction commise avec la loi pénale française est extrêmement ténu. Il s'agit ici de justifier cette extension de la disposition en autorisant l'application de la loi pénale à l'égard d'une seule catégorie d'étrangers : ceux qui « ont un lien avec la France suffisamment fort […] »[1164] ; autrement dit les étrangers qui, quelle que soit leur situation administrative, ont le plus de probabilité de revenir sur le sol français pour y perpétrer un attentat. L'article 113-13 du Code pénal conduit ainsi à un bouleversement des règles de compétence pénale française, tout en étant expressément consacré à la migration à caractère terroriste. Il s'agit ici autant d'étendre la compétence territoriale active que d'afficher l'action du droit pénal en la matière. Malgré cette modification touchant aux règles de compétence de la loi pénale française, la saisie expresse de la migration à caractère terroriste par le droit pénal apparaît bien discrète, aucune incrimination n'étant spécifiquement réservée à ce phénomène en droit français.

[1162] Si le projet de loi initial suivait les règles de la compétence personnelle active en réservant l'application de la loi pénale française aux faits commis à l'étranger par un Français uniquement, le Sénat avait de son côté souhaité étendre la disposition aux actes commis par une « personne titulaire d'un titre de séjour l'autorisant à résider sur le territoire français ». Mais la commission des lois de l'Assemblée nationale avait jugé ce critère peu pertinent car excluant deux catégories d'étrangers : les citoyens de l'Union européenne et les personnes en situation irrégulière ou en attente de titre de séjour : Rapport n° 409 *relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme,* enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 14 novembre 2012, fait par Marie-France BECHTEL au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 297 adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, p. 40.

[1163] Voir notamment : Cour de cassation, première chambre civile, 14 décembre 2005, 05.10-951 ; voir sur le critère de résidence habituelle : André Giudicelli, « Le critère de résidence habituelle en droit pénal international », *in Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, *op. cit.*, pp. 363-378.

[1164] Rapport n° 409 *relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, *op. cit.*, p. 41.

2. La création d'une incrimination non spécifique

301. Délit d'entreprise individuelle – Nous l'avons vu, la migration à caractère terroriste peut être saisie par le droit pénal, sur le fondement de l'association de terroristes. Toutefois, il apparaît difficile d'établir tout autant la nature du groupement en question que le lien entre le groupement terroriste et l'individu concerné lorsque ce dernier n'a pas encore effectué de déplacement à l'étranger. Dans l'hypothèse de la migration simplement projetée, ce lien ne peut être « qu'en germe »[1165]. Surtout, plus le droit pénal intervient de manière anticipée, et plus la perspective d'une condamnation s'éloigne ; en cas contraire, les peines prononcées sont faibles[1166]. Afin de réduire ces difficultés et de faciliter encore la répression pénale, loi du 13 septembre 2014 a créé le délit d'entreprise individuelle, qui réalise la prédiction relative à l'apparition « un jour prochain [de] l'association de malfaiteurs unipersonnelle »[1167]. Suivant la même « logique anticipatrice »[1168] que l'infraction d'association de terroristes, le délit d'entreprise individuelle érige « en infraction consommée des actes préparatoires qui sont antérieurs au commencement d'exécution constitutif de la tentative punissable »[1169]. L'article 421-2-6 du Code pénal dispose ainsi que *«* [c]onstitue un acte de terrorisme le fait de préparer la commission [de certaines infractions terroristes], dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». Caractérisée par sa finalité ou par son « contexte » terroriste[1170], l'infraction est matérialisée de manière complexe. Deux faits matériels doivent en effet être qualifiés. La préparation de l'infraction terroriste doit d'abord être impérativement caractérisée par « [l]e fait de détenir, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui »[1171]. Ce premier fait doit ensuite être accompagné de l'un des faits matériels établis par le législateur, dans une véritable énumération à la Prévert. En plus de détenir, de se procurer ou de fabriquer des objets ou substances dangereuses, l'individu concerné doit accomplir l'un des faits matériels suivants : « a) Recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une

[1165] Julie ALIX, « Réprimer la participation au terrorisme », *op. cit.*, p. 853.
[1166] Voir, « Extraits du livre de Marc Trevidic : Terroristes, les 7 piliers de la déraison », *Libération*, 14 janvier 2013.
[1167] Michel VERON, commentaire sous arrêt n° 182, Cour de cassation, chambre criminelle, 3 juin 2004, n° 03-83334, *Droit pénal,* 2004.
[1168] Romain OLLARD, Olivier DESAULNAY, « La réforme de la législation anti-terroriste ou le règne de l'exception pérenne », *Droit pénal*, n° 1, Janvier 2015, étude 1, p. 9.
[1169] *Ibid.*
[1170] Anne PONSEILLE*,* « Le délit d'entreprise individuelle terroriste devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, avril-juin 2017, n° 2017-2, p. 268.
[1171] Article 421-2-6, I, 1°, du Code pénal

action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes ; b) S'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ; c) Consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ; d) *Avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes* »[1172].

302. Extension – Cette dernière condition alternative relative au séjour à l'étranger sur un théâtre d'opérations terroristes révèle la volonté particulière de pénaliser officiellement la migration à caractère terroriste et démontre le poids de ce phénomène dans l'approfondissement de la prévention pénale mise en œuvre en matière de terrorisme. Les divers attentats vécus depuis 2012 ayant révélé l'évolution de cette menace par l'action d'auteurs désormais isolés[1173], le délit d'entreprise individuelle remonte encore le chemin de l'*iter criminis*[1174] afin de pouvoir appréhender ces individus solitaires de retour en France après une migration à caractère terroriste. Cette migration entraîne donc un pas supplémentaire dans la prévention pénale opérée en matière de terrorisme, en permettant l'appréhension officielle non plus d'un groupement, mais d'une personne qui a décidé individuellement d'aller « faire le Jihad ». Ce faisant, le délit d'entreprise individuelle bouleverse la qualification terroriste, traditionnellement abordée dans sa dimension collective ; dimension qui permet pourtant de l'objectiver puisqu'elle est alors « subordonnée à l'établissement d'un lien entre l'action et une organisation terroriste »[1175].

303. Limites – Pour autant, le délit d'entreprise individuelle ne saisit pas expressément la migration à caractère terroriste. Ce phénomène est en effet « enfoui » parmi les trois autres faits

---

[1172] *Ibid.,* nous soulignons.

[1173] L'étude d'impact du projet de loi renforçant les dispositions de la lutte contre le terrorisme précisait ainsi : « alors qu'auparavant, un acte terroriste nécessitait des aides extérieures, parce qu'il était conçu comme porté par un groupe terroriste souvent hiérarchisé, *a minima* identifié, désormais un seul individu peut tout à fait commettre un acte terroriste sans structure organisée et le revendiquer au nom d'une idéologie et ce d'autant plus facilement qu'à l'ère des communications dématérialisées, n'importe quelle personne peut avoir accès à des forums djihadistes dans lesquels il trouvera des conseils pour agir au mieux […] », NOR : INTX1414166L/Bleue-1, 8 juillet 2014, p. 48.

[1174] Julie ALIX, « Réprimer la participation au terrorisme », *op. cit.*, p. 849 ; Yves MAYAUD, « Terrorisme – Prévention » *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, février 2015, point 90.

[1175] Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, Dalloz, volume 91, 2010, p. 530.

matériels alternatifs permettant de fonder la répression pénale. Le délit d'entreprise individuelle n'a donc pas trait à la migration à caractère terroriste uniquement : il évoque simplement ce phénomène comme l'un des comportements de nature à entraîner la qualification d'entreprise individuelle. Par ailleurs, il n'incrimine pas expressément la migration à caractère terroriste, en ayant trait au « *séjour* à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes » et non au *déplacement* à l'étranger, ou au *retour* en France après un tel séjour. Enfin, ce séjour ne peut être incriminé que si l'individu concerné détient, fabrique ou se procure des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui[1176]. Le délit d'entreprise individuelle est une infraction complexe qui nécessite, pour être constituée, la réalisation de deux actes matériels punissables. Le seul séjour sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes ne suffit donc pas à qualifier l'individu concerné de terroriste. Si la création du délit d'entreprise individuelle témoigne d'une volonté d'étendre la prévention pénale du terrorisme aux comportements de migration à caractère terroriste, sa nature complexe révèle ainsi dans le même temps un certain malaise à incriminer ce phénomène.

Paragraphe II. Un malaise à incriminer

304. Alors que l'Union européenne assume parfaitement l'idée d'une pénalisation de la migration à caractère terroriste, le législateur français semble à l'inverse souffrir d'un véritable malaise lorsqu'il s'agit d'assumer la pénalisation expresse d'un tel phénomène **(A)**. Si cette situation intrigue, elle semble toutefois découler de la difficile qualification terroriste de la migration en cause **(B)**.

A. Une pénalisation non assumée

305. Droit de l'Union – La discrétion dont le droit français fait preuve en matière de pénalisation de la migration à caractère terroriste contraste avec la volonté assumée de l'Union européenne d'impulser la création, au sein des États membres, d'une nouvelle incrimination

[1176] Alors que le législateur avait initialement conçu le délit d'entreprise individuelle de manière assez large en permettant d'incriminer le fait de simplement *rechercher* des objets ou substances dangereuses, le Conseil constitutionnel a jugé cette possibilité contraire au principe de nécessité des délits et des peines et contraint le législateur à supprimer cet acte de recherche de la disposition initiale. Le Conseil a jugé qu'« […] en retenant au titre des faits matériels pouvant constituer un acte préparatoire le fait de " rechercher … des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ", sans circonscrire les actes pouvant constituer une telle recherche dans le cadre d'une entreprise individuelle terroriste, le législateur a permis que soient réprimés des actes ne matérialisant pas, en eux-mêmes, la volonté de préparer une infraction » : Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, *Amadou S*, cons. n° 17.

spécifiquement consacrée à la migration. La directive (UE) 2017/541 du 23 février 2017 sollicite en effet des États membres la création d'un véritable délit de « voyage aux fins de terrorisme », révélant ainsi la volonté d'incriminer expressément la migration à caractère terroriste. Il s'agit d'ériger en infraction pénale « les actes préparatoires entrepris par une personne » entrant sur leur territoire « avec l'intention de commettre une infraction terroriste […] ou de contribuer à la commission d'une telle infraction »[1177] et, surtout, le fait « de se rendre dans un pays autre » que l'État membre concerné ou « de se rendre dans cet État membre » « aux fins de commettre une infraction terroriste visée à l'article 3[1178] ou de contribuer à la commission d'une telle infraction, aux fins de participer aux activités d'un groupe terroriste en sachant que cette participation contribuera aux activités criminelles d'un tel groupe, […] ou aux fins de dispenser ou de recevoir un entraînement au terrorisme […] »[1179]. Plus encore, la directive impose la répression de la tentative de ces deux derniers comportements. Elle opère ainsi une dilatation extrême de la qualification terroriste en considérant comme un acte d'une telle nature le fait, par exemple, de simplement tenter de quitter le territoire afin de se rendre à l'étranger pour suivre un entraînement au terrorisme. Autrement dit, la directive qualifie non seulement de terrorisme un acte simplement préparatoire à un tel comportement, mais elle engage également la pénalisation du commencement d'exécution de cet acte préparatoire. Si elle n'entraînera probablement aucune modification importante du droit français – les incriminations d'association de terroristes et d'entreprise individuelle permettant déjà de se saisir du comportement qu'elle souhaite voir

[1177] Article 9.2, *b)* de la directive (UE) n° 2017/541.

[1178] L'article 3 de la directive sollicite des États membres la pénalisation des comportements suivants, lorsqu'ils ont pour but d'intimider intimider une population, de contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou de déstabiliser gravement ou de détruire les structures politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales fondamentales d'un pays ou d'une organisation internationale : a) les atteintes à la vie d'une personne, pouvant entraîner la mort; b) les atteintes à l'intégrité physique d'une personne; c) l'enlèvement ou la prise d'otage; d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plateforme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée, susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables; e) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises; f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport, la fourniture ou l'utilisation d'explosifs ou d'armes, y compris d'armes chimiques, biologiques, radiologiques ou nucléaires, ainsi que la recherche et le développement pour ce qui est des armes chimiques, biologiques, radiologiques ou nucléaires; g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines; h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines; i) l'atteinte illégale à l'intégrité d'un système, telle qu'elle est visée à l'article 4 de la directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil (19), dans les cas où l'article 9, paragraphe 3, ou l'article 9, paragraphe 4, point b) ou c), de ladite directive s'applique, et l'atteinte illégale à l'intégrité des données, telle qu'elle est visée à l'article 5 de ladite directive, dans les cas où l'article 9, paragraphe 4, point c), de ladite directive s'applique; j) la menace de commettre l'un des actes énumérés aux points a) à i).

[1179] Article 9.1 et 9.2, a) de la directive (UE) 2017/541.

incriminé, la directive précitée révèle en revanche la volonté assumée de qualifier de terrorisme la migration entreprise dans certaines circonstances.

306. Malaise – À l'inverse du législateur de l'Union, le législateur français semble particulièrement mal à l'aise à l'idée d'incriminer expressément la migration à caractère terroriste. Ce malaise à incriminer est visible dans la nature complexe du délit d'entreprise individuelle, mais il est encore plus clairement constaté dans la proposition, effectuée en 2015[1180], d'ériger en acte de terrorisme le fait d'avoir « séjourné intentionnellement à l'étranger sur le théâtre d'opérations de groupements terroristes afin de fréquenter ou d'entrer en relation avec un ou plusieurs de ces groupements »[1181]. Il s'agissait ici de dépasser la nature complexe du délit d'entreprise individuelle en autorisant « le contrôle judiciaire ou la détention provisoire de djihadistes dès leur retour de l'étranger, sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve d'une entreprise terroriste autonome »[1182]. Au lendemain des attentats, ce délit était en effet pensé comme un outil pénal autorisant l'appréhension de « la totalité des personnes revenant de la zone irako-syrienne sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer une intention criminelle », et notamment des « jeunes filles justifiant d'un séjour sur [cette] zone qui, tout en ayant rejoint leur époux, n'ont pas *nécessairement voulu participer* à son entreprise criminelle »[1183]. Mais de tels comportements peuvent parfaitement entrer dans la qualification d'association de terroristes qui, combinée à l'article 113-13 du Code pénal, autorise le déclenchement de poursuites pénales à l'encontre des individus concernés. La proposition relative au délit de séjour intentionnel sur le théâtre d'opérations terroristes n'opérait ainsi aucune avancée juridique majeure en matière de pénalisation de la migration à caractère terroriste. Pour autant, elle révélait une volonté désormais assumée de pénaliser la migration en tant que telle. C'est peut-être davantage en raison de cet objectif que du caractère doublon du délit que la création de ce dernier a finalement été abandonnée. Certains sénateurs avaient en effet condamné cette volonté de « sanctionner une hypothèse ou une éventuelle intention »[1184]. Plus encore, le garde des sceaux avait évoqué le « risque de redondance » du délit de séjour intentionnel avec

[1180] Mais également lors de l'examen de la loi du 13 novembre 2014.
[1181] Article 12 de la proposition de loi *tendant* à *renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste,* enregistrée à la présidence du Sénat de 17 décembre 2015.
[1182] Exposé des motifs de la proposition.
[1183] Rapport n° 335 (2015-2016) de Michel MERCIER, fait au nom de la commission des lois, déposé le 27 janvier 2016, relatif à la proposition de loi *tendant* à *renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste* enregistrée à la présidence du Sénat de 17 décembre 2015.
[1184] Intervention de Madame Esther BENBASSA, compte-rendu intégral des débats, proposition de loi *tendant* à *renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste*, séance du 2 février 2016.

l'association de terroristes, mais également le « champ […] très large » de ce dernier[1185]. Autrement dit, il avait condamné l'anticipation répressive extrême mise en œuvre par la pénalisation de la migration à destination de territoires spécifiques… tout en précisant que cette anticipation était déjà effectuée par le droit français. Résidait ici une contradiction évidente à invoquer d'une part le champ d'application « très [trop] large » d'une incrimination et à affirmer d'autre part que le comportement en cause est déjà saisi par le droit pénal[1186]. Cet exemple, combiné à la nature complexe du délit d'entreprise individuelle, démontre que l'idée de pénaliser expressément la migration à caractère terroriste provoque un véritable malaise, alors même que cette pénalisation est par ailleurs parfaitement mise en œuvre par le biais d'incriminations non spécifiquement relatives à ce phénomène. Ce malaise à assumer pleinement la pénalisation de la migration à caractère terroriste intrigue, alors même que le législateur français semble par ailleurs parfaitement assumer la pénalisation des actes de seul soutien au terrorisme. En réalité, le caractère non assumé de la pénalisation de la migration à caractère terroriste en droit français semble directement lié à la difficulté de de qualifier de terrorisme un tel comportement.

B. Une difficile qualification terroriste de la migration

307. Migration consommée – Alors que le législateur français incrimine de manière décomplexée les actes de soutien au terrorisme, élargissant ainsi la qualification terroriste, pourquoi semble-t-il en proie à un si grand malaise face la migration à caractère terroriste ? Peut-être tout simplement parce que cette dernière ne constitue pas un acte de terrorisme, notamment lorsqu'elle est seulement projetée, envisagée, et non consommée. La pénalisation de la migration à caractère terroriste est envisageable lors du retour en France de l'individu ; autrement dit, lorsque ce dernier s'est rendu à l'étranger pour suivre effectivement un entraînement au terrorisme ou aux fins de préparer plus généralement la commission d'une infraction d'une telle nature à son retour en France. Dans cette hypothèse, les autorités judiciaires sont en effet susceptibles de disposer d'éléments permettant de démontrer le caractère ou la finalité terroriste de la migration entreprise, puisque celle-ci a été effectivement

[1185] *Ibid.*
[1186] Le Garde des Sceaux avait affirmé que « l'infraction d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste répond à cette finalité [du délit de séjour intentionnel sur le théâtre d'opérations de groupements terroristes] et couvre largement les comportements visés par ce texte » : *ibid.*

réalisée. La pénalisation est alors centrée sur le caractère terroriste de cette migration, et non sur la migration elle-même.

308. Migration projetée – Il en est tout autrement lorsque la pénalisation concerne non plus une migration consommée, mais une migration simplement projetée. Le projet de départ, ou même la tentative de départ à l'étranger ne peut en effet être considérée comme revêtant un caractère terroriste tant que l'individu n'a pas effectivement suivi un entraînement au terrorisme ou perpétré un tel acte à l'étranger. Il apparaît en effet impossible de conférer un quelconque caractère terroriste à une migration qui n'a même pas encore été effectuée ! Tant qu'il est en France, l'intéressé peut encore renoncer à un tel départ ; et même après ce départ, il peut renoncer à suivre un entraînement terroriste ou à perpétrer un tel acte. Dès lors, incriminer l'émigration ou la tentative d'émigration à destination de certains territoires étrangers, avant même que cette émigration conduise effectivement à un comportement révélant la volonté de commettre un attentat terroriste en France, revient à qualifier de terrorisme un comportement qui ne relève pas de cette qualification et, par conséquent, à incriminer la migration elle-même. Le malaise du législateur s'expliquerait alors par le fait que la migration – et notamment l'émigration – à caractère terroriste constituerait la limite même de la prévention pénale opérée en matière de terrorisme, une limite à l'extension toujours plus importante de la qualification terroriste.

309. Recul de la matérialité – La pénalisation de la sortie du territoire révèle en effet une absence totale de matérialité, de lien entre d'une part, le comportement prohibé et, d'autre part, le résultat redouté. Or, le droit pénal français est fondé sur le principe « fondamental »[1187] de matérialité qui peut se résumer ainsi : « pas d'infraction sans activité criminelle »[1188]. Ce principe « exclut la répression *ante delictum* » et entraîne « l'impunité de la criminalité intellectuelle [car si] nul n'est à l'abri d'éprouver des tentations malsaines, […] tout le monde n'y succombe pas »[1189]. La pénalisation préventive des actes de soutien au terrorisme a déjà révélé un premier détachement du principe de matérialité. Contrairement aux infractions matérielles qui nécessitent la réalisation de ce résultat pour être constituées, les infractions obstacles créées aux fins de réprimer les actes de soutien au terrorisme sont en effet détachées de la réalisation de ce résultat et se fondent par conséquent sur une « matérialité trop

[1187] Roger MERLE, André VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.,* n° 479.
[1188] *Ibid.*
[1189] *Ibid.*

équivoque »[1190], dont on ne peut que relever le risque. Car plus la responsabilité pénale est arrimée au résultat redouté, et plus la théorie de l'infraction sert la liberté et la présomption d'innocence[1191] ; au contraire, plus l'incrimination est détachée du résultat, et moins la répression est sûre. Sur ce point, les délits d'association de terroristes et d'entreprise individuelle – sur lesquels se fonde la répression de la migration à caractère terroriste en droit français – révèlent une distance trop prononcée entre les actes matériels indiqués et le résultat embrassé par l'incrimination. L'élément matériel est « atrophi[é] »[1192], la proximité avec l'acte terroriste repoussée, si bien que « les faits incriminés ne sont […] ni directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes, ni en relation immédiate avec la commission d'un acte terroriste »[1193]. En d'autres termes, le lien de causalité entre le résultat redouté et le comportement incriminé se relâche dangereusement, alors même que ce dernier est au fondement de la responsabilité pénale. Le risque est grand, dès lors, de faire peser la qualification de l'infraction sur la seule intention supposée de la personne concernée. Le délit d'entreprise individuelle est ainsi justifié non pas en raison de la gravité des actes incriminés, qui demeurent largement éloignés du résultat redouté, mais par la prise en considération de ce résultat et du contexte terroriste[1194]. C'est l'intention de l'auteur qui donnerait en réalité aux actes matériels une qualification terroriste, en comblant ainsi une « proximité causale et temporelle insuffisante entre les actes visés et une hypothétique action terroriste »[1195]. Mais si la création de ces infractions obstacles entraîne un certain recul du principe de matérialité, celui-ci est encore plus prononcé en matière de pénalisation de la migration à caractère terroriste.

310. Pensée criminelle – Alors même que le principe de matérialité interdit au droit pénal de s'emparer de la seule pensée criminelle, c'est exactement ce qu'effectue la pénalisation de la migration, et plus encore de l'émigration à caractère terroriste. Tout comme l'incrimination de « voyage aux fins de terrorisme » impulsée par l'Union, l'utilisation du délit d'association de terroristes aux fins d'empêcher un individu de quitter le territoire français conduit en effet

---

[1190] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 258, n° 198.
[1191] *Ibid.,* p. 261, n° 214.
[1192] Anne PONSEILLE, « Le délit d'entreprise individuelle terroriste devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, avril-juin 2017, n° 2017-2, p. 271 ; voir également Jason CORROYER, « Droit pénal de l'ennemi et anticipation », Actes des journées d'étude « Droit pénal et politique de l'ennemi », Université de Savoie, *Jurisprudence - Revue critique*, 2015, p. 131.
[1193] Yves MAYAUD, « Terrorisme - Prévention », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, février 2015, point 100.
[1194] Anne PONSEILLE, « Le délit d'entreprise individuelle terroriste devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 269.
[1195] Romain OLLARD, Olivier DESAULNAY, « La réforme de la législation anti-terroriste ou le règne de l'exception pérenne », *op. cit.*, p. 4.

le droit pénal à appréhender la seule intention de départ, sans que celle-ci ne soit matérialisée par un quelconque élément de nature à démontrer le caractère terroriste de la migration envisagée. Dès lors, le droit pénal se saisit non d'un comportement, mais d'une pensée intellectuelle, dont on ne peut que relever l'extrême distance qui la sépare de la commission d'un acte terroriste en France. Pour qu'un tel acte soit commis, il faudrait encore que l'individu quitte effectivement le territoire, se rende à l'étranger et suive un apprentissage terroriste puis que, fort de cette expérience, il revienne en France et commence à préparer l'attentat projeté avant, enfin, de le mettre à exécution. Tout un monde sépare ainsi la migration projetée de la commission d'un attentat terroriste sur le sol français, un monde qui empêche véritablement de qualifier de terroriste l'individu qui envisage d'effectuer une migration à caractère terroriste[1196].

311. Limite – Surtout, cette anticipation extrême revêt un intérêt mesuré quant à la neutralisation effective du risque terroriste. Car si les délits d'association de terroristes et d'entreprise individuelle semblent permettre, par la « prévention punitive »[1197] qu'ils mettent en œuvre, une large anticipation du risque de terrorisme de nature à empêcher la commission de tels faits, cette appréhension pénale du risque porté par la migration à caractère terroriste ne permet pas, en pratique, d'embrasser l'ensemble des situations relatives à une telle migration. La nature pénale de ces incriminations oblige en effet les autorités judiciaires à se fonder sur des éléments tangibles. Le déclenchement de poursuites pénales du chef d'association de terroristes doit ainsi mettre en lumière la préparation d'un acte terroriste, comme par exemple des « contacts pris par le Français [soupçonné] avec une ou plusieurs personnes se trouvant à l'étranger, afin de préparer des actes terroristes »[1198]. Informé de la commission potentielle d'une infraction, le procureur de la République doit en effet apprécier le bien-fondé apparent du déclenchement de poursuites pénales, en vérifiant que « toutes les conditions permettant de prononcer une condamnation sont vraisemblablement réunies »[1199]. Il faut donc que l'infraction semble bien exister juridiquement et que la responsabilité pénale de l'intéressé puisse apparemment être engagée. De la même manière, les incriminations précitées ne permettent pas d'appréhender l'ensemble des retours en France. Les poursuites pénales ne peuvent en effet être

[1196] Dans son intervention au sein de la conférence précitée « Penser la prévention et la répression du terrorisme aujourd'hui », Marc TREVIDIC a évoqué la dérive de l'association de terroristes appliquée à la migration seulement projetée. Il a ainsi affirmé que cette utilisation revient à dire à l'individu concerné : « je vous mets en examen pour terrorisme pour empêcher que vous le deveniez ».
[1197] Bernard E. HARCOURT, « *Preventing* injustice », in *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 633.
[1198] Emmanuel DREYER, « La sortie du territoire interdite pour certains Français ? », *op. cit.,* p. 912. Voir également infra.
[1199] Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, *op. cit.,* n° 732, p. 638.

déclenchées à l'encontre des individus concernés que dans l'hypothèse où des charges suffisantes concernant leur participation à un projet terroriste ont été réunies préalablement à leur retour en France[1200]. Il est ainsi nécessaire de présenter aux autorités de poursuites un faisceau d'indices suffisamment probants afin de justifier l'ouverture d'une enquête judiciaire pour délit d'association de terroristes, tels que des interceptions de sécurité, des captures de pages de réseaux sociaux, des déclarations familiales attestant l'appartenance de l'individu à une organisation terroriste ou son implication dans des combats de cette nature[1201]. Plus encore, le délit d'entreprise individuelle terroriste nécessite quant à lui la réunion de deux faits matériels dont l'un porte sur la détention d'objets de nature à porter atteinte à la sécurité du territoire. Dans le cas contraire, le déclenchement de poursuites pénales apparaît impossible. C'est ainsi que sur les 250 personnes de retour sur le territoire au début de l'année 2016 à la suite d'une migration à caractère terroriste, près d'une centaine a échappé à des poursuites pénales en réfutant toute implication dans un projet de nature terroriste destiné à s'accomplir sur le territoire national[1202]. Et même lorsque des poursuites pénales sont déclenchées, le caractère extrême de l'anticipation mise en œuvre conduit soit à l'absence de condamnations pénales, soit à l'infliction de peines peu élevées au regard du *quantum* encouru. Dans ces conditions, l'extension de la qualification terroriste à des comportements de migration conduit à malmener le principe de matérialité, à intensifier le bouleversement de la fonction du droit pénal qui, de répressif devient préventif, sans pour autant entraîner en pratique une appréhension effective de ces comportements. Développée à son maximum, le droit pénal apparaît ainsi incapable de satisfaire la volonté de pénaliser l'ensemble des migrations « à caractère terroriste ».

CONCLUSION DE LA SECTION I

312. La pénalisation de la migration à caractère terroriste nécessite une anticipation de la répression. Elle se fonde ainsi naturellement sur la prévention pénale opérée en matière de terrorisme, qui a entraîné la création d'infractions obstacles de nature à appréhender un comportement éloigné du résultat redouté. Plus particulièrement, cette pénalisation est dérivée du délit d'association de terroristes qui a subi une dilatation progressive pour embrasser autant

[1200] Yves MAYAUD, « Terrorisme – Prévention », *op. cit.*, point 412.
[1201] Rapport n° 491 de Michel MERCIER fait au nom de la commission des lois du Sénat, relatif au projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, déposé le 23 mars 2016, tome 1, p. 193.
[1202] *Ibid.*

les retours en France après une migration à caractère terroriste, que les projets de départ. Le délit d'association de terroristes permet ainsi de punir tout autant la migration consommée que la migration projetée. Parallèlement à cette utilisation extensive du délit précité, la migration à caractère terroriste a impulsé un approfondissement mesuré de la prévention pénale opérée en matière de terrorisme. La compétence de la loi pénale française a été étendue par l'article 113-13 du Code pénal, afin de punir en France les actes de terrorisme commis à l'étranger par un Français ou – et c'est une nouveauté en matière de terrorisme – par un étranger résidant habituellement en France. Plus encore, ce phénomène a conduit à la création du délit d'entreprise individuelle terroriste qui vient notamment punir le fait d'« avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes ». Il s'agit toutefois d'une infraction complexe qui nécessite, pour être qualifiée, la réunion de deux actes punissables. Ledit séjour ne peut donc être puni que si l'individu concerné détient, fabrique ou se procure des objets ou substances dangereuses. Si une certaine volonté de pénaliser expressément la migration à caractère terroriste transparaît dans ces évolutions législatives, l'on ne peut que relever son caractère limité qui semble révéler un certain malaise du législateur à incriminer de manière assumée un tel phénomène. Ce malaise semble inhérent à l'anticipation extrême que nécessite la répression de la migration à caractère terroriste. Car si la pénalisation des actes de soutien au terrorisme a entraîné un certain recul de la matérialité en se saisissant de comportements très éloignés du résultat redouté, la répression du projet de départ vers des territoires terroristes conduit à un anéantissement pur et simple de la matérialité. Il s'agit alors de punir la seule intention criminelle qui, par définition, est séparée du résultat redouté par une distance « trop prononcée »[1203]. Dès lors, la pénalisation du résultat redouté n'est plus liée à la commission d'un comportement de nature à entraîner celui-ci. Pour autant, la pénalisation de la migration à caractère terroriste reste subordonnée à l'existence d'éléments tangibles de nature à démontrer la préparation d'un acte de terrorisme. Elle n'est donc possible que lorsque le caractère terroriste de la migration est révélé. Malgré l'extension extrême de la prévention pénale, les incriminations ont ainsi leurs limites et ne peuvent saisir l'ensemble des migrations. Cet obstacle inhérent au droit pénal se confronte alors directement à la volonté d'entreprendre une anticipation toujours plus importante du risque terroriste. Dans ce contexte, la pénalisation préventive de la migration à caractère terroriste est éclipsée par la création de mesures de police administrative destinées à dépasser les limites du droit pénal.

[1203] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 247, n° 198.

SECTION II. UNE PENALISATION ECLIPSEE PAR LA POLICE ADMINISTRATIVE

313. Les délits d'association de terroristes et d'entreprise individuelle organisent une véritable prévention pénale en intervenant en amont du résultat redouté. Toutefois, les poursuites pénales – et plus encore la condamnation – doivent nécessairement reposer sur l'existence d'éléments matériels et tangibles. La prévention du terrorisme par le droit pénal a donc ses limites : si la gravité de ce phénomène a permis de justifier la pénalisation des actes préparatoires, malmenant ainsi le principe de matérialité, il apparaît difficile de mobiliser le droit pénal en-deçà de ces derniers sans mettre en péril la possibilité de poursuivre et de condamner l'individu concerné. Apparues en matière de migration à caractère terroriste, ces limites ont conduit à un recours intensif au droit administratif, et plus particulièrement, aux mesures de police administrative. Afin de remonter plus avant sur le chemin du crime, le législateur a en effet créé deux mesures de police administrative qui permettent de détacher la « prévention » du terrorisme de l'exigence de matérialité. L'interdiction administrative de sortie du territoire et le contrôle administratif ne sont dès lors pas subordonnés à l'existence de soupçons, d'éléments prouvant l'existence d'un lien tangible entre l'individu concerné et le risque terroriste. L'exigence de matérialité effacée (**Paragraphe I)**, les mesures d'interdiction de sortie et de contrôle administratif viennent alors contourner le droit pénal **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I. Une exigence de matérialité effacée

314. Créés respectivement par les lois du 13 novembre 2014 et du 3 juin 2016, l'interdiction administrative de sortie du territoire et le contrôle administratif peuvent être prononcés dès lors qu'il existe des « raisons sérieuses de penser » que l'intéressé projette une migration à caractère terroriste. Cette formule propre aux mesures de police est très inconsistante **(A)** et permet ici une large anticipation du risque terroriste porté par la migration **(B)** de nature à neutraliser toute exigence de matérialité.

A. L'inconsistance de la formule relative aux « raisons sérieuses de penser »

315. Interdiction de sortie – La loi du 13 novembre 2014 a créé l'interdiction administrative de sortie du territoire. L'article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure dispose ainsi que « [t]out Français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette : 1° Des déplacements à l'étranger ayant

pour objet la participation à des activités terroristes ; 2° Ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français ». Dès son prononcé par le ministre de l'Intérieur[1204], pour une durée maximale de six mois renouvelable[1205], l'interdiction de sortie invalide le passeport et la carte nationale d'identité de la personne concernée qui doit immédiatement les restituer[1206]. Elle se voit alors délivrer un « récépissé »[1207] justifiant son identité, qui stipule expressément que « conformément à l'article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieur », toute sortie du territoire lui est interdite. Au-delà de l'atteinte au droit au respect de la vie privée, c'est le droit à la liberté d'aller et de venir qui est directement touché par l'interdiction de sortie. Cette liberté, « reconnue à tous ceux qui résident habituellement sur le territoire de la République, […] n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter »[1208]. Or, le fait d'interdire à un individu, par une mesure administrative, de quitter le territoire « s'analyse évidemment en une atteinte grave à la liberté d'aller et venir »[1209], à laquelle le Conseil constitutionnel n'a pourtant rien trouvé à redire[1210].

316. Contrôle administratif – Cette liberté a encore été directement touchée par le projet de l'exécutif visant à la création d'une nouvelle mesure de police administrative[1211] destinée, là

[1204] Article L. 224-1 alinéa 3 du Code de la sécurité intérieure.
[1205] Article L. 224-1 alinéas 4 et 5 du Code de la sécurité intérieure.
[1206] La possibilité d'empêcher un ressortissant français de quitter le territoire national existe en réalité depuis longtemps. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 novembre 2014, le décret de la Convention nationale de 1792 permettait à l'autorité administrative d'empêcher la sortie du territoire d'un ressortissant français lorsque ses déplacements étaient susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale. Il s'agissait déjà d'anticiper un risque lié au fait de migrer. Toutefois, cette mesure se limitait à la confiscation du passeport ou au refus de délivrance ou de renouvellement de ce dernier. Conscient que nombre de territoires sont désormais accessibles avec une simple carte d'identité, le législateur français a fait le choix d'élargir l'interdiction de sortie en y incorporant le retrait de la carte d'identité : voir Étude d'impact du 8 juillet 2014 sur le projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, p. 28.
[1207] Article L. 224-1 alinéa 9 du Code de la sécurité intérieure. Lors de l'audience publique du Conseil constitutionnel relative à l'interdiction administrative de sortie du territoire (6 octobre 2015, affaire n° 2015-490 QPC), ce récépissé a été qualifié par Maître SPINOSI de « carte de terroriste potentiel ».
[1208] Conseil constitutionnel, décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, considérant n° 10 ; Conseil constitutionnel, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, considérant n° 103.
[1209] Romain OLLARD, Olivier DESAULNAY, « La réforme de la législation anti-terroriste ou le règne de l'exception pérenne », *op. cit.*, n° 13.
[1210] Conseil constitutionnel, décision n° 2015-490 QPC du 14 octobre 2015, *Omar K.*
[1211] Issue d'un projet de loi déposé à l'Assemblée nationale le 3 février 2016 et pour lequel le Gouvernement a engagé la procédure accélérée, cette mesure a été créée par l'article 52 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*.

encore, à combler un « vide juridique »[1212] en exerçant un contrôle administratif sur la personne qui, de retour en France après une migration « à but terroriste » supposé, échappe toutefois à des poursuites pénales. Ainsi est née la mesure de contrôle administratif qui, tout comme son pendant, l'interdiction administrative de sortie, vise à pallier l' « insuffisance » de la prévention pénale en matière de terrorisme. Créé par la loi du 3 juin 2016[1213], l'article L. 225-1 du Code de la sécurité intérieure précise que lors de son retour en France, « [t]oute personne qui a quitté le territoire national et dont il existe des raisons sérieuses de penser que ce déplacement a pour but de rejoindre un théâtre d'opérations de groupements terroristes dans des conditions susceptibles de la conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français peut faire l'objet d'un contrôle administratif […] ». Ce contrôle administratif s'analyse principalement comme une restriction à la liberté d'aller et de venir en créant des contraintes importantes permettant de « fixer » la personne concernée dans une zone géographique déterminée. L'article L. 225-2 du Code de la sécurité intérieure autorise ainsi le ministre de l'Intérieur à astreindre l'individu, « dans un délai maximal d'un mois à compter de la date certaine de son retour sur le territoire »[1214], à « résider dans un périmètre géographique déterminé permettant à l'intéressé de poursuivre une vie familiale et professionnelle normale et, le cas échéant, l'astreindre à demeurer à son domicile ou, à défaut, dans un autre lieu à l'intérieur de ce périmètre, pendant une plage horaire fixée par le ministre, dans la limite de huit heures par vingt-quatre heures »[1215]. Le ministre peut également contraindre la personne concernée à « se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, dans la limite de trois présentations par semaine, en précisant si cette obligation s'applique les dimanches et jours fériés ou chômés »[1216]. Ces obligations, prononcées pour une durée maximale d'un mois, renouvelable deux fois par décision motivée[1217], sont donc relatives d'une part à une assignation à résidence qui restreint directement la liberté d'aller et de venir de la personne concernée en l'obligeant à demeurer à son domicile, et d'autre part à des mesures de pointage qui opèrent une restriction indirecte de cette liberté en contraignant l'individu à se déplacer dans un lieu indiqué plusieurs fois par semaine afin que les autorités puissent s'assurer de sa présence physique[1218]. À côté de cette première série d'obligations, l'article L. 225-3 du

[1212] Étude d'impact de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, p. 75.
[1213] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016.
[1214] Article L. 225-2 alinéa 1 du Code de la sécurité intérieure.
[1215] Article L. 225-2, 1°, du Code de la sécurité intérieure.
[1216] Article L. 225-2, 2° du Code de la sécurité intérieure.
[1217] Article L. 225-2 alinéa 4 du Code de la sécurité intérieure.
[1218] Yves MAYAUD, « Terrorisme - Prévention » *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, *op. cit.*, point 414.

Code de la sécurité intérieure en crée une seconde relative à des obligations censées être « plus allégées »[1219] que les précédentes. L'article L. 225-3 du Code autorise ainsi le ministre de l'Intérieur à prononcer à son encontre, pour une durée maximale de trois mois renouvelable une fois sur décision motivée[1220] et « dans un délai maximal d'un an à compter de la date certaine de son retour sur le territoire national »[1221], l'obligation de « déclarer son domicile et tout changement de domicile »[1222], et surtout l'interdiction de « se trouver en relation directe ou indirecte avec certaines personnes, nommément désignées, dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »[1223]. Certes, ces obligations n'entraînent pas une restriction de la liberté d'aller et de venir de la personne concernée, mais elles perpétuent en revanche une surveillance importante. Le contrôle de la personne concernée s'effectue alors par une exclusion de certaines de ses fréquentations contre lesquelles l'autorité administrative ne détient pourtant pas plus d'éléments qu'à l'encontre de la personne soumise au contrôle administratif. L'individu contrôlé administrativement parce qu'il existe des « raisons sérieuses de penser » qu'il peut porter atteinte à la sécurité du territoire du fait de sa migration à caractère terroriste est ainsi interdit de fréquenter certains individus dont il existe également des « raisons sérieuses de penser » que leur comportement constitue une menace pour la sécurité publique. L'utilisation de cette formule inconsistante révèle que le contrôle administratif repose, tout comme l'interdiction de sortie, sur une absence de matérialité permettant d'appréhender aisément l'individu dont le caractère terroriste de la migration n'est finalement corroboré par aucun élément tangible.

317. Définition – La police administrative désigne « l'ensemble des interventions de l'administration qui tendent à imposer à la libre action des particuliers la discipline exigée par la vie en société, dans le cadre tracé par le constituant et le législateur »[1224]. Ayant pour objectif de « *prévenir les atteintes à l'ordre public* »[1225], le prononcé des mesures de police administrative repose sur l'existence de « raisons sérieuses de penser » que la personne concernée constitue une menace pour l'ordre public[1226], sans que cette formule ne soit

[1219] *Ibid.*
[1220] Article L. 225-3 alinéa 4 du Code de la sécurité intérieure.
[1221] Article L. 225-3 alinéa 1 du Code de la sécurité intérieure.
[1222] Article L. 225-3, 1° du Code de la sécurité intérieure.
[1223] Article L. 225-3, 2° du Code de la sécurité intérieure.
[1224] Jean WALINE, *Droit administratif,* Dalloz, 27ème éditon, 2018, p. 385, n° 375.
[1225] *Ibid*., souligné par l'auteur.
[1226] Maxence CHAMBON, « Une redéfinition de la police administrative », *in* Julie ALIX, Olivier CAHN (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, 2017, p. 137.

particulièrement explicitée. Cette imprécision est de nature à laisser une grande liberté d'action à l'autorité administrative. Les « raisons sérieuses de penser » revêtent alors un intérêt considérable, raison pour laquelle cette formule a été reprise par toutes les lois relatives au terrorisme qui se sont multipliées au cours des dernières années[1227].

318. Imprécision – L'imprécision de la formule relative aux « raisons sérieuses de penser » est frappante au regard des standards imposés aux autorités de police ou au juge

[1227] Outre la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme* qui établit en son article 1er l'interdiction de sortie du territoire, la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 *relative au renseignement* a créé l'article L. 852-1 du Code de la sécurité intérieure disposant que « Dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre II du présent livre, peuvent être autorisées les interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques et susceptibles de révéler des renseignements relatifs aux finalités mentionnées à l'article L. 811-3. Lorsqu'il existe des raisons sérieuses de croire qu'une ou plusieurs personnes appartenant à l'entourage d'une personne concernée par l'autorisation sont susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité qui motive l'autorisation, celle-ci peut être également accordée pour ces personnes ».
De la même manière, la loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 *relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs* a créé l'article L. 114-2 du Code de la sécurité intérieure relatif à l'enquête administrative dont peuvent faire l'objet les personnes occupant un emploi en lien direct avec la sécurité des personnes et des biens au sein d'une entreprise de transport public de personnes ou d'une entreprise de transport de marchandises dangereuses, et dont le comportement laisse apparaître des doutes sur la compatibilité avec l'exercice des missions pour lesquelles elle ont été recrutées ou affectées. L'alinéa 5 de cet article relève que l'enquête administrative a pour objet de préciser « si le comportement de cette personne donne des raisons sérieuses de penser qu'elle est susceptible, à l'occasion de ses fonctions, de commettre un acte portant gravement atteinte à la sécurité ou à l'ordre publics ».
La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 r*enforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement* a créé l'article 78-3-1 du Code de procédure pénale qui autorise que « toute personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une vérification d'identité […] peut, lorsque ce contrôle ou cette vérification révèle qu'il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement peut être lié à des activités à caractère terroriste, faire l'objet d'une retenue sur place ou dans le local de police où elle est conduite […] ». Cette loi a également créé l'article L. 225-1 du Code de la sécurité intérieure permettant de placer sous contrôle administratif « toute personne [de retour en France] qui a quitté le territoire national et dont il existe des raisons sérieuses de penser que ce déplacement a pour but de rejoindre un théâtre d'opérations de groupements terroristes dans des conditions susceptibles de la conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français ».
La loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 *prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste* a complété le I de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui précise désormais que « Lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics, les personnes présentes sur le lieu d'une perquisition administrative peuvent être retenues sur place par l'officier de police judiciaire pendant le temps strictement nécessaire au déroulement de la perquisition ».
La loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 *prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions* a inséré un article 4-1 à la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, précisant que « Le ministre de l'intérieur peut prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret mentionné à l'article 2 et à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics dans les circonscriptions territoriales mentionnées au même article 2 ». Elle y a également inséré un article 11-1 disposant que « Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peut, par une disposition expresse, conférer aux autorités administratives mentionnées à l'article 8 le pouvoir d'ordonner des perquisitions en tout lieu, y compris un domicile, de jour et de nuit, sauf dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ».

répressif dans l'exercice de son pouvoir de décision[1228]. Dans ses conclusions sur la décision du Conseil d'État en date du 11 décembre 2015[1229], le rapporteur public avait concédé que les « raisons sérieuses de penser » permettaient d'appréhender des « menaces devenues plus diffuses »[1230] et de se « fonder sur un risque, une potentialité, appréciation toujours plus délicate à opérer que le constat d'une certitude »[1231]. Malgré cet état de fait, il avait ajouté que le caractère sérieux des « raisons de penser » se situait « un cran au-dessus de l'exigence de "raisons plausibles de soupçonner" qui est très présente dans le code de procédure pénale et justifie l'action des officiers de police judiciaire (prélèvement, interrogatoires, etc.) »[1232].

319. Formule inutilisée en droit pénal – En réalité, la formule des « raisons sérieuses de penser » n'apparaît qu'une seule fois au sein du Code de procédure pénale, afin d'autoriser la retenue d'une personne dont il existe de telles raisons de penser que son comportement peut être lié à des activités à caractère terroriste à l'issue d'un contrôle ou d'une vérification d'identité[1233]. Cette mesure ne peut s'appliquer que pendant la durée nécessaire à l'accomplissement des vérifications mentionnées par la disposition, et ne peut en tout état de cause excéder quatre heures[1234]. Il s'agit donc d'une mesure de contrainte minimale. Les mesures davantage coercitives, telles que la garde-à-vue ou la procédure de mise en examen, sont soumises à des conditions beaucoup plus précises et encadrantes. L'article 80-1 du Code de procédure pénale dispose ainsi qu'« à peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles *il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer,* comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi ». L'article 62-2 du même Code précise quant à lui que « la garde à vue est une mesure de contrainte […] par laquelle une personne à l'encontre de laquelle *il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner* qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs ». L'expression « raison plausible », empruntée à la Convention européenne des droits de l'Homme qui, dans son article 5 §1, c), permet la détention d'une personne devant être conduite devant une autorité judiciaire compétente, n'est pas moins

[1228] Voir notamment la QPC de Patrice SPINOSI.
[1229] Cette décision est relative aux assignations à résidence en état d'urgence, qui comportent une formule similaire : Conseil d'État, Section du contentieux, 11 décembre 2015, n° 395009, conclusions de Xavier DOMINO.
[1230] *Ibid.,* p. 5.
[1231] *Ibid.,* p. 7.
[1232] *Ibid.,* p. 8.
[1233] Article 78-3-1 du Code de procédure pénale.
[1234] Article 78-3-1, IV du Code de procédure pénale

contraignante. La Cour européenne des droits de l'Homme est en effet particulièrement attentive lorsqu'il s'agit d'examiner le caractère plausible du soupçon. Elle juge ainsi que les soupçons sont plausibles lorsqu'il existe des faits ou des renseignements de nature à persuader un *observateur objectif* que l'individu en cause peut avoir commis l'infraction[1235]. En tout état de cause, la privation de liberté doit se fonder sur des éléments sérieux[1236]. La Cour de cassation rejette également le simple soupçon et requiert la présence d'éléments objectifs. Elle refuse la mise en œuvre d'un placement en garde à vue dans le but d'entendre les explications de la personne concernée sur son refus de recevoir et de signer une convocation[1237]. En définitive, la mise en œuvre d'une mesure de contrainte est strictement encadrée par le Code de procédure pénale qui ne fait qu'un usage unique de la formule « raison plausible de penser », pour une mesure de retenue donc le caractère coercitif est minimal. Ce cadre révèle que l'interprétation de la formule « raisons sérieuses de penser » utilisée en matière d'interdiction de sortie et de contrôle administratif est laissée à la discrétion du ministre de l'Intérieur : elle est même « abandonnée à son appréciation »[1238], perdant ainsi toute objectivité.

320. Prédiction – Cette liberté dans le prononcé de l'interdiction du territoire et du contrôle administratif est directement rattachable à la nature de ces mesures. Les mesures de police administrative visent en effet l'ordre public : elles peuvent donc intervenir lorsqu'une situation ne fait que menacer ce dernier. « Essentiellement indéfini »[1239], leur champ d'intervention matériel est beaucoup moins limité que celui de la police judiciaire[1240] : la police administrative ne se concentre pas sur des individus, mais sur des situations générales et impersonnelles[1241]. Ce cadre d'intervention de la police administrative est néanmoins considérablement affaibli en matière de terrorisme où l'application d'une mesure de police administrative est étendue à des situations, à des comportements individuels qui sont seulement « *réputé[s]* constituer une menace à l'ordre public »[1242] ; menace qui n'est alors que

[1235] Cour européenne des droits de l'Homme, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, 30 août 1990. Dans le même sens : Cour européenne des droits de l'Homme, 23 février 2010, n° 20259/06, *Aytimur c/Turquie.* Voir également Jacques LEROY, « Garde à vue », *op. cit.*, n° 69.
[1236] Jean-Loup CHARRIER, *Code commenté de la Convention européenne des droits de l'homme,* Litec, 2000, art. 5, p. 60.
[1237] Cour de cassation, chambre criminelle, 1er avril 2008, n° 07-83.341.
[1238] Emmanuel DREYER, « Les restrictions administratives à la liberté d'aller et de venir des personnes suspectées de terrorisme », *Gazette du Palais*, 24 février 2015, n° 55, p. 23.
[1239] Jacques PETIT, « Les ordonnances *Dieudonné*, séparer le bon grain de l'ivraie », *Actualité juridique de droit administratif,* 2014, p. 866.
[1240] Maxence CHAMBON, « Une redéfinition de la police administrative », *op. cit.*, p. 136.
[1241] Paul CASSIA, *Contre l'état d'urgence,* Dalloz, 2016, p. 74.
[1242] *Ibid.,* nous soulignons.

« virtuelle »[1243], et donc largement « présumée »[1244]. Alors que l'autorité administrative devait jusqu'à présent « spéculer »[1245], c'est-à-dire au moins « réfléchir »[1246] sur l'éventuel trouble à l'ordre public que pourrait générer une situation donnée, la prévention du terrorisme lui permet de « prédire » ce trouble, de le « postuler »[1247]. Le contrôle administratif et l'interdiction de sortie manifestent ainsi le passage « d'une société de la responsabilité à celle de la suspicion »[1248] en organisant une anticipation extrême du risque terroriste porté par la migration.

B. L'anticipation extrême du risque terroriste porté par la migration

321. Anticipation extrême – Ce contexte prédictif embrassé par les mesures d'interdiction du territoire et de contrôle administratif ne pourrait absolument pas être saisi par le droit pénal. Bien que ce dernier organise une répression anticipée en matière de terrorisme, cette action préventive recouvre encore certaines limites – liées notamment au principe de légalité – que la mesure administrative, elle, ne connaît pas. Le droit administratif vient donc faire ce que le droit pénal ne peut pas mettre en œuvre, en créant une « incrimination administrative de l'intention »[1249]. L'absence de définition claire de cette formule est en effet de nature à permettre la justification d'une interdiction administrative de sortie ou d'un contrôle administratif sur le fondement de « simples indices » ou pire, d'une simple « intuition »[1250], voire d'une prédiction, qui tendrait à démontrer un « projet vraisemblable mais pas encore certain »[1251]. Il s'agit de deviner une projection, de prédire qu'une personne « forme le dessein »[1252] de se déplacer à l'étranger dans un but terroriste ou, lorsqu'elle est de retour sur le territoire après une migration dont le caractère terroriste est supposé, qu'elle souhaite porter atteinte à la sécurité du territoire. Autrement dit, il s'agit de découvrir une simple *intention*, qui

[1243] *Ibid.*
[1244] *Ibid.*
[1245] *Ibid.*
[1246] Larousse
[1247] Maxence CHAMBON, « Une redéfinition de la police administrative », *op. cit.* Voir également le prononcé des mesures d'expulsion fondées sur une « menace grave pour l'ordre public » : *infra* spécialement n° 470-477.
[1248] Mireille DELMAS-MARTY, « De l'état d'urgence au despotisme doux », *Libération*, 16 juillet 2017 ; Jean-Baptiste PERRIER, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *Recueil Dalloz,* 2018, p. 25.
[1249] Jean-Baptiste PERRIER, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *ibid.*., p. 30.
[1250] *Ibid.*
[1251] Emmanuel DREYER, « La sortie du territoire interdite pour certains Français ? », *op. cit.*, p. 912.
[1252] Définition du verbe « projeter » par le *Larousse*.

forme la limite même du droit pénal. Les raisons justifiant les interdictions de sortie du territoire prononcées jusqu'à maintenant le démontrent.

322. Condamnations subies par les proches – Le contentieux administratif permet de connaître les éléments avancés par le ministre de l'Intérieur lors du prononcé de la mesure d'interdiction de sortie. Ces derniers apparaissent plus qu'inconsistants, se fondant sur la pratique d'un islam radical par l'intéressé combinée à ses préparatifs de départ à l'étranger. Si le juge administratif censure l'interdiction prononcée en raison de la pratique rigoureuse d'une religion et du prosélytisme auquel s'adonnerait l'intéressé, en considérant que ces allégations « ne suffisent pas, par elles-mêmes, à justifier de sa proximité avec le terrorisme islamiste »[1253], il la valide au contraire lorsque celle-ci repose également sur les condamnations pénales subies par les proches de l'intéressé[1254]. La conjonction de cette pratique avec la fréquentation de personnes condamnées pour terrorisme permet ainsi d'objectiver la mesure[1255] alors même que les condamnations pénales n'ont pas été infligées à l'intéressé mais à ses proches. Autrement dit, la matérialité de l'interdiction de sortie du territoire se fonde ici sur des éléments extérieurs à la personne concernée, neutralisant tout lien entre le comportement reproché et le risque redouté[1256]. L'« océan de subjectivité »[1257] est plus profond encore lorsque l'interdiction de sortie s'appuie sur la fréquentation de personnes non condamnées, mais dont le comportement est susceptible de revêtir une qualification pénale.

323. Qualification pénale du comportement des proches – Dès lors que les liens entretenus par l'intéressé avec des individus dont le comportement peut tomber sous la qualification d'association de terroristes sont précisés dans leur nature, la mesure d'interdiction de sortie du territoire est en effet entérinée par le juge administratif. Le Tribunal administratif de Paris a ainsi confirmé une interdiction de sortie du territoire que le ministre de l'Intérieur avait justifiée par le fait que l'intéressé s'était rendu en Turquie afin d'accompagner un ami jusqu'à la frontière syrienne, où ce dernier avait été blessé après avoir rejoint un groupe armé

[1253] Tribunal administratif de Paris, 7 juillet 2015, n° 1507735, point 4.
[1254] Tribunal administratif de Paris, 21 janvier 2016, n° 1514396 ; voir aussi, en matière d'assignation à résidence : Conseil d'État, ordonnance, 29 janvier 2016, n° 396449, qui précise que l'intéressé « a accompagné en 2015, lors d'un pèlerinage à la Mecque, M.C…, ancien condamné pour activités terroristes ».
[1255] François DORE, Pearl NGUYEN-DUY, « Le contrôle du juge administratif à l'épreuve du terrorisme. L'exemple des interdictions de sortie du territoire », *Actualité juridique de droit administratif,* 2016, p. 894.
[1256] Sur ce point et sur le contrôle de la mesure de police par le juge administratif, voir particulièrement l'étude du contentieux en matière d'expulsion pour menace grave à l'ordre public : *infra* n° 441-445, n° 462-469 n° 472-477.
[1257] Maxence CHAMBON, « Une redéfinition de la police administrative », *op. cit.,* p. 140.

participant à des activités terroristes[1258]. Le Tribunal s'est donc appuyé sur la fréquentation, par l'intéressé, d'un individu dont le comportement est susceptible d'être pénalement sanctionné afin de valider la mesure. Pourtant, il est troublant de constater que malgré la présence de son ami en Syrie et le fait qu'il l'ait accompagné jusqu'en Turquie, l'intéressé n'a pas souhaité l'y rejoindre et est rentré en France. Dans un arrêt du 8 juillet 2016[1259], la Cour administrative d'appel de Paris a également confirmé une interdiction de sortie du territoire prise par le ministre de l'Intérieur en se fondant sur le fait que l'individu concerné se rendait dans une salle de prière réputée pour être fréquentée par des personnes radicalisées et dont l'ancien imam était connu pour « ses activités de prêche et d'enseignement en faveur d'un islamisme radical, prônant le rejet des valeurs de la République et de l'Occident, l'hostilité aux chrétiens et aux chiites et faisant l'apologie du djihad armé, ainsi que de la mort en martyr ». Dans ce contexte, le fait, pour le requérant, de fréquenter « assidûment » cette salle de prière, combiné à sa participation à l'organisation de l'école coranique qu'elle abritait, aux liens étroits qu'il entretenait avec l'ancien imam et certains de ses fidèles partis en Égypte faire le Djihad, ainsi qu'au départ de son frère vers des organisations terroristes en Syrie, constituaient des « raisons sérieuses de penser » que le requérant projetait un départ susceptible d'être empêché au titre de l'article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure. De la même manière que le précédent arrêt, la présente décision révèle non seulement que la volonté de prédire les actions terroristes prend le pas sur l'effort d'objectivation que devrait fournir l'autorité administrative lors du prononcé de la mesure et les juges administratifs lors de leur contrôle, mais surtout que le comportement potentiellement répréhensible des individus que fréquente l'intéressé permet de justifier le prononcé de l'interdiction de sortie. Ces fréquentations constituent des « raisons sérieuses de penser » au sens de l'article 224-1 du Code de la sécurité intérieure. Pourtant, en l'espèce, le requérant aurait pu effectuer le déplacement que l'interdiction de sortie cherche à prévenir, bien avant que cette mesure ne soit prononcée. Lors du prononcé de la mesure d'interdiction de sortie le 29 mai 2015, le requérant était toujours présent en France alors même que l'imam ainsi que les fidèles qu'il fréquentait « assidûment » étaient partis en Égypte depuis 2014 et que son frère avait également rejoint la Syrie. Le ministre de l'Intérieur et les juges ont ainsi interprété « à charge » ces éléments de fait alors même qu'ils permettent de démontrer l'absence de réelle volonté de la part du requérant d'effectuer un quelconque déplacement sur le territoire égyptien ou syrien. La démarche prédictive de l'interdiction de sortie du territoire neutralise ainsi toute

[1258] Tribunal administratif de Paris, 7 juillet 2015, n° 1508213.
[1259] Cour administrative d'appel de Paris, 8 juillet 2016, n° 16PA00305.

objectivité dans le prononcé de la mesure jusqu'à établir la dangerosité de l'intéressé en fonction d'éléments étrangers à son comportement personnel.

324. Économie probatoire – La légèreté de la formule empruntée par le législateur est alors compréhensible : l'article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure entraîne une anticipation extraordinaire du risque que le droit pénal ne pourrait mettre en œuvre. L'allègement procédural est dans ce cadre la condition *sine qua non* de l'effectivité de la mesure. Il est donc faux d'affirmer que la formule des « raisons sérieuses de penser » « revient à peu près au même que la condition posée à travers l'expression "fondée sur des faits précis et circonstanciés" »[1260], ou encore que l'intention doit être « *matérialisée* par des éléments concrets dont disposent [les] services »[1261] et que le prononcé de la mesure d'interdiction de sortie est subordonné à des « éléments témoignant de l'intention d'un individu de se rendre sur le théâtre d'une opération, quelle qu'elle soit, pour y commettre des actes de terrorisme ou contribuer à de tels actes »[1262]. Subordonner le prononcé de la mesure d'interdiction de sortie ou de contrôle administratif à l'apport d'éléments matériels de nature à « prouver » l'intention terroriste de la personne concernée reviendrait à anéantir l'effectivité de ces mesures. Car en effet, il apparaît difficile d'apporter une quelconque preuve matérielle avant le départ de l'intéressé dans l'hypothèse d'une interdiction de sortie[1263], c'est-à-dire avant qu'elle ne soit effectivement sur le chemin d'un territoire d'entreprise terroriste. Et si de tels éléments venaient à être rapportés, l'intéressé pourrait parfaitement être poursuivi pour association de terroristes[1264]. L'interdiction de sortie ne ferait alors office que de « doublon », ce qui réduirait à néant son utilité. L'intérêt de l'interdiction de sortie et du contrôle administratif tient donc dans l'économie probatoire qu'ils engagent. En mettant en œuvre une « répression de l'intention pure »[1265], ces mesures de police administrative procèdent à une anticipation très avancée du risque terroriste détachée de l'existence d'éléments concrets de nature à démontrer celui-ci. Le

[1260] Alain RICHARD, *in* compte-rendu des débats du Sénat, séance du 15 octobre 2014. Certains parlementaires avaient relevé que le caractère trop imprécis de cette formule risquait d'ouvrir la voie à un prononcé arbitraire de la mesure d'interdiction de sortie. Certains amendements ont alors été présentés afin de substituer aux « raisons sérieuses de penser » les termes « « lorsqu'ont été rassemblées des preuves matérielles concordantes démontrant » ou « lorsque sont réunis des indices concordants de nature à établir ». Ces amendements ont toutefois été rejetés en ce qu'ils ont été considérés comme de simples paraphrases de la formule actuelle par le rapporteur du texte au Sénat.
[1261] Bernard CAZENEUVE, *in* compte-rendu des débats de l'Assemblée nationale, 2ème séance du 16 septembre 2014, nous soulignons.
[1262] *Ibid.*
[1263] Emmanuel DREYER, « La sortie du territoire interdite pour certains Français ? », *op. cit.*, p. 912.
[1264] *Ibid.*
[1265] Aurélie CAPPELLO, « L'interdiction de sortie du territoire dans la loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *Actualité juridique Pénal*, 2014, p. 561.

second alinéa de l'article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure le démontre parfaitement, en étendant à l'extrême l'anticipation du risque terroriste porté par une migration. Il autorise en effet le prononcé d'une interdiction de sortie du territoire à l'encontre de tout Français qui projetterait de se rendre « à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique *lors de son retour* sur le territoire français »[1266]. Dans cette hypothèse, il faudrait donc démontrer des éléments tangibles de nature, non plus à révéler un déplacement à l'étranger pour suivre un apprentissage terroriste, mais l'intention de l'intéressé de suivre cet entraînement afin d'organiser, à son retour, un attentat sur le sol français. La même formule est par ailleurs utilisée par l'article L. 225-1 aux fins d'autoriser le prononcé d'un contrôle administratif à l'encontre de la personne de retour sur le territoire après une migration à caractère terroriste. Là encore, il s'agit d'opérer une double supposition relative à la destination de la migration d'abord – un « théâtre d'opérations de groupements terroristes », et à sa nature ensuite, la migration devant avoir été effectuée « dans des conditions susceptibles de […] conduire [la personne concernée] à porter atteinte à la sécurité publique ». L'anticipation devient ici véritable prédiction, empêchant que soit rapporté un quelconque élément matériel de nature à conforter le risque prédit. Le lien de causalité unissant en théorie le comportement reproché et le risque redouté se relâche alors, sans commune mesure avec la prévention pénale opérée en matière de terrorisme. L'interdiction de sortie et le contrôle administratif réprime « l'intention pure, sans un minimum de matérialité objective constatée »[1267]. La formule relative aux « raisons sérieuses de penser » devient « magique » en autorisant l'autorité administrative à recourir à une mesure restrictive de liberté sans avoir à la justifier[1268]. Dénués de matérialité, l'interdiction de sortie et le contrôle administratif organisent alors un véritable contournement du droit pénal.

Paragraphe II. Un droit pénal contourné

325. Si l'absence de matérialité des mesures de police précitées entraîne une anticipation du risque terroriste porté par la migration – anticipation qui s'effectue bien au-delà de ce que peut le droit pénal, elle permet également un contournement de ce dernier. Il convient donc de ne pas rester attaché à un simple dépassement du droit pénal pour révéler toute l'ambiguïté de

[1266] Nous soulignons.
[1267] Aurélie CAPPELLO, « L'interdiction de sortie du territoire dans la loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 561. Emmanuel DREYER parle quant à lui d'un « procès d'intention » : « La sortie du territoire interdite pour certains Français ? », *op. cit.*, p. 912.
[1268] *Ibid.*

l'interdiction de sortie et du contrôle administratif. Ces mesures suppléent certes un droit pénal enserré dans le principe de légalité, mais elles organisent également son contournement. L'action pénale est alors concurrencée **(A)** par l'interdiction de sortie et, surtout, par le contrôle administratif qui organisent une restriction de liberté calquée sur le régime du contrôle judiciaire alors même que des poursuites pénales sont déjà déclenchées à l'encontre de l'intéressé. Cette concurrence est d'autant plus forte que ces mesures de police s'appliquent sans être assorties des garanties inhérentes au droit pénal **(B)**.

A. L'action pénale concurrencée

326. Initialement, le contrôle administratif était imaginé comme un soutien au déclenchement d'éventuelles poursuites judiciaires. Son objectif était en effet d'exercer un contrôle sur l'individu, le temps, pour les autorités administratives, de récolter suffisamment d'éléments tangibles pour qu'une procédure pénale soit déclenchée. Rapidement pourtant, ce soutien est devenu intéressé **(1)**, tant le contrôle administratif permet aujourd'hui à l'autorité administrative de dépasser, d'outrepasser les décisions de l'autorité judiciaire en prononçant des mesures calquées sur le régime judiciaire **(2)**.

1. Un soutien intéressé de l'action pénale

327. Soutien – Créé, de la même manière que l'interdiction de sortie, pour remédier à l'impossible action pénale en l'absence d'éléments tangibles, le contrôle administratif s'en distinguait néanmoins en revêtant une fonction spécifique : permettre le déclenchement de futures poursuites pénales. L'étude d'impact de la loi du 3 juin 2016 portant création du contrôle administratif précisait ainsi que « [l]a mesure de police administrative proposée vise […] à combler un vide juridique et n'a aucunement vocation à se substituer à une procédure judiciaire »[1269]. En effet, le contrôle administratif était envisagé davantage comme un soutien que comme un concurrent de l'action pénale. Il s'agissait particulièrement de suppléer l'impossibilité de déclencher des poursuites pénales du chef d'association de terroristes ou d'entreprise individuelle de même nature, faute d'éléments suffisamment probants pour qu'une telle procédure judiciaire puisse être mise en œuvre. Dans cette hypothèse, le prononcé d'un contrôle administratif à l'égard d'une personne de retour d'une migration dont le but terroriste

[1269] Étude d'impact du 2 février 2016, p. 75.

n'était pas démontré permettait « soit de lever favorablement le doute sur les activités de cette personne dans la zone turco-syrienne soit, au contraire, *de les conforter par des éléments matériels permettant l'ouverture d'une enquête judiciaire* »[1270]. La mesure de police administrative était donc envisagée comme un moyen d'exercer un contrôle sur l'individu jusqu'à ce que les services administratifs recueillent suffisamment d'éléments permettant à l'autorité judiciaire de déclencher des poursuites pénales. C'est ainsi que la loi du 3 juin 2016[1271] portant création du contrôle administratif a pris soin d'articuler l'action administrative et l'action pénale en précisant, au sein de l'article L. 225-5 du Code de la sécurité intérieure, que « lorsque des poursuites judiciaires sont engagées à l'encontre d'une personne faisant l'objet d'obligations [liées à un contrôle administratif] ou lorsque des mesures d'assistance éducative sont ordonnées […] à l'égard d'un mineur faisant l'objet des mêmes obligations, le ministre de l'intérieur abroge les décisions fixant ces obligations ». Le déclenchement de poursuites pénales à l'encontre d'une personne faisant l'objet d'un contrôle administratif aboutissait, au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 3 juin 2016, à anéantir ce contrôle. Le législateur accordait ainsi une primauté[1272] générale au droit pénal en ordonnant l'effacement de la mesure de police administrative au bénéfice de toutes poursuites pénales engagées, sans considération de l'infraction au fondement du déclenchement de l'action pénale. L'individu poursuivi pour une infraction de droit commun, extérieure au terrorisme, pouvait ainsi « bénéficier » de l'abrogation du contrôle administratif dont il faisait jusqu'à présent l'objet, ce qui apparaissait logique puisque le contrôle administratif poursuivait justement comme objectif le déclenchement de l'action pénale. Ainsi rédigé, l'article L. 225-5 du Code de la sécurité intérieure permettait de hiérarchiser l'importance des actions entreprises en rappelant que le droit pénal doit toujours être privilégié, lorsqu'il peut être mis en œuvre, à une mesure administrative. Cette hiérarchisation entraînait naturellement une clarification de l'enchevêtrement des mesures de droit pénal et de police administrative[1273], évitant ainsi une concurrence entre de ces deux mesures. Rapidement pourtant, cette clarification a été affinée[1274], faisant perdre de sa primauté au droit pénal.

[1270] *Ibid.,* nous soulignons.
[1271] Article 8 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.
[1272] Yves MAYAUD, « Terrorisme – Prévention », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, *op. cit.*, point 419.
[1273] Thomas HERRAN, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *Actualité juridique Pénal*, 2017, p. 473.
[1274] *Ibid.*

328. Concurrence – Depuis la loi du 28 février 2017[1275], l'article L. 225-5 du Code de la sécurité intérieure réduit la priorité accordée à la procédure judiciaire en précisant que le contrôle administratif n'est abrogé qu'en cas de de « poursuites judiciaires, fondées sur des faits qualifiés d'actes de terrorisme par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal et accompagnées de mesures restrictives ou privatives de liberté ». Deux conditions sont ainsi ajoutées à l'anéantissement du contrôle administratif par le déclenchement de poursuites pénales : que ces dernières soient relatives à des infractions qualifiées d'actes de terrorisme – parmi lesquelles figurent les délits d'association de terroristes et d'entreprise individuelle de même nature – et que l'individu concerné fasse l'objet, au sein de cette procédure judiciaire, de mesures restrictives ou privatives de liberté, à savoir un contrôle judiciaire ou une détention provisoire. Initialement secondaire à l'action pénale, le contrôle administratif est renforcé, le législateur précisant qu'il doit continuer de s'appliquer lorsque les poursuites pénales ne traitent pas le risque terroriste censé être porté par l'individu. Surtout, cette modification législative aboutit à assombrir la distinction initialement effectuée entre les mesures pénales et de police administrative[1276]. Alors que la version originelle de l'article L. 225-5 du Code de la sécurité intérieure évitait la concurrence entre ces deux mesures en donnant la priorité à toute procédure judiciaire, la version actuellement en vigueur autorise de nombreuses hypothèses de « doublon », dans lesquelles l'individu concerné fera l'objet de poursuites pénales tout en continuant d'être placé sous contrôle administratif. Il en sera ainsi lorsqu'il sera poursuivi pour une infraction extérieure au terrorisme, ce qui peut certes être justifié par la finalité du contrôle administratif relative à la prévention des actes de terrorisme. Toutefois, perpétuer la mesure de contrôle administratif infligée à un individu qui fait en même temps l'objet de mesures restrictives ou privatives de liberté décidées dans le cadre d'une procédure judiciaire est d'une inutilité manifeste, même lorsque l'intéressé est poursuivi pour une infraction extérieure au terrorisme. Dans cette hypothèse, la contrainte administrative est en effet parfaitement remplacée par la contrainte judiciaire, quand bien même celles-ci ne seraient pas mises en œuvre du chef d'infractions de même nature. Plus encore, la version actuelle de l'article L. 225-5 du Code de la sécurité intérieure autorise le maintien du contrôle administratif lorsque l'individu est poursuivi pénalement pour acte de terrorisme sans que les magistrats de l'ordre

[1275] Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.
[1276] Thomas HERRAN, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *op. cit.*, p. 473 ; Pierrette PONCELA, « Les naufragés du droit pénal », *op. cit.*, pp. 18-19 ; Julie ALIX, Olivier CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *op. cit.,* p. 849. De manière plus générale, voir Guillaume BEAUSSONIE, « Le droit pénal écarté de la lutte contre le terrorisme », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 2017, p. 777.

judiciaire n'aient jugé utile de le soumettre à des mesures de contrôle judiciaire ou de détention provisoire. Dans cette seconde hypothèse, le maintien du contrôle administratif vient permettre à la mesure de police de concurrencer directement l'action pénale. Cette possibilité dessine en creux une sanction de l'insuffisance supposée de l'action des magistrats de l'ordre judiciaire.

329. Autorité judiciaire – Parce que ces derniers n'ont pas jugé *nécessaire* d'exercer sur l'intéressé des mesures de contrainte, leur office est « doublé » par une mesure de police administrative dont l'intérêt est ici évident : outrepasser la décision des magistrats de l'ordre judiciaire érigés pourtant en gardien de la liberté individuelle par l'article 66 de la Constitution. La liberté individuelle, définie comme « l'état de l'homme qui n'est ni arrêté ni détenu, qui jouit donc de la possibilité d'aller et venir »[1277], permet ainsi de garantir « la sécurité de l'individu face au pouvoir »[1278]. Toute mesure de contrainte doit donc être nécessaire, l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen affirmant que « [t]out homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». L'article préliminaire du Code de procédure pénale reprend cette exigence en disposant que « [l]es mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ». C'est donc bien sur une exigence de nécessité que se fonde l'autorité judiciaire lorsqu'elle juge qu'il n'apparaît pas utile de prononcer une mesure restrictive ou privative de liberté à l'encontre de l'intéressé. Mesure de contrainte, le contrôle judiciaire ne peut en effet être ordonné qu'« en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté »[1279], nécessité qui s'apprécie au regard des circonstances de l'espèce[1280]. Dans ce cadre, le maintien du contrôle administratif dans l'hypothèse où la procédure judiciaire ne serait pas accompagnée de mesures de contrainte vise à outrepasser le contrôle de nécessité exercé par l'autorité judiciaire, en se fondant sur la nécessité *générale* du contrôle administratif évaluée par le législateur.

[1277] Claude-Albert COLLIARD cité par Raymond GASSIN, *La liberté individuelle devant le droit pénal*, Sirey, 1980, p. 2 et Julie ALIX, Olivier CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *op. cit.,* p. 850.
[1278] Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, tome II, 2ème édition, Montchrestien, 1977, p. 21.
[1279] Article 137 alinéa 2 du Code de procédure pénale.
[1280] Cette exigence est rappelée par la Cour de cassation : chambre criminelle, 8 août 1995, *Bulletin* n° 264 et Cour de cassation, chambre criminelle, 22 octobre 1997, *Bulletin* n° 346.

330. Nécessité générale – L'étude d'impact du projet de loi renforçant le crime organisé[1281] précise que le contrôle administratif « est nécessaire pour lutter contre la tendance constatée consistant, pour beaucoup de ceux qui sont passés à l'acte, à se fondre dans un certain anonymat au retour, tout en conservant des contacts en vue de la préparation d'actes sur le territoire national »[1282]. Cette formule réduit l'exigence de nécessité du contrôle administratif à une simple clause de style, rendant ainsi bien plus aisé le prononcé de cette mesure par rapport à un contrôle judiciaire ou à une détention provisoire. La suite de l'étude d'impact est tout autant intéressante, celle-ci se concentrant désormais sur l'exigence de proportionnalité du contrôle administratif. À ce sujet, l'étude d'impact ajoute que cette mesure « doit être adaptée à la situation de la personne faisant l'objet de la mesure, c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir prendre en compte le profil particulier de la personne, en permettant à l'autorité à l'origine de la mesure de retenir les modalités de contrôle les plus efficaces par rapport à ce profil »[1283]. Cette formule entérine la concurrence évidente entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire : la première pourra juger que le profil particulier de l'individu nécessite que soit exercé sur lui un contrôle ; contrôle que l'autorité judiciaire n'aura, elle, pas considéré nécessaire de prononcer. Cette concurrence du droit pénal est encore renforcée par les similitudes du contrôle administratif avec le contrôle judiciaire.

2. Un contrôle judiciaire « copié » par le contrôle administratif

331. Régime du contrôle judiciaire – Bien que plus restreintes, les obligations pouvant être prononcées dans le cadre d'un contrôle administratif ressemblent fortement à celles du contrôle judiciaire, la différence majeure étant relative à l'autorité compétente pour prononcer cette mesure : le contrôle administratif est en effet décidé par le ministre de l'Intérieur, quand la décision du contrôle judiciaire appartient à l'autorité judiciaire.

Substitut à la détention provisoire, le contrôle judiciaire peut être ordonné par le juge d'instruction[1284] et, depuis la loi du 15 juin 2000[1285], par le juge des libertés et de la détention lorsqu'il considère que la demande de placement en détention provisoire dont il est saisi par le juge d'instruction n'est pas nécessaire mais que l'individu concerné doit néanmoins être astreint

[1281] Étude d'impact du 2 février 2016 *relative au projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.*
[1282] Étude d'impact du 2 février 2016, p. 75.
[1283] Étude d'impact du 2 février 2016, p. 75.
[1284] Article 137-2 alinéa 1.
[1285] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.*

à un contrôle[1286]. Cette décision appartient également à la chambre de l'instruction[1287], à la juridiction correctionnelle et à la cour d'assises saisies d'une demande de mise en liberté[1288]. Le contrôle judiciaire est une mesure restrictive de liberté pouvant être ordonnée par l'autorité judiciaire à l'égard d'une personne mise en examen, qui « encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave »[1289]. Sa finalité est de permettre la surveillance de l'individu concerné pour une durée que le législateur n'a pas jugé utile de préciser. En matière correctionnelle – c'est-à-dire dans le cadre notamment de poursuites pénales pour délits d'association de terroristes ou d'entreprise individuelle terroriste, le contrôle judiciaire prend fin en principe à la clôture de l'information ; il ne se poursuit que si le magistrat ordonne expressément son maintien[1290].

332. Régime du contrôle administratif – De son côté, le contrôle administratif de l'article L. 225-1 du Code de la sécurité intérieure est prononcé par une autorité qui n'est ni judiciaire, ni juridictionnelle, mais administrative : le ministre de l'Intérieur. D'une durée pouvant s'étendre, selon les obligations prononcées, jusqu'à trois ou six mois maximum, cette mesure est destinée à « renforcer le contrôle à l'égard des personnes qui se sont déplacées à l'étranger afin de participer à des activités terroristes, et qui, de retour sur le territoire national, sont susceptibles de constituer une menace pour la sécurité publique »[1291]. S'il cible des profils plus précis, les personnes ayant supposément effectué une migration à caractère terroriste, le contrôle administratif revêt néanmoins une finalité similaire au contrôle judiciaire : il s'agit dans les deux cas d'exercer un contrôle et une surveillance sur l'intéressé par le biais de mesures restrictives de liberté. Or, si, dans le cadre du contrôle judiciaire, ces mesures sont prononcées par l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, les obligations et interdictions édictées dans cadre d'un contrôle administratif sont, elles, entièrement détachées de l'autorité judiciaire. Ce détachement est d'autant plus troublant que les mesures du contrôle administratif sont directement inspirées du contrôle judiciaire.

[1286] Article 137-2 alinéa 2.
[1287] Article 141-1 et 201 du Code de procédure pénale.
[1288] Article 141-1 du Code de procédure pénale.
[1289] Article 138 du Code de procédure pénale.
[1290] Article 179 alinéa 2 et 3 du Code de procédure pénale. Pour la chambre de l'instruction : Article 213 alinéa 2 du Code de procédure pénale. En matière criminelle, les effets du contrôle judiciaire se prolongent si le mis en examen est renvoyé devant la cour d'assises sous l'accusation d'un crime : article 181 alinéa 5 du Code de procédure pénale.
[1291] Étude d'impact du 2 février 2016 *relative au projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, p. 75.

333. Mesures – En vertu des articles L. 225-2 et L. 225-3 du Code de la sécurité intérieure, la personne à l'encontre de laquelle le ministre de l'Intérieur a prononcé un contrôle administratif peut se voir imposer quatre obligations ou interdictions. Celles-ci ont principalement pour objectif de surveiller l'individu en s'assurant de sa présence physique dans un périmètre déterminé. Le ministre de l'Intérieur peut ainsi, pour une durée maximale de trois mois, contraindre l'intéressé à « résider dans un périmètre géographique déterminé […] et, le cas échéant, l'astreindre à demeurer à son domicile ou, à défaut, dans un autre lieu à l'intérieur de ce périmètre, pendant une plage horaire fixée par le ministre, dans la limite de huit heures par vingt-quatre heures »[1292]. À cette mesure d'assignation à résidence s'ajoute une obligation de pointage, l'autorité administrative pouvant ordonner à l'individu concerné de « se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, dans la limite de trois présentations par semaine, en précisant si cette obligation s'applique les dimanches et jours fériés ou chômés »[1293], et une obligation de déclarer tout changement de domicile[1294]. Ces différentes obligations revêtent une ressemblance troublante avec les quatre premières mesures pouvant être ordonnées lors d'un contrôle judiciaire. L'article 138 du Code de procédure pénale autorise en effet le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention à astreindre l'intéressé à une mesure d'assignation à résidence en lui interdisant de « s'absenter de son domicile ou de la résidence fixée » en dehors des « conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat[1295]. Plus encore, l'autorité judiciaire peut interdire à la personne concernée de « sortir des limites territoriales déterminées par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention »[1296], ou encore de « se rendre en certains lieux ou ne se rendre que dans les lieux déterminés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention »[1297]. Enfin, la surveillance physique de la personne placée sous contrôle administratif peut être effectuée par l'obligation d' « informer le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention de tout déplacement au-delà de limites déterminées »[1298]. En matière de surveillance physique, les mesures du contrôle administratif organisent ainsi une restriction de liberté similaire à celle prononcée dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Cette similitude se constate également avec l'interdiction administrative du territoire puisque le contrôle judiciaire permet au juge d'instruction ou des libertés et de la détention de contraindre l'intéressé à « remettre soit au

[1292] Article L. 225-2, 1° du Code de la sécurité intérieure.
[1293] Article L. 225-2, 2° du Code de la sécurité intérieure. Pour une durée de trois mois maximum.
[1294] Article L. 225-3, 1° du Code de la sécurité intérieure. Pour une durée de six mois maximum.
[1295] Article 138, 2° du Code de procédure pénale.
[1296] Article 138, 1° du Code de procédure pénale.
[1297] Article 138, 3° du Code de procédure pénale.
[1298] Article 138, 4° du Code de procédure pénale.

greffe, soit à un service de police ou à une brigade de gendarmerie tous documents justificatifs de l'identité, et notamment le passeport, en échange d'un récépissé valant justification de l'identité »[1299]. En confisquant passeport et carte d'identité, le contrôle judiciaire organise l'interdiction qui est au fondement de la mesure de l'article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure – la stigmatisation en moins[1300] : l'interdiction de sortie du territoire.

Au-delà de cette surveillance de la présence physique de l'intéressé dans un périmètre défini, le contrôle administratif autorise le ministre de l'Intérieur à lui interdire, pour une durée de six mois maximum, de se « trouver en relation directe ou indirecte avec certaines personnes, nommément désignées, dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »[1301]. Il s'agit de surveiller et de contrôler l'individu en opérant une restriction de sa liberté centrée sur ses fréquentations afin d'éviter qu'il ne fomente un acte de terrorisme. Or, le contrôle judiciaire exerce exactement la même restriction en imposant à la personne placée sous contrôle judiciaire de « [s]'abstenir de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, ainsi que d'entrer en relation avec elles, de quelque façon que ce soit »[1302]. Si le contrôle administratif prévoit des mesures moins nombreuses, quatre contre dix-huit pour le contrôle judiciaire, celles-ci sont néanmoins directement calquées sur celles énumérées par l'article 138 du Code de procédure pénale[1303].

334. Copie – Les obligations du contrôle judiciaire sont ainsi copiées et intégrées dans le champ administratif. La fonction palliative du contrôle administratif se double d'une fonction concurrente, ce dernier organisant un dépassement de l'administratif sur le judiciaire en autorisant une autorité administrative à exercer des restrictions de liberté qui ne pouvaient jusqu'à présent être décidées que par l'autorité judiciaire dans le cadre d'une procédure pénale. L'autorité judiciaire est ainsi doublée par l'autorité administrative, qui peut décider de faire perdurer un contrôle administratif similaire au contrôle judiciaire, lorsque le juge d'instruction ou le juge des libertés n'aura pas jugé un tel contrôle nécessaire. La copie du contrôle judiciaire par le contrôle administratif conduit inévitablement à rendre plus poreuse encore la distinction

[1299] Article 138, 4° du Code de procédure pénale.
[1300] Le récépissé remis en matière d'interdiction de sortie précise le fondement légal de l'absence de documents d'identité : l'article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure, siège de la mesure d'interdiction.
[1301] Article L. 225-3, 2° du Code de la sécurité intérieure.
[1302] Article 138, 9° du Code de procédure pénale.
[1303] Pierrette PONCELA, « Les naufragés du droit pénal », *op. cit.*, p. 24 ; Jean-Baptiste PERRIER, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *op. cit.*, p. 26 ; Julie ALIX, Olivier CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *op. cit.*, p. 850.

entre police judiciaire et police administrative en opérant une confusion des rôles[1304] : l'autorité administrative exerce désormais une répression bien plus sévère que l'autorité judiciaire, le contrôle administratif et l'interdiction de sortie n'étant fondés sur aucun élément matériel tangible tout en étant détachés des garanties inhérentes au droit pénal[1305].

B. L'éviction des garanties inhérentes au droit pénal

335. Transformation – Le contrôle administratif et l'interdiction de sortie semble « d'abord destiné[s] […] à donner aux autorités administratives les moyens de se soustraire aux garanties - pourtant minimales en matière de lutte contre le terrorisme - imposées par les procédures judiciaires »[1306]. Extraites du champ pénal, ces mesures s'émancipent en effet des principes applicables à la matière pénale[1307]. En s'insérant dans le champ administratif, elles conduisent, sinon à « l'abandon des principes qui devaient garantir les individus contre l'arbitraire »[1308], du moins à la transformation des garanties inhérentes au droit pénal dans l'objectif de faciliter l'application de mesures restrictives de liberté dans le cadre de la lutte contre le terrorisme[1309].

336. Contradictoire temporellement déplacé – L'interdiction de sortie et le contrôle administratif sont ainsi uniquement soumis à une procédure contradictoire *a posteriori*, intervenant après que la mesure ait été prononcée. Le Code de la sécurité intérieure prévoit le

---

[1304] Pierrette PONCELA évoque des frontières « brouillées » : « Les naufragés du droit pénal », *op. cit.*, pp. 24-25. Voir également : Jean-Baptiste PERRIER, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *ibid.*, p. 25 ; Julie ALIX, Olivier CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *op. cit.*, p. 849 ; Thomas HERRAN, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *op. cit.*, p. 473.

[1305] Julie ALIX et Olivier CAHN écrivent ainsi que « la police administrative est dotée de moyens empruntés à la police judiciaire – de nombreuses garanties en moins » : « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *op. cit.*, p. 850 ; voir également Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, Olivier CAHN, « Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : *perseverare diabolicum* », *Actualité juridique Pénal*, 2017, p. 46 ; Marc TOUILLIER, « La marche du contrôle : ou l'intégration de l'état d'urgence dans un droit hors du commun par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », *Lexbase* n° L2052LHH.

[1306] Jocelyne LEBLOIS-HAPPE et Olivier CAHN, « Nouveau projet de loi antiterroriste : attention danger ! », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 29, 17 Juillet 2017, p. 1403.

[1307] Jean-Baptiste PERRIER, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *op. cit*., p. 30. Dans son avis *sur le projet de loi relatif au renseignement* du 20 avril 2015, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme a noté le basculement, « dans le champ de la police administrative, des mesures normalement répressives et qui, à ce titre, devraient être assorties de toutes les garanties entourant la procédure pénale » : § 54 ; voir également l'avis *sur le projet de loi visant à renforcer la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* du 6 juillet 2017.

[1308] Mireille DELMAS-MARTY, « De l'état d'urgence au despotisme doux », *op. cit*. ; Jean-Baptiste PERRIER, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *ibid.,* p. 30.

[1309] Jean-Baptiste PERRIER, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *ibid.*., p. 30.

recul du contradictoire dans le prononcé de ces deux mesures par une formule identique, précisant que « le ministre de l'intérieur ou son représentant met la personne concernée en mesure de lui présenter ses observations dans un délai maximal de huit jours après la notification de la décision »[1310]. Ce déplacement temporel de la contradiction, qui a été justifié par « l'urgence et […] la nécessité de garantir l'effectivité de la mesure »[1311], a pour conséquence d'instaurer une « présomption de terrorisme »[1312], une « présomption de culpabilité »[1313] qui oblige la personne concernée à apporter la preuve du caractère infondé des soupçons qui pèsent sur elle. Une nouvelle fois, la nature administrative de la mesure permet d'apporter des dérogations difficilement envisageables en droit pénal. Il apparaît également compliqué de rapporter une telle preuve lorsque la décision ne repose sur aucun élément matériel et qu'elle est prononcée en raison de simples spéculations. Surtout, ce report de la contradiction facilite encore le prononcé de la mesure d'interdiction de sortie en dispensant le ministre de l'Intérieur de procéder à un exposé convaincant des raisons justifiant la mesure. Le contradictoire est certes « rétabli » dans les huit jours qui suivent la décision, mais l'on peut légitimement se demander s'il s'agit d'un réel contradictoire alors que la décision est déjà prise, déjà actée, et qu'elle a déjà produit ses effets. Ce « rétablissement » du contradictoire apparaît donc inutile puisqu'il ne permet pas à la personne concernée de « discuter librement les prétentions, les arguments et les preuves de son adversaire »[1314]. La définition du principe du contradictoire précise que le juge « ne peut retenir dans sa décision que les explications qu'il a recueillies contradictoirement et *ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* »[1315]. Cette définition révèle la logique totalement inverse suivie par le législateur en matière d'interdiction administrative de sortie du territoire et de contrôle administratif. Lorsqu'elle prononce cette décision, l'autorité administrative ne prend en effet absolument pas en considération les observations de la personne concernée : le prononcé de l'interdiction n'est même pas précédé d'un entretien au cours duquel une telle discussion pourrait être engagée. Le seul véritable contradictoire établi intervient uniquement lorsque le juge administratif est amené à opérer un contrôle de la mesure prononcée. Mais là encore, le législateur a effectué un

[1310] Article L. 224-1 alinéa 4 du Code de la sécurité intérieure pour l'interdiction administrative de sortie ; article L. 225-4 alinéa 1 du même Code pour la mesure de contrôle administratif.
[1311] Exposé des motifs de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.
[1312] Emmanuel DREYER, « La sortie du territoire interdite pour certains Français ? », *op. cit.*, p. 913.
[1313] Aurélie CAPPELLO, « L'interdiction de sortie du territoire dans la loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 564.
[1314] Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, « Principe du contradictoire », *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*
[1315] *Ibid.,* nous soulignons.

déplacement temporel de nature à faciliter le prononcé de l'interdiction de sortie et du contrôle administratif.

337. Contrôle juridictionnel *a posteriori* – La facilitation du prononcé de l'interdiction de sortie et du contrôle administratif se constate encore dans le déplacement temporel du contrôle juridictionnel de ces mesures. Alors que les mesures judiciaires font l'objet d'un contrôle *a priori* effectué par le juge judiciaire en amont de leur mise en œuvre, les mesures de police administrative ne peuvent être soumises au juge administratif qu'après leur prononcé. Que ce soit en matière d'interdiction de sortie ou de contrôle administratif, le Code de la sécurité intérieure précise de manière identique que la personne concernée « peut, dans le délai de deux mois suivant la notification de la décision et suivant la notification de chaque renouvellement, demander au tribunal administratif l'annulation de cette décision. Le tribunal administratif statue dans un délai de quatre mois à compter de sa saisine »[1316]. Bien que postérieur au prononcé de la mesure, l'existence d'un contrôle juridictionnel semble imposer l'existence d'« éléments concrets »[1317] de nature à la justifier et à permettre au juge administratif d'effectuer un contrôle effectif de la mesure prononcée. Pour autant, il ne s'agit pas de contraindre l'administration à présenter des preuves formelles, mais uniquement d'exiger que les « raisons sérieuses » reposent « sur des éléments de faits précis et circonstanciés, non sur des spéculations abstraites »[1318]. Surtout, le contrôle du juge administratif n'intervient que sur requête de la personne concernée, rédigée, le plus souvent, en référé. Si les personnes concernées par le prononcé d'une mesure de contrôle administratif ou d'interdiction de sortie ont le choix de saisir le juge de l'excès de pouvoir ou le juge des référés[1319], l'urgence créée par le prononcé de la mesure restrictive de liberté les conduit le plus souvent à opter pour une procédure de référé-liberté[1320] ou de référé-suspension[1321]. Le contrôle effectué n'est alors pas « entier »[1322], se réduisant à l'existence d'une « illégalité manifeste » pour le référé-liberté ou d'un « doute sérieux quant à la légalité de la mesure » concernant le référé-suspension. S'il statue en urgence, et donc plus rapidement que le juge de l'excès de pouvoir, le juge des référés

[1316] Article L. 224-1 alinéa 6 du Code de la sécurité intérieure pour l'interdiction administrative de sortie du territoire ; article L. 225-4 alinéa 3 du même Code pour le contrôle administratif.
[1317] François DORE, « Champ d'application de l'interdiction de sortie du territoire », *Actualité juridique de droit administratif,* 2017, p. 1348.
[1318] *Ibid.*
[1319] Sur la différence entre ces deux types de procédure, voir plus particulièrement *infra* n° 442-443 et n° 462-469.
[1320] Article L. 521-2 du Code de la justice administrative.
[1321] Article L. 521-1 du Code de la justice administrative.
[1322] Contrairement au juge de l'excès de pouvoir qui exerce un contrôle normal de la qualification juridique des faits concernant l'interdiction de sortie : Tribunal administratif de Paris, 7 juillet 2015, n° 1507735.

n'opère ainsi qu'un contrôle restreint de la mesure qui renforce, une nouvelle fois, l'entière liberté du ministre de l'Intérieur dans le prononcé de la mesure[1323].

338. Utilisation de « notes blanches » – Le prononcé des mesures d'interdiction de sortie et de contrôle administratif est enfin facilité par l'utilisation systématique de « notes blanches » – émises par les renseignements généraux et nommées ainsi en raison de l'absence d'en-tête, de signataire et d'informations relatives à l'origine des faits énoncés – qui rend difficile la contestation de leur prononcé. Très souvent, l'autorité administrative se fonde sur ces notes afin de prononcer l'interdiction de sortie ou le contrôle administratif de la personne concernée, obligeant ainsi les juges à s'appuyer également sur ces documents pour établir les éléments de fait pouvant être reprochés à l'individu concerné. Certes, l'utilisation de ces documents spécifiques est autorisée par le Conseil d'État qui admet que leur production – même sans en-tête, sans date et sans identification de leur auteur – peut constituer un élément de preuve parmi d'autres[1324] s'ils ont été « versés au dossier » et « débattus dans le cadre de l'instruction écrite contradictoire »[1325]. Les notes doivent être « suffisamment détaillées, précises et circonstanciées »[1326] afin d'établir les faits de manière objective. Le juge doit également prendre en considération « l'argumentation en défense de l'intéressé », à savoir s'il conteste de manière générale les faits évoqués dans la note blanche ou s'il apporte au contraire « des éléments précis et des documents de nature à remettre en cause le caractère vraisemblable ou établi des faits reprochés »[1327]. Or, un jugement rendu par le Tribunal administratif de Paris le 26 novembre 2016[1328] révèle que cette affirmation censée être protectrice des intérêts de la personne concernée se retourne finalement contre elle. Tout en concédant que les informations précisées dans la note blanche et sur lesquelles se fondait l'interdiction de sortie du territoire n'étaient que peu circonstanciées, le juge administratif a considéré que les faits reprochés étaient établis en raison du fait que la requérante se limitait à les nier de façon très générale. Cette dernière n'apportait notamment aucune explication relative au voyage qu'elle s'apprêtait

[1323] Ce constat est également effectué en matière d'expulsion. Sur la dégradation du contrôle du juge des référés, *infra* n° 462-469.
[1324] Conseil d'État, Assemblée, 11 octobre 1991, *Ministre de l'Intérieur c. Diouri*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, tables, p. 890 ; voir également
Conseil d'État, Sect., 3 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur c. M. Rakhimov*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 75 ; Jean ALZAMORA, « La valeur probante des notes des renseignements généraux et le principe du contradictoire », *Actualité juridique de droit administratif,* 2005, p. 1301.
[1325] Conseil d'État, Sect., 3 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur c. M. Rakhimov*, n° 238662.
[1326] *Ibid.*
[1327] Conclusions du Rapporteur public dans l'arrêt du Conseil d'État, Section, 3 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur c. M. Rakhimov*, n° 238662.
[1328] Tribunal administratif de Paris, 26 janvier 2016, n° 1515866.

à effectuer vers la frontière turco-syrienne lors de son arrestation à l'aéroport d'Amsterdam en février 2015. Cette carence explicative a fondé le Tribunal administratif à valider la mesure d'interdiction de sortie alors même que les faits reprochés à l'intéressé n'étaient pas circonstanciés. Des faits sommaires, vagues, imprécis et non détaillés peuvent ainsi être considérés comme établis si la personne concernée ne parvient pas à apporter une défense suffisamment crédible. Ce jugement affaiblit non seulement l'obligation qui pèse sur l'administration d'apporter les preuves justifiant que les conditions visées à l'article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure sont réunies, mais opère en plus un véritable renversement de la charge de la preuve qui ne pourrait être ni admis ni toléré en droit pénal[1329]. En plus d'instaurer une véritable « présomption de dangerosité »[1330], les mesures d'interdiction de sortie et de contrôle administratif font peser sur la personne concernée la difficile preuve de sa non-dangerosité[1331].

CONCLUSION DE LA SECTION II

339. La prévention pénale de la migration à caractère terroriste étant conditionnée à l'existence d'éléments tangibles, le Gouvernement a initié la création de mesures de police administrative destinées à suppléer une action pénale impossible. Prononcés par le ministre de l'Intérieur, l'interdiction de sortie et le contrôle administratif permettent ainsi d'empêcher un Français de quitter le territoire national lorsqu'il existe des « raisons sérieuses de penser » qu'il projette de se déplacer à l'étranger pour participer à des activités terroristes, ou que ce déplacement s'effectue sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes susceptible de l'amener à porter atteinte au territoire national à son retour en France. La personne qui n'a pas été empêchée de partir peut par ailleurs être soumise à un contrôle administratif lors de son retour en France lorsqu'il existe, une fois encore, des « raisons sérieuses de penser » que sa migration a été effectuée dans des conditions susceptibles de la conduire à porter atteinte à la sécurité publique. Les deux dispositions régissant ces mesures, respectivement les articles L.224-1 et L225-1 du Code de la sécurité intérieure, conditionnent ainsi leur prononcé à l'existence de « raisons sérieuses de penser » que la migration projetée ou effectuée recouvre

[1329] Maxence CHAMBON, « Une redéfinition de la police administrative », *op. cit.,* p. 140 ; Jean-Baptiste PERRIER, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *op. cit.*, p. 31.
[1330] Jean-Baptiste PERRIER, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *ibid.*, p. 30.
[1331] Mireille DELMAS-MARTY, « Le projet de loi antiterroriste, un mur de papier face au terrorisme », *Philosophie magazine*, 31 juillet 2017.

un caractère terroriste. Inconsistante et imprécise, cette formule entraîne un effacement de l'exigence de matérialité inhérente au droit pénal ; raison pour laquelle ce dernier ne connaît d'ailleurs que très peu cette formule. L'effacement de la matérialité du risque terroriste porté par la migration entraîne une large anticipation – voire une prédiction – de ce risque, bien au-delà de la prévention pénale opérée à travers les incriminations d'association de terroristes et d'entreprise individuelle de même nature. Mais initialement créés pour combler l'impossible action pénale, l'interdiction de sortie et le contrôle administratif finissent pourtant par la concurrencer en s'appliquant non seulement lorsqu'une procédure judiciaire ne peut être mise en œuvre, mais également lorsque l'individu concerné est poursuivi pénalement et que l'autorité judiciaire n'a pas jugé nécessaire de prononcer un contrôle judiciaire ou une mesure de détention provisoire. Le contrôle administratif permet de contourner l'office du juge pénal et l'absence de prononcé de mesures restrictives de liberté, opérant ainsi une véritable confusion des rôles entre la police judiciaire et la police administrative[1332]. Cette confusion et la concurrence opérées sont d'autant plus frappantes que les obligations et interdictions édictées dans le cadre de l'interdiction de sortie et du contrôle administratif copient véritablement les mesures prévues dans le cadre d'un contrôle judiciaire. L'on assiste alors à une diffusion de la répression du champ pénal vers le champ administratif sans toutefois que la répression administrative opérée soit soumise aux garanties du droit pénal[1333].

[1332] Pierrette PONCELA, « Les naufragés du droit pénal », *op. cit.*, pp. 24-25 ; Jean-Baptiste PERRIER, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *op. cit.*, p. 25 ; Julie ALIX, Olivier CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 2017, p. 849 ; Thomas HERRAN, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *op. cit.*, p. 473.
[1333] Guillaume BEAUSSONIE, « Le droit pénal écarté de la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 777 ; Jean-Baptiste PERRIER, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *op. cit.*, p. 30.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

340. Pénalisation préventive – Si le droit pénal se saisit de la migration à caractère terroriste, la pénalisation engendrée se concentre principalement sur des infractions préventives déjà établies en matière de terrorisme. Le délit d'association de terroristes est ainsi particulièrement utilisé face à ce phénomène, jusqu'à subir une dilatation afin de pouvoir embrasser tant la migration consommée que la migration simplement projetée. L'individu qui n'a pas encore quitté le territoire peut ainsi, tout comme celui qui revient en France après un déplacement sur des territoires d'entreprise terroriste, faire l'objet de poursuites pénales du chef de cette infraction. Pour autant, et alors que la migration à caractère terroriste a été ces dernières années au centre des préoccupations, aucune incrimination ne vient expressément punir ce comportement. Cette absence de pénalisation expresse est d'autant plus troublante que le législateur assume parfaitement la création d'incriminations d'actes de soutien au terrorisme, par définition uniquement préparatoires, qui mettent en œuvre une répression anticipée. Il semble ainsi exister un certain malaise à incriminer la migration à caractère terroriste, qui n'est expressément citée qu'au sein du délit d'entreprise individuelle, infraction complexe qui nécessite, pour être constituée, la réunion de deux actes matériels. La migration à caractère terroriste apparaît alors comme une limite à la prévention pénale du terrorisme ; une limite car dès lors que le droit pénal s'applique à l'encontre d'un individu dont la migration à caractère terroriste n'est que projetée, il apparaît difficile d'établir que ce n'est pas la migration elle-même qui est réprimée. Le droit pénal vient en effet ici se saisir d'actes préparatoires à l'association de terroristes, autrement dit, d'actes préparatoires à des actes préparatoires au terrorisme. Une telle anticipation ne peut s'effectuer sans malmener le principe de matérialité, qui, au fondement de notre droit pénal, empêche la répression de la simple pensée criminelle.

341. Matérialité – Mais si la répression pénale est largement anticipée, le caractère terroriste de la migration doit, pour fonder des poursuites pénales et plus encore une condamnation, être révélé par l'existence d'éléments tangibles. Or, en matière de migration à caractère terroriste, la forte anticipation répressive rend ce lien difficile à établir si bien que parfois, la prévention pénale opérée en la matière ne permet pas le déclenchement de poursuites pénales. Poussées à leur maximum, les incriminations préventives malmènent le principe de matérialité sans pouvoir toutefois le neutraliser. Les limites incarnées par ce principe ont alors conduit à convoquer le droit administratif, de nature préventif. Afin d'anticiper encore l'anticipation déjà effectuée par le droit pénal, deux mesures de police administrative ont ainsi

été créées : l'interdiction de sortie du territoire et le contrôle administratif, qui mettent en œuvre une anticipation sans précédent, en fondant leur application non plus sur des éléments matériels probants, mais sur de simples « raisons sérieuses de penser » que la migration envisagée ou effectuée revêt un caractère terroriste. Laissée à l'entière appréciation du ministre de l'Intérieur[1334], la formule relative aux « raisons sérieuses de penser » organise une « incrimination administrative de l'intention »[1335] fondée sur l'existence non d'un élément probant mais d'une intuition. L'exigence de matérialité propre au droit pénal est effacée, entraînant l'existence d'un déficit probatoire.

342. Répression administrative – Les limites du droit pénal sont donc comblées par la mise en œuvre d'une répression administrative qui, rapidement, dévoile une action concurrente au droit pénal. L'interdiction de sortie et le contrôle administratif ne se limitent plus à une logique préventive mais revêtent une finalité répressive. Cette finalité répressive se constate lorsque le contrôle administratif ne vient plus suppléer l'impossible action pénale, mais la doubler en outrepassant l'office du juge d'instruction ou des libertés et de la détention qui avait décidé de ne pas prononcer de mesure restrictive de liberté à l'encontre de l'individu concerné. La mesure de police administrative autorise ainsi le prononcé de mesures restrictives de liberté en dehors d'une action pénale mais également par l'établissement d'une voie parallèle à cette action, assimilable à une sorte de sanction de l'office de l'autorité judiciaire. Véritables mesures de sûreté *ante delictum*[1336], l'interdiction de sortie et le contrôle administratif s'appliquent au mépris du droit pénal et, surtout, de ses garanties. À la présomption d'innocence succède une présomption de dangerosité, le principe du contradictoire, temporellement déplacé, devient sans effet, tout comme le contrôle juridictionnel de ces mesures restrictives de liberté, dégradé par les procédures en référé et l'utilisation de « notes blanches » par l'autorité administrative. Mais si la répression mise en œuvre par les mesures de police administrative tend à écarter la pénalisation de la migration à caractère terroriste, l'avènement d'un système d'échange et d'analyse de données est à l'origine d'une véritable prédiction de ce phénomène, qui conduit à l'obsolescence du droit pénal.

[1334] Emmanuel DREYER, « Les restrictions administratives à la liberté d'aller et de venir des personnes suspectées de terrorisme », *op. cit.*, p. 23.
[1335] Jean-Baptiste PERRIER, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *op. cit.*, p. 30.
[1336] Julie ALIX, Olivier CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *op. cit.*, p. 850.

CHAPITRE II.

UNE PENALISATION OBSOLETE

343. « Anderton reprit : "L'inconvénient fondamental, du point de vue juridique, inhérent à la méthodologie de Précrime ne vous a probablement pas échappé non plus. Nous arrêtons des individus qui n'ont nullement enfreint la loi.

- Mais s'y apprêtent, affirma Witwer avec conviction
- Justement, non, par bonheur… puisque nous les arrêtons avant qu'ils puissent commettre un quelconque acte de violence. Donc, l'acte criminel proprement dit ne relève strictement que de la métaphysique. C'est nous qui proclamons ces gens coupables. Eux se prétendent éternellement innocents. Et en un sens, ils sont innocents " »[1337].

344. Prédiction – Dans le monde créé par Philip K. DICK, les infractions n'existent plus. Prédites par trois mutants qui détiennent des dons de préscience, elles sont neutralisées avant même que leurs auteurs ne pensent à les commettre. La fonction policière n'est plus alors destinée à arrêter les auteurs d'une infraction consommée, tentée, ni même projetée mais à appréhender des individus qui n'ont pas encore imaginé la commettre. Il s'agit d'éviter le résultat de l'infraction en agissant avant que son auteur forme un quelconque projet criminel. Un monde effrayant pour certains, parfait pour d'autres, mais un monde où la fiction rejoint désormais la réalité tant la pratique policière semble aujourd'hui tournée vers l'avenir, tendue vers l'objectif d'éviter la réalisation du résultat redouté. S'il s'agit encore de punir l'auteur d'une infraction consommée, la priorité est aujourd'hui incarnée dans la prévention, dans le déplacement de l'action policière en amont de la réalisation du dommage. Remonter le chemin criminel ne suffit plus, il faut évaluer le risque criminel, prédire la commission d'une infraction future par l'analyse des données et la création d'algorithmes qui remplacent les dons de prescience des trois mutants de l'œuvre de Philip K. DICK. Impulsée à l'échelle nationale, l'analyse des données est désormais saisie par l'Union européenne à travers deux systèmes d'*intelligence led-policing* : le Système européen de surveillance des frontières (EUROSUR) dont l'objectif est de détecter la migration criminelle, et le *Passenger Name Record* (PNR) qui organise une véritable prédiction du risque terroriste de la migration.

[1337] Philip K. DICK, *Minority Report,* Gallimard, 2002.

345. EUROSUR – Le système européen de surveillance des frontières a été créé par le règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013, dans l'objectif de prévenir la criminalité transfrontière et la migration irrégulière. Fondé sur le principe de l'interconnexion des systèmes de surveillance déjà existants dans les différents États membres, EUROSUR revêt l'intérêt d'établir un environnement technique partagé permettant d'organiser la communication et la coopération entre les autorités nationales compétentes et FRONTEX[1338]. Cet environnement technique est composé d'informations classifiées contenant notamment des données à caractère personnel[1339] recueillies par les services de surveillance nationaux, centralisées par le centre national de coordination de l'État membre puis transmis à l'Agence FRONTEX afin que soient établis un tableau de situation européen et un tableau commun du renseignement en amont des frontières[1340]. Ces tableaux permettent de connaître en temps réel la situation des frontières extérieures maritimes de l'Union et d'agir immédiatement lorsqu'un incident survient, autrement dit lorsqu'un navire suspect est détecté en direction de l'Union.

346. PNR – Le système de données passagers (PNR) suit quant à lui une logique proactive encore plus poussée. Établi à l'échelle de l'Union par la directive **(**UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, ce système vise à anticiper la commission d'infractions terroristes et criminelles graves par l'analyse des données passagers transmises par les transporteurs aux autorités nationales. Il ne s'agit plus seulement de détecter un mouvement migratoire suspect comme dans le système EUROSUR mais de découvrir, par l'analyse des informations passagers, le risque terroriste porté par une migration imminente.

347. Logique proactive – Ces systèmes européens révèlent que la pratique policière est désormais orientée vers l'*intelligence-led policing*. Mise en lumière dès les années 1980 dans les pays anglo-saxons, cette pratique vise à orienter l'action policière par des informations dont la collecte et l'analyse permettent de recueillir une meilleure connaissance du phénomène criminel, de l'identification des efforts prioritaires à effectuer et de l'adoption de mesures

[1338] Rocco BELLANOVA, Denis DUEZ, « Humains et non- humains dans la fabrique des frontières de l'Europe : une approche in medias res de l'européanisation », *in* Denis DUEZ, Olivier PAYE et Christophe VERDURE (dir.), *L'Européanisation. Sciences humaines et nouveaux enjeux,* Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 234. Pour une présentation de l'Agence FRONTEX, voir *supra n*° 168.
[1339] Perrine DUMAS, *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 363.
[1340] Article 4.2 du règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 portant création du système européen de surveillance des frontières (EUROSUR).

opérationnelles[1341]. Il s'agit de réduire le crime par l'utilisation de pratiques proactives ciblées par le renseignement criminel[1342], d'anticiper une menace en bouleversant les pratiques policières jusqu'alors établies afin d'intervenir avant que l'infraction ne soit commise. Autrement dit, il s'agit de substituer à la logique réactive qui intervient toujours trop tard – une fois l'infraction tentée si ce n'est consommée – une logique proactive permettant aux autorités policières de « reprendre l'initiative »[1343]. Particulièrement utilisée en matière de criminalité transfrontalière, de défense nationale et de terrorisme[1344], la logique proactive se distingue de l'action répressive qui intervient *après* la commission de l'infraction, trop tardivement pour l'éviter[1345]. « L'enjeu n'est plus la commission de l'acte mais le "signal" qu'une infraction pourrait être commise par un individu ou qu'un groupe est potentiellement à risque »[1346]. Dans ce contexte, la logique proactive permet une appréhension plus large du risque terroriste que celle effectuée par le droit pénal en se référant, non à la commission d'une infraction, mais à l'existence d'une menace pour la sécurité publique[1347]. De manière plus subtile, elle s'écarte également des mesures de police administrative qui, si elles sont centrées sur l'existence d'une menace pour l'ordre public, ciblent certains individus en particulier. La logique proactive mise en œuvre à travers l'analyse de données n'est pas individuelle mais « structurelle » et diffuse : elle s'applique à l'ensemble des individus ou à une population particulière, considérée « à risques ». Dans les systèmes EUROSUR et PNR, le risque est porté par la migration ; la proactivité conduit donc à analyser les données de *l'ensemble* des individus qui envisagent ou effectuent une migration. La logique n'est dès lors plus « répressive [et] individuelle », elle est « préventive [et] structurelle »[1348].

[1341] Serge DE BIOLLEY, « Collecte, échange et protection des données dans la coopération en matière pénale », *Journal de droit européen*, 2006/7, n° 131, p. 193.

[1342] Jerry H. RATCLIFFE, « Intelligence-led policing », *in* Richard WORTLEY, Lorraine MAZEROLLE (dir.), *Environmental Criminology and Crime Analysis*, Willan Publishing, Cullompton, Devon, p. 266.

[1343] Gaël MARCHAND, « "Intelligence-led policing" : stratégie policière ou mission de renseignement ? », Centre français de recherche sur le renseignement, 15 juillet 2007. URL : http://www.cf2r.org/fr/article/article-intelligence-led-policing-strategie-policiere-ou-mission-de-renseignement-4-6.php

[1344] Serge DE BIOLLEY, « Collecte, échange et protection des données dans la coopération en matière pénale », *op. cit.*, p. 193.

[1345] Didier BIGO, « Globalized (In)Security: The field and the Ban-Opticon », *in* Didier BIGO, Anastassia TSOUKALA (dir.), *Terror, Insecurity and Liberty. Illiberal pratices of liberal regimes after 9/11*, Routledge, 2008, p. 40.

[1346] Didier BIGO, « Du panoptisme au Ban-optisme. Les micros logiques du contrôle dans la mondialisation » *in* Pierre-Antoine CHARDEL and Gabriel ROCKHILL (dir.), *Technologies de contrôle dans la mondialisation : enjeux politiques, éthiques et esthétiques*, Paris, Editions Kimé, p. 71.

[1347] Peter GILL et Mark PHYTHIAN, Intelligence in an insecure world, *op. cit.*, p. 1 ; Sarah LEONARD, « EU border security and migration into the European Union: Frontex and securitisation through practices », *op. cit.*

[1348] Didier BIGO, « Du panoptisme au Ban-optisme. Les micros logiques du contrôle dans la mondialisation », Pierre-Antoine Chardel and Gabriel Rockhill (dir.), *Technologies de contrôle dans la mondialisation : enjeux politiques, éthiques et esthétiques*, Paris, Editions Kimé, p. 71.

348. Plus encore, étant destinés à anticiper un comportement dangereux – la migration à caractère terroriste, les systèmes d'analyse de données, et notamment le système PNR, ne sont en effet pas exempts de répression. Ils conduisent ainsi au prononcé de mesures administratives à l'encontre d'individus dont la migration est évaluée « à risque » terroriste, mais également de sanctions pécuniaires infligées aux transporteurs qui ne respecteraient pas les obligations de prévention qui leur incombent en matière de transmission des données PNR. Dans ce cadre, le droit pénal apparaît dépassé dans la détection de la migration à caractère terroriste **(Section I)**, tout autant qu'il est délaissé dans sa répression **(Section II)**.

SECTION I. LE DROIT PENAL DEPASSE DANS LA DETECTION DE LA MIGRATION A CARACTERE TERRORISTE

SECTION II. LE DROIT PENAL DELAISSE DANS LA REPRESSION DE LA MIGRATION A CARACTERE TERRORISTE

SECTION I. LE DROIT PÉNAL DÉPASSÉ DANS LA DÉTECTION DE LA MIGRATION À CARACTÈRE TERRORISTE

349. L'anticipation de la migration à caractère terroriste est étroitement liée au contrôle des flux migratoires à destination de l'Union. C'est ainsi que la première manifestation de cette anticipation a pris corps dans le système européen de surveillance des frontières « EUROSUR », créé par le règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013. Le champ d'application d'EUROSUR pourrait, au premier regard, apparaître comme étant limité à la migration irrégulière, d'autant plus que ce système est placé sous l'égide de l'Agence FRONTEX ; il n'en est rien, le règlement du 22 octobre 2013 précisant expressément qu'EUROSUR est destiné à détecter, à prévenir et à combattre « l'immigration illégale et la criminalité transfrontalière »[1349], criminalité qui embrasse bien entendu les activités terroristes. Surtout, EUROSUR vise à détecter et à prévenir, autrement dit à éviter la commission de telles infractions sur le territoire de l'Union. Il recouvre ainsi une dimension préventive évidente en permettant aux États membres d'agir avant l'arrivée des personnes concernées sur le territoire. EUROSUR ne fait toutefois que « détecter », à travers un maillage serré de surveillance établi sur l'espace maritime, le risque criminel d'une migration déjà en œuvre **(Paragraphe I)**. Parallèlement à ce premier système, l'Union européenne a donc cherché à en développer un second, consacré cette fois-ci à l'échange de données relatif à une migration imminente. Ce système « PNR » trouve son aboutissement au sein de la directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, dont l'objectif est, plus que de détecter, de *prédire* le risque terroriste porté par une migration imminente **(Paragraphe II)**. Le système PNR révèle ainsi la dimension proactive désormais mise en œuvre en matière de migration à caractère terroriste.

Paragraphe I. La migration criminelle détectée par EUROSUR

350. La création du système européen de surveillance EUROSUR est venue, après de longues années d'incertitudes[1350], étendre considérablement la surveillance des frontières extérieures de

[1349] Point 1 du règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013.

[1350] Au lendemain des attentats du 11 septembre, le Conseil européen de Laeken a demandé à ce que soit mise en œuvre une meilleure gestion du contrôle des frontières extérieures. Le Conseil européen des 15 et 16 décembre 2005 a ensuite demandé à FRONTEX d'effectuer une étude de faisabilité relative à la mise en œuvre d'un système de surveillance qui couvrirait toute la frontière maritime méridionale de l'Union. C'est en réponse à cette demande que FRONTEX a effectué l'étude Bortec qui a présenté, en décembre 2006, la structure de ce système de surveillance. Enfin, en 2008, la Commission européenne a dédié l'une de ses trois communications formant le

l'Union. Jusqu'alors, la mise en place de systèmes électroniques de surveillance était le fait des États membres uniquement. Ces systèmes nationaux ont peu à peu opéré un véritable « blindage électronique »[1351] des frontières extérieures de l'Union en permettant, à distance et par le biais d'outils militaires, de détecter en priorité la migration irrégulière présente en mer Méditerranée **(A)**. Consciente de l'efficacité de ces systèmes nationaux, l'Union a rapidement développé un réseau globalisé de surveillance, dont elle a étendu le champ d'application à la lutte contre la criminalité afin d'optimiser les informations recueillies par les différents réseaux nationaux. Baptisé EUROSUR, ce système entraîne une surveillance globalisée des frontières extérieures de l'Union **(B)** et la mise en œuvre d'un véritable contrôle à distance de la criminalité portée par la migration officieuse.

A. Une surveillance globale de la migration criminelle

351. Systèmes nationaux – Avant d'être généralisés à l'Union européenne, les systèmes de surveillance ont d'abord relevé des États membres. L'Espagne a été le premier État membre de l'Union à créer un système de surveillance électronique, qu'elle a nommé Système intégré de surveillance extérieure (SIVE)[1352]. Créé pour renforcer les contrôles frontaliers et assurer la « régulation des flux migratoires pour garantir la vie en commun »[1353], le SIVE a rapidement bénéficié d'un financement européen du fonds pour les frontières extérieures. De son côté, la France détient également un système de surveillance baptisé SPATIONAV. Ce dernier a été mis en œuvre en 2001 par la Délégation Générale de l'Armement afin de « centraliser les données maritimes pour répondre au mieux aux missions de sauvegarde, de prévention et de protection du territoire maritime »[1354]. Ces deux systèmes de surveillance détectent les informations par des stations de réception qui les transmettent en temps réel aux centres de prise de décision. Fixes ou mobiles, ces stations sont équipées de caméras haute définition et infra-rouges afin de

---

« paquet frontières » relatif à la gestion intégrée des frontières extérieures à la possibilité de mettre en œuvre le système EUROSUR (Commission européenne, Examen de la création d'un système européen de surveillance des frontières (EUROSUR), 13 février 2008, COM (2008) 68 final) : Voir notamment Denis DUEZ, Rocco BELLANOVA, « Humains et non-humains dans la fabrique des frontières de l'Europe: une approche in medias res de l'européanisation », *in* Denis DUEZ, Olivier PAYE, Christophe VERDURE (dir.), *L'européanisation à la croisée des disciplines et de nouveaux enjeux*, Bruxelles, Bruylant, pp. 232-233.

[1351] Valérie LANIER, « La concrétisation de la politique européenne sur les migrations clandestines en Méditerranée et dans l'Atlantique Sud : Blindage électronique et militarisation des frontières méridionales de l'Union Européenne et interventionnisme européen dans les pays africains », *in* Philippe ICARD (dir.), *La politique méditerranéenne de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 211.

[1352] *Ibid.,* p. 212.

[1353] « Resolución de 17 de abril de 2001 de la Delegación del Gobierno para a Extranjería y la Inmigración (programme pluriannuel de gestion de l'immigration pour 2001-2004).

[1354] Mélanie FOURNIER, « Les TIC et la surveillance des zones maritimes sensibles. Penser globalement, agir localement », *Netcom*, 26-3/4 | 2012, p. 230.

pouvoir détecter les embarcations suspectes de jour comme de nuit[1355]. Les informations récupérées par les capteurs sont ensuite transmises en temps réel au centre de commandement et de contrôle, qui les analyse et ordonne l'interception de l'embarcation détectée.

Bien qu'efficaces, les systèmes nationaux de surveillance étaient néanmoins multiples, ce qui rendait difficile la mise en œuvre d'une surveillance globale à l'échelle de l'Union. Dans son étude de faisabilité intitulée *Bortec*[1356], l'Agence FRONTEX a ainsi relevé que dans les huit États membres possédant une frontière extérieure en Méditerranée et dans l'Atlantique sud, quelque cinquante services de trente institutions différentes, dotés parfois de compétences et de systèmes parallèles, participaient à la surveillance des frontières[1357]. Dans ce contexte, il est apparu nécessaire d'établir un « cadre technique commun » destiné à prévenir non seulement la migration irrégulière mais également la migration à caractère criminel.

352. EUROSUR – Créé par le règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013, EUROSUR est « fondé sur le principe de l'interconnexion des systèmes de surveillance déjà existants dans les différents États membres », permettant de « fournir un environnement technique partagé [de nature à] rationaliser la coopération et la communication »[1358]. Ce « système des systèmes »[1359] s'inscrit dans une tendance plus large[1360] visant à faire de la technologie la composante obligatoire et essentielle d'un contexte

---

[1355] Pour le SIVE, voir Valérie LANIER, « La concrétisation de la politique européenne sur les migrations clandestines en Méditerranée et dans l'Atlantique Sud : Blindage électronique et militarisation des frontières méridionales de l'Union Européenne et interventionnisme européen dans les pays africains », *op. cit.,* p. 211 ; la résentation du SIVE par la Guardia Civil : http://www.guardiacivil. org/prensa/actividades/sive03/intro.jsp; MIGREUROP, « S.I.V.E : blindage électronique des frontières espagnoles », 16 septembre 2004, disponible sur www. migreurop. org/ article626.htmL.
Pour SPATIONAV : Mélanie FOURNIER, « Les TIC et la surveillance des zones maritimes sensibles. Penser globalement, agir localement », *Netcom*, 26-3/4 | 2012, p. 230 ; site internet du Ministère des armées : http://www.defense. gouv.fr/dga/equipement/information-communication-espace/spationav-v2 ;

[1356] L'étude n'a pas été publiée. Un résumé est néanmoins présenté en annexe 7 *in* Commission Staff Working Document accompanying document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions examining the creation of a European Border Surveillance System (EUROSUR): Impact Assessment, SEC (08).

[1357] Commission Staff Working Document accompanying document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions examining the creation of a European Border Surveillance System (EUROSUR): Impact Assessment, Sec (08), point 2.3.1, p. 12.

[1358] Denis DUEZ, Rocco BELLANOVA, « Humains et non-humains dans la fabrique des frontières de l'Europe : une approche in medias res de l'européanisation », *op. cit.,* p. 234 ; FRONTEX, Rapport annuel 2006, p. 15. URL : http://frontex.europa.eu/assets/About_Frontex/Governance_documents/Annual_report/2006/microsoft_word_-_frontex-2008-0001-00-00-enfr.pdf

[1359] COMMISSION EUROPEENNE, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing the European Border Surveillance System (Eurosur),* COM (2011) 873 final, 12 décembre 2011, p. 8.

[1360] Julien JEANDESBOZ, « Beyond the Tartar steppe : EUROSUR and the ethics of European border control practices », *in* Peter J. BURGESS, Serge GUTWIRTH (dir.), *A Threat Against Europe ? : Security, Migration and Integration.,* VUB University Press, 2010, p. 6.

international défini en termes d'« (in)sécurité globalisée »[1361]. EUROSUR incarne l'exemple le plus abouti de la militarisation des frontières par un recours accru à l'« impératif technologique »[1362] en vue de prévenir la migration irrégulière et la criminalité transfrontalière qui se trouvent de nouveau liées[1363]. Le règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 précise en effet expressément que le système EUROSUR vise à détecter, à prévenir et à combattre ces deux phénomènes[1364]. Loin d'être limité au seul domaine de la migration irrégulière, EUROSUR embrasse ainsi l'objectif de lutte contre le terrorisme, principale composante de la criminalité transfrontalière.

353. Cadre – Concrètement, le système EUROSUR est composé de tableaux de situation, « interfaces graphiques présentant des données et des informations reçues en temps quasi réel de différentes autorités, capteurs, plateformes et autres sources, qui sont échangées par le biais de canaux de communication et d'information avec d'autres autorités […] »[1365]. Ces tableaux sont de trois ordres : les tableaux de situation nationaux d'abord, le tableau de situation européen ensuite, et le tableau de situation en amont des frontières enfin. Si les États membres fournissent les tableaux de situation nationaux à l'aide de leur système de surveillance interne – SPATIONAV pour la France – les second et dernier tableau – européen et en amont des frontières – sont directement placés sous la responsabilité de FRONTEX et établis par elle après que les États membres, par le biais de leur centre de coordination[1366], lui aient fourni les informations nécessaires, tirées de leurs tableaux de situation nationaux[1367]. Surtout, l'ensemble des informations recueillies permet à l'Agence d'effectuer une analyse des risques des

[1361] Emmanuel-Pierre GUITTET, Julien JEANDESBOZ, « Security Technologies », *in* Peter J. BURGESS (dir.), *The Routledge Handbook of New Security Studies*, London, Routledge, 2010, pp. 229-239.
[1362] Gary CHAPMAN, « Shaping Technology for the "Good Life" : The Technological Imperative versus the Social Imperative », *in* Deborah C. JOHNSON, Jameson M. WETMORE (dir.), *Technology and Society : Building our Sociotechnical Future*, Cambridge, The MIT Press, 2009, pp. 445-458.
[1363] Voir la prévention de la migration irrégulière impulsée par l'Union européenne : spécialement *supra* n° 184 et suivants et n° 220 et suivants.
[1364] Point 1 du règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013.
[1365] Article 3 *d)* règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 *portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur)*.
[1366] Le centre national de coordination a une double compétence en matière d'échange d'informations. Il coordonne à l'échelle nationale l'ensemble des autorités nationales chargées de la surveillance des frontières extérieures et assure l'échange d'informations entre elles, mais sa mission s'étend également à la diffusion de ces informations aux autres centres de coordination et à FRONTEX : article 5 § 1 du règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 *portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur)*. Le centre national de coordination assure ainsi une coordination entre les différentes entités de l'État chargées de la surveillance avant d'assurer le partage de l'ensemble des informations nationales ainsi recueillies avec les autres États membres et l'Agence FRONTEX.
[1367] Article 4 § 2 du règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 *portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur)*.

différents « tronçons de frontières terrestres et maritimes » des États membres[1368]. L'objectif est d'attribuer un niveau d'impact à ces tronçons – de faible à élevé – selon le degré d'impact des incidents qui s'y sont déroulés, relatifs notamment à l'immigration irrégulière et à la criminalité transfrontalière. Le degré d'impact établi détermine ensuite le niveau de surveillance à exercer sur les tronçons concernés[1369]. Il s'agit donc d'analyser les informations recueillies afin d'anticiper les futurs incidents et de permettre une réaction optimale des autorités chargées du contrôle aux frontières. Les tronçons ayant un degré d'impact élevé feront l'objet d'une surveillance et de la mise en œuvre d'un dispositif de contrôle plus développé. Le système EUROSUR met ainsi en œuvre une surveillance globale de l'espace maritime dans l'objectif, une nouvelle fois, d'améliorer la capacité de réaction des autorités chargées du contrôle aux frontières.

B. Une détection préventive des activités criminelles

354. Contrôle à distance – La surveillance des frontières effectuée par EUROSUR est censée permettre la lutte contre l'immigration irrégulière, mais également contre la criminalité transfrontalière qui est alors envisagée comme étant inextricablement liée aux mouvements migratoires. EUROSUR ne se concentre pas sur la répression mais sur la « détection » et la « prévention » des phénomènes criminels. Ce système est donc profondément ancré dans une dimension préventive – qui est l'une de ses composantes centrales[1370] – visant à détecter les mouvements migratoires suspects pour mieux intercepter les personnes concernées avant qu'elles ne parviennent à franchir les frontières. Dans ce cadre, EUROSUR ne constitue pas une simple amélioration technique, mais crée une véritable surveillance généralisée des tronçons maritimes méridionaux de l'Union, dépassant même le territoire des États membres[1371]. Ce système vise en effet à démontrer qu'un contrôle efficace de la migration ne peut se limiter à de simples opérations de vérification aux points de passage frontaliers, mais doit être étendu au-delà de la frontière, dans des pays tiers et dans des espaces sans souveraineté[1372], tels que la haute-mer. Dès lors, si le contrôle est étendu au-delà de la frontière, il s'effectue nécessairement

[1368] *Ibid.,* Article 15 § 1.
[1369] *Ibid.,* Article 16 § 1 : la surveillance est régulière en cas « d'impact faible », elle est accompagnée de « mesures appropriées » lorsque l'impact est modéré, et de mesures « renforcées » lorsque cet impact est élevé.
[1370] Julien JEANDESBOZ, « Beyond the Tartar steppe : EUROSUR and the ethics of European border control practices », *op. cit.,* p. 7.
[1371] *Ibid.,* p. 6.
[1372] Tugba BASARAN. « Security, Law, Borders: Spaces of Exclusion », *International Political Sociology*, 2(2), 2008, pp. 339-354 ; Julien JEANDESBOZ, « Beyond the Tartar steppe : EUROSUR and the ethics of European border control practices », *op. cit.,* p. 7.

en amont de celle-ci[1373], transformant les pratiques policières[1374]. Qu'il s'agisse de lutter contre la migration irrégulière, contre la criminalité transfrontière ou contre les décès en mer, l'objectif est toujours lié à la volonté de déceler le risque migratoire pour anticiper sa réalisation en établissant une « image commune du renseignement avant la frontière »[1375]. Il s'agit de compléter les analyses de risques développées par l'Agence FRONTEX[1376] en permettant, par exemple, d'identifier en dehors du territoire de l'Union « une cible » [1377] matérielle utilisée dans le cadre d'activités criminelles (engins motorisés, bateaux etc.) et de la surveiller, de suivre son trajet à l'aide des satellites et autres technologies utilisées dans le cadre d'EUROSUR jusqu'à son interception par les autorités des États membres[1378]. L'apport essentiel d'EUROSUR réside dans cette capacité à découvrir l'existence d'activités suspectes en mer. Il ne s'agit plus d'attendre que l'infraction se produise sur le territoire pour intervenir, mais d'être informé du risque afin d'anticiper la réaction en amont de l'infraction ou du franchissement des frontières. La criminalité reste alors « en germe », elle demeure un risque que la surveillance va empêcher de réaliser.

355. Capacité de réaction – Pour ce faire, EUROSUR collabore directement avec l'Agence FRONTEX. Cette dernière assure le fonctionnement du système de surveillance et bénéficie, depuis le règlement (UE) 2016/1624 du 14 septembre 2016, d'une extension de ses missions. Celles-ci n'ont en effet plus seulement trait à la migration irrégulière[1379] mais incluent

[1373] Julien JEANDESBOZ, « Beyond the Tartar steppe : EUROSUR and the ethics of European border control practices », *op. cit.,* p. 7. Didier BIGO et Elspeth GUILD ont démontré la naissance de cette logique proactive dès l'instauration des visas Schengen : Didier BIGO, Elspeth GUILD, « La logique du visa Schengen : la mise à l'écart des étrangers », *Cultures & Conflits*, n° 49, 2003, pp. 1-137.

[1374] Voir notamment Paolo CUTTITTA, « Points and Lines : A Topography of Borders in the Global Space », *Ephemera*, 6(1), 2006, pp. 27-39 ; Paolo CUTTITTA, « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », Cultures & Conflits, 68 | 2007, pp. 61-84.

[1375] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Examen de la création d'un système européen de surveillance des frontières (Eurosur) {Sec (2008) 151} {sec (2008) 152}.

[1376] L'analyse de risque est l'une des activités principales de l'Agence. Elle permet à l'Agence de transmettre aux États membres une information stratégique ciblée pour évaluer la nécessité de déclencher une opération conjointe, relative notamment à l'interception en mer (voir *supra*, n° 168). Sur ce point, voir notamment Gil ARIAS FERNANDEZ, « La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 8, n° 2, 2010, p. 218 ; Hélène JORRY, « Une agence originale de l'Union : l'Agence Frontex », *op. cit.* ; Sarah LEONARD, « EU border security and migration into the European Union: FRONTEX and securitisation through practices », *European Security*, 19:2, 2010 ; Valérie LANIER, « La concrétisation de la politique européenne sur les migrations clandestines en Méditerranée et dans l'Atlantique Sud : Blindage électronique et militarisation des frontières méridionales de l'Union européenne et interventionnisme européen dans les pays africains », *op. cit.,* pp. 207-250.

[1377] Vocabulaire utilisé par la Commission, *Ibid.*

[1378] *Ibid.* Pour une illustration, voir l'étude des interceptions maritimes effectuées en matière de prévention contre l'immigration irrégulière : voir *supra,* spécialement n° 182-186 et n° 194.

[1379] L'Agence a initialement été créée pour renforcer le contrôle des frontières extérieures de l'Union en matière de migration irrégulière (voir *supra*, n° 167). À ce titre, elle coordonne les opérations de contrôle et de surveillance

désormais la criminalité transfrontière et, plus précisément, le terrorisme[1380]. EUROSUR fournit ainsi à FRONTEX et aux autorités nationales, « l'infrastructure et les outils nécessaires pour améliorer *leur connaissance de la situation* et leur *capacité de réaction* aux frontières extérieures »[1381] afin de mieux détecter, prévenir et combattre la criminalité transfrontalière. L'amélioration de la *connaissance de la situation* a trait à la « capacité de surveiller, de détecter, d'identifier, de localiser et de comprendre les activités transfrontalières illégales afin de motiver des mesures de réaction, en associant les nouvelles informations aux connaissances existantes, et d'être mieux à même de réduire les pertes de vies humaines chez les migrants aux frontières extérieures, ou le long ou à proximité de celles-ci »[1382]. La *capacité de réaction* est quant à elle relative à la « capacité de prendre des mesures en vue de lutter contre les activités transfrontalières illégales aux frontières extérieures, ou le long ou à proximité de celles-ci, y compris les moyens disponibles et les délais nécessaires pour réagir correctement »[1383]. Il s'agit donc de réduire le laps de temps nécessaire pour obtenir le contrôle d'un mouvement transfrontalier et la réaction appropriée à ce mouvement. La surveillance recouvre ainsi une dimension spatiale – l'espace maritime – mais également une dimension temporelle, qui en constitue d'ailleurs une « variable essentielle »[1384] : les activités de surveillance sont en effet destinées à détecter des mouvements migratoires suspects afin de mettre en œuvre en temps réel une action visant à faire intervenir les autorités chargées du contrôle aux frontières. L'efficacité de la surveillance se conçoit donc uniquement en lien avec un traitement immédiat des informations recueillies et avec une action visant à neutraliser le risque criminel. L'enchevêtrement de ces deux dimensions spatiale et temporelle permet la réalisation d'un

terrestres mais également maritimes (sur les interceptions maritimes coordonnées par FRONTEX : voir *supra* n° 183-187 et n° 196 et suivants).

[1380] Le règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 a étendu les compétences de l'Agence à la criminalité transfrontière et, plus particulièrement, au terrorisme en lui permettant « de coopérer avec Europol et Eurojust et d'assister les États membres dans les situations qui exigent une assistance technique et opérationnelle renforcée aux frontières extérieures dans la lutte contre la criminalité organisée transfrontalière et le terrorisme » (article 8.1, *m)*) mais également de traiter « les données à caractère personnel concernant des personnes dont les autorités compétentes des États membres ont des motifs raisonnables de soupçonner l'implication dans des activités criminelles transfrontalières, telles que le trafic de migrants, la traite des êtres humains ou le terrorisme » (article 47.1, *a)*). Le règlement précité précise ainsi qu' « étant donné ses activités aux frontières extérieures, l'Agence devrait contribuer à prévenir et détecter les formes graves de criminalité présentant une dimension transfrontalière, telles que le trafic de migrants, la traite des êtres humains et le terrorisme » (point 19). FRONTEX est donc désormais traversée par un objectif de prévention qui s'applique autant à l'encontre de la migration irrégulière que de la migration à caractère terroriste ; objectif qui tisse une nouvelle fois ensemble ces deux phénomènes.

[1381] Point 1 du Règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 *portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur)*, nous soulignons.

[1382] *Ibid*., Article 3, *b)*.

[1383] *Ibid*., Article 3, *c)*.

[1384] Denis DUEZ, Rocco BELLANOVA, « Humains et non-humains dans la fabrique des frontières de l'Europe : une approche in medias res de l'européanisation », *op. cit.*, p. 236.

véritable « contrôle à distance »[1385]. Mais bien plus encore que le système de surveillance EUROSUR, c'est l'analyse des données des passagers qui témoigne de la proactivité dont est désormais empreinte l'activité policière. Il s'agit non plus de déceler une activité criminelle commise en cours de migration mais d'opérer une véritable prédiction du caractère terroriste porté par une migration imminente.

Paragraphe II. La migration terroriste prédite par le système PNR

356. Prévenir le terrorisme – L'échange des données passagers a commencé à se développer dès 2004 avec une directive du Conseil[1386] relative à l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données « API » (*Advance Passenger Information Schengen*) des voyageurs souhaitant entrer sur le territoire d'un État membre. Déconnectée de la prévention du terrorisme, cette directive était concentrée sur la lutte contre l'immigration irrégulière[1387]. Les accords conclus entre l'Union et les États-Unis[1388] ou l'Australie[1389], dont l'objectif était de prévenir les activités terroristes à destination de ces territoires, ont néanmoins conduit l'Union à engager un processus identique visant à l'utilisation et à l'analyse des données passagers, dites « PNR », en vue d'empêcher la réalisation d'actes terroristes sur le territoire européen. À la suite des attentats parisiens de 2015, les ministres des affaires intérieures ont insisté sur la nécessité de finaliser la création de ce système[1390] afin de permettre l'identification des potentiels « *returning jihadists* » ou « *foreign fighters* » qui se déplacent

[1385] Elspeth GUILD et Didier BIGO, « 1) Le visa Schengen : expression d'une stratégie de « police » à distance », Cultures & Conflits, n° 49, 1/2003.
[1386] Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers.
[1387] La loi française n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 de programmation militaire a néanmoins introduit, en 2013, l'article 232-7 du Code de la sécurité intérieure permettant la mise en œuvre, à titre expérimental, du traitement des données « PNR » afin de prévenir le terrorisme.
[1388] Accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne sur l'utilisation des données des dossiers passagers (données PNR) et leur transfert au ministère américain de la Sécurité intérieure, du 14 décembre 2011 ; voir par exemple : Sylvie PEYROU, « Droits fondamentaux versus diplomatie, ou le pot de terre contre le pot de fer : réflexions sur la conclusion de l'accord PNR entre les États-Unis et l'Union européenne », *Europe,* 2012, étude n° 8. L'accord PNR conclu entre l'Union et le Canada a été invalidé par la Cour de justice de l'Union dans son avis 1/15 du 26 juillet 2017, ECLI:EU:C:2016:656.
[1389] Accord entre l'Union européenne et l'Australie sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers par les transporteurs aériens au service australien des douanes et de la protection des frontières, du 29 septembre 2011 ; observations de Carole BILLET, « Coopération en matière pénale : Signature, conclusion et entrée en vigueur des nouveaux accords PNR avec les États-Unis et l'Australie », *Revue trimestrielle de droit européen,* 2013, p. 132, n° 1.
[1390] Rocco BELLANOVA, « D'une circulation à l'autre. Données des dossiers passagers et gouvernementalité numérique européenne », *in* Ludivine DAMAY, Giacomo DELLEDONNE, Heidi MERCENIER, Eadaoin NI CHAOIMH (dir.), *La libre circulation sous pression*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 134.

entre l'Europe et le Moyen-Orient[1391]. Adoptée le 26 avril 2017 après dix années de controverses, la directive PNR vise ainsi la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité[1392] portées par une migration imminente. Il s'agit donc d'anticiper le terrorisme en effectuant une analyse des profils de voyageurs « à risque » à partir des informations recueillies par les transporteurs aériens et les agences de voyage auprès de leurs clients lors de la réservation commerciale.

357. Contenu – Sur ce point, les données PNR sont efficaces en ce qu'elles couvrent un champ bien plus large que les données API, dont le transfert a été prévu par la directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 en vue de lutter contre l'immigration irrégulière. Alors que les données API donnent aux autorités nationales accès à des informations officielles plus objectives et permanentes, les données PNR dépendent principalement des informations que le passager soumet au système de réservation. Utilisées en matière de profilage, ces données PNR revêtent un caractère plus aléatoire en permettant aux agents nationaux d'accéder à des informations relatives aux antécédents du voyageur et à ses potentielles relations avec des personnes recherchées ou évaluées « à risque »[1393]. Les données PNR sont ainsi relatives à près de dix-neuf informations ayant trait au voyage qu'un individu projette d'effectuer par avion dans l'espace de l'Union et notamment à ses nom, prénom(s), coordonnées, statut (enregistré, embarqué ou absent), aux numéro, prix, date de réservation d'émission du billet, au moyen utilisé pour son règlement, au numéro du siège attribué, à la présence de bagage(s) et d'accompagnant(s), aux informations « API », à l'éventuelle agence de voyage utilisée pour la réservation, à l'historique complet des modifications des données, à toute information ou remarque d'ordre général relative aux préférences exprimées par le passager lors de sa réservation, etc. Dans ces conditions, les données PNR constituent « l'un des fichiers personnels les plus complets qui puisse être mis à disposition des autorités de sécurité »[1394] afin de prévenir le risque terroriste de la migration à destination de l'Union.

[1391] *Ibid*., p. 135.

[1392] Article 1er de la directive 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière.*

[1393] Evelien BROUWER, *The EU Passenger Name Record System and Human Rights. Transferring passenger data or passenger freedom ?*, CEPS Working Document n° 320/ Septembre 2009 ; Yves MAYAUD, « Terrorisme – Prévention », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2018, n° 268.

[1394] Raphaël BRETT, « La directive "PNR" du 27 avril 2016, nouvelle étape de la politique européenne de lutte contre la criminalité », *Europe*, janvier 2017, n° 1.

358. Logique réactive – Mais pour devenir « signifiantes »[1395], ces données doivent être filtrées par des techniques d'analyse complexes effectuées par des « unités d'informations passagers », services nationaux auxquels elles sont transférées[1396]. Ces unités peuvent d'abord être chargées de transmettre les données qui sont en leur possession sur demande motivée d'une autorité[1397]. Cette première forme de traitement peut être qualifiée de « réactive » en ce sens que la transmission des données intervient nécessairement à la suite d'une suspicion ou d'un soupçon d'infraction. C'est parce que les autorités nationales soupçonnent un individu de projeter une infraction, de la tenter ou de l'avoir commise que les unités d'informations passagers sont sollicitées aux fins de transmission des données. Ces dernières permettent alors d'établir les déplacements antérieurs effectués par l'individu concerné, ses relations avec les tiers[1398] ; en d'autres termes, elles constituent des informations de nature à confirmer les doutes et les soupçons pesant sur l'intéressé. Au-delà de cette première forme de traitement, le travail des unités passagers revêt rapidement une logique proactive.

359. Logique proactive – Les unités passagers sont chargées d'analyser les données PNR afin de mettre à jour ou de définir les nouveaux critères qui pourraient être utilisés lors des évaluations réalisées en vue d'identifier toute personne pouvant être impliquée dans une infraction terroriste ou une forme grave de criminalité[1399]. Surtout, l'analyse des données permet aux unités d'informations de réaliser une évaluation des passagers avant leur arrivée dans l'État membre. Elles peuvent ainsi « identifier » les personnes « à risque », c'est-à-dire les individus qui, d'après l'évaluation effectuée, risqueraient d'être impliqués dans une infraction terroriste ou criminelle[1400]. Les unités d'informations passagers ont donc pour mission d'évaluer la dangerosité d'un voyageur à partir de « critères préétablis »[1401] constitués d'algorithmes spécifiques[1402], et en croisant au besoin les informations PNR avec celles

[1395] Rocco BELLANOVA, Denis DUEZ, « Le citoyen face aux nouvelles pratiques sécuritaires de l'Union européenne : enjeux démocratiques d'une sécurité par les fichiers », Espace populations sociétés, 2012/2013, n° 23.
[1396] Les données PNR ne sont pas transmises à destination d'un fichier central européen. La directive impose la création, la mise en place ou la désignation, dans chacun des États membres, d'une autorité compétente en matière de prévention et de détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que d'enquêtes et de poursuites en la matière, désignée unité d'informations passagers : article 4.1 de la directive.
[1397] Article 6.2, b) de la directive 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, *op. cit.*
[1398] Rocco BELLANOVA, Denis DUEZ, « Le citoyen face aux nouvelles pratiques sécuritaires de l'Union européenne : enjeux démocratiques d'une sécurité par les fichiers », *op. cit.*, n° 24.
[1399] Article 6.2, c) de la directive 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, *op. cit.*
[1400] Article 6.2, a) de la directive 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, *op. cit.*
[1401] Article 6.4 de la directive 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, *op. cit.*
[1402] Raphaël BRETT, « La directive « PNR » du 27 avril 2016, nouvelle étape de la politique européenne de lutte contre la criminalité », *op. cit.*

contenues au sein des autres « bases de données utiles » à la répression du terrorisme et de la grande criminalité[1403]. L'identification effectuée est immédiatement transmise aux autorités nationales compétentes et à Europol[1404] afin que ces dernières réalisent un « examen plus approfondi » des données PNR. Non seulement ce système utilise les comportements, les préférences, les trajets des voyageurs pour alimenter un dispositif de contrôle déjà en œuvre à travers les divers fichiers de police existants[1405], mais il permet également d'extraire des données qui étaient jusqu'à présent inconnues des bases de données nationales ou internationales[1406]. Plus encore, les données PNR sont étudiées dans le but de *découvrir* – et non pas de *constater* – le risque terroriste ou criminel porté par la migration d'un individu, simplement à partir des informations que celui-ci aura données lors de la réservation de son voyage. Cette dernière forme de traitement des données assignée aux unités passagers est donc pleinement ancrée dans la proactivité. Il ne s'agit plus de rapporter la preuve d'une infraction ni même d'un projet d'infraction mais d'évaluer le risque terroriste d'une migration. Dans ce cadre, la pénalisation effectuée en matière de migration à caractère terroriste est obsolète, complètement dépassée par des traitements de données qui permettent une analyse prédictive du risque porté par la migration. L'approche est désormais inductive et non plus déductive[1407].

360. Analyse globale – Le droit pénal est encore dépassé par le caractère global et diffus de l'analyse de données PNR. Les compagnies aériennes ont en effet l'obligation de transmettre les données PNR de « tous les passagers du vol »[1408] en provenance ou à destination du territoire national. C'est ainsi l'ensemble des passagers aériens à destination du territoire national et en provenance d'un État membre[1409] ou d'un État tiers à l'Union qui font l'objet d'une analyse de leurs données personnelles, sans considération du fait que ces derniers fassent ou non l'objet

[1403] Article 6.3, a) de la directive 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, *op. cit.*
[1404] *Ibid.*
[1405] Rocco BELLANOVA, Denis DUEZ, « Le citoyen face aux nouvelles pratiques sécuritaires de l'Union européenne : enjeux démocratiques d'une sécurité par les fichiers », *op. cit.,* n° 25.
[1406] Ann CAVOUKIAN, Data Mining : Staking a Claim on Your Privacy, Toronto, Information and Privacy Commissioner of Ontario, p. 4.
[1407] Rocco BELLANOVA, Denis DUEZ, « Le citoyen face aux nouvelles pratiques sécuritaires de l'Union européenne : enjeux démocratiques d'une sécurité par les fichiers », *op. cit.*, n° 26 ; Thomas BERNS, Antoinette ROUVROY, « Le nouveau pouvoir statistique. Ou quand le contrôle s'exerce sur un réel normé, docile et sans événement car constitué de corps 'numériques'… », Multitudes, n° 40, 2010, p. 91.
[1408] Article 8.1 de la directive 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, *op. cit.*
[1409] La directive 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 permet aux États membres de mettre en œuvre du système PNR à l'égard des vols intra-UE, par notification écrite à la Commission : article 2.1 de la directive. La France recourt à cette possibilité, l'article L. 232-7, II, du Code de la sécurité intérieure précisant que « Pour la mise en œuvre du traitement mentionné au I, les transporteurs aériens recueillent et transmettent les données d'enregistrement relatives aux passagers des déplacements à destination et en provenance du territoire national, *à l'exception des déplacements reliant deux points de la France métropolitaine* » (nous soulignons). *A contrario*, l'ensemble des autres vols, extra ou intra-UE est concerné par ce système.

d'une enquête pénale. La directive PNR du 27 avril 2016 énonce ainsi que « l'évaluation des données PNR permet d'identifier des personnes *qui n'étaient pas soupçonnées* de participation à des infractions terroristes ou à des formes graves de criminalité *avant cette évaluation* et qui devraient être soumises à un examen plus approfondi par les autorités compétentes »[1410]. Cette détection préventive de personnes dont la migration est considérée à risque terroriste a été contestée par le Parlement européen dans le cadre de l'accord PNR conclu entre l'Union européenne et le Canada. Le Parlement s'est en effet inquiété du fait que cet accord ne subordonnait pas le transfert des données PNR à l'existence d'une menace pour la sécurité publique. Plusieurs gouvernements – dont le gouvernement français – et la Commission ont rétorqué que l'utilisation des données PNR vise à identifier des personnes « jusque-là inconnues » des autorités répressives, c'est-à-dire des individus « qui présentent un risque *éventuel* pour la sécurité, les personnes déjà connues à cet égard pouvant l'être sur la base des renseignements préalables concernant les passagers aériens »[1411]. Pour la Commission et les gouvernements concernés, la restriction de la transmission des données PNR des seules personnes déjà signalées comme « à risque » terroriste ne pourrait être effectuée sans atteindre l'objectif préventif de l'utilisation des données PNR. L'intérêt de ces données est donc de « découvrir », *parmi des personnes jusqu'alors inconnues* des autorités administratives et répressives, des terroristes potentiels avant leur entrée sur le territoire. Dans son avis 1/15, la Cour de justice n'a pas contesté cette détection préventive ; tout juste a-t-elle précisé que « les modèles et les critères [des données PNR] préétablis devraient être, d'une part, spécifiques et *fiables*, permettant d'aboutir […] à des résultats ciblant les individus à l'égard desquels pourrait peser un soupçon raisonnable de participation à des infractions terroristes ou de criminalité transnationale grave et, d'autre part, non discriminatoires »[1412]. Étaient ici en cause le risque de transmettre, par le biais de l'analyse des données PNR, des informations « sensibles », révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ou qui concerne l'état de santé ou la vie sexuelle d'une personne[1413], mais également les conditions d'utilisation et de conservation des données

[1410] Point 7 de la directive 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, *op. cit*, nous soulignons.
[1411] Point 58 de l'avis 1/15 de la Cour de justice de l'Union européenne, 26 juillet 2017, ECLI:EU:C:2017:592, nous soulignons.
[1412] Point 172 de l'avis, nous soulignons.
[1413] La Cour juge ainsi que « même si certaines des données PNR, prises isolément, ne paraissent pas pouvoir révéler des informations importantes sur la vie privée des personnes concernées, il n'en demeure pas moins que, prises ensemble, lesdites données peuvent, entre autres, révéler un itinéraire de voyage complet, des habitudes de voyage, des relations existant entre deux ou plusieurs personnes ainsi que des informations sur la situation financière des passagers aériens, leurs habitudes alimentaires ou leur état de santé, et pourraient même fournir des informations sensibles sur ces passagers, telles que définies à l'article 2, sous e), de l'accord envisagé » : § 128. Dans ce contexte, le transfert de données dites sensibles n'était ni suffisamment encadré, ni suffisamment justifié.

par les autorités canadiennes qui ne présentaient pas, selon la Cour, des garanties suffisantes[1414]. Au-delà de ces points particuliers, c'est surtout l'absence de lien entre l'individu et le résultat redouté qui pose la plus grande insécurité juridique et révèle un véritable affranchissement du cadre pénal.

361. Détection détachée du comportement de l'intéressé – Même lorsqu'il met en œuvre une répression préventive, le droit pénal est fondé sur des éléments objectifs de nature à révéler le risque porté par la migration à caractère terroriste[1415]. Si le lien unissant le comportement reproché au résultat redouté est distendu par la prévention pénale, il demeure toutefois présent. C'est donc bien en vertu de son comportement que l'intéressé fait l'objet de poursuites pénales. Ce lien entre le comportement et le résultat est complètement absent dans le cadre de la logique proactive qui préside en matière d'analyse de données. Ce n'est pas sur le fondement d'un comportement que la migration de l'individu est évaluée à risque, mais sur celui de simples données combinées à des algorithmes censés révéler un tel risque. Le comportement personnel et individuel de l'intéressé n'entre jamais en considération, le risque étant découvert par un système qui « assigne[…] les mêmes "prédictions" »[1416] à l'ensemble des individus présentant un certain nombre d'éléments définis : déplacements antérieurs, préférences, accompagnateurs etc. Les décisions prises à l'encontre des personnes dont la migration est détectée à risque terroriste reposent sur des modèles et critères établis à partir des données relatives à l'ensemble des passagers. Elles interviennent donc possiblement au regard de modèles créés à partir des données relatives à d'autres personnes, dont l'évaluation antérieure a révélé un risque. Les spécificités individuelles, biographiques ou autres, sont ici secondaires. La logique prédictive au centre du système PNR se base ainsi sur un contexte abstrait éloigné de la logique individuelle du droit pénal, qui permet pourtant de réduire le risque d'erreur en s'intéressant à la personne concernée. C'est en effet parce qu'elle est subordonnée au comportement de l'intéressé que

[1414] Ces données pouvaient en effet être conservées pendant cinq ans (article 16.1 de l'accord) et devaient être dépersonnalisées 30 jours après leur réception par le Canada (article 16.3 de l'accord). Or, la directive PNR du 27 avril 2016 prévoit exactement ce même délai de cinq ans (article 12.1 de la directive 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016) avec une dépersonnalisation des données intervenant douze mois après le transfert des données à l'unité d'informations passagers. Outre la proximité de ces règles avec l'accord PNR Union-Canada, le système de dépersonnalisation des données contient en lui-même une ambiguïté : la possibilité pour l'unité de transférer aux autorités nationales les données après l'expiration du premier délai de douze mois prouve que « les données PNR n'ont jamais été totalement anonymisées : tout en étant masquées, elles demeurent identifiables » (Avis du CEPD n° 2001/C 181/02 sur la proposition de directive relative à l'utilisation des données des dossiers passagers, 25 mars 2011, § 44).

[1415] Voir *supra* n° 311.

[1416] Thomas BERNS, Antoinette ROUVROY, « Le nouveau pouvoir statistique. Ou quand le contrôle s'exerce sur un réel normé, docile et sans événement car constitué de corps 'numériques'… », *op. cit.*, p. 92.

l'action pénale est la plus sûre. Il ne s'agit pas de réagir seulement en fonction d'un risque, mais également en considération du comportement de l'individu concerné, d'éléments qui lui sont directement rattachables –captures d'écran de sites prônant le terrorisme, contacts pris avec des individus présents sur des territoires d'entreprise terroriste etc. – et révèlent que le déplacement envisagé revêt un caractère terroriste. Le droit pénal s'intéresse donc à une migration dont le caractère terroriste est révélé par des éléments inhérents à l'intéressé, tandis que l'analyse des données du systèmes PNR cherche à prédire le risque terroriste de la migration d'un ensemble d'individus, à partir d'informations détachées de leur comportement individuel. Éloignée du comportement individuel de l'intéressé, la prédiction effectuée par l'analyse des données PNR est « purement spéculative[…] par rapport au dommage dont la prévention est en cause »[1417] et représente par conséquent une véritable menace pour les libertés. Le passage d'une logique réactive à une logique proactive entraîne ainsi un déficit de sécurité juridique car plus la détection du risque terroriste s'éloigne du comportement de l'auteur, plus elle est soumise au risque d'erreurs et moins elle apparaît nécessaire et donc légitime.

CONCLUSION DE LA SECTION I

362. « Dès lors que l'on parle en termes de risque, l'on parle de calculer l'incalculable, en colonisant le futur » [1418]. Les systèmes EUROSUR et PNR organisent une anticipation de la migration à caractère terroriste qui dépasse largement la prévention pénale établie en la matière. Originellement relative à la lutte contre l'immigration irrégulière, la surveillance des frontières extérieures de l'Union a rapidement révélé son efficacité en matière de prévention de la criminalité transfrontière. EUROSUR permet ainsi d'anticiper la migration criminelle présente au sein des voies migratoires officieuses de la Méditerranée, par le partage et l'analyse en temps réel des données et informations recueillies par les systèmes nationaux de surveillance à travers l'utilisation d'outils tels que les satellites ou les systèmes de comptes rendus des navires. Ce maillage serré de surveillance s'est renforcé avec l'établissement du système d'analyse des données PNR dont l'objectif est de découvrir le risque terroriste porté par la migration « officielle » à destination de l'Union, par l'analyse des informations passagers. La directive PNR du 26 avril 2017 franchit ainsi un pas supplémentaire, presque révolutionnaire, dans

[1417] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 259, n° 198.
[1418] Ulrich BECK, « The Terrorist Threat : World Risk Society Revisited », *Theory, Culture & Society,* 19(4), 2002, p. 40, nous traduisons.

l'anticipation de la migration à caractère terroriste en permettant la mise en œuvre d'une véritable prédiction de cette menace. Il s'agit en effet de découvrir le risque terroriste d'une migration à partir des données PNR transmises par la personne concernée lors de la réservation de son voyage. Ces données sont étudiées au regard des critères établis par les services nationaux chargés de l'analyse, qui sont censés permettre l'identification de toute personne pouvant être impliquée dans une infraction terroriste ou une forme grave de criminalité. Le risque terroriste de la migration est donc prédit de manière très abstraite, contrairement à la pénalisation mise en œuvre dans cette matière qui vise à constater ce risque. Surtout, l'analyse des données PNR concerne l'ensemble des passagers à destination ou en provenance du territoire national. Le système PNR s'applique ainsi à toutes les personnes dont la migration est imminente. Dans un tel contexte, la pénalisation établie en matière de migration à caractère terroriste ne peut apparaître qu'obsolète, étant directement rattachée au comportement d'une personne déterminée. Tandis que la pénalisation de la migration à caractère terroriste s'appuie sur des éléments concrets, tangibles et inhérents au comportement de l'individu concerné, le système PNR opère une large appréhension du risque terroriste en établissant des « critères » de prédiction abstraits utilisés pour analyser les données PNR de l'ensemble des voyageurs et par conséquent détachés des comportements individuels. Dans un tel contexte, la révélation du risque terroriste ne peut être que plus fréquente. Plus dangereuse aussi. Car une telle prédiction ne peut être effectuée sans un risque d'erreurs élevé. Si le droit pénal est sûr, c'est parce qu'il est en relation directe avec le comportement de l'individu concerné mais également avec le dommage redouté : « il n'est pas de meilleur ancrage dans la réalité »[1419]. Dès lors que l'on s'éloigne de ces points d'ancrage, la réalité du risque terroriste porté par la migration d'un individu ne peut être qu'équivoque, inconsistante. Le système PNR établit ainsi une prédiction détachée de garanties, mais dont la finalité est clairement répressive. De l'analyse des données PNR découle en effet une double vague de répression, exercée autant à l'encontre de l'individu dont la migration est considérée à risque terroriste que des transporteurs qui ne procèderaient pas aux obligations de transfert de données qui leur incombent. Or, tout comme le droit pénal est dépassé par la prédiction du risque terroriste effectuée par le système PNR, il apparaît délaissé dans sa répression.

[1419] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 258, n° 198.

SECTION II. LE DROIT PÉNAL DÉLAISSÉ DANS LA RÉPRESSION DE LA MIGRATION

363. Le recueil d'informations organisé par les systèmes de transfert de données est orienté vers l'action répressive. Il s'agit en effet d'empêcher l'entrée de l'individu sur le territoire, d'entraver sa migration. Naturellement, cet obstacle à la migration revêt une nature coercitive, en conduisant à l'adoption de mesures préjudiciables à l'égard de l'individu concerné. Dans le cadre d'EUROSUR, les mesures employées sont relatives à une pratique de refoulement déjà mise en exergue[1420]. Le système PNR ayant trait à une migration imminente, la découverte d'un profil à risque terroriste par l'analyse des données conduit les autorités nationales à adopter des mesures administratives visant à empêcher la migration de l'individu à destination du territoire. Une nouvelle fois, le prononcé d'une mesure administrative est ainsi préféré à l'action pénale **(Paragraphe II)**. Plus encore, cette coercition est permise par l'obligation faite aux transporteurs de transmettre les données passagers aux autorités nationales compétentes. Le recueil et le transfert des donnés PNR constituent ainsi de véritables obligations de prévention qui viennent effacer la répression pénale **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I. La mesure de police administrative préférée à l'action pénale

364. La révélation du risque terroriste de la migration par l'analyse des données PNR entraîne, à l'égard de l'individu concerné, le prononcé de mesures préjudiciables. Si les poursuites pénales sont éventuellement possibles, elles sont toutefois limitées au seul Français **(A)**. À l'égard de l'étranger, l'objectif de prévention de l'infraction terroriste poursuivi par l'analyse des données PNR conduit en effet à privilégier le prononcé de mesures de police administrative visant à éviter sa présence sur le territoire. Le risque terroriste porté par la migration de ce dernier est alors appréhendé par une mesure administrative d'interdiction d'entrée, au détriment de l'action pénale **(B)**.

A. Des poursuites pénales limitées au seul Français

365. Possible action des autorités nationales – L'objectif de l'évaluation effectuée par les unités d'informations passagers est d'éviter la réalisation de la menace terroriste portée par la migration de l'individu vers le territoire national. En ce sens, il apparaît naturel et logique

[1420] Voir *supra n°* 184 et 188-192.

que l'évaluation qui aboutit à la découverte d'un profil à risque terroriste entraîne l'action des autorités nationales à l'égard de l'individu en cause. Sur ce point, l'article 7.1 de la directive PNR précise que « [c]haque État membre arrête une liste des autorités compétentes habilitées à demander aux UIP ou à recevoir de celles-ci des données PNR ou le résultat du traitement de telles données en vue de procéder à un examen plus approfondi de ces informations *ou de prendre les mesures appropriées aux fins de la prévention et de la détection d'infractions terroristes ou de formes graves de criminalité, ainsi que des enquêtes et des poursuites en la matière* ». Cette disposition prévoit expressément la possibilité pour les autorités nationales de mettre en œuvre des « mesures appropriées », autrement dit les dispositifs administratifs ou pénaux permettant de contenir le risque terroriste de l'individu. L'essence de l'analyse des données passagers est en effet de prévenir les infractions terroristes : dans ce contexte, refuser aux autorités d'exercer une action à l'encontre de l'individu concerné viderait le système PNR de toute utilité.

366. Limites relatives – La directive instaure plusieurs limites à cette possible action des autorités nationales, qui demeurent assez relatives. Elle leur interdit d'abord de prendre, « sur la seule base du traitement automatisé de données PNR », des décisions qui produiraient « des effets juridiques préjudiciables à une personne ou l'affectant de manière significative »[1421]. Cette disposition fait écho à l'article 6.5 de la directive précisant que « [l]es États membres s'assurent que toute concordance positive obtenue à la suite du traitement automatisé des données PNR […] est réexaminée individuellement par des moyens non automatisés, afin de vérifier si l'autorité compétente visée à l'article 7 doit prendre des mesures en vertu du droit national ». Plus encore, l'article 6.2, a) indique que l'objectif de l'évaluation des données PNR réalisée par les unités d'informations passagers est « d'identifier les personnes pour lesquelles est requis un examen plus approfondi » par les autorités compétentes. Néanmoins, la directive n'interdit pas aux autorités nationales de se fonder sur cet examen pour adopter des mesures administratives ou répressives à l'encontre de l'individu concerné, alors même que le contenu ou la nature de celui-ci n'est absolument pas précisé par la directive. Sans que l'on sache s'il est relatif à une simple vérification du résultat des données PNR ou à de véritables investigations, l'examen plus approfondi pourrait donc servir de base à une action administrative ou pénale. Dès lors, si les dispositions précitées instaurent une limite en prohibant l'utilisation « aveugle » des données PNR, elles admettent surtout que les autorités

[1421] Article 7.6 de la directive 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, *op. cit.*

nationales bénéficient d'une liberté d'action à l'encontre de l'individu évalué à risque lorsqu'elles ne fondent pas cette action uniquement sur l'analyse des données PNR, ou qu'elles procèdent à une vérification de l'évaluation effectuée. La directive conforte encore la finalité répressive de l'analyse des données PNR dans son article 7.4 qui stipule que les autorités répressives ou judiciaires nationales sont compétentes « lorsque d'autres infractions [que celles visées par la directive], ou des indices d'autres infractions, *sont détectés dans le cadre d'actions répressives menées à la suite [du] traitement* » des données PNR. Cette disposition entérine ainsi la possibilité d'action des autorités nationales, en particulier répressives, à la suite de l'évaluation du risque porté par la migration d'un individu à destination du territoire national. Dans ce cadre, l'évaluation des données PNR peut constituer le « déclencheur »[1422] d'une action des autorités répressives nationales.

367. Poursuites pénales à l'encontre du Français – Il semble néanmoins qu'une telle action ne puisse revêtir une nature judiciaire. L'analyse des données PNR est en effet insuffisante pour fonder le déclenchement de poursuites pénales à l'encontre de l'individu évalué à risque terroriste. Certes, le droit pénal met en œuvre une répression anticipée du terrorisme par le biais notamment des infractions d'association et d'entreprise individuelle terroristes[1423], permettant de punir les actes préparatoires au résultat redouté. Le déclenchement de poursuites pénales pour de telles infractions et surtout la mise en œuvre d'une contrainte judiciaire exercée par la mesure de garde à vue requièrent toutefois l'existence de soupçons relatifs au fait que la personne concernée a commis ou tenté de commettre de telles infractions[1424] qui, même si elles anticipent le résultat redouté – l'attentat terroriste, nécessitent de démontrer que l'individu concerné a *projeté* de commettre cet acte[1425]. Or, rien dans l'analyse des données passagers ne permet de révéler des soupçons relatifs à ce projet de commettre en France des actes de terrorisme. Ce n'est que la dangerosité potentielle de la personne qui est révélée par cette analyse de données ; une dangerosité qui peut très bien être erronée, comme le démontre d'ailleurs les limites établies par la directive à l'égard de l'utilisation par les autorités nationales de l'évaluation des données passagers. Dans ce cadre, le déclenchement de poursuites pénales semble inopérant... à moins que des investigations postérieures de nature administrative

[1422] Raphaël BRETT, « La directive "PNR" du 27 avril 2016, nouvelle étape de la politique européenne de lutte contre la criminalité », *op. cit.*, p. 4.
[1423] Respectivement prévues aux articles 421-2-1 et 421-2-6 du Code pénal : voir *supra,* n° 292-293 et n° 302-304.
[1424] Article 706-88 et 706-88-1 du Code de procédure pénale
[1425] Voir *supra*, n° 310.

permettent de révéler des éléments matériels suffisants pour démontrer le caractère terroriste de la migration envisagée.

368. Surveillance et contrôle administratifs – La découverte d'un risque terroriste par l'évaluation des données PNR peut en effet déclencher une surveillance administrative de l'individu concerné par les services de renseignement ; surveillance qui serait susceptible de révéler des éléments plus concrets permettant le déclenchement de poursuites pénales après que le ministre de l'Intérieur en ait informé les autorités judiciaires. Cette hypothèse fait écho au rôle complémentaire à l'action pénale joué par la nouvelle mesure de contrôle administratif de l'article L. 225-1 du Code de la sécurité intérieure[1426]. Cette dernière permet de maintenir l'individu sous contrôle en lui imposant différentes obligations calquées sur le contrôle judiciaire, jusqu'à ce que soient récoltés des éléments tangibles de nature à déclencher des poursuites pénales. L'analyse des données PNR peut ainsi revêtir une finalité répressive qui, lorsque la personne concernée est étrangère, s'incarne davantage dans le prononcé de mesures administratives de nature à éviter son entrée sur le territoire que dans les poursuites pénales.

B. Une interdiction administrative du territoire privilégiée à l'égard de l'étranger

369. Déclenchement de l'action administrative – Si un Français ne peut se voir refuser son entrée sur le territoire national, il n'en est pas de même de l'étranger, les autorités nationales disposant de la possibilité d'établir à son encontre une mesure de police administrative lui interdisant de pénétrer sur le territoire lorsque sa présence en France constituerait une menace pour l'ordre public[1427]. L'action administrative est dès lors privilégiée à l'action pénale en ce qu'elle permet une neutralisation efficace du risque terroriste porté par l'étranger : en lui interdisant de pénétrer en France, les autorités nationales s'assurent que ce dernier ne commettra pas d'actes terroristes sur le territoire. La mesure la plus efficace pour neutraliser ce risque prend ainsi la forme d'une interdiction administrative d'entrée sur le territoire, créée parallèlement à l'interdiction de sortie du territoire[1428] créée par la loi du 13 novembre 2014[1429].

[1426] Voir *supra* n° 316 et n° 331-334.

[1427] À cet égard, si le juge administratif effectue un contrôle entier des motifs d'ordre public invoqués à l'encontre de l'étranger, il accepte toutefois de prendre en considération les renseignements contenus dans une note blanche : Conseil d'État, 3 mars 2003, *ministre de l'intérieur c. Rakhimov, Actualité juridique de droit administratif,* 2003, p. 1343, note Olivier LECUCQ.

[1428] Article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure. Voir *supra* n° 315.

[1429] Article 2 de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.*

Cette mesure revêt l'intérêt fondamental de permettre « sans autre examen de refuser l'entrée en France d'un étranger qui en est frappé »[1430], que celui-ci soit ou non ressortissant d'un État membre de l'Union.

370. Possible interdiction d'entrée du ressortissant d'un pays tiers – L'article L. 214-2 du CESEDA dispose que « Tout ressortissant étranger non mentionné à l'article L. 214-1 peut, dès lors qu'il ne réside pas habituellement en France et ne se trouve pas sur le territoire national, faire l'objet d'une interdiction administrative du territoire lorsque sa présence en France constituerait une menace grave pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales de la France ». L'étranger ressortissant d'un pays tiers à l'Union peut donc être interdit d'entrée sur le territoire s'il constitue, à l'instar de l'interdiction de sortie, une « menace grave pour l'ordre public ». Cette notion, connue des mesures de police administrative, est parfaitement constituée dans le cadre du risque terroriste[1431]. Néanmoins, la dangerosité potentielle, éventuelle, d'un individu révélée par l'utilisation des données PNR peut être très éloignée de sa dangerosité réelle. En d'autres termes, en s'éloignant de critères objectifs et « parlants », telles qu'une éventuelle condamnation pénale pour acte de terrorisme, une simple mise en cause dans ce type d'affaires ou des habitudes de voyage de nature à révéler une possible implication terroriste, l'analyse des données PNR est susceptible d'aboutir à un risque élevé de « faux positifs » et à une intrusion illégitime des autorités dans la vie privée de l'individu. Dans son avis 1/15 relatif à l'accord PNR conclu entre le Canada et l'Union, la Cour de justice a parfaitement relevé ce risque qu'elle a néanmoins borné de manière limitée en précisant que « dans la mesure où les analyses automatisées des données PNR comportent *nécessairement* […] un certain taux d'erreur, tout résultat positif obtenu à la suite d'un traitement automatisé desdites données doit, en vertu de l'article 15 de l'accord envisagé, être soumis à un réexamen individuel par des moyens non automatisés avant l'adoption d'une mesure individuelle produisant des effets préjudiciables à l'égard des passagers aériens concernés. Ainsi, une telle mesure ne saurait, en vertu dudit article 15, être fondée de manière décisive sur le seul résultat d'un traitement automatisé des données PNR »[1432]. La Cour accepte donc la marge d'erreur qu'elle estime inhérente à l'utilisation des données PNR. L'obligation imposée est uniquement relative à un réexamen individuel des données, qui ne semble pas relatif à la mise en œuvre d'investigations plus poussées de nature à confirmer l'évaluation du

[1430] Patrick WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, 8ème édition, 2017, p. 454, n° 357.
[1431] Notamment en matière d'expulsion : *infra* n° 385-386.
[1432] Point 173 l'avis 1/15 de la Cour de justice de l'Union européenne, 26 juillet 2017, *op. cit.*

risque terroriste effectuée par l'analyse des données PNR. Les autorités administratives sont ainsi libres de prononcer une interdiction d'entrée sur le territoire national à l'encontre de l'étranger ressortissant d'un pays tiers à l'Union dont l'analyse des données a révélé le risque terroriste de la migration.

371. Impossible interdiction d'entrée du citoyen de l'Union – Si l'article L. 214-1 du CESEDA autorise le prononcé d'une interdiction d'entrée sur le territoire français à l'encontre d'un ressortissant de l'Union[1433], l'article 6.9 de la directive PNR du 27 avril 2016 précise que les conséquences des évaluations des passagers « ne compromettent pas le droit d'entrée des personnes jouissant du droit de l'Union à la libre circulation sur le territoire de l'État membre concerné prévu dans la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil ». La directive interdit donc que l'évaluation des données passagers puisse empêcher un ressortissant de l'Union d'exercer son droit à la libre circulation établi par le droit de l'Union. Les autorités nationales sont alors contraintes d'effectuer des investigations supplémentaires à l'égard du citoyen de l'Union afin de démontrer le caractère réel du risque terroriste[1434] porté par sa présence sur le territoire national. Encore faut-il néanmoins que les autorités nationales aient le temps d'investiguer suffisamment pour révéler la réalité de cette menace avant que l'individu ne pénètre sur le territoire – ce qui apparaît fortement compromis, les données PNR étant transmises aux unités d'informations passagers vingt-quatre à quarante-huit heures avant l'heure programmée du vol[1435].

[1433] Cette disposition précise que « [t]out ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ou tout membre de la famille d'une telle personne peut, dès lors qu'il ne réside pas habituellement en France et ne se trouve pas sur le territoire national, faire l'objet d'une interdiction administrative du territoire lorsque sa présence en France constituerait, en raison de son comportement personnel, du point de vue de l'ordre ou de la sécurité publics, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société ».

[1434] L'article 27 de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 permet aux États membres de « restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique ». Conformément à la jurisprudence de l'Union, cette restriction doit se fonder, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, sur le comportement de la personne concernée qui « doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société » : article 27.2 alinéa 2 de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 ; Cour de justice des communautés européennes, 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, Rec. p. 1219, point 28; Cour de justice des communautés européennes, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, 30/77, Rec. p. 1999, point 35 ; Cour de justice de l'Union européenne, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, C-482/01 et C-493/01, Rec. p. I-5257, point 66 ; Cour de justice des communautés européennes, 10 juillet 2008, *Jipa,* aff. C-33/07, point 23 ; Cour de justice de l'Union européenne, 4e chambre, 17 novembre 2011, *Aladzhov*, aff. C-434/10, point 40 ; Cour de justice de l'Union européenne, 17 novembre 2011, *Gaydarov*, C-430/10, Rec. p. I-11637, point 33. Cette formule a été exactement reprise par le législateur français au sein de l'article L. 214-1 du CESEDA.

[1435] Article 8.3, a) de la directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

372. Autres mesures administratives – Si le prononcé d'une interdiction d'entrée à l'égard du citoyen de l'Union semble difficile, les autorités nationales peuvent en revanche l'exclure du territoire national par le prononcé d'une mesure d'expulsion. L'expulsion est autorisée par l'article L. 521-1 du CESEDA à l'égard de l'étranger dont la présence en France constitue une menace pour l'ordre public. Si le citoyen de l'Union séjournant depuis plus de dix ans en France bénéficie d'une protection relative contre le prononcé de cette mesure[1436], la prévention d'une infraction terroriste[1437] autorise la mise à l'écart de cette protection et le prononcé d'une mesure d'expulsion. L'on assiste alors à un enchevêtrement de mesures administratives destiné à contenir le risque terroriste de la migration de l'étranger à destination du territoire. Tour à tour, l'interdiction administrative du territoire, le contrôle administratif et l'expulsion permettent d'évacuer la menace terroriste de l'étranger en empêchant sa migration ou, lorsque cela apparaît juridiquement impossible, en procédant à sa migration forcée vers l'étranger par le prononcé d'une mesure d'expulsion. Cet enchevêtrement de mesures révèle une véritable solidarité administrative de nature à exclure le droit pénal, qui se trouve encore effacé par l'émergence des obligations de prévention.

Paragraphe II. Le droit pénal effacé par les obligations de prévention

373. Le recueil et le transfert des données PNR incombant aux transporteurs révèlent la dimension proactive de la répression désormais à l'œuvre en matière de migration. L'enjeu n'est plus d'attendre la commission de l'infraction terroriste pour abattre la répression pénale mais d'anticiper, de détecter les migrations suspectes au prix d'une répression administrative. Les obligations de transfert de données auxquelles sont assujettis les transporteurs sont ainsi assorties de sanctions pécuniaires particulièrement dissuasives destinées à assurer l'effectivité du système PNR. Cette répression administrative du non-respect des obligations de prévention en matière de migration à caractère terroriste **(A)** contribue à rendre le droit pénal obsolète **(B)**, complètement dépassé par une anticipation toujours plus avancée du risque porté par la migration à caractère terroriste.

[1436] Celle-ci doit alors obéir aux critères de la « nécessité impérieuse pour la sécurité publique ou la sûreté de l'État » : article L. 521-2 du CESEDA, voir *infra* n° 397-398.
[1437] Par exemple : Conseil d'État, Référé, 7 mai 2015, n° 389959 ; voir *Infra,* n° 398.

A. La répression administrative du non-respect des obligations de prévention

374. Origine – Les obligations établies à l'égard des transporteurs en matière de recueil et de transmission des données trouvent leur origine dans la politique menée en matière d'immigration irrégulière. Consciente que la lutte contre l'immigration irrégulière gagnerait en efficacité en s'exerçant de manière préventive en amont de leurs frontières, les États ont rapidement créé des obligations de contrôle à l'égard des transporteurs[1438] de nature à leur imposer la détection de la migration irrégulière. La pénalisation de l'immigration irrégulière au sein du territoire s'est ainsi doublée de mesures préventives visant à empêcher le départ de l'étranger à destination du territoire européen[1439], à lutter « à la source » contre la migration irrégulière. Naturellement, ce volet préventif de la lutte contre l'immigration irrégulière a été adopté à l'échelle de l'Union, renforçant encore les obligations pesant sur les transporteurs. Initialement astreints à déclarer la liste de leurs passagers, les transporteurs ont rapidement vu leur charge s'accroître pour embrasser le contrôle de ces personnes, sous peine de sanctions en cas de défaillance. Ce dispositif a été entériné par les Accords de Schengen[1440], transposés en droit français par la loi du 26 février 1992[1441]. À l'initiative de la France, ce premier cadre a ensuite été renforcé par l'adoption de la directive du 28 juin 2001. Dans l'objectif « de lutter efficacement contre l'immigration clandestine », ce texte a précisé qu'il est « essentiel que tous les États membres se dotent d'un dispositif fixant les obligations des transporteurs acheminant des ressortissants étrangers sur le territoire des États membres »[1442] mais également que soient harmonisées les sanctions pécuniaires déjà prévues à l'égard des transporteurs en cas de non-respect des obligations qui leur incombent. Outre le renforcement des obligations de réacheminement de l'étranger en situation irrégulière transporté sur le territoire, la directive a renforcé les sanctions encourues par les transporteurs récalcitrants. Elle a ainsi invité les États

---

[1438] Voir Caroline LANTERO, « La politique de sanction des transporteurs », *in* Philippe ICARD (dir.), *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, Larcier, 2017, p. 266 et svtes.

[1439] Voir également la pénalisation préventive mise en œuvre au sein des États maghrébins, notamment par le biais du délit d'émigration : *supra* n° 217 et n° 228-232.

[1440] Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes. En 1985, les Accords de Schengen, qui ne concernaient alors que la France, l'Allemagne et le Benelux, disposaient en leur article 26 que « […] les Parties Contractantes s'engagent à introduire dans leur législation nationale des règles relatives : 1. À la prise en charge par les transporteurs, du retour des étrangers non autorisés à entrer sur le territoire ; 2. à la vérification, par les transporteurs, des documents de voyages requis ; 3. à instaurer des sanctions à l'égard des transporteurs qui acheminent des étrangers sans les documents requis ».

[1441] Loi n° 92-190 du 26 février 1992 *portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.

[1442] Point 1 de la directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 *visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985*.

membres à prendre « les mesures nécessaires pour assurer que les sanctions applicables aux transporteurs en vertu de l'article 26, paragraphes 2 et 3, de la convention de Schengen s[oie]nt dissuasives, effectives et proportionnelles »[1443]. Surtout, elle a fixé le seuil minimal de l'amende encourue en laissant le choix aux États membres de prévoir des sanctions pécuniaires dont le montant maximal ne soit pas inférieur à 5000 euros par personne transportée, dont le montant minimal ne soit pas inférieur à 3000 euros, ou enfin dont le montant maximal ne soit pas inférieur à 500000 euros, indépendamment du nombre de personnes transportées[1444]. L'article L. 625-1 du CESEDA établit ainsi une amende d'un montant maximum de 10 000 euros à l'encontre d'un transporteur aérien ou maritime qui aura débarqué sur le territoire un étranger ressortissant d'un pays tiers démuni du document de voyage et du visa requis par la loi ou l'accord international qui lui est applicable en raison de sa nationalité. L'amende s'élève à un montant de 30 000 euros lorsque l'entreprise de transport aérien, routier ou ferroviaire ne respecte pas ses obligations de réacheminement[1445]. Ce seuil minimal du *quantum* de la sanction pécuniaire encourue est accompagné de la possibilité, pour les États membres, d'adopter à l'encontre des transporteurs qui n'auraient pas respecté leurs obligations, des sanctions relatives à l'immobilisation, à la saisie ou à la confiscation du moyen de transport, voire même au retrait ou à la suspension temporaire de l'autorisation d'exploitation[1446].

375. Obligations de prévention étendue à la migration terroriste – La charge de contrôle des transporteurs aériens s'est rapidement élargie avec la directive du 29 avril 2004, qui a établi pour la première fois à leur égard l'obligation de transmettre aux autorités nationales « les renseignements relatifs aux passagers qu'ils vont transporter vers un point de passage frontalier autorisé par lequel ces personnes entreront sur le territoire d'un État membre »[1447]. Autrement dit, il incombe désormais aux transporteurs de transmettre les données API de leurs passagers aux autorités nationales de l'État au sein duquel le vol concerné doit atterrir[1448]. D'une obligation relative au contrôle des documents requis pour entrer sur le territoire et au réacheminement de l'étranger irrégulier transporté, la charge des transporteurs se transforme

[1443] Article 4.1 de la directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001.
[1444] Article 4.1 de la directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001.
[1445] Article L. 625-7 du CESEDA.
[1446] Article 5 de la directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001.
[1447] Article 3.1 de la directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 *concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers*.
[1448] Ces données comprennent : le numéro et le type du document de voyage utilisé, la nationalité, le nom complet, la date de naissance, le point de passage frontalier utilisé pour entrer sur le territoire des États membres, le code de transport, les heures de départ et d'arrivée du transport, le nombre total des personnes transportées, le point d'embarquement initial (article 3.2 de la directive 2004/82/CE).

en une obligation de transmission des données des passagers. Mais surtout, cette obligation de transfert de données a été étendue de la lutte contre l'immigration irrégulière à la lutte contre le terrorisme. Si la directive du 29 avril 2004 a été établie pour lutter plus efficacement contre l'immigration irrégulière, la directive PNR du 27 avril 2016 a trait à la nécessité de prévenir les infractions terroristes. Le transfert des données API et PNR [1449] s'effectue désormais dans un objectif de prévention du terrorisme, la directive PNR précisant que « l'utilisation combinée des données PNR et des données API présente une valeur ajoutée en ce qu'elle aide les États membres à vérifier l'identité d'une personne, renforçant ainsi la valeur du résultat en termes de prévention, de détection et de répression des infractions […] »[1450]. De manière similaire aux obligations de contrôle de la migration irrégulière, l'effectivité des obligations de recueil et de transfert de données est permise par l'instauration de sanctions administratives.

376. Sanctions – Afin de s'assurer de l'effectivité du système PNR, la directive engage les États membres à établir des « sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, y compris des sanctions financières, à l'encontre des transporteurs aériens »[1451], lorsque ces derniers ne respectent pas les obligations de transfert de données qui leur incombent. Le droit français, qui a établi un système « API-PNR » avant même la création de la directive du 27 avril 2016, prévoit des sanctions particulièrement dissuasives. La violation des obligations relatives au transfert des données API, établies par l'article L. 232-4 du Code de la sécurité intérieure[1452], est ainsi sanctionnée d'une amende d'un montant maximum de 50 000 euros pour chaque voyage[1453]. Il en est de même pour les obligations ayant trait au transfert des données PNR [1454]. La logique proactive de la lutte contre la migration à caractère terroriste conduit donc à l'instauration d'une véritable répression administrative destinée à contraindre les transporteurs à adopter des comportements – le recueil et le transfert de données – de nature à éviter la commission d'infractions liées au terrorisme. Une telle évolution entraîne l'obsolescence du droit pénal.

[1449] Point 10 de la directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.
[1450] Point 9 de la directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.
[1451] Point 7 et article 14 alinéas 2 et 3 de la directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.
[1452] A l'alinéa 1 de cet article pour les transporteurs aériens, à l'alinéa 3 pour les transporteurs ferroviaires, et à l'alinéa 4 pour les transporteurs maritimes.
[1453] Article L. 232-5 alinéa 1 du Code de la sécurité intérieure.
[1454] Pour les transporteurs aériens, cette obligation est établie à l'article L. 232-7, II du Code de la sécurité intérieure ; sa violation est sanctionnée au paragraphe V du même article. Pour les transporteurs maritimes, l'obligation de transmettre les données PNR est prévue à l'article L. 232-7, II du Code de la sécurité intérieure, et la sanction de la violation de cette obligation est établie au paragraphe V du même article.

B. L'obsolescence du droit pénal

377. Focalisé sur la répression du résultat redouté, le droit pénal apparaît inadapté à la nouvelle politique répressive qui n'ambitionne plus de punir mais de détecter dans une logique proactive certains types de délinquance, pour organiser une réaction anticipée. Ce transfert de la répression pénale à la répression administrative est effectué en raison du caractère prétendument obsolète du droit pénal qui, même dans la répression anticipée mise en œuvre par les infractions obstacles, interviendrait toujours trop tard. L'inverse a pourtant été démontré[1455]. Surtout, cette répression administrative anticipe à ce point l'infraction terroriste qu'elle ne s'abat plus sur la personne soupçonnée ou suspectée d'effectuer une migration à caractère terroriste mais sur les personnes privées qui sont désormais assujetties à de véritables obligations de prévention. Il s'agit donc en quelque sorte de faire jouer à ces personnes privées un rôle de police de la prévention des infractions terroristes. Cette évolution est plus perceptible encore si l'on rapproche l'établissement d'obligations de prévention en matière de migration à caractère terroriste au mouvement beaucoup plus général et visible lié aux obligations édictées en matière de *compliance*.

378. ***Compliance*** **–** Les obligations de transmission des données PNR incombant aux transporteurs présentent de nombreuses similitudes avec les obligations de prévention établies en matière de lutte contre le blanchiment et contre la corruption qui révèlent un glissement de la répression pénale à la répression administrative. Les mesures édictées en la matière ne se conçoivent plus seulement au regard de sanctions pénales infligées à l'auteur de l'infraction mais embrassent également une logique proactive destinée à prévenir la commission de telles infractions. Le législateur a ainsi développé une véritable politique de *compliance* qui a fait émerger un « droit pénal du risque » empruntant autant à la prévention qu'à la répression[1456]. L'instauration d'une peine complémentaire de mise en conformité pour la répression des infractions de corruption et de trafic d'influence est à cet égard frappante, en imposant aux sociétés concernées l'instauration d'obligations de prévention[1457]. La peine est ici dirigée vers un objectif préventif destiné à éviter la récidive. Le droit pénal se transforme alors pour faire œuvre de pédagogie. Cet exemple ne doit toutefois pas faire illusion car si le droit pénal est dans une certaine mesure associé au développement d'une politique de prévention des

[1455] Voir *supra*, notamment n° 294.
[1456] Jean-Claude MARIN, Allocution lors du colloque sur la *compliance* du 6 juillet 2017 à la Cour de cassation.
[1457] Article 18 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique,* instaurant l'article 131-39-2 du Code pénal.

infractions économiques, il le subit surtout. La *compliance* « envahit le droit »[1458] mais écarte le droit pénal. Certaines sociétés sont ainsi assujetties à des obligations de préventions détachées du droit pénal et dont le non-respect est puni de sanctions pécuniaires. À l'instar des obligations de prévention développées en matière de transfert des données PNR, il ne s'agit plus de donner la priorité au droit pénal pour la répression des infractions mais de développer une répression administrative dont l'objectif est d'imposer certains comportements préventifs aux personnes et organismes concernés. La loi Sapin II du 9 décembre 2016 a ainsi créé une obligation de prévention à l'égard des présidents, directeurs généraux et gérants de moyennes et grandes entreprises[1459], qui sont désormais contraints de prendre des « mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence »[1460]. Ces mesures prennent forme dans l'établissement d'un « code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence »[1461], d'un « dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société »[1462], d'une « cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption »[1463] ou encore d'un « dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ». Surtout, le non-respect de l'obligation de prévention instituée entraîne l'infliction de sanctions administratives et pécuniaires dont le montant ne peut excéder 200 000 euros pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales[1464]. La lutte contre le blanchiment est également renforcée par un volet préventif de plus en plus prégnant, composé d'obligations de vigilance à l'égard de la clientèle[1465] qui ont pour finalité de permettre la détection d'anomalies nécessitant des investigations et de conduire à une

[1458] Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le droit de la *compliance », Recueil Dalloz*, 2016, p. 1871.
[1459] L'article 17, I de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* dispose que « Les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence selon les modalités prévues ».
[1460] Article 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.
[1461] Article 17, II, 1° de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.
[1462] Article 17, II, 2° de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.
[1463] Article 17, II, 3° de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.
[1464] Article 17, III de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.
[1465] Articles L. 561-4-1 à L. 561-14-2 du Code monétaire et financier.

déclaration de soupçon[1466]. Les organismes financiers sont en effet également assujettis à des obligations de déclaration et d'information des opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme[1467]. Là encore, le non-respect de ces obligations est assorti de sanctions pécuniaires fortement dissuasives[1468].

379. Dépassement – À la lumière de ces mesures édictées en matière de *compliance*, les contraintes de transfert des données PNR imposées aux transporteurs apparaissent constituer de véritables obligations de prévention qui ont pour conséquence de faire peser sur les personnes privées la détection des infractions redoutées. La lutte contre les infractions pénales ne se conçoit dès lors plus par le droit pénal mais par le développement d'une répression administrative destinée à éduquer les personnes assujetties aux obligations édictées, à adopter les comportements de nature à éviter la commission d'infractions pénales. La répression s'abat dorénavant dès que, par son comportement, l'intéressé ne permet pas de faire obstacle à l'infraction. Dans ce contexte où la répression est effectuée à l'encontre d'un individu qui n'est pas directement à l'origine du risque redouté, le droit pénal ne peut être qu'exclu, même dans sa dimension préventive. La logique proactive inhérente aux obligations de transfert de données PNR ne peut par conséquent qu'entraîner, comme en matière de *compliance*, un dépassement du droit pénal.

CONCLUSION DE LA SECTION II

380. Bien que destinée à prédire un risque terroriste nécessairement très anticipé, l'analyse des données PNR entraîne une répression à double volet. Le premier est relatif à l'individu dont le risque terroriste de la migration a été révélé. Ce dernier fait alors l'objet de mesures de police administrative, et plus particulièrement d'une interdiction d'entrée sur le territoire qui vient faire obstacle à la réalisation du risque terroriste. Interdit d'entrer en France, l'intéressé est en effet empêché de commettre l'acte de terrorisme projeté. L'interdiction administrative d'entrée contribue à rendre le droit pénal obsolète, en anéantissant la migration à caractère terroriste

[1466] Chantal CUTAJAR, « Prévention du blanchiment », *Jurisclasseur pénal des affaires*, fascicule n° 10, juillet 2010, mis à jour au 31 Janvier 2017, point 99.
[1467] Articles L. 561-15 à L. 561-22-1 du Code monétaire et financier.
[1468] Article L. 561-36-1, IV, du Code monétaire et financier.

avant même que celle-ci n'entraîne l'entrée en France de la personne concernée. Dans ce cadre, la pénalisation de la migration à caractère terroriste ne s'applique plus qu'au Français qui ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'entrer en France. Mais le droit pénal apparaît plus encore délaissé à la lumière des contraintes dont est accompagné le système PNR. L'effectivité de ce dernier dépendant de la participation active des transporteurs dans le recueil et la transmission des données aux services nationaux chargés de les analyser, de véritables obligations de prévention ont été établies à leur égard. Ces derniers sont ainsi contraints de transmettre les données PNR sous peine de se voir infliger des sanctions administratives. La logique proactive de la détection de la migration à caractère terroriste par le système PNR a donc entraîné la création d'obligations de prévention similaires à celles déjà mises en œuvre pour la prévention des infractions économiques ou même en matière de migration irrégulière. Dans le système PNR, les obligations concernées ont pour objectif de prévenir la commission des infractions terroristes en faisant dépendre la détection de la migration suspecte à la transmission des données par les transporteurs. Ce faisant, elles créent une répression nouvelle que le droit pénal est insusceptible de mettre en œuvre, centrée non plus sur un comportement à risque terroriste, mais sur le non-respect des obligations permettant la détection des infractions de cette nature ; autrement dit, sur un comportement qui ne révèle en lui-même aucun danger. La migration à caractère terroriste fait ainsi l'objet d'une prévention telle qu'elle rend obsolète la pénalisation établie en cette matière.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

381. La migration à caractère terroriste fait l'objet d'un maillage serré de surveillance effectué par des dispositifs d'échange et d'analyse de données et d'informations. Le système EUROSUR procède ainsi à une détection de la migration en cours en mer Méditerranée tandis que le système PNR organise une véritable prédiction du risque terroriste porté par la migration. Ce dernier système témoigne de la logique proactive désormais en œuvre en la matière, qui vise à éviter la commission d'une infraction terroriste sur le territoire de l'Union en découvrant, à travers l'analyse des données et des informations recueillies, le caractère potentiellement menaçant de la migration d'un individu. Dans un tel contexte, la pénalisation de la migration à caractère terroriste devient obsolète. L'analyse des données est en effet globale, effectuée à l'égard de l'ensemble des voyageurs. Elle s'écarte en ce sens d'une logique pénale qui, individuelle, est centrée sur le comportement de l'intéressé. Alors que la pénalisation préventive de la migration à caractère terroriste reste subordonnée à l'existence d'éléments tangibles de nature à révéler le risque terroriste en fonction du comportement de l'individu concerné, l'analyse des données PNR est détachée d'un quelconque comportement individuel. Cette dernière s'effectue sur des critères prédéterminés, abstraits et identiques pour l'ensemble des voyageurs. Ce n'est donc pas un comportement individuel qui révèle le risque terroriste mais une analyse abstraite, fondée sur des critères ou algorithmes inconnus, dont le caractère général conduit à qualifier de manière plus fréquente, mais plus erronée également, le potentiel risque terroriste d'une migration. Ce résultat est d'autant plus problématique que la prédiction engendrée par l'analyse des données conduit à la mise en œuvre d'une répression dans laquelle le droit pénal apparaît encore complètement dépassé. L'analyse des données PNR revêt d'abord une finalité répressive en conduisant à l'infliction de mesures à l'encontre de l'individu dont la migration a été révélée à risque terroriste. Ce dernier fait ainsi l'objet d'une interdiction administrative du territoire, dont la conséquence est d'interdire son entrée sur le sol national. À la prévention pénale est ainsi préférée une mesure de police administrative de nature à éradiquer le risque terroriste en neutralisant la migration de la personne concernée. Le caractère virtuel de la menace terroriste peut néanmoins faire obstacle au prononcé d'une interdiction d'entrée à l'encontre du citoyen de l'Union. Si la migration ne peut, dans cette hypothèse, être empêchée, le prononcé d'une mesure de contrôle administratif permet toutefois aux services de renseignement de recueillir suffisamment d'éléments de nature à révéler le caractère réel de la menace, afin d'autoriser le prononcé d'une mesure d'expulsion. À défaut de pouvoir empêcher la migration-aller, la migration-retour est alors forcée. Une seconde limite, plus définitive, se

dessine lorsque l'individu dont la migration évaluée à risque est un ressortissant national : en faisant obstacle au prononcé d'une telle mesure, la nationalité française de l'individu concerné conduit ainsi à convoquer, par défaut, le droit pénal. Encore faut-il néanmoins que les autorités judiciaires disposent de suffisamment d'éléments pour déclencher des poursuites pénales du chef d'association de malfaiteurs terroristes ou d'entreprise individuelle de même nature. Dans le cas contraire, le prononcé d'une mesure de contrôle administratif peut permettre aux services de renseignement de recueillir assez d'éléments pour que les autorités judiciaires puissent déclencher des poursuites pénales. Le système PNR conduit ainsi à un enchevêtrement de mesures où le droit pénal apparaît toujours supplétif. Enfin, l'établissement d'obligations de prévention à l'égard des transporteurs révèle une répression administrative détachée du comportement à caractère terroriste et centrée sur le non-respect des obligations permettant la détection des infractions de cette nature. Cette répression s'abat alors en prévention d'une infraction de nature terroriste à l'égard d'un comportement qui ne révèle pourtant en lui-même aucun lien avec une telle infraction. La migration à caractère terroriste fait ainsi l'objet d'une prévention si importante que la pénalisation préventive établie en la matière semble désormais obsolète.

CONCLUSION DU TITRE I

382. Le risque porté par la migration à caractère terroriste a naturellement entraîné son appréhension par le droit pénal. Ce dernier établit une répression fondée sur le délit d'association de terroristes, infraction obstacle permettant l'appréhension des actes préparatoires à l'infraction. Mais la migration à caractère terroriste a également entraîné une extension de la prévention pénale opérée en matière de terrorisme. La création du délit d'entreprise individuelle terroriste et l'extension de la compétence personnelle active de la loi pénale[1469] ont ainsi permis la pénalisation du retour en France après une migration à caractère terroriste. Cette prévention pénale a conduit à un recul de la matérialité en opérant une distance très prononcée entre le comportement reproché et le résultat redouté. Il ne s'agit plus de punir la réalisation de ce résultat mais un comportement qui révèle un simple risque. L'avènement de ce droit pénal du risque n'a néanmoins pas été de nature à appréhender l'ensemble des migrations à caractère terroriste, la pénalisation de ces dernières demeurant limitée à l'existence d'éléments tangibles, de nature à révéler le risque porté par la migration. Dans ce contexte, le droit pénal a été dessaisi de la répression de la migration à caractère terroriste par la création de mesures de police administrative. L'interdiction administrative de sortie du territoire oblige désormais l'individu Français à demeurer sur le sol national, quand le contrôle administratif astreint le Français ou l'étranger à des mesures d'assignation à résidence, de pointage, ou à une interdiction de fréquenter certains individus. Ces mesures restrictives de liberté sont mises en œuvre dès lors qu'il existe des « raisons sérieuses de penser » que l'individu concerné souhaite se rendre ou s'est rendu à l'étranger afin de suivre un apprentissage terroriste de nature à porter atteinte à la sécurité publique à son retour en France. Le caractère inconsistant de cette formule destine ces mesures à appréhender des situations dans lesquelles le risque terroriste porté par cette migration n'est démontré par aucun élément matériel. Cette absence de matérialité permet aux mesures précitées d'opérer une appréhension plus large du risque terroriste porté par la migration, au-delà de la prévention pénale établie en la matière. Plus encore, le développement de l'analyse des données des voyageurs a entraîné l'obsolescence du droit pénal en organisant une anticipation sans précédent de la migration à caractère terroriste, détachée de toute matérialité. Le dispositif *Passenger Name Record* entraîne en effet, par l'analyse des données passagers recueillies par les transporteurs aériens, une véritable prédiction de la menace portée par la migration. Le droit pénal devient alors obsolète dans la détection de la migration à

[1469] Article 113-13 du Code pénal.

caractère terroriste mais également dans sa répression. Le système PNR vise en effet une finalité répressive à double volet. La prédiction de la menace terroriste portée par la migration entraîne d'abord le prononcé d'une mesure d'interdiction administrative d'entrée sur le territoire, sauf lorsque l'individu concerné est de nationalité française. Le droit pénal n'est ainsi convoqué que par défaut, lorsque la nationalité française de l'individu fait obstacle au prononcé d'une interdiction d'entrée. Parce que l'effectivité du système PNR passe par la collaboration des transporteurs, celui-ci est ensuite à l'origine de l'établissement d'obligations de prévention à l'égard des transporteurs qui sont contraints, sous peine de sanctions pécuniaires, de transférer les données PNR aux autorités nationales compétentes. Ces sanctions administratives révèlent l'avènement d'une répression nouvelle, destinée à prévenir l'infraction terroriste en s'abattant non sur le comportement qui révèle un tel risque, mais sur celui qui révèle le non-respect des diligences requises pour le détecter. Dans un tel contexte, la pénalisation préventive de la migration à caractère terroriste ne peut qu'être considérée obsolète en continuant de se rattacher à l'existence d'un lien entre le comportement reproché et le risque redouté. Le droit pénal a ainsi été progressivement dessaisi de la migration à caractère terroriste au profit d'une répression administrative dont l'intérêt principal est d'opérer une large appréhension de cette migration par la mise à l'écart des garanties inhérentes au droit pénal. Dessaisi de la migration à caractère terroriste, le droit pénal est également supplanté *par* l'émigration forcée de l'étranger terroriste mise en œuvre à travers la mesure d'expulsion.

TITRE II

LE DROIT PÉNAL SUPPLANTÉ PAR L'EXPULSION POUR MOTIF TERRORISTE

383. Si la migration peut révéler un risque terroriste, elle en est également le remède. Le législateur français a ainsi fait de la peine d'interdiction du territoire le principe en matière d'actes de terrorisme[1470]. Pour que cette peine complémentaire soit prononcée, il est toutefois nécessaire que l'individu concerné soit condamné. Or, nous l'avons vu, la migration à caractère terroriste est difficilement saisie par le droit pénal[1471]. Si les incriminations préventives d'association de terroristes et d'entreprise individuelle permettent d'appréhender ce phénomène, le droit pénal demeure arrimé à un certain degré de matérialité qui nécessite la présence d'éléments tangibles et concrets. Dans ce cadre, la migration à caractère terroriste projetée ou effectuée par un étranger est davantage saisie par la mesure d'expulsion, qui peut conduire au départ forcé de l'étranger dont la migration – ou, plus largement, la présence sur le territoire – révèle une simple *menace* terroriste. Alors que le Français, faute de pouvoir être expulsé, sera contraint de demeurer sur le territoire par l'infliction d'une mesure d'interdiction administrative de sortie, l'étranger sera au contraire soumis à une mesure d'expulsion entraînant son *émigration* forcée.

384. Expulsion – Du latin *expulsio*, l'expulsion désigne couramment le fait de « chasser quelqu'un du lieu où il était établi »[1472]. Le Droit s'empare naturellement de cette définition, en considérant que l'expulsion est l' « action de faire sortir une personne […] d'un lieu où elle se trouve sans droit »[1473]. Appliquée aux étrangers, l'expulsion est plus particulièrement qualifiée de « mesure de police administrative ayant pour objet d'enjoindre à un étranger de quitter le territoire »[1474]. Comme toute mesure de police administrative, il s'agit d'intervenir préventivement afin de protéger l'ordre public contre une menace portée ici par la présence d'un étranger sur le territoire. L'article L. 521-1 du CESEDA, siège de la mesure, précise ainsi que « l'expulsion peut être prononcée si la présence en France d'un étranger constitue une

[1470] Article 422-4 du Code pénal.
[1471] Voir *supra* n° 311.
[1472] Définition du *Littré*.
[1473] Gérard CORNU, « Expulsion », *in Vocabulaire juridique*, Quadrige, 12ème édition, 2018.
[1474] *Ibid.*

menace grave pour l'ordre public », sans considération de la situation *régulière* ou non de l'étranger[1475] : l'expulsion « ne tire pas les conséquences d'une violation des règles relatives au séjour des étrangers [mais] vise à titre principal à sauvegarder l'ordre public en précipitant le départ d'une personne dont l'attitude passée révèle une menace future pour la sécurité des biens et des personnes »[1476]. L'expulsion a pour effet d'éloigner du territoire l'étranger menaçant[1477], le potentiel terroriste. Elle procède ainsi à l'*émigration forcée* de cet étranger pour une durée indéterminée, les effets de l'arrêté d'expulsion se prolongeant après son exécution et n'étant pas limités dans le temps. Seule l'abrogation de l'arrêté autorise ainsi l'étranger concerné à revenir en France[1478].

385. Expulsion détachée du droit pénal – La notion de menace grave pour l'ordre public renvoie à l'autonomie de l'action administrative, autorisant l'autorité administrative à apprécier la menace indépendamment de toute décision du juge pénal. L'action administrative relative à l'expulsion est donc, en théorie, entièrement détachée de l'action pénale. Cette autonomie n'est pas surprenante au regard de la qualification de l'expulsion en mesure de police administrative[1479] visant exclusivement à protéger l'ordre public. Ce détachement de la mesure d'expulsion à l'égard du droit pénal conduit néanmoins à laisser à l'autorité administrative chargée de la prononcer un pouvoir discrétionnaire empreint d'une forte subjectivité. Sans rapport avec la commission d'une infraction pénale, la qualification de la menace est alors laissée à l'appréciation de l'autorité administrative et au contexte social. C'est ainsi que le contexte terroriste actuel conduit au prononcé de mesures d'expulsion fondées sur des faits extrêmement équivoques et non circonstanciés que le droit pénal, malgré l'anticipation réalisée en matière d'infractions terroristes, ne pourrait appréhender. L'expulsion préventive de l'infraction terroriste conduit alors à combler l'absence du droit pénal en procédant à l'éloignement forcé d'un étranger dont la dangerosité est anticipée sinon prédite.

[1475] Tout comme l'interdiction du territoire français, l'expulsion peut être pononcée à l'encontre d'un étranger qui réside régulièrement sur le territoire : Pierre MAYER, Vincent HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit*., p. 694, n° 1018.

[1476] Vincent TCHEN, « Étrangers – Expulsion. – Interdiction judiciaire du territoire », *Jurisclasseur de droit international*, 9 février 2017, n° 2.

[1477] Pierre MAYER, Vincent HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit*., p. 696, n° 1022.

[1478] Article L. 524-1 du CESEDA. L'étranger expulsé qui revient en France sans que l'arrêté d'expulsion ait été abrogé encourt l'infliction d'une peine de trois ans d'emprisonnement : article L. 624-1-1 alinéa 2 du CESEDA. Ce délit de retour irrégulier est à rapprocher des délits incriminant la résistance de l'étranger à une mesure administrative d'éloignement : voir *supra* n° 68.

[1479] Conseil d'État, 20 janvier 1988, *Elfenzi*, *Actualité juridique de droit administratif,* 1988, p. 223.

386. Expulsion attachée au droit pénal – Mais alors qu'elle s'applique *à défaut* du droit pénal lorsqu'elle est prononcée avant la commission d'une infraction, l'expulsion s'applique *en plus* de celui-ci lorsqu'elle est prononcée après qu'une infraction terroriste ait été perpétrée. L'existence de cette infraction et de la condamnation pénale en sanctionnant la commission pourrait certes permettre d'objectiver la mesure d'expulsion, car la commission d'une infraction terroriste révèle évidemment la menace portée par la présence de l'étranger sur le territoire[1480]. Pourtant, loin d'objectiver le prononcé de cette mesure, le lien établi entre l'expulsion et le droit pénal la couvre au contraire d'un aspect sanctionnateur, tant elle semble alors n'être prononcée que pour renforcer la condamnation pénale antérieurement prononcée et considérée insuffisante. L'expulsion est dans cette hypothèse la conséquence directe de l'infraction terroriste mais surtout de l'absence de prononcé d'une interdiction du territoire français par le juge pénal. Elle devient ainsi sanctionnatrice de l'infraction terroriste commise par l'étranger en s'ajoutant à une sanction pénale considérée comme carencée.

387. L'émigration forcée de l'étranger est ainsi permise par une mesure à double visage : l'expulsion à titre de sanction de l'infraction terroriste d'abord, l'expulsion en prévention d'une telle infraction ensuite.

CHAPITRE I. L'EXPULSION A TITRE DE SANCTION DE L'INFRACTION TERRORISTE

CHAPITRE II. L'EXPULSION EN PREVENTION DE L'INFRACTION TERRORISTE

[1480] Pour Nicole GUIMEZANES, « si le législateur subordonne l'expulsion à la menace à l'ordre public, celle-ci doit s'appliquer a fortiori si celui-ci a été atteint […] » : « Réflexions sur l'expulsion des étrangers », *in Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1980, p. 174.

CHAPITRE I.

L'EXPULSION À TITRE DE SANCTION DE L'INFRACTION TERRORISTE

388. À la lecture de l'article L. 521-1 du CESEDA qui subordonne l'expulsion à l'existence d'une menace pour l'ordre public, il apparaît difficile – « presque incongru »[1481] – de qualifier l'expulsion de sanction[1482]. Cette mesure est en effet traditionnellement considérée comme n'ayant « pas le caractère d'une sanction pénale mais [d'une] mesure de police exclusivement destinée à protéger l'ordre et la sécurité publics »[1483]. Cette formule établie par le Conseil d'État a été reprise par la Cour de cassation afin d'écarter l'application du principe de non-rétroactivité à la mesure d'expulsion[1484]. Le Conseil constitutionnel a également conclu au caractère non sanctionnateur des mesures d'expulsion, en considérant que ces dernières « sont des mesures de police auxquelles sont assignés des objectifs différents de ceux de la répression pénale »[1485] et qui, par conséquent, « n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789 »[1486]. La jurisprudence constitutionnelle, administrative et judiciaire refuse ainsi de qualifier l'expulsion de sanction. Lorsque l'expulsion intervient après l'infliction d'une condamnation pénale, il apparaît pourtant difficile de nier toute communication entre le domaine de la prévention et celui de la répression pénale, dont les frontières ne jouissent d'aucune « étanchéité absolue »[1487]. Dans le domaine des infractions terroristes notamment, l'expulsion de l'étranger est justifiée par sa condamnation pénale passée, par la gravité de l'infraction commise **(Section I)**. Plus encore, cette mesure vient compléter la sanction pénale en s'ajoutant à la condamnation prononcée par le juge répressif lorsque celui-ci n'a pas jugé utile de prononcer une interdiction du territoire[1488], peine complémentaire dont les effets sont

[1481] Nicole GUIMEZANES, « Réflexions sur l'expulsion des étrangers », *Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX*, Litec, 1980, p. 169.
[1482] Sur la notion de sanction administrative, voir *infra* n° 399.
[1483] Conseil d'État, 20 janvier 1988, *Elfenzi*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 17, conclusions VIGOUROUX.
[1484] Cour de cassation, chambre criminelle, 1er février 1995, n° 94-81098.
[1485] Conseil constitutionnel, décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, considérant n° 6.
[1486] Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, considérant n° 57. Sur ce point, voir Michel VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 2008, p. 805.
[1487] Jean-Louis GUERRIVE, « " Double peine" et police des étrangers », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 829.
[1488] L'interdiction du territoire français, prévue à l'article 131-30 du Code pénal, constitue une peine complémentaire, facultative, prononcée à titre définitif ou temporaire par une juridiction pénale à l'encontre d'un

similaires à l'expulsion. Cette dernière remédie alors à la prétendue insuffisance du juge pénal en procédant à l'éloignement de l'étranger qui avait échappé, lors de sa condamnation, à une interdiction du territoire.

Parallèlement à cette transformation de la mesure d'expulsion, les infractions de nature terroriste permettent également d'étendre son champ d'application. Naturellement réservée aux étrangers – le ressortissant national ne pouvant faire l'objet d'un éloignement[1489] – l'expulsion peut en réalité s'appliquer aux Français, grâce au mécanisme de déchéance de nationalité **(Section II).** L'expulsion vient alors suppléer, non plus la prétendue insuffisance, mais l'impossibilité du juge pénal de prononcer une interdiction du territoire à l'égard de l'individu qui était Français au moment de la commission de l'infraction et de son jugement.

SECTION I. L'EXPULSION DE L'ETRANGER TERRORISTE JUSTIFIEE PAR SA CONDAMNATION PENALE

SECTION II. L'EXPULSION DU FRANÇAIS TERRORISTE PERMISE PAR LE MECANISME DE DECHEANCE DE NATIONALITE

étranger condamné à titre principal pour une infraction prévue par le Code pénal ou par d'autres dispositions. L'infraction de nature terroriste entre dans ce champ d'application : voir *infra* n° 412.

[1489] Les ressortissants nationaux bénéficient en effet du droit absolu d'aller et de venir sur le territoire. Ce droit est établi par de nombreux textes européens et internationaux, notamment par l'article 3 du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 12, 4°, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

SECTION I. L'EXPULSION DE L'ETRANGER TERRORISTE JUSTIFIEE PAR SA CONDAMNATION PENALE

389. L'article L. 521-1 du CESEDA subordonne la mesure d'expulsion à la menace pour l'ordre public portée par la présence de l'étranger sur le territoire national. Malgré ce détachement apparent de l'expulsion à l'égard de toute infraction pénale, l'étude du cadre légal de cette mesure et de son évolution révèle que le législateur a toujours établi un lien entre l'expulsion et la commission d'une infraction pénale par l'intéressé. Ce lien – qui subsiste aujourd'hui, notamment dans le cadre des infractions terroristes – n'est pas surprenant, la menace à l'ordre public, le « seuil de dangerosité » à ne pas dépasser, étant très souvent « déduit(e) d'un comportement passé sanctionné par une peine de prison importante »[1490]. L'expulsion s'attache alors à la condamnation pénale prononcée par le juge répressif **(Paragraphe 1)** ; elle vient s'y ajouter, se transformant naturellement en une sanction de l'infraction commise. L'expulsion remédie ainsi à l'insuffisance de la condamnation pénale en se détachant de toute exigence d'individualisation **(Paragraphe 1)**.

Paragraphe I. Une mesure attachée à la condamnation pénale

390. Malgré sa qualification de mesure de police administrative, l'expulsion apparaît se référer directement à l'infraction pénale commise par l'étranger **(A)**. La commission d'une infraction grave ou violente, notamment d'une infraction à caractère terroriste, conduit ainsi très souvent au prononcé d'une mesure d'expulsion, autorisé par le législateur et confirmé par le juge administratif. Cette attache de l'expulsion à la condamnation pénale de l'étranger conduit à transformer la mesure d'expulsion qui se mue alors en une sanction venant s'ajouter à la condamnation pénale prononcée par le juge répressif **(B)**.

A. La référence à l'infraction pénale passée

391. Le lien entre l'expulsion et l'infraction pénale passée a d'abord été établi par le législateur **(1)**, avant d'être confirmé par le juge administratif **(2)**.

[1490] Vincent TCHEN, « Étrangers – Expulsion – Interdiction judiciaire du territoire », *op. cit.*, n° 20.

1. Un lien établi par le législateur

392. Ordonnance de 1945 – Dès l'ordonnance du 2 novembre 1945[1491], le législateur a pris en compte les sanctions pénales infligées à l'intéressé afin de réduire la portée de la protection établie contre l'expulsion à l'égard de certaines catégories d'étrangers entretenant des liens forts en France, avec la France. La loi Bonnet du 10 janvier 1980 a ainsi modifié l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945[1492] afin, notamment, d'autoriser le ministre de l'Intérieur à prononcer un arrêté d'expulsion à l'encontre d'un étranger ayant « fait l'objet d'une condamnation définitive pour défaut de titre de séjour pour n'avoir pas quitté le territoire malgré le refus de renouvelle de ce titre »[1493]. Par la suite, les sanctions pénales ont été prises en compte afin de réduire la portée de la protection établie contre l'expulsion à l'égard de certaines catégories d'étrangers entretenant des liens forts en France, avec la France. Si le champ d'application de l'expulsion a été restreint par la loi du 29 octobre 1981, interdisant le prononcé d'une telle mesure à l'encontre de « l'étranger qui n'a pas été condamné définitivement à une peine au moins égale à un an d'emprisonnement sans sursis »[1494], cette même loi a instauré une dérogation à cette protection en autorisant l'expulsion de tout étranger « condamné définitivement à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée quelconque » pour avoir commis une infraction relative à l'hébergement collectif, au travail clandestin ou au proxénétisme[1495]. L'expulsion est dès lors autorisée par la commission d'une infraction pénale. Le législateur de 1981 a donc établi un lien direct entre l'expulsion et l'infraction, que la loi du 17 juillet 1984 est venue solidifier en autorisant le prononcé d'une expulsion à l'encontre de l'étranger protégé lorsque celui-ci a été « condamné définitivement ou bien à une peine au moins égale à un an d'emprisonnement sans sursis *ou bien à plusieurs peines d'emprisonnement sans sursis au moins égales, au total, à un an,* prononcées au cours des cinq années

[1491] Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*
[1492] Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*
[1493] Article 6 de la loi n° 80-9 du 10 janvier 1980 *relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance 452658 du 02-11-1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national de l'immigration* ; DOMINIQUE TURPIN, « La réforme de l'ordonnance du 2 janvier 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 février 1980 », *Revue critique de droit international privé*, 1980, p. 41 ; Jean-Yves VINCENT, « Le nouveau régime de l'entrée et du séjour des étrangers en France », *Revue de droit administratif*, 1980, p. 363.
[1494] Article 5 de la loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* ; Dominique TURPIN, « Le nouveau régime juridique des étrangers en France », *Revue critique de droit international privé*, 1982, p. 25.
[1495] *Ibid.*

écoulées »[1496]. La loi du 9 septembre 1986 a légèrement modifié ce point, en protégeant de l'expulsion uniquement « l'étranger qui justifie par tous moyens avoir sa résidence habituelle en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de dix ans ou depuis plus de dix ans *et qui n'a pas été condamné définitivement pour crime ou délit* à une peine au moins égale à six mois d'emprisonnement sans sursis ou un an avec sursis ou à plusieurs peines d'emprisonnement au moins égales, au total, à ces mêmes durées »[1497]. La loi du 2 août 1989 a ensuite confirmé cette atrophie de la protection contre l'expulsion tout en rétablissant le *quantum* initial de la condamnation pénale en précisant que ne peut faire l'objet d'une telle mesure « l'étranger résidant régulièrement en France […] qui n'a pas été condamné définitivement à une peine au moins égale à un an d'emprisonnement sans sursis »[1498]. Cette disposition a été définitivement supprimée par la loi du 26 novembre 2003 qui a toutefois évité de neutraliser tout lien entre l'expulsion et la condamnation pénale. Son article 36 a ainsi ajouté une dérogation aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance de 1945 protégeant certaines catégories d'étrangers d'une mesure d'expulsion, en précisant que « l'étranger [protégé] peut faire l'objet d'un arrêté d'expulsion en application des articles 23 et 24 s'il a été condamné définitivement à une peine d'emprisonnement ferme au moins égale à cinq ans »[1499]. Cette exception n'a pas disparu avec la création du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui reprend le régime de l'expulsion établi sous l'ordonnance de 1945.

393. CESEDA – L'article L. 521-1 du Code précité exclut ainsi en principe tout lien entre l'expulsion et la condamnation pénale en précisant que cette mesure peut être prononcée à l'encontre d'un étranger constituant une « menace grave pour l'ordre public »[1500]. Reprenant également les dispositions protectrices établies par l'ordonnance de 1945 à l'égard de l'étranger entretenant des liens particuliers avec la France, le Code prévoit, en fonction du caractère plus

[1496] Article 3 de la loi n° 84-622 du 17 juillet 1984 *portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 et du code du travail et relative aux étrangers séjournant en France et aux titre uniques de séjour et de travail,* nous soulignons.
[1497] Article 9 de la loi PASQUA n° 86-1025 du 9 septembre 1986 *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France,* nous soulignons ; Dominique TURPIN, « La loi du 9 septembre 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *Revue critique de droit international privé*, 1986, p. 607 ; François JULIEN-LAFERRIERE, « Les nouvelles conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *Actualité juridique de droit administratif,* 1987, p. 39 ; Nicole GUIMEZANES, « La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 3
1987, doctrine 3270, p. 3270.
[1498] Article 13 de la loi n° 89-548 du 2 août 1989 *relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*.
[1499] Article 36 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.*
[1500] Article L. 521-1 du CESEDA.

ou moins important de ces liens, une protection relative subordonnant l'expulsion non plus à une « menace grave pour l'ordre public » mais à une condition plus restrictive : celle de la « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique » (article L. 521-2), ou une protection quasi-absolue lorsque les liens de l'étranger avec la France sont plus forts, parce qu'il réside par exemple en France depuis vingt ans ou depuis plus de dix ans et qu'il est marié avec un ressortissant français depuis au moins quatre ans[1501]. Dans ce dernier cas prévu à l'article L. 521-3 du CESEDA, l'étranger ne peut être expulsé qu'en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes. Ce système protecteur peut néanmoins faire l'objet d'exceptions et, sur ce point, le Code reprend une nouvelle fois le système établi sous l'empire de l'Ordonnance de 1945 en conservant un lien entre la mesure d'expulsion et la condamnation pénale lorsque celle-ci intervient après la commission d'une infraction grave, notamment de nature terroriste.

394. Exceptions – La protection relative établie à l'article L. 521-2 du CESEDA peut ainsi être écartée lorsque « l'étranger […] a été condamné définitivement à une peine d'emprisonnement ferme au moins égale à cinq ans »[1502], ce qui n'est pas rare dans le cadre des infractions à caractère terroriste. En d'autres termes, la seule condamnation pénale à cinq ans d'emprisonnement ou plus permet d'exclure l'étranger des dispositions protectrices de l'article L. 521-2. L'étranger ainsi condamné est alors traité selon le régime commun de l'expulsion précisé à l'article L. 521-1 et peut subir une telle mesure dès lors qu'il représente une simple « menace grave pour l'ordre public », l'autorité administrative n'étant plus contrainte d'établir à son égard une « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique »[1503]. Il s'agit alors de considérer qu'au-delà d'un certain *quantum*, la condamnation pénale révèle la dangerosité de l'étranger pour l'ordre public. Cette dangerosité est dès lors évaluée *à partir* de la condamnation pénale. C'est en effet la condamnation pénale, autrement dit la seule intervention du droit pénal, qui anéantit définitivement la protection établie à l'article L. 521-2 du CESEDA. Le mécanisme de police administrative de l'expulsion est donc ici étroitement lié à l'action du droit pénal.

[1501] Pierre MAYER, Vincent HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit*., pp. 693-694, n° 1018.
[1502] Dernier alinéa de l'article L. 521-2 du CESEDA.
[1503] Article L. 521-2, dernier alinéa.

Les liens établis entre la mesure d'expulsion et le droit pénal se resserrent encore au sein de l'article L. 521-3 du CESEDA qui accorde une protection quasi absolue contre l'expulsion aux étrangers entretenant les liens les plus forts avec la France. Dans cette hypothèse, l'expulsion d'un étranger entrant dans l'une des catégories visées par la disposition ne peut plus être justifiée par une menace grave pour l'ordre public ou par une nécessité impérieuse : l'autorité administrative est contrainte de démontrer que le comportement de l'étranger est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou qu'il est lié à des activités à *caractère terroriste*, ou encore qu'il constitue des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes. Or, la notion d'atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État fait référence aux articles 410-1 et suivants du Code pénal relatifs aux atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation ; les activités à caractère terroriste ont quant à elles trait aux incriminations des articles 421-1 et suivants du Code pénal correspondant aux actes de terrorisme ; les actes de provocation à la discrimination se réfèrent enfin aux articles 225-1 et suivants du Code pénal qui punissent toute distinction opérée entre les personnes physiques ou morales. Si l'article L. 521-3 du CESEDA n'est pas relatif à une condamnation mais à un « comportement », il n'en demeure pas moins que la nature des comportements visés par la disposition se réfère directement à des qualifications pénales, dont l'une d'elles est expressément relative aux actes de terrorisme. L'étranger dont le comportement sera susceptible d'être qualifié d'activité à caractère terroriste, et/ou condamné pénalement de ce fait, pourra faire l'objet d'une expulsion même s'il relève en principe de l'une des catégories d'étrangers protégés. Malgré les conséquences politiques des changements de majorité[1504], le législateur continue ainsi d'établir un lien entre le droit pénal et la mesure d'expulsion, que la jurisprudence est loin de contester.

2. Un lien confirmé par le juge administratif

395. Un détachement apparent – Au premier regard, les juges administratifs semblent contenir le rapport entre la condamnation pénale passée et la mesure d'expulsion. Une jurisprudence ancienne précisait déjà qu'« au regard du régime des expulsions, les faits retenus par l'autorité administrative devaient être appréciés en faisant abstraction de leur éventuelle

[1504] Danièle LOCHAK, François JULIEN-LAFERRIERE, « Les expulsions entre la politique et le droit », *Archives de politique criminelle*, 1990, n° 12, pp. 66 et 74 et suivantes.

qualification pénale »[1505]. Plus tard, le Conseil d'État a déclaré dans son arrêt *Dridi* que « les infractions pénales commises par un étranger ne sauraient, à elles seules, justifier une expulsion […] »[1506]. La condamnation pénale n'est donc pas suffisante pour évaluer la menace pour l'ordre public portée par la pésence de l'étranger sur le territoire[1507]. Récemment, les juges du fond ont repris ce principe en affirmant que si une condamnation pénale peut constituer un indice de menace pour l'avenir, elle apparaît toutefois insuffisante à fonder à elle seule un arrêté d'expulsion[1508]. Certains ont même jugé que « la mesure d'expulsion ne saurait être justifiée par une anticipation de l'aggravation du comportement en fonction des condamnations déjà prononcées »[1509]. Malgré cette apparente et théorique autonomie de l'action administrative par rapport à l'action pénale[1510], de nombreuses décisions révèlent toutefois que le seuil de dangerosité de l'étranger est souvent évalué à partir de son « comportement passé », de l'infraction pour laquelle il a été puni d'une peine d'emprisonnement[1511]. La notion de « menace grave » pour l'ordre public est ainsi appréciée par les juges en fonction de l'interprétation que donne la matière pénale aux faits reprochés.

396. Justification par la gravité de l'infraction commise – La nature et la gravité des infractions commises permettent au juge administratif de justifier ou non la mesure d'expulsion prononcée. Il considère ainsi que les infractions mineures ne sont pas constitutives d'une menace grave à l'ordre public de nature à justifier une expulsion. Tel est le cas, par exemple, des faits de racolage punis d'une amende[1512], ou encore de la commission de délits d'escroquerie et de détention de faux documents dont l'auteur « n'a été poursuivi pour aucun fait de violence avérée » [1513]. À l'inverse, le juge administratif valide l'expulsion prononcée en raison de condamnations pénales graves. La majorité des expulsions se fonde en effet sur des

[1505] Conseil d'État, 3 juillet 1935, *Simonello*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 757 ; Conseil d'État, 21 octobre 1953, *Grohar, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* tables, p. 743 ; Conseil d'État, 14 mars 1951, *Missir*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 159 ; Conseil d'État, 14 novembre 1956, *Corradini, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* tables, p. 717.
[1506] Conseil d'État, 21 janvier 1977, *Dridi*, *Actualité juridique de droit administratif,* 1977, p. 133 ; confirmé par Conseil d'État, 11 juin 1982, *Rezzouk*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 226 ; Conseil d'État, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, p. 18 ; Conseil d'État, 24 janvier 1994, *M'Barki*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 28.
[1507] Pierre MAYER, Vincent HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.,* p. 693, n° 1018.
[1508] Par exemple : Cour administrative d'appel de Nancy, 9 mai 2011, *Boubou A,* n° 10NC01157.
[1509] Cour administrative d'appel de Bordeaux, 15 juillet 2016, n° 16BX00645.
[1510] Vincent TCHEN, « Étrangers – Expulsion – Interdiction judiciaire du territoire », *op. cit.*, n° 7.
[1511] *Ibid.,* n° 20 et suivants.
[1512] Conseil d'État, 20 juin 1980, *M^elle^ Madji*, n° 11653.
[1513]Cour administrative d'appel de Marseille, 29 octobre 2012, *Préfet Bouches-du-Rhône c. Khalifi,* n° 11MA03431.

condamnations pénales prononcées pour des faits recouvrant une particulière gravité[1514]. Plus particulièrement, les infractions entraînant une « atteinte corrélative à l'intégrité physique ou psychique des personnes »[1515] constituent des indices suffisants de dangerosité justifiant le prononcé d'une mesure d'expulsion. La commission d'infractions de terrorisme[1516], mais également de viol[1517] et d'agressions sexuelles spécialement lorsqu'elles sont commises sur des personnes vulnérables[1518] et/ou mineurs[1519], d'homicide volontaire[1520], de vol notamment lorsque ces infractions sont aggravées par la mort d'un tiers, ou encore d'infractions *praeter* intentionnelles lorsque la mort de la victime n'a pas été donnée de manière intentionnelle[1521], permet d'établir que la présence en France de leur auteur constitue une « menace grave pour

---

[1514] Lisa CARAYON, « Menace à l'ordre public et expulsion d'un ressortissant étranger souffrant de troubles psychiatriques : quand le soupçon prévaut sur la protection », Note sous Conseil d'État, référé, 7 mai 2015, n° 389959, *Revue de droit sanitaire et social*, 2015, p. 844 ; Nicole GUIMEZANES, « Réflexion sur l'expulsion des étrangers », *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux,* Litec, 1990, p. 167.

[1515] Conclusions de Jean-Frédéric MILLET sur Cour administrative d'appel de Nantes, 21 octobre 1999, *Benouis, Revue française de droit administratif*, 2001, p. 807.

[1516] Cour administrative d'appel de Paris, 4 décembre 2014, n° 14PA00080, s'agissant d'une peine de trois ans d'emprisonnement pour association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme et financement d'entreprise terroriste ; Cour administrative d'appel de Versailles, 25 juin 2013, n° 12VE02848, s'agissant d'une infraction d'association de malfaiteurs terroristes.

[1517] Cour administrative d'appel de Paris, 23 septembre 2014, n° 14PA00375, s'agissant d'un viol commis sur un codétenu ; Cour administrative d'appel de Douai, 24 juillet 2008, n° 08DA00107 : l'intéressé avait été condamné à sept ans d'emprisonnement pour séquestration et viol.

[1518] En matière de viol : Cour administrative d'appel de Bordeaux, 30 juillet 2009, *Mabrouk X,* n° 08BX03293, s'agissant d'un viol aggravé par le caractère vulnérable de la victime ; Cour administrative d'appel de Nancy, 23 juin 2014, n° 13NC01556 : agression sexuelle commise sur une personne vulnérable et un mineur de 15 ans par ascendant.

[1519] En matière de viol : Cour administrative d'appel de Marseille, 28 janvier 2010, *Mohammed A.,* n° 08MA04969, l'intéressé avait été condamné à huit ans d'emprisonnement pour viol sur mineure psychologiquement fragile, après avoir exercé des pressions sur la victime pour qu'elle retire sa plainte ; Conseil d'État, 7 novembre 2012, *Mokhtar B.,* n° 354224 : condamnation à 13 ans de réclusion criminelle pour viol commis sur une mineure de 15 ans. En matière d'agressions sexuelles : Cour administrative d'appel de Bordeaux, 1er mars 2005, *Joao Paulo X,* n° 02BX01100, l'intéressé avait été condamné à six ans d'emprisonnement pour agressions sexuelles et violences commises sur des personnes mineures ; Cour administrative d'appel de Paris, 20 juin 2012, *Elias A.*, n° 11PA04242.

[1520] Cour administrative d'appel de Nancy, 22 juin 2012, n° 13NC01718 : l'intéressé avait été condamné à 22 ans de prison pour le meurtre de son épouse, et l'expertise psychiatrique n'écartait pas le « risque grave et actuel pour l'ordre public » qu'il pouvait constituer ; Cour administrative d'appel de Marseille, 26 juin 2012, *Ammar A*., n° 10MA02653 : l'intéressé avait été condamné à 30 ans d'emprisonnement pour meurtre aggravé (commis avec préméditation) ; Cour administrative d'appel de Lyon, 23 avril 2009, *Sallah X,* n° 08LY01163 : l'intéressé avait été condamné par deux fois pour meurtre ; Cour administrative d'appel de Douai, 21 juin 2007, *Fatah X,* n° 07DA00367 *:* l'intéressé avait été condamné à 15 ans d'emprisonnement pour meurtre.

[1521] Cour administrative d'appel de Versailles, 3 février 2005, n° 02VE01117: l'intéressé avait été condamné à 10 ans d'emprisonnement pour violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner ; Cour administrative d'appel de Paris, 13 novembre 2014, n° 13PA04693: l'intéressé avait été condamné à 20 ans de réclusion criminelle pour torture ou actes de barbarie ayant entraîné la mort sans intention de la donner de sa compagne et mère de sa fille ; Cour administrative d'appel de Marseille, 22 octobre 2009, *Mohamed X*, n° 07MA04432 : l'intéressé avait été condamné à 10 ans de réclusion pour violences en réunion ayant entraîné la mort sans intention de la donner en dépit d'une résidence en France depuis 16 ans où il y a suivi sa scolarité et d'un mariage à une compatriote en situation régulière avec qui il a eu deux enfants ; Cour administrative d'appel de Douai, 24 janvier 2008, *Nobel X,* n° 07DA01036 : l'intéressé avait été condamné pour violences avec arme ayant provoqué la mort de la victime sans intention de la donner dans le cadre d'un trafic de produits de substitution à la drogue et à l'alcool.

l'ordre public » au sens de l'article L. 521-1 du CESEDA. Les juges administratifs relèvent en effet que « ces faits à caractère crapuleux suggèrent un risque de récidive »[1522] qui pourrait, à l'avenir, troubler de nouveau l'ordre public. La réitération d'infractions et leur gravité croissante les conduisent également à conclure à la persistance d'une menace pour l'ordre public en invoquant un « comportement récidiviste pénalement sanctionné »[1523], un « comportement persistant dans la délinquance »[1524], ou encore « la répétition [d'infractions] et […] leur gravité croissante »[1525].

397. Nécessité impérieuse – Les juges administratifs confirment également l'expulsion prononcée à l'encontre d'un étranger bénéficiant de la protection relative établie à l'article L. 521-2 du CESEDA en se fondant sur la gravité de l'infraction commise. Cette disposition précise que certains étrangers ne peuvent être expulsés qu'en cas de « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique ». Il s'agit de démontrer l'existence d'une menace pour l'ordre public d'une gravité supérieure à la menace grave de l'article L. 521-1[1526]. Les juges administratifs justifient cette gravité supérieure en se fondant une nouvelle fois sur la commission d'infractions violentes. Le terrorisme autorise alors à écarter la protection établie par l'article L. 521-2[1527], tout comme le viol[1528], l'homicide volontaire[1529], le trafic de stupéfiants[1530] ; l'existence de condamnations répétées en raison de délits d'une particulière gravité[1531] est par ailleurs considérée comme un indice de « nécessité impérieuse » autorisant

[1522] Cour administrative d'appel de Paris, 29 janvier 2016, n° 15PA00302 : l'intéressé avait été condamné à sept ans d'emprisonnement pour vol avec violence ayant entrainé la mort et vol par effraction.
[1523] Cour administrative d'appel de Paris, 6 juin 2016, n° 15PA04516.
[1524] Cour administrative d'appel de Paris, 1er décembre 2015, n° 15PA01821 : l'individu avait été emprisonné durant seize années entre 1985 et 2009 en raison de quatorze condamnations, dont onze postérieures à l'arrêté d'expulsion. Il s'agissait notamment d'infractions relatives à des faits de proxénétisme aggravé, d'outrage, de violences volontaires, de vol commis avec violence et en réunion, de vol aggravé par deux circonstances, violence sur une personne dépositaire de l'autorité publique et rébellion.
[1525] Cour administrative d'appel de Paris, 23 septembre 2014, n° 14PA00375.
[1526] Fabienne JAULT-SESEKE, Sabine CORNELOUP, Ségolène BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, Presses universitaires de France, 2015, p. 573.
[1527] Conseil d'État, Référé, 20 avril 2012, n° 358631.
[1528]Cour administrative d'appel de Paris, 7 décembre 2011, n° 10PA03207 : l'intéressé avait été condamné à douze ans d'emprisonnement après avoir commis deux viols, dont un en réunion ; Conseil d'État, 11 juin 1999, n° 185545, s'agissant de viols et d'attentats à la pudeur ; Conseil d'État, 24 mai 1993, n° 127342 et n° 131765 ; Conseil d'État, 23 juin 1993, *Bouchelkia*, n° 127342.
[1529] Cour administrative d'appel de Paris, 14 novembre 2005, *Abdemkader,* n° 02PA03447 : l'intéressé avait été condamné à 8 ans d'emprisonnement par la cour d'assises des mineurs pour homicide volontaire ; Conseil d'État, 19 mars 1997, *Ministre de l'Intérieur c. Antonijevicc*, n° 160470, s'agissant d'une condamnation à 15 ans d'emprisonnement pour meurtre.
[1530] Conseil d'État, 25 avril 2007, n° 288415.
[1531] Cour administrative d'appel de Paris, 17 décembre 2013, n° 13PA02459 : l'intéressé avait été condamné pour vol avec violence, violences volontaires sur agent dépositaire de l'autorité publique et infractions à la législation sur les stupéfiants ; Cour administrative d'appel de Marseille, 20 décembre 2010, n° 08MA03801, sur la nécessité impérieuse d'expulser un étranger condamné deux fois pour des violences commises sur personne vulnérable ;

l'expulsion d'un étranger protégé. Les juges administratifs appliquent également parfaitement la possibilité légale établie par l'article L. 521-2 en son dernier alinéa, autorisant le prononcé d'une expulsion à l'encontre de l'étranger protégé lorsque ce dernier a été condamné à une peine d'emprisonnement de cinq ans ou davantage[1532], ce qui est particulièrement fréquent en matière de terrorisme. Ils jugent ainsi que « compte tenu de sa condamnation à plus de cinq années de prison ferme, [l'intéressé] ne peut se prévaloir des dispositions de l'article L. 521-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile interdisant l'expulsion de conjoint de Française depuis plus de trois ans et avec laquelle la communauté de vie n'a pas cessé, sauf nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique »[1533].

398. Protection quasi-absolue de l'article L. 521-3 – La commission d'une infraction terroriste justifie également la mise à l'écart de la protection quasi absolue établie à l'article L. 521-3 du CESEDA. Plus encore, la qualification pénale du comportement reproché autorise, même en l'absence de condamnation pénale, le prononcé d'une mesure d'expulsion[1534]. Il en est ainsi d'une tentative d'entrée irrégulière en Syrie réalisée en groupe[1535], pouvant alors être qualifiée d'association de malfaiteurs terroristes[1536]. Les juges administratifs ont également autorisé l'expulsion d'un étranger ayant commis des « actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes »[1537]. Ce lien établi entre l'expulsion et la qualification pénale des faits commis par l'intéressé conduit naturellement à transformer la mesure d'expulsion en une sanction de l'infraction commise ou tentée.

Conseil d'État, 23 mai 2003, *Ait Abdellouahab,* n° 46942, où l'intéressé avait été condamné à la suite de la commission d'une *« série d'infractions »* représentant une durée totale d'emprisonnement de plus de neuf années.

[1532] Dernier alinéa de l'article L. 521-2 du CESEDA : « Par dérogation aux dispositions du présent article, l'étranger peut faire l'objet d'un arrêté d'expulsion en application de l'article L. 521-1 s'il a été condamné définitivement à une peine d'emprisonnement ferme au moins égale à cinq ans ».

[1533] Cour administrative d'appel de Paris, 29 janvier 2016, n° 15PA00302 ; voir aussi : Cour administrative d'appel de Versailles, 3 octobre 2013, n° 13VE00588 : « Considérant que, contrairement à ce qu'il soutient, M.A.., compte tenu de sa condamnation définitive à une peine d'emprisonnement ferme de plus de cinq ans, ne bénéficie pas de la protection instituée à l'article L. 521-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile limitant les possibilités de mesures d'expulsion ».

[1534] Voir plus particulièrement *infra,* n° 471 et suivants.

[1535] Cour administrative d'appel de Paris, 7 mars 2016, n° 15PA02906.

[1536] Article 421-2-1 du Code pé

[1537] Cour administrative d'appel de Paris*,* 18 décembre 2009, *Abdul Rahman A.,* n° 08PA02087.

B. La sanction de l'infraction passée

399. Critère de la finalité – Traditionnellement, la mesure de police administrative se distingue de la sanction en ce qu'elle est édictée pour prévenir un trouble à l'ordre public, et non pour le réprimer. La nature de la mesure en cause dépendrait donc directement de sa finalité. L'enjeu de la qualification est d'importance car la mesure de police administrative échappe aux garanties qui entourent non seulement la peine mais également la sanction administrative. Dès 1989, le Conseil constitutionnel a en effet jugé que « toute sanction ayant le caractère d'une punition » doit être soumise au respect des principes résultant de l'article 8 de la Déclaration de 1789[1538], et ne peut en conséquence être infligée « qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense »[1539]. Ainsi, « l'admission du principe même des sanctions administratives est inséparable […] de l'existence de garanties »[1540]. Cette dernière notion existe depuis longtemps, mais se manifeste surtout par « un ensemble de pratiques ou de textes, sans véritable définition théorique ou doctrinale »[1541] ou, plutôt, « par une diversité de définitions » revêtant une approche plus ou moins extensive[1542]. Les critères d'identification de la sanction administrative étant par ailleurs « incertains », celle-ci désigne une « répression aux contours très variables »[1543]. La distinction entre mesure de police administrative et sanction administrative s'effectue traditionnellement par le critère de la finalité de l'acte : la sanction poursuit une finalité répressive en punissant le manquement à une obligation, une faute ou une négligence, tandis que la mesure de police revêt une finalité préventive destinée à maintenir l'ordre public[1544]. C'est précisément sur ce critère de la finalité de l'acte que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont refusé d'accorder à l'expulsion la qualification de sanction. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que l'expulsion constitue une mesure de police

[1538] Conseil constitutionnel, décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 36 ; décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. n° 18.
[1539] *Ibid.* Par le concept de « punition », le Conseil désigne l'exercice du pouvoir répressif de l'administration, dans lequel entre naturellement la sanction administrative : Mattias GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, LGDJ, 2014, p. 66 ; voir également Jacques-Henri ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, 2009, p. 9.
[1540] Bruno GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audioviduel », *Revue française de droit administratif*, mars-avril 1989, p. 215.
[1541] Hélène PAULIAT, « L'émergence du concept de sanction administrative », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 11, 11 Mars 2013, n° 2072, § 2.
[1542] Mireille DELMAS-MARTY, Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, p. 35.
[1543] *Ibid.* Sur ces critères (auteur, finalité et contenu de la sanction), voir particulièrement pp. 38-53.
[1544] *Ibid.,* p. 45.

administrative à laquelle est assignée « des objectifs différents de ceux de la répression pénale » [1545]. À sa suite, le Conseil d'État a confirmé qu'une mesure d'expulsion ne constitue pas, en elle-même, une sanction administrative[1546] mais une mesure de police « exclusivement destinée à protéger l'ordre et la sécurité publics »[1547].

400. Absence de pertinence – Pourtant, l'application du critère finaliste n'apparaît pas pertinent pour distinguer les mesures de police des sanctions administratives. En l'appliquant, la jurisprudence nie en effet le « caractère répressif des mesures individuelles de police » qui « par [leur] nature matérielle profonde, [sont] répressive[s] »[1548]. Le critère finaliste se révèle complexe à appliquer lorsqu'il est confronté à une mesure dont l'effet préventif n'est pas exclusif de tout effet répressif. Son but, sa finalité peut alors être tout à la fois préventif et répressif. La sanction pénale en témoigne, en n'étant pas exclusivement répressive mais en s'attachant également à des finalités de prévention générale et spéciale[1549]. Depuis la Révolution, a en effet émergé l'idée selon laquelle les peines doivent « regarde[r] vers l'avenir », l'« une [de leurs] fonctions majeures [étant] de prévenir »[1550]. La prévention fait donc partie intégrante de la répression, la peine revêtant une fonction d'intimidation, de prévention spéciale destinée à éviter que le délinquant ne récidive, et de prévention générale dont l'objectif est de dissuader l'ensemble du groupe social de commettre une infraction[1551]. La sanction administrative également, en tendant tout autant à punir qu'à prévenir les infractions ultérieures. Or, les mesures de police ne sont pas étrangères à cette ambiguïté car « leur effet préventif dérive sur leur caractère répressif » : c'est en effet « en punissant d'abord qu'elle[s] débouche[nt] sur le maintien de l'ordre public, exactement comme la sanction punit pour le maintien de la discipline »[1552]. Surtout, au-delà de leur coloration répressive, les mesures de police administrative sont prononcées, comme les sanctions pénales et administratives, en

[1545] Conseil constitutionnel, 9 janvier 1980, Décision n° 79-109 DC, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, cons. n° 6.
[1546] Conseil d'État, 20 janvier 1988, *Ministre de Intérieur c. El Fenzi*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 17 ; *Actualité juridique de droit administratif,* 1988, p. 223, conclusions Christian VIGOUROUX ; *Recueil Dalloz,* 1989, observations Philippe WACQUET et François JULIEN-LAFERRIERE.
[1547] Conseil d'État, 20 janvier 1988, *Elfenzi*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 17, conclusions VIGOUROUX.
[1548] Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, LGDJ, 1967, p. 161, n° 115.
[1549] Michel VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, volume 127, n° 7, 2005, n° 8-11 ; Mireille DELMAS-MARTY, Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, *op. cit.,* pp. 47-48 ; Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, *op. cit.,* n° 115, pp. 161-162.
[1550] Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 111.
[1551] Michel VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale », *Informations sociales*, n° 127, 2005, p. 22.
[1552] Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, *op. cit.,* p. 161, n° 115.

fonction du comportement de leur destinataire. Dès lors, si l'autorité administrative déduit de ce comportement « que l'individu est dangereux pour l'ordre et la sécurité publics, ne signifie-t-elle pas ainsi que son comportement est répréhensible et qu'il y a donc lieu d'y couper court ? »[1553]. En définitive, fonder la distinction entre mesure de police et sanction administrative sur un critère de finalité et, plus encore, fonder la qualification de mesure de police sur son caractère préventif apparaît tout aussi « spécieux qu'artificiel »[1554].

401. L'expulsion, une sanction – L'expulsion prononcée en cas de menace grave pour l'ordre public révèle de manière éclatante le caractère tout autant préventif que répressif de la mesure de police individuelle. Le lien établi par le législateur et par le juge entre la condamnation pénale passée de l'auteur et la mesure d'expulsion infligée à son encontre rend en effet difficilement tenable cette qualification unique de mesure de police : « [d]ire que l'intention de l'autorité administrative est de prévenir un trouble quand elle prend une mesure de police administrative ne s'avère pas opérant quand ladite mesure s'appuie sur des faits passés pour la justifier »[1555], plus encore lorsque ces faits sont de nature pénale[1556]. Le prononcé d'un arrêté d'expulsion en considération de condamnations pénales passées brouille la frontière entre prévention et répression et aboutit à transformer l'expulsion en une sanction[1557], tant elle apparaît alors directement liée à la commission de faits répréhensibles. Elle en est même la conséquence, les juges s'appuyant sur la gravité de l'infraction commise pour justifier l'expulsion. S'éloignant de son caractère préventif originel, cette mesure vient alors sanctionner un comportement[1558]. Qualifier la mesure d'expulsion de sanction lorsqu'elle s'applique en raison du comportement pénal passé de l'auteur serait ainsi « plus exact et plus efficient »[1559], « la marque la plus caractéristique de la sanction [étant] qu'elle vise à réprimer un manquement à une règle »[1560]. Car dans cette hypothèse, l'expulsion vise clairement à sanctionner la commission de l'infraction, autrement dit le manquement à la loi pénale. Il n'est alors plus

---

[1553] *Ibid.*
[1554] *Ibid.,* n° 15*,* p. 163.
[1555] Michel DEGOFFE, « L'ambiguïté de la sanction administrative », *Actualité juridique de droit administratif,* 2001, p. 27
[1556] *Ibid.*
[1557] Voir notamment Nicole GUIMEZANES, « Réflexions sur l'expulsion des étrangers », *op. cit.*, p. 177.
[1558] *Ibid.*
[1559] Voir note de Bernard PACTEAU, sous arrêt : Conseil d'Etat, 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem,* n° 21222, *JurisClasseur périodique,* 1981, II, 19613.
[1560] Formule utilisée par Jean DE CROONE afin de contredire le caractère sanctionnateur de l'expulsion : « La sanction administrative dans le droit des étrangers », *Actualité juridique de droit administratif,* 2001, p. 60 ; sur la finalité répressive de la sanction administrative, voir aussi : Franck MODERNE, « La sanction administrative », *Revue française de droit administratif*, 2002, p. 483.

possible d'affirmer que « si un étranger est expulsé, ce n'est pas en raison d'un manquement à une règle particulière mais afin de le mettre hors d'état de troubler plus avant l'ordre public »[1561].

402. Point de vue subjectif – Surtout, cette complémentarité des activités de prévention et de répression et « le double caractère de toute mesure de police ou de sanction exigeraient […] que l'on précise toujours le point de vue auquel on se place pour décider du caractère préventif ou répressif d'un acte »[1562]. En retirant un droit à l'intéressé, la mesure de police administrative peut en effet être considérée, par lui, comme une sanction. Lorsque cette mesure se fonde sur l'existence de condamnations pénales, l'étranger peut légitimement penser qu'elle vient alors blâmer l'infraction commise. Pour l'individu concerné, l'expulsion peut donc être ressentie comme une sanction venant réprimer son comportement pénal[1563]. Non seulement l'expulsion vient lui retirer un droit, celui d'aller et de venir librement sur le territoire[1564], mais elle lui retire en plus ce droit en considération de son passé pénal. Dès lors, si « *l'on se place ici du point de vue de leurs destinataires* », les mesures d'expulsion apparaissent forcément répressives et ce « quelle que soit leur nature juridique effective »[1565]. Enfin, les effets de certaines mesures de police peuvent également les teinter d'une coloration répressive. Il en est ainsi de l'expulsion qui entraîne le départ forcé d'un individu qui peut avoir, en France, des attaches familiales et sociales importante. Il est alors exclu du territoire pour une durée indéterminée et donc, potentiellement longue, les effets de l'expulsion se prolongeant après son exécution sans limitation de durée. L'étranger ne peut dès lors en revenir en France que s'il obtient l'abrogation de l'arrêté[1566]. Le refus d'abrogation étant avant tout décidé à la lumière de la gravité des faits reprochés, il apparaît certain que les infractions liées au terrorisme justifient, par leur nature, l'absence d'abrogation de l'arrêté d'expulsion. L'expulsion procède ainsi à une élimination

---

[1561] *Ibid.*
[1562] Étienne PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, I, p. 345.
[1563] Michel DEGOFFE, « L'ambiguïté de la sanction administrative », *Actualité juridique de droit administratif,* 2001, p. 27 ; Jean-Louis GUERRIVE, « " Double peine" et police des étrangers », *op cit.*, p. 829 ; Nicole GUIMEZANES, « Réflexions sur l'expulsion des étrangers », *op. cit.*, p. 177 ; Lisa CARAYON, « Menace à l'ordre public et expulsion d'un ressortissant étranger souffrant de troubles psychiatriques : quand le soupçon prévaut sur la protection », *op. cit.*, p. 843.
[1564] Ce droit est consacré à l'échelle européenne par l'article 3 Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales précisant que « [n]ul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est le ressortissant. […] Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant ».
[1565] Étienne PICARD, *La notion de police administrative*, *op. cit.,* p. 344, formule soulignée par l'auteur.
[1566] Articles L. 524-1, R. 524-1 et R. 524-2 du CESEDA. Les motifs de l'arrêté d'expulsion donnent lieu à un réexamen tous les cinq ans à compter de la date d'adoption de l'arrêté. « L'autorité compétente tient compte de l'évolution de la menace pour l'ordre public que constitue la présence de l'intéressé en France, des changements intervenus dans sa situation personnelle et familiale et des garanties de réinsertion professionnelle ou sociale qu'il présente, en vue de prononcer éventuellement l'abrogation de l'arrêté » : article L. 524-2 du CESEDA.

radicale du délinquant, que même la peine d'emprisonnement ne peut effectuer. Dès lors, la mesure d'expulsion prononcée à la suite d'une condamnation pénale ou au regard d'un comportement revêtant une qualification pénale se rapproche bien plus de la qualification de sanction que de celle de mesure de police administrative. L'élimination de l'individu à laquelle procède l'expulsion révèle également sa parenté avec les mesures de sûreté.

403. Mesure de sûreté – Contrairement à la peine, la mesure de sûreté « ne repose pas sur la culpabilité […] mais sur un état dangereux qu'elle a pour vocation de faire cesser pour l'avenir »[1567] – ce qui explique qu'elle ne soit pas prononcée pour une durée fixe[1568]. Or, l'expulsion intervient en raison de la « menace grave pour l'ordre public » portée par la présence de l'intéressé sur le territoire, que celui-ci ait commis ou non une infraction pénale. Ce critère de la menace grave révèle que l'expulsion est fondée sur la nécessité de prévenir des infractions qui pourraient causer un trouble particulièrement grave à l'ordre public. Plus encore, la mesure d'expulsion n'est pas prononcée pour une durée déterminée mais dure tant que la dangerosité de l'individu demeure. L'article L. 524-2 du CESEDA précise ainsi que les motifs de l'expulsion sont réexaminés tous les cinq ans aux fins d'abrogation de l'arrêté à l'origine de la mesure et qu'à cette occasion, l'autorité compétente « tient compte de l'évolution de la menace pour l'ordre public que constitue la présence de l'intéressé en France ». L'expulsion a ainsi pour effet d'empêcher, de prévenir la commission d'une infraction à caractère terroriste « par la voie de la neutralisation du sujet dangereux »[1569] en revêtant l'intérêt particulier d'être soustraite – tout comme la mesure de police – au régime des peines et, plus encore, à l'ensemble des garanties pénales existant en la matière. En entraînant le départ forcé de l'étranger par ailleurs condamné pénalement à raison de l'acte de terrorisme commis, cette mesure vient se superposer à la peine prononcée, la compléter afin d'opérer une complète neutralisation de l'individu concerné, détachée de toute individualisation.

Paragraphe II. Une mesure détachée de toute individualisation

404. En principe, la gravité de l'infraction ne suffit pas, à elle seule, à justifier la mesure d'expulsion. Afin d'éviter que l'expulsion ne revête un caractère automatique, la jurisprudence

[1567] Evelyne BONIS-GARÇON, Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, Lexisnexis, 2ème édition, 2015, n° 10, p. 5.
[1568] *Ibid.*
[1569] Julie ALIX, Olivier CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *op. cit.,* p. 850.

a en effet dégagé le principe de l'individualisation de cette mesure, exigeant que l'autorité administrative prenne en considération, au-delà de la gravité de l'infraction commise, l'ensemble du comportement de l'intéressé depuis sa condamnation pénale. Mais si cette « individualisation administrative » est respectée lorsque l'expulsion se fonde sur la commission d'une infraction de droit commun, le contentieux administratif révèle que la commission d'une infraction de nature terroriste écarte au contraire cette exigence. L'expulsion est alors prononcée sans égard au comportement de l'étranger en se fondant simplement sur la gravité de l'infraction de nature terroriste. Parallèlement à cette mise à l'écart de l'individualisation administrative en matière de terrorisme **(A)**, l'étude de la jurisprudence administrative démontre surtout un contournement de l'individualisation pénale, la mesure d'expulsion étant décidée alors même que le juge répressif s'était refusé à prononcer une peine complémentaire d'interdiction du territoire **(B)**.

A. La mise à l'écart de l'individualisation administrative

405. Lors du prononcé de l'arrêté d'expulsion, l'autorité administrative a l'obligation de prendre en considération l'ensemble du comportement de l'étranger condamné pénalement. Cette exigence prétorienne conduit à évincer, en théorie, le caractère automatique de l'expulsion et à éviter qu'elle recouvre ainsi l'allure d'une sanction de l'infraction commise. Mais si cette « individualisation administrative » est plutôt respectée dans le cadre des infractions de droit commun **(1)**, la commission d'une infraction dérogatoire, plus particulièrement de nature terroriste[1570], conduit l'autorité et les juges administratifs à justifier la mesure d'expulsion au regard uniquement de la nature et de la gravité de l'infraction commise. L'individualisation administrative est alors refusée dans le cadre des infractions de nature terroriste **(2)**.

1. Le respect de l'individualisation administrative dans le cadre des infractions de droit commun

406. Exigence – Après avoir affirmé que les infractions pénales commises par l'étranger ne peuvent justifier à elles seules une mesure d'expulsion, le Conseil d'État a, dans son arrêt

[1570] Dans son manuel de droit pénal, le Professeur DREYER souligne l'existence de nouvelles catégories dérogatoires d'infractions classiques. Aux infractions dérogatoires classiques (infractions politiques, infractions de presse et infractions militaires) sont ainsi venues s'ajouter de nouvelles infractions parmi lesquelles figurent celles relative au terrorisme : Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 189-203, n° 225-249.

Dridi précité, jugé que ces infractions « ne dispensent en aucun cas l'autorité compétente d'examiner, d'après l'ensemble des circonstances de l'affaire, si la présence de l'intéressé sur le territoire français est de nature à constituer une menace pour l'ordre […] public »[1571]. Cette formule, tirée d'un raisonnement plus général par lequel les juges administratifs ont considéré que l'administration qui prend une décision individuelle pour laquelle elle n'a pas compétence liée doit procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire[1572], a principalement pour vocation d'éviter l'automaticité de la mesure d'expulsion. Il s'agit ainsi de s'assurer que cette mesure ne soit pas prononcée *uniquement* en raison de condamnations pénales passées, *automatiquement* dès que de telles condamnations existent, mais également de la détacher de l'action pénale, de l'*autonomiser* afin qu'elle conserve une complète indépendance par rapport à l'action pénale. Accepter l'automaticité de la mesure d'expulsion risquerait en effet de subordonner cette mesure, ou plutôt la caractérisation d'une menace pour l'ordre public, à l'existence d'une condamnation pénale. L'expulsion ne pourrait plus, alors, être prononcée en l'absence d'une telle condamnation. L'« individualisation administrative », c'est-à-dire la prise en compte par l'autorité administrative du comportement de l'étranger, permet ainsi de sauvegarder l'extrême étendue du champ d'application de l'expulsion[1573]. De manière constante depuis l'arrêt *Dridi*, les juges administratifs précisent ainsi qu'une condamnation pénale, **même lourde**, ne constitue pas un motif d'expulsion suffisant mais représente seulement un élément d'appréciation, l'autorité administrative devant se référer à l'ensemble du comportement de l'intéressé pour démontrer une menace grave pour l'ordre public[1574]. Dans son arrêt *Belasri*, le Conseil d'État a naturellement jugé « qu'en s'abstenant de préciser les éléments de faits qui sont à la base de la mesure de police contestée, le ministre de l'Intérieur n'a pas satisfait aux exigences de la loi du 11 juillet 1979 »[1575].

Cette exigence d'individualisation découle de l'appréciation temporelle de la dangerosité de l'étranger concerné, la menace qu'il représente pour l'ordre public étant appréciée « à la date à laquelle [l'autorité] décide de mettre à exécution l'arrêté d'expulsion »[1576]. Dans ce cadre, les condamnations passées de l'intéressé sont logiquement insuffisantes à

[1571] Conseil d'État, 21 janvier 1977, *Dridi*, *Actualité juridique de droit administratif,* 1977, p. 133.
[1572] Conseil d'État, Assemblée, 24 juillet 1942, *Piron, Recueil des arrêts du Conseil d'État*, p. 223 ; Conseil d'État, Section, 15 juin 1951, *Galetzki, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 337 ; Conseil d'État, Section, 16 novembre 1962, *Dolbeau, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 614.
[1573] Cette mesure est en effet parfaitement applicable en dehors de toute infraction commise par l'intéressé. C'est d'ailleurs ici que s'exprime le mieux sa nature de police administrative : dans la protection d'un risque qui n'est matérialisé par aucune infraction pénale.
[1574] Par exemple : Conseil d'État, 11 juin 1982, *La Revue administrative,* 1982, p. 390.
[1575] Conseil d'État, Section, 24 juillet 1981, n° 31488.
[1576] Conseil d'État, 6 novembre 1985, *Maremmani,* n° 63464 ; pour la nécessité impérieuse au sens de l'article L. 521-2 du CESEDA : Cour administrative d'appel de Nancy, 30 mai 2005, *Mohand*, n° 02NC00317.

justifier, à elles seules, le caractère *actuel* de sa dangerosité. L'autorité administrative doit ainsi procéder à une « individualisation » de la mesure d'expulsion, c'est-à-dire à l'évaluation de la « menace » représentée par l'individu au regard non seulement de la gravité de l'infraction commise mais également de son comportement général depuis sa condamnation pénale[1577]. Elle doit rapporter des faits récents et continus, autres que la condamnation pénale, susceptibles de justifier cette menace : le bon comportement de l'individu et ses gages de réinsertion[1578] par exemple, qui sont autant d'indices permettant d'écarter le risque de récidive et, par conséquent, la menace à l'ordre public. Si l'autorité administrative peut se fonder sur la gravité de l'infraction commise pour prononcer la mesure d'expulsion, il lui incombe donc de prendre également en considération l'ensemble des éléments tenant au comportement de l'intéressé. Autrement dit, l'Administration ne peut motiver l'arrêté d'expulsion par le seul fait que l'intéressé a commis une infraction grave ou violente déjà punie par le juge répressif, sans que cette mesure ne subisse la censure du juge administratif.

407. Censures – L'expulsion prononcée sur le fondement de condamnations pénales passées, sans que l'autorité ait procédé à une individualisation de cette mesure est naturellement censurée par le juge administratif qui refuse que l'expulsion recouvre un caractère automatique. Il n'hésite pas à annuler l'arrêté d'expulsion prononcé à l'encontre d'un étranger condamné pour délits d'escroquerie et de détention de faux documents en se fondant sur les nombreuses possibilités de réinsertion sociale et professionnelle présentées par l'intéressé[1579]. Plus récemment, la Cour administrative d'appel de Marseille a annulé un arrêté d'expulsion prononcé à l'encontre d'un ressortissant tunisien après sa condamnation à trois ans d'emprisonnement pour violences conjugales. La Cour a en effet constaté qu' « en se fondant, à titre principal, sur la réalité des faits, certes graves, reprochés à M. A...à l'origine de son incarcération, sans qu'aucun élément versé au dossier ne permette d'établir qu'il a réellement étudié, par ailleurs, l'ensemble des circonstances de l'affaire, notamment le contexte familial de l'intéressé et l'évolution de son comportement en prison face à une première condamnation pénale, le préfet des Bouches-du-Rhône a entaché sa décision d'une erreur de droit »[1580]. En d'autres termes, les juges administratifs ont censuré l'arrêté d'expulsion qui se fondait

[1577] Principe rappelé récemment par : Cour administrative d'appel de Paris, 29 janvier 2016, n° 15PA00302 ; Cour administrative d'appel de Paris, 25 novembre 2014, n° 14PA02506, *B. A.*
[1578] Cour administrative d'appel de Nancy, 30 mai 2005, *Mohand,* n° 02NC00317.
[1579] Cour administrative d'appel de Marseille, 29 octobre 2012, *Préfet Bouches-du-Rhône c. Khalifi*, n° 11MA03431.
[1580] Cour administrative d'appel de Marseille, 15 avril 2014, n° 12MA03117.

uniquement sur la gravité des faits reprochés à l'intéressé, sans prendre en compte que celui-ci avait démontré « un bon comportement, révélant un amendement certain, un suivi psychothérapeutique de sevrage et une volonté de réinsertion par réorientation professionnelle ». La Cour administrative d'appel refuse ainsi l'automaticité de la mesure d'expulsion. Plus encore, la même juridiction a annulé l'arrêté d'expulsion prononcé à l'encontre d'une ressortissante camerounaise condamnée en 2004 pour meurtre à une peine de dix ans d'emprisonnement, en jugeant que le préfet de police « ne justifie pas qu'à la date de l'arrêté contesté la présence de [l'intéressée] sur le territoire français représenterait une menace grave à l'ordre public, alors qu'il ressort des pièces du dossier et notamment de l'extrait du rapport d'expertise établi par le docteur Thuillier que la requérante ne paraît pas dangereuse en milieu libre et que, si elle nie les faits de meurtre, elle ne présente aucune pathologie mentale ni trouble psychologique ; qu'elle a bénéficié de plusieurs permissions de sortie au cours des dernières années de sa détention sans aucun incident et que, depuis sa libération, aucun trouble à l'ordre public ne lui a été imputé »[1581]. La juridiction s'appuie ainsi sur le comportement général de l'intéressée qui révélait son absence de dangerosité pour l'ordre public. Si elle peut se fonder sur la condamnation pénale de l'intéressé pour des infractions violentes et graves, la mesure d'expulsion doit donc nécessairement s'appuyer sur des éléments extérieurs à cette condamnation, ayant trait au comportement de l'étranger concerné, à ses efforts de réinsertion. La menace pour l'ordre public ne peut pas, dans ces conditions, se référer à l'unique condamnation pénale subie par l'intéressé. En matière de terrorisme pourtant, cette exigence semble affaiblie par la nature de l'infraction qui apparaît suffisante, à elle seule, à justifier la mesure d'expulsion.

2. Le refus de l'individualisation administrative dans le cadre du terrorisme

408. Affaiblissement – Si le principe de l'individualisation administrative permet d'éviter que l'expulsion ne soit systématiquement prononcée à l'encontre d'un étranger condamné pénalement, l'autorité administrative, appuyée par le juge, semble s'écarter de cette exigence lorsque l'infraction commise est de nature terroriste. Loin d'exiger une véritable individualisation, le juge administratif admet en la matière des motivations très « stéréotypées »[1582] qui mentionnent uniquement les faits reprochés et l'ensemble du

[1581] Cour administrative d'appel de Paris, 31 juillet 2012, n° 11PA03204.
[1582] Jean-Louis GUERRIVE, « " Double peine" et police des étrangers », *op. cit.*, p. 829.

comportement de l'intéressé. Initialement constaté dans le cadre d'infractions relatives au trafic de stupéfiants[1583], cet affaiblissement de l'individualisation est particulièrement visible dans le cadre des infractions de nature terroriste. Le juge administratif refuse ainsi, par une formule « abrupte, abstraite, elliptique »[1584] d'annuler l'arrêté d'expulsion qui ne fait que mentionner l'infraction de nature terroriste commise par l'étranger et évoquer son « comportement d'ensemble » sans préciser ce dernier ni s'appuyer sur des documents circonstanciés, tels que des rapports de probation. La commission de telles infractions justifie donc à elle seule l'expulsion de l'étranger, le juge administratif se refusant à examiner ses gages de réinsertion ou tout autre élément qui pourrait venir démontrer son absence de dangerosité actuelle[1585]. Dans un arrêt du 25 juin 2013, la Cour administrative d'appel de Versailles s'est ainsi exclusivement appuyée sur la condamnation pénale d'un ressortissant tunisien à cinq ans d'emprisonnement pour association de malfaiteurs terroristes afin de rejeter la requête formée par l'intéressé qui invoquait l'absence de prise en compte par le préfet de l'ensemble de son comportement lors du prononcé de l'arrêté d'expulsion dont il faisait l'objet. Occultant le fait que le requérant avait été condamné pour des actes anciens sans que les juges répressifs n'aient jugé utile d'assortir sa condamnation pénale d'une interdiction judiciaire du territoire, qu'il était marié à une ressortissante française depuis 2008 avec laquelle il avait deux enfants et qu'il présentait des garanties de réinsertion, la Cour administrative d'appel a jugé qu' « il ressort *toutefois* des pièces du dossier que l'intéressé a été condamné à cinq années d'emprisonnement pour avoir détenu en bande organisée un dépôt d'armes et de munitions, financé une entreprise terroriste, détenu sans autorisation des produits ou des engins explosifs et, enfin, participé à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'actes de terrorisme ; qu'ainsi, eu égard à la gravité particulière des faits commis et au comportement d'ensemble de l'intéressé, le préfet de la Seine-Saint-Denis n'a commis d'erreur d'appréciation en estimant que la présence de [l'intéressé] sur le territoire français constituait une menace grave pour l'ordre public »[1586]. À l'aide d'un adverbe, les juges administratifs rejettent l'ensemble des éléments liés au comportement général de l'intéressé en invoquant sa condamnation pénale pour des faits de terrorisme. Cette interprétation est encore plus claire lorsque la Cour précise que si l'intéressé

[1583] Par exemple : Conseil d'État, 26 octobre 1998, n° 173098 ; Cour administrative d'appel de Paris, 9ème Chambre, 19 novembre 2015, 14PA05121 ; Jean-Louis GUERRIVE, « " Double peine" et police des étrangers », *ibid..,* p. 829.
[1584] Renée KOERING-JOULIN, « Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* n° 4, Octobre-Décembre 1986, p. 721.
[1585] Jean-Louis GUERRIVE, « " Double peine" et police des étrangers », *op. cit.*, p. 829.
[1586] Cour administrative d'appel de Versailles, 25 juin 2013, n° 12VE02848, § 8, nous soulignons.

« soutient qu'il est marié depuis trois ans à une ressortissante française, qu'il participe à l'éducation de ses deux enfants de nationalité française et qu'il a entrepris les démarches en vue d'obtenir un emploi, *il ressort des pièces du dossier qu'[il] a été condamné*, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, *à cinq ans d'emprisonnement du chef, notamment, de sa participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'actes de terrorisme* »[1587]. Le caractère terroriste des actes reprochés occulte et empêche ainsi la prise en compte de l'ensemble des éléments tenant au comportement de l'intéressé. La nature de ces infractions suffit, à elle seule, à justifier la mesure d'expulsion, comme le confirme encore un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 4 décembre 2014.

409. Jurisprudence – En l'espèce, les juges ont confirmé la possibilité de prononcer l'expulsion d'un étranger condamné à trois ans d'emprisonnement pour avoir participé à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme, financé une entreprise terroriste et commis un acte de terrorisme constitué par l'extorsion par violence, menace ou contrainte de signature, promesse, secrets, fonds, valeur ou bien[1588]. Malgré la nature terroriste des infractions reprochées, la peine d'emprisonnement prononcée était relativement faible, notamment en considération du *quantum* encouru, l'extorsion par violence, menace ou contrainte de signature, promesse, secrets, fonds, valeur ou bien étant à elle seule punie de quinze ans de réclusion criminelle[1589] lorsqu'elle est commise intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur[1590]. La peine avait ainsi été modulée, individualisée par le Tribunal correctionnel, qui avait par ailleurs refusé de prononcer la peine d'interdiction du territoire français requise par le procureur de la République. Ces circonstances n'avaient pas empêché le Préfet de prononcer un arrêté d'expulsion à l'encontre de l'intéressé, dont le contenu reprenait la condamnation pénale subie par ce dernier et précisait qu'il constituait dès lors une menace grave pour l'ordre public « en raison de l'ensemble de son comportement ». « L'ensemble du comportement » de l'intéressé n'était pourtant pas de nature à justifier la mesure d'expulsion : celui-ci avait certes été condamné pour des actes liés au terrorisme, mais la faiblesse de la peine d'emprisonnement et l'absence de prononcé de l'interdiction du territoire – autrement dit, l'individualisation de la peine opérée par les juges répressifs –

[1587] *Ibid.,* § 9, nous soulignons.
[1588] Cour administrative d'appel de Paris, 4 décembre 2014, n° 14PA00080.
[1589] Article 421-3 du Code pénal.
[1590] Article 421-1 du Code pénal.

semblaient atténuer la gravité des faits qui lui étaient reprochés. Il n'avait par ailleurs commis aucune autre infraction depuis sa condamnation et avait même bénéficié d'une mesure de libération conditionnelle, ce qui tendait à démontrer son absence de dangerosité. La commission d'expulsion avait de son côté émis un avis défavorable à son expulsion. L'ensemble du comportement du requérant ne plaidait donc pas pour son expulsion, mais davantage pour une interprétation si ce n'est plus mesurée, au moins plus nuancée de sa dangerosité pour l'ordre public. La Cour administrative d'appel de Paris a pourtant choisi de se fonder uniquement sur la condamnation pénale pour acte de terrorisme en jugeant que si l'intéressé « soutient qu'aucun autre fait ne peut lui être reproché depuis cette condamnation et qu'il a bénéficié d'une mesure de libération conditionnelle, ces circonstances ne sont pas suffisantes, *eu égard à la gravité des faits qui lui sont reprochés* et à leur caractère relativement récent, pour établir que le préfet de police aurait commis une erreur d'appréciation en estimant que sa présence sur le territoire français constituait une menace grave pour l'ordre public »[1591]. La Cour a encore précisé, utilisant une « formule à double négation »[1592] dont la conséquence est de renvoyer à l'intéressé la charge de prouver que l'administration n'a pas pris en compte l'ensemble des éléments de son comportement, qu' « il *ne ressort pas* des pièces du dossier que le préfet de police, qui, après avoir rappelé la condamnation pénale dont l'intéressé avait fait l'objet, s'est référé dans l'arrêté litigieux à l'ensemble de son comportement, *n'ait pas* en l'espèce examiné l'ensemble des éléments relatifs au comportement de [l'intéressé] et aux différents aspects de sa situation afin de déterminer si, après les infractions commises par ce dernier, sa présence sur le territoire français constituait, à la date de l'arrêté contesté, une menace grave pour l'ordre public »[1593].

410. Sanction – Les arrêts précités révèlent un affaiblissement de l'individualisation administrative lorsque l'expulsion est prononcée à l'encontre d'un étranger condamné pour acte de terrorisme. Dans cette hypothèse, la nature terroriste de l'infraction commise conduit à justifier à elle seule la mesure d'expulsion, sans que le comportement positif de l'auteur après sa condamnation pénale ne soit pris en considération. L'expulsion revêt alors un caractère quasiment automatique, directement lié à l'infraction commise. Autrement dit, elle constitue une sanction des infractions commises. Mais c'est dans le prononcé de l'expulsion *malgré* l'absence de prononcé de la peine d'interdiction du territoire par le juge pénal que se constate encore davantage le refus de l'individualisation administrative. L'expulsion vient alors évincer

[1591] Cour administrative d'appel de Paris, 4 décembre 2014, n° 14PA00080, § 6, nous soulignons.
[1592] Jean-Louis GUERRIVE, « " Double peine" et police des étrangers », *op. cit.*, p. 829.
[1593] Cour administrative d'appel de Paris, 4 décembre 2014, n° 14PA00080, § 5, nous soulignons.

l'individualisation pénale opérée par les juges répressifs qui n'avaient pas jugé utile de prononcer une interdiction du territoire. Dans cette hypothèse, l'expulsion se transforme en une double sanction : une sanction de l'infraction commise mais également de l'individualisation pénale opérée par les juges répressifs lors de la condamnation de l'intéressé.

B. Le contournement de l'individualisation pénale

411. Parallèlement à la mise à l'écart de l'individualisation administrative, le contentieux de l'expulsion révèle un contournement de l'individualisation opérée par le juge pénal lors du prononcé de la condamnation de l'étranger pour acte de terrorisme. Plus précisément, la mesure d'expulsion est prononcée dans des hypothèses où le juge répressif n'a pas jugé opportun de prononcer à l'encontre de l'étranger une peine complémentaire d'interdiction du territoire. L'extrême similitude de ces deux mécanismes conduit alors l'autorité administrative à prononcer l'expulsion afin de remédier à l'absence de prononcé de l'interdiction du territoire **(1)**. Ici, l'expulsion ne complète pas la condamnation pénale mais vient la supplanter en sanctionnant l'individualisation pénale opérée par le juge répressif au bénéfice de l'intéressé **(2)**.

1. L'expulsion palliative de l'absence de prononcé de l'interdiction du territoire

412. Interdiction du territoire – L'étude de la jurisprudence révèle que l'expulsion est très souvent prononcée en matière d'actes de terrorisme, lorsque l'étranger n'a pas été condamné par le juge répressif à une peine complémentaire d'interdiction du territoire. L'interdiction du territoire français est prévue à l'article 131-30 du Code pénal qui dispose que « lorsqu'elle est prévue par la loi, la peine d'interdiction du territoire français peut être prononcée, à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable d'un crime ou d'un délit ». L'interdiction du territoire constitue donc une véritable peine complémentaire, facultative, prononcée à titre définitif ou temporaire par une juridiction pénale à l'encontre d'un étranger condamné à titre principal pour une infraction prévue par le Code pénal ou par d'autres dispositions[1594]. Cette peine obéit au principe de spécialité, ce qui signifie qu'elle n'est applicable qu'aux infractions criminelles ou délictuelles pour lesquelles

[1594] Isabelle HAREL-DUTIROU, « Interdiction du territoire français », *Jurisclasseur pénal,* Fascicule 20, n° 7 et suivants.

le législateur a expressément prévu la possibilité pour le juge répressif d'y recourir[1595]. En réalité, elle n'est que peu restreinte, son champ d'application n'ayant cessé d'être étendu[1596]. L'interdiction du territoire est ainsi parfaitement applicable à l'attentat[1597] et aux actes de terrorisme[1598].

Mais bien que constituant une peine venant sanctionner l'infraction commise, l'interdiction du territoire présente de nombreuses similitudes avec l'expulsion. Réservée uniquement aux étrangers et aux individus majeurs[1599], l'interdiction du territoire est soumise à des conditions restrictives, les articles 131-30-1 et 131-30-2 du Code pénal établissant, de manière similaire au CESEDA en matière d'expulsion, des protections relative et quasi-absolue contre le prononcé de cette peine à l'égard de certaines catégories d'étrangers[1600]. La protection quasi-absolue établie à l'article 131-30-2 du Code peut par ailleurs, tout comme celle établie en matière d'expulsion par l'article L. 521-3 du CESEDA, être écartée lorsque l'étranger a commis un acte de terrorisme[1601]. Ce dernier pourra alors être condamné à une peine d'interdiction du territoire malgré les liens forts qu'il entretient avec la France. Mais surtout, l'interdiction judiciaire du territoire entraîne les mêmes effets que l'expulsion, à savoir la reconduite de plein droit de l'étranger à la frontière après l'exécution de la peine principale d'emprisonnement[1602] ; elle interdit également son retour sur le territoire jusqu'à son expiration[1603]. L'intérêt de cette peine complémentaire est donc, tout comme l'expulsion, d'éloigner l'étranger délinquant du territoire, voire de le neutraliser puisque l'interdiction prononcée peut être définitive. L'expulsion et l'interdiction judiciaire du territoire répondent ainsi à des « démarches très parentes »[1604] et aboutissent aux mêmes effets neutralisants. C'est pour cette raison que la mesure d'expulsion vient naturellement s'appliquer lorsque le juge pénal a refusé de prononcer

---

[1595] Claire SAAS, « Interdictions judiciaires du territoire français », *Jurisclasseur de droit pénal et de procédure pénale*, novembre 2015, n° 98.
[1596] *Ibid.*
[1597] L'article 414-6 du Code pénal dispose que « L'interdiction du territoire français peut être prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-30, soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable de l'une des infractions définies aux chapitres Ier, II et IV du présent titre et aux articles 413-1 à 413-4, 413-10 et 413-11 ». Or, au sein du chapitre II figurent en section I les infractions relatives à l'attentat (article 412-1) et au complot (article 412-1).
[1598] L'article 422-4 du Code pénal prévoit le prononcé de l'interdiction du territoire en matière d'actes de terrorisme tels qu'ils sont définis aux articles 421-1 et suivants du Code pénal.
[1599] L'article 20-4 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante exclut la possibilité qu'elle puisse être prononcée à l'encontre d'un mineur.
[1600] Les articles 131-30-1 et 131-30-2 sont ainsi quasiment identiques aux articles L. 521-2 et L. 521-3 du CESEDA.
[1601] Dernier alinéa de l'article 131-30-2 du Code pénal.
[1602] Article 131-30 alinéa 2 ; Evelyne BONIS-GARÇON, Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, Lexisnexis, 2ème édition, 2015, n° 184, p. 82.
[1603] François FOURMENT, « L'interdiction du territoire français : peines perdues », *Actualité juridique Pénal*, 2008, p. 12.
[1604] Jean-Louis GUERRIVE, « " Double peine" et police des étrangers », *op. cit.*, p. 829.

une peine d'interdiction du territoire. Dans cette situation, l'expulsion constitue l'unique mesure efficace « pour maintenir ou rétablir l'ordre public après épuisement […] de la voie pénale judiciaire »[1605]. Elle est alors utilisée par l'Administration pour « pallier l'insuffisance des sanctions pénales », plus précisément l'absence de prononcé d'une interdiction judiciaire du territoire, en « puni[ssant] plus sévèrement l'administré »[1606]. Il est alors de nouveau intenable d'évacuer le caractère sanctionnateur de l'expulsion tant la prévention d'une atteinte future à l'ordre public passe ici par une répression de l'atteinte antérieure créée par l'infraction pénale. Mais cette répression administrative ne peut s'effectuer sans porter atteinte à l'individualisation pénale effectuée par le juge répressif.

2. L'expulsion sanctionnatrice de l'individualisation pénale

413. Individualisation de la peine – Principe fondamental reconnu par les lois de la République[1607], l'individualisation de la peine trouve son siège, depuis la loi du 15 août 2014[1608], au sein de deux dispositions du Code pénal. L'article 130-1 précise d'abord qu' « [a]fin 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 ». Il ne s'agit donc « plus d'éliminer, mais d'élever », d'extirper le délinquant de ses faiblesses[1609]. L'article 132-1 dispose ensuite dans ses deuxième et troisième alinéas que « [t]oute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée. Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le *quantum* et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 ». Le juge doit donc prononcer la peine au regard de trois critères distincts : les circonstances de l'infraction qui viennent compléter la première

[1605] Expression d'Étienne PICARD, à propos du retrait d'une autorisation administrative : *La notion de police administrative, op. cit.,* p. 348.
[1606] *Ibid.*
[1607] Conseil constitutionnel, 19 janvier 1981, n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.*
[1608] Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Auparavant, ce principe trouvait sa source au sein de l'article 132-24 alinéa 2 qui disposait alors que « La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions ».
[1609] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 649, n° 528.

évaluation de la gravité de l'infraction opérée par le législateur dans l'édiction de la peine[1610], la personnalité de l'auteur, c'est-à-dire « tout ce qui peut, subjectivement, expliquer l'infraction ou en faire comprendre les raisons »[1611], et sa situation matérielle, familiale et sociale afin de prendre en considération l'univers dans lequel le délinquant évolue.

414. Absence d'automaticité – Le principe d'individualisation de la peine est donc relatif au traitement pénal de l'intéressé, c'est-à-dire à « l'ensemble des mesures de nature à répondre à la situation du condamné, selon les divers objectifs poursuivis par le législateur »[1612], à savoir assurer la protection de la société, prévenir la commission de nouvelles infractions et restaurer l'équilibre social[1613]. Ce principe intervient dès le stade du prononcé de celle-ci : il signifie alors que le juge pénal dispose de la faculté de prononcer une peine, ou au contraire de s'en abstenir[1614]. L'article 132-17 du Code pénal proscrit ainsi *a priori* l'automaticité de la peine, en affirmant qu' « [a]ucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée ». Ce principe s'applique aux peines principales mais également aux peines complémentaires, qui « s'ajoutent »[1615] aux premières.

415. Interdiction du territoire – La peine complémentaire d'interdiction du territoire français répond parfaitement à cette logique d'individualisation : en précisant que « [l]orsqu'elle est prévue par la loi, [cette peine] peut être prononcée, à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable d'un crime ou d'un délit », l'article 131-30 du Code pénal accorde au juge pénal la faculté de la prononcer en modulant sa durée d'application ou, au contraire, de ne pas la prononcer[1616]. Afin de décider de prononcer ou non une peine, ou encore de moduler celle-ci, le juge se réfère autant à la personne du délinquant qu'aux « circonstances de l'infraction »[1617], à « la manière dont l'infraction a été consommée »[1618]. Le juge pénal qui refuse de prononcer une interdiction du territoire français

[1610] *Ibid.,* p. 633, n° 531.
[1611] *Ibid.,* p. 633, n° 531.
[1612] Evelyne BONIS-GARÇON, Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 161.
[1613] Article 130-1 du Code pénal.
[1614] Evelyne BONIS-GARÇON, Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 161.
[1615] Xavier PIN, *Droit pénal général, op. cit.,* p. 379, n° 368.
[1616] La proposition de loi n° 521 *relative à l'immigration*, déposée par Éric CIOTTI à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 décembre 2017 souhaite toutefois rendre obligatoire le prononcé de la peine d'interdiction du territoire français à l'encontre de toute personne de nationalité étrangère ne justifiant pas d'un séjour régulier en France depuis au moins cinq ans et qui est déclarée coupable d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'un an d'emprisonnement (article 16).
[1617] Article 132-1 alinéa 3 du Code pénal.
[1618] Evelyne BONIS-GARÇON, Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 170.

pourtant requise par le parquet agit ainsi en vertu du principe d'individualisation de la peine qui l'invite à prendre en considération l'état d'esprit du délinquant, son passé pénal, la nature de l'infraction commise, ou encore les mobiles qui ont guidé son auteur[1619]. L'absence de prononcé de la peine d'interdiction du territoire révèle donc que le juge pénal a considéré que cette peine complémentaire n'était pas utile au regard de l'ensemble de ces éléments et ne permettait pas, dans les circonstances de l'affaire, d'assurer la protection de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions au sens de l'article 130-1 du Code pénal. Autrement dit, le juge pénal a considéré que l'infraction commise et la personnalité du délinquant ne révélaient pas une dangerosité particulière qui *nécessiterait* de l'éloigner définitivement ou pour un temps du territoire. Lorsqu'elle intervient après la commission d'une infraction à caractère terroriste que le juge pénal n'a pas souhaitée punir par l'infliction d'une interdiction du territoire, l'expulsion constitue donc un remède à la carence supposée de la condamnation pénale.

416. Sanction de l'absence de prononcé d'une ITF – Dans ces conditions, l'arrêté d'expulsion qui intervient après la condamnation du délinquant, alors même que le juge pénal n'a pas jugé utile d'assortir la peine principale d'une interdiction du territoire, constitue une sanction fondée uniquement sur la nature terroriste des faits reprochés mais écarte en plus l'individualisation de la peine et le raisonnement juridique effectué par le juge pénal. Elle prend alors la forme d'une sanction davantage que celle d'une mesure de police administrative : sanction des actes à caractère terroriste commis par le délinquant mais aussi de la supposée insuffisance de l'office du juge pénal. Pourtant, la protection de la société et la prévention de nouvelles infractions font partie intégrante des objectifs de la peine. Si l'infraction est relative à l'acte ou à l'omission prévue et réprimée par la loi pénale[1620], l'objectif du droit pénal est de défendre l'ordre social[1621] : l'infraction « n'existe que parce qu'elle est contraire à l'ordre public et […] qu'elle le trouble »[1622]. La peine a pour fonction de faire cesser le trouble mais également d'éviter qu'il ne réapparaisse à l'avenir. La sanction pénale est donc tournée vers l'avenir ; l'amendement, l'insertion ou la réinsertion du condamné – second objectif de la peine au sens de l'article 130-1 du Code pénal – étant étroitement liés à l'absence de réitération de l'infraction. Le juge pénal qui ne prononce pas la peine d'interdiction du territoire français *malgré* les réquisitions du parquet en ce sens agit ainsi parce qu'il juge que la personnalité du

[1619] *Ibid.,* pp. 169-171.
[1620] Wilfrid JEANDIDIER, *Droit pénal général,* Domat, 1988, p. 179.
[1621] Il est le droit des valeurs sociales : Adrien-Charles DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, p. 282.
[1622] Nicole GUIMEZANES, « Réflexions sur l'expulsion des étrangers », *op. cit.*, p. 174.

délinquant et les circonstances de l'infraction ne révèlent pas une dangerosité suffisante de nature à l'exclure du territoire. En d'autres termes, l'individualisation de la sanction pénale conduit le juge répressif à écarter l'interdiction du territoire lorsqu'il juge que celle-ci n'est pas *nécessaire*. Or, le prononcé d'une mesure d'expulsion fondé uniquement sur la nature terroriste de l'infraction revient à contourner ce principe et à opérer une discordance totale entre le raisonnement opéré par le juge pénal et celui suivi par l'autorité administrative. Alors que le juge pénal estime que le risque de récidive est peu élevé, l'autorité administrative considère au contraire que le comportement de l'intéressé constitue une « menace grave pour l'ordre public ». Comment ne pas relever cette contradiction lorsque le juge pénal prononce une faible peine d'emprisonnement au regard des faits reprochés et refuse de l'assortir d'une interdiction du territoire, tandis que, en considération des mêmes faits, l'autorité administrative puis la Cour administrative d'appel de Paris[1623] prononcent et confirment respectivement l'arrêté d'expulsion en se fondant uniquement sur la nature terroriste des faits reprochés. Dans une telle hypothèse, le prononcé de la mesure d'expulsion contredit l'absence de prononcé de l'interdiction judiciaire du territoire et l'autorité administrative devient concurrente de l'autorité judiciaire.

CONCLUSION DE LA SECTION I

417. Qualifiée par le droit français de mesure de police administrative détachée de la commission d'une infraction pénale, la mesure d'expulsion entretient pourtant un véritable lien avec le droit pénal. Ce lien, d'abord établi par le législateur, est confirmé par les juges administratifs qui n'hésitent pas à inférer la menace pour l'ordre public représentée par la présence de l'étranger sur le territoire de la gravité de l'infraction commise[1624]. L'expulsion se mue alors en une sanction de l'infraction passée. La qualification de l'expulsion en sanction est autant objective, cette mesure étant la conséquence de l'infraction commise, que subjective, l'expulsion pouvant parfaitement être vécue par l'intéressé comme une sanction de ses actes passés. Cette attache de la mesure d'expulsion à la condamnation pénale de l'intéressé se retrouve particulièrement dans le cadre des infractions de nature terroriste, où l'expulsion vient contourner les exigences d'individualisation administrative et pénale. Alors que la jurisprudence a contraint l'autorité administrative à prendre en considération l'ensemble du

[1623] Cour administrative d'appel de Paris, 4 décembre 2014, n° 14PA00080, voir *supra* n° 409.
[1624] Nicole GUIMEZANES, « Réflexions sur l'expulsion des étrangers », *op. cit.,* p. 174.

comportement de l'intéressé lors du prononcé de la mesure d'expulsion, afin que cette dernière ne puisse être considérée comme une sanction, l'étude du contentieux révèle que la commission d'infractions terroristes conduit à écarter cette exigence autant qu'à contourner l'individualisation opérée par le juge répressif lors du prononcé de la condamnation pénale. L'expulsion est décidée au regard uniquement de la gravité que revêt l'infraction terroriste, l'autorité administrative et le juge se refusant à prendre en considération le comportement positif de l'auteur depuis sa condamnation. L'expulsion constitue alors une véritable sanction de l'infraction terroriste, entraînant la neutralisation de l'étranger. Plus particulièrement, c'est encore l'individualisation pénale opérée par le juge répressif lors de la condamnation qui est sanctionnée par le prononcé de l'expulsion lorsque cette mesure est décidée après que le juge pénal ait refusé de prononcer une peine d'interdiction du territoire. L'expulsion contourne ici l'office du juge pénal ; elle supplée la supposée insuffisance de la condamnation prononcée en imposant une mesure dont les effets sont similaires à l'interdiction du territoire.

L'aspect palliatif de l'expulsion se constate encore lorsque l'individu condamné pour acte de terrorisme n'est pas étranger, mais Français. Dans cette hypothèse, ni la condamnation pénale, ni l'expulsion ne permettent *a priori* de l'éloigner du territoire. Pourtant, l'expulsion peut rapidement recouvrir son application grâce au mécanisme de déchéance de nationalité qui, en neutralisant la nationalité française, permet à l'autorité administrative d'effectuer ce que le juge pénal était dans l'impossibilité de faire : exclure le Français terroriste.

SECTION II. L'EXPULSION DU FRANÇAIS TERRORISTE PERMISE PAR LA DECHEANCE DE NATIONALITE

418. La nationalité française constitue un obstacle à l'éloignement de l'individu qui, malgré la menace grave pour l'ordre public portée par son comportement, ne peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion. L'État français est ainsi contraint de conserver sur son territoire ses ressortissants nationaux, peu importe que ces derniers aient ou non commis des actes de nature terroriste. Il existe donc, au premier regard, une différence de traitement entre l'étranger et le Français terroriste induite directement par la nationalité française. Conscient de l'obstacle que constitue la nationalité française, le législateur s'est naturellement emparé d'un mécanisme de neutralisation de cette nationalité, la déchéance, afin de l'appliquer aux ressortissants français condamnés pour acte de terrorisme. Les récents événements ont en effet démontré que le terrorisme actuel a ceci de particulier qu'il est commis *par* des Français, à l'encontre des

Français et de la France. La déchéance de nationalité, instrument désormais privilégié en matière de terrorisme **(Paragraphe 1)** permet ainsi de contourner l'obstacle à la mesure d'expulsion qu'est la nationalité française **(Paragraphe 2)**. Le Français déchu acquiert la condition d'étranger comme il avait auparavant acquis la nationalité française. L'expulsion peut alors jouer pleinement son rôle, et forcer le Français déchu condamné pour acte de terrorisme à quitter le territoire national.

Paragraphe I. La déchéance, instrument privilégié en matière de terrorisme

419. Dans son sens premier, le mot déchéance est défini comme « l'action de déchoir, de dégénération »[1625] ; il est l'état de ce qui est déchu. Du latin *cadere,* qui signifie « tomber », le verbe « déchoir », dans son caractère intransitif, est relatif au fait de « tomber dans un état inférieur à celui où l'on était »[1626]. Transitif, il désigne le fait de priver quelqu'un de quelque chose, et plus particulièrement d'un droit. Déchoir, c'est donc abaisser, dégrader, faire chuter. La déchéance de nationalité revêt ainsi une signification profonde de dégradation, de disgrâce, de sanction[1627]. Juridiquement, elle se définit d'ailleurs comme la « sanction consistant à priver un individu de sa nationalité, en raison de son comportement indigne ou préjudiciable aux intérêts de l'État »[1628]. Connue pour avoir été particulièrement utilisée au cours des heures sombres de l'Histoire, la déchéance de nationalité a subi un double mouvement : d'abord limitée de manière générale afin d'éviter de nouveaux abus **(A)**, son champ d'application a néanmoins été étendu en matière d'acte de terrorisme **(B)**.

A. Un recours limité en principe

420. Origine – La déchéance est l'instrument privilégié des périodes troubles[1629]. L'ancêtre de cette sanction prend forme dans un Édit du mois d'août 1669 qui interdisait aux protestants, alors persécutés, de se retirer du Royaume sans permission, sous peine d'être « réputés étrangers »[1630]. Plus tard, les décrets des 4 mars et 27 avril 1848 ont établi l'abolition

---

[1625] *Littré.*
[1626] *Ibid.*
[1627] Catherine KESSEDJIAN, « Le juif déchu de sa nationalité française », *in Le droit antisémite de Vichy,* Revue *Le genre humain*, Éditions du Seuil, 1996, p. 231.
[1628] Gérard CORNU, « Déchéance de nationalité », *in Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 2018.
[1629] *Ibid.,* p. 108.
[1630] Gérard LEGIER, *Histoire du droit de la nationalité française, Des origines à la veille de la réforme de 1889*, PUAM, 2014, tome I, n° 431 et suivants, tome II, n° 730 et suivants ; Patrick CABANEL, Histoire des protestants en France : XVIe-XXIe siècle, Fayard, 2012.

de l'esclavage dans les colonies et dans les possessions françaises, sanctionnant le non-respect de ces prescriptions par la perte[1631] ou la déchéance[1632] de la qualité de citoyen français. Contesté lors des débats sur la loi du 26 juin 1889 relative à la nationalité[1633], ce premier cas de déchéance a résisté jusqu'à l'ordonnance du 19 octobre 1945[1634]. Après la Première Guerre mondiale, la loi du 10 août 1927[1635] a facilité la naturalisation[1636] mais également la déchéance qui, prononcée par un juge[1637], a été permise dans trois hypothèses : lorsque l'individu avait accompli des actes contraires à la sûreté intérieure et extérieure de l'État français d'abord[1638], lorsqu'il s'était livré, au profit d'un État étranger, à des actes incompatibles avec la qualité de citoyen français et contraires aux intérêts de la France ensuite[1639], et lorsqu'il s'était soustrait aux obligations résultant des lois de recrutement enfin[1640]. Les termes généraux de ces hypothèses de déchéance rendaient la définition de cette notion ambivalente et étrangère aux catégories pénales en vigueur[1641], comme si le législateur souhaitait démontrer qu'aucune condamnation pénale, si importante qu'elle soit, ne suffisait à justifier une déchéance de nationalité[1642].

421. Durcissement – Ce système libéral va se durcir à l'approche de la Seconde Guerre mondiale. À la procédure jusqu'alors judiciaire se substitue une procédure administrative[1643]. Parallèlement, le Gouvernement de Vichy organise par deux fois un retrait de la nationalité française à grande échelle. Il remet d'abord en cause les naturalisations obtenues dans le cadre de la loi de 1927 en créant une commission chargée d'examiner ces naturalisations : la

[1631] Amélie DIONISI-PEYRUSSE, « Nationalité – Perte et déchéance individuelles », *Jurisclasseur civil code*, Fascicule n° 80, n° 99.
[1632] Pascal MBONGO, *L'identité française et la loi. Une histoire politique,* LGDJ, 2016, p. 74.
[1633] Loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, *Journal officiel de la République française* n° 0172 du 28 juin 1889 page 2977.
[1634] Promulguant le Code de la nationalité ; Patrick WEIL, « L'ordonnance du 19 octobre 1945 : affinement juridique », *Plein droit,* n° 29-30, novembre 1995.
[1635] Loi du 10 août 1927 sur la nationalité, *Journal officiel de la République française* du 14 août 1927, p. 8697.
[1636] Notamment au sein de son article 4 ; « Devient Français, à l'âge de vingt et un ans, s'il est domicilié en France, tout individu né en France d'un étranger ».
[1637] Article 10 de la loi du 10 août 1927 : « L'action [en déchéance] est intentée, sur la demande du ministre de la justice, par le ministère public, devant le tribunal civil du domicile, ou, à son défaut, de la résidence de l'intéressé ».
[1638] Article 9, 5°, a), de la loi du 10 août 1927.
[1639] Article 9, 5°, b), de la loi du 10 août 1927.
[1640] Article 9, 5°, c), de la loi du 10 août 1927.
[1641] Pascal MBONGO, *L'identité française et la loi. Une histoire politique*, op. cit., p. 74.
[1642] *Ibid.*
[1643] Décret du 12 novembre 1938, relatif à la situation et à la police des étrangers, *Journal officiel de la République française* du 13 novembre 1938, p. 12920.

nationalité française est alors retirée à 15 154 personnes dont 6 307 israélites[1644]. Le décret Crémieux du 24 octobre 1870, qui avait accordé la nationalité française aux juifs d'Algérie, est ensuite abrogé par la loi du 7 octobre 1940[1645] : 110 000 juifs d'Algérie perdent alors la nationalité française[1646]. La « fabrique »[1647] des étrangers fut ainsi lancée à grande échelle, avec l'avantage de pouvoir, en raison de leur extranéité nouvelle, les « confier » plus aisément aux autorités allemandes[1648]. Indépendamment de ce retrait de nationalité, la loi du 23 juillet 1940 dévoie plus encore la déchéance à des fins politiques[1649] en établissant que « tout Français qui a quitté le territoire français métropolitain entre le 10 mai et le 30 juin 1940 pour se rendre à l'étranger sans ordre de mission régulier émanant de l'autorité compétente ou sans motif légitime »[1650] peut être déchu de sa nationalité[1651].

422. Limitation – A la suite de la seconde guerre mondiale, la déchéance de nationalité est limitée par le Code de la nationalité. Dès lors, cette sanction ne peut être prononcée que si les faits reprochés se sont produits dans un délai de 10 ans à compter de l'acquisition de la nationalité française et seulement dans un délai de dix ans à compter de la perpétration de ces faits[1652]. Ce système créé en 1945 est celui qui est globalement appliqué aujourd'hui.

Si le recours à l'Histoire révèle que la déchéance de nationalité est liée à des heures sombres « au cours desquelles on admit de distinguer plusieurs catégories de Français »[1653], le régime

---

[1644] Fabienne JAULT-SESEKE Sabine CORNELOUP, Ségolène BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, *op. cit.,* p. 188 ; Robert O. PAXTON, *La France de Vichy. 1940-1944,* Seuil, collection Point, p. 168 ; Danièle LOCHAK, « Les étrangers sous Vichy », *Plein droit*, n° 29-30, novembre 1995, p. 7.

[1645] Loi du 7 octobre 1940 *portant abrogation du décret du 24 octobre 1870 fixant le statut des juifs indigènes d'Algérie, en ce qu'il règle les droits politiques des juifs indigènes des départements de l'Algérie et les déclare citoyens français*, *Journal officiel de la République française* du 8 octobre 1940, p. 5234.

[1646] Patrick WEIL, *Le sens de la République*, p. 108 ; Pascal MBONGO, *L'identité française et la loi. Une histoire politique*, *op. cit.,* p. 74 ; Fabienne JAULT-SESEKE Sabine CORNELOUP, Ségolène BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, *op. cit.,* p. 188.

[1647] Fabienne JAULT-SESEKE Sabine CORNELOUP, Ségolène BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, *op. cit.,* p. 188.

[1648] Voir, à propos des textes adoptés sous le régime de Vichy : Catherine KESSEDJIAN, « Le juif déchu de sa nationalité française », *op. cit.*, pp. 231-242.

[1649] Paul LAGARDE, *La nationalité française*, Dalloz, 4e édition, 2011, n° 42-101, p. 235.

[1650] Article 1er de la loi du 23 juillet 1940 *relative à la déchéance de la nationalité à l'égard des français ayant quitté la France*, *Journal officiel de la République française* du 24 juillet 1940, p. 4569.

[1651] La loi précise encore que celui-ci « sera regardé comme ayant entendu se soustraire aux charges et aux devoirs qui incombent aux membres de la communauté nationale et par suite avoir renoncé à la nationalité française ». Il s'agit alors de sanctionner la migration du Français vers la France libre après l'appel du 18 juin du Général de Gaulle. Ce dernier sera d'ailleurs frappé de la déchéance de nationalité. La loi du 28 février 1941 a ensuite étendu le champ d'application de cette sanction à tout Français qui, en dehors du territoire métropolitain, aurait trahi par ses actes, ses discours ou ses écrits, « les devoirs qui lui incombent en tant que membre de la communauté nationale » : *Ibid.* ; voir André GIUDICELLI, « La déchéance de nationalité française », *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT, La sanction du droit,* Presses universitaires de France, 2001, p. 333 et suivantes.

[1652] Article 99 du Code.

[1653] Fabienne JAULT-SESEKE Sabine CORNELOUP, Ségolène BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, *op. cit.,* p. 187.

actuel de cette sanction est toutefois déconnecté de toute discrimination liée à l'ethnie ou à la race[1654] même s'il continue de distinguer deux catégories de Français en ne s'appliquant qu'aux Français naturalisés.

423. La déchéance actuelle – La déchéance de nationalité est aujourd'hui prévue à l'article 25 du Code civil lorsque l'intéressé a été « condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme »[1655], « pour un acte qualifié de crime ou délit prévu et réprimé par le chapitre II du titre III du livre IV du code pénal »[1656], « pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui du code du service national »[1657] ou, enfin, s'il s'est « livré au profit d'un Etat étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France »[1658]. Le Code civil prévoit ainsi quatre hypothèses dans lesquelles la déchéance peut être prononcée, dont trois découlent directement d'une condamnation. Nombre d'infractions peuvent, à la lecture de l'article 25 du Code civil, entraîner le prononcé d'une déchéance de nationalité. Il en est ainsi des infractions ayant entraîné une atteinte aux intérêts de la Nation prévues aux articles 410-1 et suivants du Code pénal, telles que la trahison, l'espionnage, le complot mais également le terrorisme. Il en est également ainsi des infractions dont la nature et la gravité diffèrent de celles précitées, qui matérialisent des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique. Il s'agit plus précisément des articles 432-1 et suivants du Code pénal, relatifs aux manquements au devoir de probité, ou aux abus d'autorité commis envers les particuliers ou à l'encontre de l'administration.

424. Prononcé – La déchéance de nationalité est prononcée par décret, après avis conforme du Conseil d'État. Ce dernier est ainsi « co-auteur » de la décision de déchéance. Elle ne concerne que le Français d'acquisition et non le Français de naissance. Cette sanction constitue en ce sens « l'ultime discrimination entre français d'origine et français

[1654] Patrick WEIL, « Nationalité : l'originalité française », Études, tome 398, n° 3, mars 2003, pp. 321-331 ; Vincent GEISSER, « Déchoir de la nationalité des djihadistes "100 % *made in* france" : qui cherche-t-on à punir ? », *Migrations Société*, volume 162, n° 6, 2015, pp. 3-14.
[1655] Article 25, 1° du Code civil.
[1656] Article 25, 2° du Code civil.
[1657] Article 25, 3° du Code civil.
[1658] Article 25, 4° du Code civil. Elle est ainsi fondée sur le caractère répréhensible du comportement de l'intéressé : Pierre MAYER, Vincent HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit*., p. 665, n° 975.

d'acquisition », la seule qui existe encore dans notre droit de la nationalité[1659]. Le Français d'acquisition doit cependant posséder une autre nationalité, l'article 25 du Code civil précisant que la déchéance de nationalité ne peut avoir pour résultat de rendre l'individu apatride. La loi du 16 mars 1998 a en effet limité le recours à cette sanction en interdisant d'abord que la déchéance de nationalité entraîne l'apatridie[1660]. La déchéance de nationalité obéit donc depuis à un strict rapport État-personne[1661]. Surtout, le législateur continue d'imposer une limite temporelle en précisant que « la déchéance n'est encourue que si les faits reprochés à l'intéressé […] se sont produits […] dans le délai de dix ans à compter de la date de cette acquisition »[1662]. La déchéance de nationalité peut donc être prononcée uniquement dans un délai de dix ans à compter du jour de la perpétration des faits visés par l'article 25. Au premier regard, la déchéance de nationalité tend ainsi à se réduire. Le contexte terroriste actuel a néanmoins conduit le législateur à établir une tendance inverse à ce premier mouvement, en étendant l'utilisation de la sanction de déchéance de nationalité en matière d'actes de terrorisme[1663].

B. Un recours renforcé en matière de terrorisme

425. Extension temporelle – Le départ de 1 500 Français vers la zone irako-syrienne[1664] est devenu la préoccupation majeure du Gouvernement qui a souhaité exclure du territoire ces individus dont la migration « à but terroriste » a révélé la dangerosité pour la sécurité nationale. Treize déchéances de nationalité ont ainsi été prononcées entre 2002 et 2015 : une en 2002,

---

[1659] Paul LAGARDE, « Note sur les modifications du droit de la nationalité contenues dans la loi du 26 novembre 2003 », *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 553. Saisi d'une requête en violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le Conseil constitutionnel a refusé de reconnaître que cette différence de traitement entre Français de naissance et d'acquisition entraînait une discrimination. Il a ainsi jugé qu' « au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation […] ; toutefois, le législateur a pu, compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée, pour l'autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité » : Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, n° 23.

[1660] La loi n° 98-170 du 16 mars 1998 relative à la nationalité a également supprimé la possibilité de prononcer la déchéance en cas de condamnation « en France ou à l'étranger pour un acte qualifié de crime par la loi française et ayant entraîné une condamnation à une peine d'au moins cinq années d'emprisonnement ».

[1661] Amélie DIONISI-PEYRUSSE, « Nationalité – Perte et déchéance individuelles », *op. cit.*, n° 108.

[1662] Article 25-1 du Code civil.

[1663] Amélie DIONISI-PEYRUSSE, « Nationalité – Perte et déchéance individuelles », *op. cit.*, n° 104.

[1664] Commission d'enquête sur la surveillance des filières et des individus djihadistes, Assemblée nationale, XIV[e] législature, rapport n° 2828, 2 juin 2015, pp. 478-479

2003 et 2014, cinq en 2006 et en 2015[1665], avec pour conséquence majeure d'être suivies d'une procédure d'expulsion à l'encontre de la personne concernée. Les possibilités de prononcer la déchéance de nationalité se sont ainsi fortement réduites, sauf en matière de terrorisme, où le législateur a étendu à plusieurs reprises l'utilisation de la déchéance de nationalité. La loi du 26 novembre 2003 a d'abord permis d'étendre cette sanction à la commission d'actes réalisés *antérieurement* à l'acquisition de la nationalité par la personne concernée[1666]. Certes, cette extension concerne l'ensemble des cas prévus à l'article 25 du Code civil et pas seulement les actes de terrorisme, mais l'intervention du ministre de l'Intérieur lors des débats parlementaires de la loi conduit à penser que c'est bien le contexte terroriste qui a incité à opérer cette extension. L'intérêt de cette extension est important : même si les condamnations autorisant le prononcé de la déchéance sont également celles qui permettent de refuser d'accorder la nationalité française, l'extension de la déchéance aux actes perpétrés antérieurement à l'acquisition de la nationalité conduit à déchoir de la nationalité française l'individu qui, au moment de l'acquisition de la nationalité, était poursuivi mais pas encore condamné. Lors des débats, le ministre de l'Intérieur avait ainsi précisé à l'Assemblée nationale que ce changement pourrait permettre d'infliger la sanction de déchéance à « deux personnes [actuellement] accusées d'actes de terrorisme »[1667]. La loi du 23 janvier 2006[1668] a ensuite allongé le délai du prononcé de la déchéance de dix à quinze ans en matière d'actes de terrorisme ou d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, avec pour effet de creuser encore davantage la distinction discriminante entre Français de naissance et Français d'acquisition. Surtout, plusieurs propositions se sont succédées entre 2010 et 2015 pour étendre le prononcé de cette sanction en matière de terrorisme[1669]. Cette tendance à l'élargissement de la déchéance de

[1665] Jules LEPOUTRE, « Le bannissement des nationaux. Comparaison (France-Royaume-Uni) au regard de la lutte contre le terrorisme », *Revue critique de droit international privé*, 2016, note n° 12.
[1666] Article 25-1 alinéa 1 du Code civil.
[1667] Paul LAGARDE, « Note sur les modifications du droit de la nationalité contenues dans la loi du 26 novembre 2003 », *op. cit.,* p. 553.
[1668] Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 *relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*.
[1669] En 2010, un amendement au projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité a proposé d'étendre la sanction de déchéance de nationalité aux français d'acquisition ayant commis les infractions prévues et réprimées aux articles 221-4 ,4° et 222-8, 4°, soit les actes d'homicide volontaire et de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner commis sur des personnes exerçant des professions limitativement énumérées (sapeur-pompier, gendarme, gardien d'immeuble *etc*.). Fortement contestée et vidée de sa substance par le Sénat, cette proposition a finalement été abandonnée : voir Assemblée Nationale, Rapport relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité de Claude GOASGUEN, n° 3180, pp. 23 et suivantes ; Hugues FULCHIRON, « La nationalité française entre identité et appartenance », *Recueil Dalloz*, 2011, note 20. Il en est également ainsi de l'extension proposée par le président en exercice à la suite des attentats terroristes de 2015, qui souhaitait permettre l'application de la déchéance à l'encontre de « toute personne d'origine étrangère qui aurait volontairement porté atteinte à la vie d'un fonctionnaire de police ou d'un militaire de la gendarmerie ou de toute autre personne dépositaire de l'autorité publique ».

nationalité révèle la volonté d'officialiser juridiquement le sentiment de non-appartenance à la communauté française porté par l'individu condamné pour actes de terrorisme. Existe en effet une dimension évidente d'attachement à une communauté de valeurs propre à l'État dont on porte la nationalité. La formule retenue par la Cour internationale de justice démontre cette dimension affective, précisant que « la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs »[1670]. Finalement, la nationalité ne fait qu'exprimer juridiquement un sentiment de base, permettant d'établir que l'individu est « plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État »[1671]. La nationalité, pour être internationalement opposable, doit donc être effective, « c'est-à-dire correspond[re] à une situation de fait réellement vécue »[1672]. Cette dimension affective de la nationalité est extrêmement importante : elle démontre qu'un Français peut se sentir étranger *malgré* sa nationalité, de la même manière qu'un étranger peut se sentir français sans posséder cette nationalité. Dans ce contexte, la déchéance de nationalité permet de neutraliser l'obstacle que constitue la nationalité française en matière d'éloignement forcé.

Paragraphe II. La déchéance, remède à la nationalité-obstacle à l'éloignement

426. Le dispositif pénal existant en matière de répression du terrorisme rend la sanction de déchéance superfétatoire et partiellement disproportionnée **(A)**. Toutefois, l'intérêt de la déchéance de nationalité apparaît dans la neutralisation de la nationalité française qu'elle opère, et qui autorise l'éloignement de l'individu concerné **(B)**.

A. Une sanction superfétatoire

427. Constituant une sanction punitive, la déchéance de nationalité est soumise aux principes de nécessité et de proportionnalité inhérents à l'article 8 de la Déclaration de 1789 **(1)**. Le Conseil constitutionnel a ainsi eu l'occasion de déclarer cette sanction conforme aux principes précités, en raison notamment du motif d'intérêt général tiré de la lutte contre le terrorisme. La déchéance apparaît pourtant superfétatoire en ce qu'elle constitue le « doublon »

[1670] Cour internationale de justice, 6 avril 1955, *Nottebohm*, *Recueil CIJ*, p. 23. Voir Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.,* p. 64, n° 65.
[1671] Bertrand PAUVERT, « Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité », *Actualité juridique de droit administratif,* 2015, p. 1000.
[1672] *Ibid.*

de la peine complémentaire d'interdiction des droits civiques, civils et politiques **(2)**, qui autorise déjà le retrait de certains droits à l'égard du Français condamné pour acte de terrorisme. Le motif officiel avancé pour légitimer la nécessité d'une telle sanction, à savoir la lutte contre le terrorisme, apparaît alors peu opérant.

1. Une sanction soumise aux principes de nécessité et de proportionnalité

428. Sanction punitive – La déchéance de nationalité constitue, pour le Conseil constitutionnel, une sanction ayant le caractère d'une punition[1673]. Or, ce dernier a affirmé, dans sa décision du 30 décembre 1987, que toute sanction punitive obéit aux principes de nécessité et de proportionnalité déduits de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, « même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »[1674]. La déchéance de nationalité doit donc se conformer aux principes de nécessité et de proportionnalité. En la matière, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est néanmoins très « retenue »[1675], le Conseil jugeant de manière constante que l'article 61-1 de la Constitution ne lui confère pas « un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen »[1676]. L'examen de la nécessité de la peine ou de la sanction ayant le caractère de punition est ainsi fortement restreint par le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel[1677], qui considère que « la nécessité des peines attachée aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur ». Le contrôle des incriminations est ainsi laissé à l'appréciation souveraine du pouvoir politique, alors même que l'article 5 de la Déclaration de 1789 pourrait justifier, en disposant que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société », l'intervention du juge sur ce point. Pour ne pas remettre en cause les choix législatifs et « substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci »[1678], le Conseil se borne donc à exercer le contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation[1679] centré sur

[1673] Conseil constitutionnel, décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015, cons. n° 19.
[1674] Conseil constitutionnel, décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1998,* considérant n° 15 ; décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. n° 36 ; décision n° 2013-369 QPC du 28 février 2014, *Société Madag (Droit de vote dans les sociétés cotées)*, cons. n° 6.
[1675] Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 11ème édition, 2016, p. 635, n° 713.
[1676] Par exemple, Conseil constitutionnel, décision n° 2011-217 QPC du 3 février 2012.
[1677] Emmanuel DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », *op. cit.*
[1678] Conseil constitutionnel, décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981.
[1679] Conseil constitutionnel, décision n° 2010-604 DC du 25 févr. 2010, considérant n° 14.

« l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue »[1680]. Lorsqu'il est confronté non à une peine mais à une sanction punitive, le Conseil adapte ce considérant de principe à la matière concernée[1681]. Il a pu par exemple affirmer qu'il lui appartient de « s'assurer, en matière disciplinaire, de l'absence d'inadéquation manifeste entre les peines disciplinaires encourues et les obligations dont elles tendent à réprimer la méconnaissance »[1682].

429. Contrôle minimum – Ce contrôle minimum invite le Conseil à s'assurer, dans un premier temps, que la peine prévue par la loi est en adéquation avec l'objectif poursuivi par le législateur. Il a ainsi jugé qu'en punissant sévèrement un manquement à une obligation documentaire, le législateur a « retenu un critère de calcul du maximum de la peine encourue sans lien avec les infractions réprimées et qui revêt un caractère manifestement hors de proportion avec leur gravité »[1683]. Dans un second temps, le Conseil apprécie la proportionnalité de la sanction encourue en opérant une conciliation entre l'ordre public et les exigences constitutionnelles en présence[1684]. L'appréciation du Conseil, qui porte essentiellement sur la proportionnalité de la peine encourue au regard des faits incriminés, conduit à de très rares censures, notamment en matière de terrorisme où elles se concentrent essentiellement sur deux décisions. Celle du 16 juillet 1996 d'abord, dans laquelle le Conseil a jugé que le législateur a entaché son appréciation d'une erreur manifeste en soumettant l'aide directe ou indirecte à des individus en situation irrégulière aux peines prévues pour réprimer les actes de terrorisme[1685]. Celle du 15 décembre 2017 ensuite, où, reprenant sa décision du 10 février 2017[1686], le Conseil a jugé le délit de consultation habituelle des sites internet terroristes contraire au principe de nécessité en considérant que « les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa

[1680] Pierre CASTERA, « Le principe de nécessité de la loi. Le point de vue du constitutionnaliste », *op. cit.*, pp. 46-47.
[1681] Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 636, n° 713.
[1682] Conseil constitutionnel, décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 201, cons. n° 8.
[1683] Conseil constitutionnel, décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, cons. n° 97.
[1684] Voir, par exemple, Conseil constitutionnel, décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative au délit de racolage public.
[1685] Conseil constitutionnel, décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996.
[1686] Conseil constitutionnel, décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *M. David P.*

phase d'exécution »[1687]. Le dispositif déjà existant entraînait ainsi une absence de nécessité d'établir le délit litigieux. À l'inverse, dans sa décision du 7 avril 2017 relative au délit d'entreprise individuelle terroriste, le Conseil a conclu au défaut de méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 en se fondant sur la gravité des faits incriminés. Il a ainsi considéré que « la préparation d'actes susceptibles de constituer des atteintes à la personne humaine en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, le législateur n'a pas institué une peine manifestement disproportionnée »[1688].

430. Constitutionnalité de la déchéance de nationalité – Dans sa décision du 23 janvier 2015, le Conseil constitutionnel a eu à examiner la conformité de la déchéance de nationalité à la Constitution. En l'espèce, le requérant, frappé d'une déchéance de nationalité à la suite de sa condamnation pour acte de terrorisme, soutenait que cette sanction était manifestement disproportionnée. Il contestait la décision du 16 juillet 1996, au sein de laquelle le Conseil avait jugé que « eu égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme, cette sanction a pu être prévue sans méconnaître les exigences de l'article 8 de la Déclaration »[1689]. La proportionnalité de la déchéance avait alors été reconnue au regard de la nature des faits incriminés. Ce précédent a été confirmé par la décision du 23 janvier 2015, dans laquelle le Conseil a jugé que les comportements se rattachant au terrorisme peuvent justifier une déchéance de nationalité. Il a donc naturellement reconnu la conformité de la déchéance de nationalité à l'article 8 de la Déclaration de 1789 en jugeant que « les dispositions contestées [articles 25 et 25-1 du Code civil] subordonnent la déchéance de nationalité à la condition que la personne a été condamnée pour des actes de terrorisme ; qu'elles ne peuvent conduire à ce que la personne soit rendue apatride ; qu'eu égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme, [elles] instituent une sanction ayant le caractère d'une punition qui n'est pas manifestement disproportionnée »[1690]. La déchéance de nationalité est une nouvelle fois déclarée conforme à l'article 8 de la Déclaration de 1789 au regard de la gravité des faits qu'elle sanctionne. Pourtant, autant sur la nécessité de la sanction que sur sa proportionnalité, la déchéance soulève certaines observations.

[1687] Conseil constitutionnel, décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *David P.,* cons. n° 13.
[1688] Conseil constitutionnel, 7 avril 2017, n° 2017-625 QPC, *M. Amadou S.,* cons. n° 19.
[1689] Conseil constitutionnel, décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. n° 23.
[1690] Conseil constitutionnel, décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015, cons. n° 19.

2. Une sanction « doublon »

431. Absence de nécessité – La déchéance de nationalité semble pourtant constituer une sanction purement symbolique : une seule déchéance a été prononcée entre 2012 et 2015[1691], pas plus de treize entre 2002 et 2016[1692]. Au lendemain des attentats de janvier 2015, cinq français ont été déchus de leur nationalité après avoir été condamnés pour association de malfaiteurs terroristes[1693]. Il est flagrant de constater que les déchéances intervenaient alors plus de douze ans après les faits, huit ans après leur condamnation pénale en 2007 à des peines allant de six à huit ans d'emprisonnement, et six ans après leur libération, accordée entre 2009 et 2010. Le temps écoulé entre la date de la condamnation pénale et celle du prononcé de la déchéance conduit à s'interroger sur le sens et la nécessité de cette sanction administrative. S'il s'agissait seulement de punir les actes perpétrés en 2003, la déchéance aurait dû intervenir peu de temps après la condamnation pénale, durant, comme c'est généralement le cas, l'incarcération des intéressés. Au contraire, elle a été prononcée près de six ans après la libération des individus condamnés, qui s'étaient tous parfaitement réinsérés dans la société. L'application de cette sanction apparaît ainsi davantage guidée par le contexte terroriste des dernières années que par son caractère nécessaire. La nécessité d'une sanction présuppose en effet qu'elle soit utile. Dans sa décision précitée du 17 février 2017[1694], le Conseil constitutionnel a ainsi établi l'absence de nécessité du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes en se fondant sur le dispositif déjà existant en matière de contrôle des communications en ligne. Au regard de ce dispositif, le délit de consultation apparaissait superfétatoire. De la même manière, la déchéance de nationalité est établie pour sanctionner des faits qui sont déjà punis par le droit pénal et qui peuvent également être appréhendés par les autorités administratives. L'argument récurrent du vide législatif que la déchéance viendrait combler par son effet dissuasif est donc inopérant pour deux raisons. D'abord parce qu'une telle sanction ne peut être dissuasive pour celui qui décide de prendre les armes contre son propre pays : en témoigne d'ailleurs le faible nombre de déchéances, qui met en lumière l'absence d'empressement de l'exécutif dans le prononcé de cette sanction. Ensuite et surtout, parce que

[1691] Selon Bertrand CAZENEUVE, alors ministre de l'Intérieur, *in Rapport sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, Assemblée Nationale, XIII[ème] législature, n° 2814, 16 septembre 2010, p. 133.
[1692] Jules LEPOUTRE, « Déchéance de nationalité : après le débat constitutionnel, le temps contentieux », *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 1188.
[1693] « Cazeneuve annonce la déchéance de nationalité de 5 personnes condamnées pour terrorisme », Lemonde.fr, 6 octobre 2015.
[1694] Conseil constitutionnel, décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *David P.*

la suppression des droits organisée par la déchéance peut *déjà* être réalisée par la peine complémentaire d'interdiction des droits civiques, civils et de famille[1695]. Cette dernière est en effet une « marque d'infamie ou d'*indignité* morale, qui gêne le condamné dans sa vie civique, civile et familiale »[1696] ; elle se rapproche ainsi de la déchéance qui, elle, est définie comme la « sanction qui consiste à retirer à un individu qui l'avait acquise la nationalité française, en raison de son *indignité* ou de son manque de loyalisme »[1697]. Certes, la peine d'interdiction des droits civiques, civils et de famille est, contrairement à la déchéance, sélective et temporaire[1698], ce qui signifie qu'elle prive l'individu concerné de certains droits seulement, de manière non définitive. La juridiction peut ainsi retirer à l'intéressé les droits de vote et d'éligibilité, d'exercer une fonction juridictionnelle, d'être expert judiciaire, d'être assistant ou représentant en justice, le droit de témoigner en justice, le droit d'être tuteur ou curateur[1699]. La différence fondamentale réside alors dans le fait que, contrairement à la déchéance de nationalité, la peine d'interdiction des droits civiques, civils et de famille ne prive pas l'individu de sa nationalité française. Autrement dit, elle ne lui retire pas le droit absolu dont il bénéficie, en tant que citoyen français, de ne pas être expulsé. Or, c'est exactement dans cette neutralisation de la protection contre l'éloignement que semble résider le véritable intérêt de la déchéance de nationalité.

B. Une sanction autorisant l'expulsion

432. La nécessité de la sanction de déchéance ne réside pas dans la possibilité d'exclure symboliquement le Français déchu de la communauté, mais davantage dans la possibilité de l'éloigner physiquement du territoire. La déchéance entraîne en effet la neutralisation de la nationalité française ; neutralisation qui, à son tour, permet d'infliger au Français déchu un arrêté d'expulsion **(1)**. Ajoutée à la prévention pénale opérée en matière de terrorisme, cette conséquence particulière crée une disproportion partielle de la sanction de déchéance **(2)**.

[1695] Prévue à l'article 131-26 du Code pénal.
[1696] Xavier PIN, « Interdiction des droits civiques, civils et de famille », *Jurisclasseur Pénal Code*, Fascicule 20, n° 1, nous soulignons. Voir aussi : Bernard BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, p. 41, n° 59.
[1697] Paul LAGARDE, *La nationalité française*, *op. cit.,* n° 42-101, p. 235, nous soulignons.
[1698] Xavier PIN, « Interdiction des droits civiques, civils et de famille », *op. cit.,* n° 2.
[1699] *Ibid.,* n° 22.

1. L'expulsion autorisée par la neutralisation de la nationalité française

433. Liberté d'aller et de venir – Le recours à la déchéance en matière de terrorisme s'explique par les conséquences qu'entraîne cette sanction sur le droit d'aller et de venir. Les ressortissants français bénéficient du droit d'aller et de venir, qui s'entend, pour le Conseil constitutionnel, « non seulement de la liberté de circulation sur le territoire mais également du droit de le quitter »[1700]. Cette liberté, générale pour tous les citoyens français et de l'Union européenne, est établie à l'échelle internationale par le Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales précisant que « [n]ul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est le ressortissant. […] Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant »[1701], mais également par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques garantissant, en son article 12, 4°, que « [n]ul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays »[1702]. L'ancienne Cour de justice des Communautés européennes avait, de son côté, jugé qu'un « principe de droit international […] s'oppose à ce qu'un État refuse à ses propres ressortissants le droit d'avoir accès à son territoire et d'y séjourner »[1703]. Si, en France, aucun texte ne prévoit expressément ce droit à l'égard des ressortissants nationaux, il apparaît néanmoins que seuls les étrangers sont soumis à un régime spécifique concernant leur entrée, leur circulation et leur séjour en France. Par déduction, les citoyens français bénéficient donc d'un « droit absolu et inconditionné »[1704] d'entrer, de séjourner et de ne pas être expulsés du territoire français. La nationalité française d'un individu constitue un obstacle à son éloignement forcé : le Français incarcéré après sa condamnation pour infraction terroriste restera libre de rester sur le territoire national, une fois sa peine exécutée. Il réintègrera ainsi une société qui a pourtant souhaité se protéger de sa dangerosité, par l'application d'infractions préventives. Contrairement à l'étranger, le Français ne peut en effet subir une peine complémentaire d'interdiction du territoire, encore moins une expulsion, qui l'éloigneraient du sol français. La nationalité française neutralise ainsi une partie des effets préventifs que l'on attache à la lutte antiterroriste et que le droit administratif est venu ajouter

[1700] Conseil constitutionnel, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. n° 103.
[1701] Article 3 du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 16 septembre 1963.
[1702] Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.
[1703] Cour de justice des Communautés européennes, 4 décembre 1974, *Van Duyn* c/ *Home Office*, aff. 41/74, *Rec.* 1337, § 22.
[1704] Jules LEPOUTRE, « Le bannissement des nationaux. Comparaison (France-Royaume-Uni) au regard de la lutte contre le terrorisme », *op. cit.,* p. 107.

à la prévention pénale engagée contre l'étranger. L'unique solution, dans ce contexte, pour procéder à l'expulsion d'un ressortissant français, consiste dans le fait de le priver de cette nationalité-obstacle par une déchéance de nationalité. Cette sanction infligée, l'autorité administrative retrouvera son pouvoir discrétionnaire et pourra librement procéder à l'expulsion de l'intéressé.

434. Arrêté d'expulsion – La nécessité de la sanction de déchéance apparaît dans la possibilité d'éloigner l'individu concerné à la suite de son prononcé. Cette mesure ne serait donc pas nécessaire en elle-même, par la sanction qu'elle inflige, mais en raison du régime juridique auquel elle soumet l'individu déchu. Si le Conseil d'État a jugé qu'« un décret portant déchéance dela nationalité française est dépourvu d'effet sur la présence sur le territoire français de celui qu'il vise »[1705], la déchéance permet, en neutralisant la nationalité française, de prononcer une mesure d'expulsion à l'encontre du Français déchu. La déchéance neutralise la nationalité française : de ce fait, elle prive l'individu de tous les droits attachés à sa qualité de citoyen, et notamment ceux inhérents à la liberté d'aller et de venir. Redevenu étranger, le Français déchu peut ainsi faire l'objet d'une mesure d'expulsion. Cet éloignement est l'un des effets recherchés par la déchéance[1706]. L'exposé des motifs de la loi du 23 janvier 2006, qui a notamment allongé de dix à quinze ans les délais du prononcé de la déchéance en matière de terrorisme, relevait par exemple qu'« une fois la nationalité française acquise, l'activiste ne peut plus faire l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire, d'une mesure administrative d'éloignement et se voit, en outre, dispensé de l'obligation d'obtenir un visa pour se déplacer vers de nombreux pays. Il s'agit, [en allongeant le délai de prononcé de la déchéance], de faire échec à ces stratégies [d'implantation de l'activiste sur le territoire] »[1707]. Autrement dit, l'intérêt de la déchéance réside dans la possibilité d'éloigner le Français redevenu étranger. De la même manière, l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation du 23 décembre 2015 estimait que « l'élargissement des cas de déchéance de nationalité française contribuera […] à renforcer la protection de la société française, en permettant notamment de procéder à l'éloignement durable du territoire de la République, **par la voie de l'expulsion**, des personnes dont le caractère dangereux est avéré par la condamnation définitive dont elles ont fait l'objet et à interdire leur retour sur le

[1705] Conseil d'État, 26 septembre 2007, n° 301145.
[1706] Jules LEPOUTRE, « Le bannissement des nationaux. Comparaison (France-Royaume-Uni) au regard de la lutte contre le terrorisme », *op. cit.,* 2016, p. 109.
[1707] Exposé des motifs du projet de loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 *relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.*

territoire »[1708]. De son côté, le Conseil constitutionnel a reconnu, dans les décisions précitées, que la déchéance de nationalité revêt un motif d'intérêt général justifiant la différence de traitement entre Français de naissance et Français d'acquisition. Il a ainsi repris, dans sa décision du 23 janvier 2015, la formule qu'il avait utilisée lors de sa décision du 16 juillet 1996[1709], en précisant que « le législateur a pu, **compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme**, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée, pour l'autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité »[1710]. Le motif d'intérêt général justifiant la différence de traitement est, pour le Conseil, explicitement celui de la lutte contre le terrorisme ; implicitement, il s'agit plutôt d'« éloigner le danger. En retirant à un individu la nationalité française, celui-ci (re)devient un ressortissant étranger et peut de ce fait être éloigné du territoire. De façon concrète et immédiate, la menace qu'il représente pour la population se trouve repoussée en dehors des frontières nationales »[1711]. Le Conseil a ainsi entériné une nationalité « susceptible de degrés »[1712], ne recouvrant pas la même force selon que la personne est Française de naissance ou d'acquisition et dont la différenciation permet, dans le cas où la nationalité a été acquise, de neutraliser la personne concernée en lui imposant une déchéance suivie d'une procédure d'expulsion. La nécessité de la déchéance de nationalité réside ainsi dans sa dimension physiquement excluante, dans la possibilité d'établir à sa suite un arrêté d'expulsion. La déchéance est nécessaire en ce qu'elle vient permettre ce qu'il serait impossible de réaliser si l'individu demeurait Français. D'une sanction symbolique, la déchéance devient alors une mesure pragmatique permettant de contourner les interdits liés à l'éloignement des ressortissants nationaux. Cette conséquence de second plan entraîne de manière logique une disproportion de la déchéance de nationalité lorsque cette dernière est appliquée à l'égard d'un individu condamné sur le fondement d'une infraction préventive.

[1708] Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation du 23 décembre 2015, n° 3381, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 décembre 2015.
[1709] Conseil constitutionnel, Décision n° 96-377 du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.*
[1710] Conseil constitutionnel, Décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015.
[1711] Olivier LE BOT, « La déchéance de nationalité pour les terroristes est conforme à la Constitution », *Constitutions*, 2015, p. 253.
[1712] *Ibid.*

2. L'expulsion, source de disproportion partielle de la déchéance

435. Sanction fondée sur une répression anticipée – La proportionnalité de la sanction de déchéance de nationalité peut être contestée au regard du caractère étendu de l'article 25, 1° du Code civil qui autorise à déchoir de sa nationalité le Français d'acquisition condamné pour « un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ». Le Conseil constitutionnel considère qu'une telle sanction est proportionnée eu égard à la gravité des actes de terrorisme. Pourtant, si cette catégorie des « actes de terrorisme » a trait à des comportements extrêmement graves et dommageables tels que, par exemple, ceux énoncés aux article 421-1[1713] ou 421-1-2[1714] du Code pénal, il convient de rappeler que la répression du terrorisme est également préventive en ce qu'elle qualifie d'actes de terrorisme des comportements préparatoires éloignés du résultat redouté. La majorité des condamnations pénales pour acte de terrorisme se fonde justement sur cette qualification anticipée permise par les articles 421-2-1 et 421-2-6 du Code pénal, relatifs respectivement aux délits d'association de malfaiteurs terroristes et d'entreprise individuelle terroriste[1715]. Il s'agit alors de punir le fait de *préparer* un acte de terrorisme et non pas de le perpétrer. C'est ici que la prévention pénale opérée en matière de terrorisme prend tout son sens : si le droit pénal du terrorisme se contentait de punir des actes matériels consommés sans remonter la répression aux actes préparatoires, il ne serait possible de déchoir de leur nationalité – et d'exclure – que les Français ayant effectivement perpétré des attentats. Au contraire de cette logique, l'appréhension pénale d'actes seulement préparatoires au terrorisme permet de punir préventivement un Français et, par conséquent, de le déchoir de sa nationalité pour l'exclure de la communauté dans un objectif de protection. En n'étant pas restreinte aux attentats, aux atteintes volontaires à la vie « en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »[1716], mais en embrassant des actes préparatoires éloignés du résultat redouté, la

[1713] Cet article est notamment relatif aux atteintes volontaires à la vie, à l'intégrité de la personne, intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur.
[1714] « Constitue également un acte de terrorisme, lorsqu'il est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel ».
[1715] Jules LEPOUTRE, « Le bannissement des nationaux. Comparaison (France-Royaume-Uni) au regard de la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 109 ; Conseil d'État, 2eme et 7eme sous-sections, référé, 11 mai 2015, n° 383664 ; 26 septembre 2007, n° 301145, n° 301967 ; Conseil d'État, 2eme et 1eme sous-sections, référé, 18 juin 2003, *Saiki,* n° 251299.
[1716] Article 421-1 du Code pénal.

répression pénale des « actes terroristes sans dommage » autorise en effet le prononcé d'une déchéance de nationalité à l'encontre d'un Français qui n'a fait que participer à la préparation d'un acte de terrorisme.

436. Faible peine d'emprisonnement – Plus encore, le caractère préventif de la répression pénale opérée par les délits d'association de malfaiteurs terroristes et d'entreprise individuelle de même nature aboutit au prononcé de la déchéance de la nationalité à l'encontre d'individus qui n'ont été condamnés qu'à une faible peine d'emprisonnement. Ces délits ne punissant que l'acte préparatoire à l'infraction terroriste, il est en effet fréquent que la peine d'emprisonnement n'atteigne pas le *quantum* maximal encouru, les juges prenant en considération le degré d'implication de l'individu dans l'acte projeté. Or, la déchéance de nationalité n'est légalement subordonnée qu'à une condamnation pénale pour acte de terrorisme, sans égard à la peine d'emprisonnement réellement infligée. Cette absence d'encadrement entraîne naturellement une disproportion manifeste dans le prononcé de la déchéance, que les juges administratifs refusent pourtant de reconnaître. Le Conseil d'État a ainsi validé, dans un arrêt du 26 septembre 2007, le prononcé d'une sanction de déchéance à l'encontre d'un Français condamné pour délit d'association de malfaiteurs terroristes à une peine d'emprisonnement de trois ans. Ce dernier avait invoqué le faible *quantum* de cette peine, qui démontrait selon lui que les juges répressifs avaient tenu compte de sa faible implication dans le délit. Le Conseil d'État n'a pas retenu cette analyse en se fondant strictement sur l'article 25, 1° du Code civil, qui autorise le prononcé de la déchéance à l'encontre d'un Français condamné pour acte de terrorisme sans considération du *quantum* de la peine prononcée par les juges répressifs. Il a jugé « qu'en estimant, d'une part, que les conditions fixées par les articles 25 et 25-1 du code civil permettant de déchoir M. A de la nationalité française étaient réunies, d'autre part, qu'aucun élément d'opportunité n'était de nature à y faire obstacle, dans les circonstances de l'espèce, le gouvernement n'a pas fait une inexacte application des dispositions précitées du code civil »[1717]. Par ailleurs, et dans le silence de l'article 25 du Code civil, il faut considérer que l'existence d'une peine d'emprisonnement avec sursis permet de fonder le prononcé de la sanction de déchéance de nationalité[1718]. L'anticipation de la répression du terrorisme entraîne ainsi l'application de sanctions disproportionnées. Loin de revêtir des effets uniquement centrés sur le droit pénal, cette anticipation autorise en aval l'application de sanctions administratives, telles que la déchéance de nationalité, dont les effets radicaux sont

[1717] Conseil d'État, 6 septembre 2007, n° 301145.
[1718] Paul LAGARDE, *La nationalité française*, *op. cit.,* n° 42-101, p. 238.

clairement disproportionnés au regard du délit commis. Lors du prononcé de la condamnation pénale, le juge répressif prend en effet en considération l'ensemble de la personnalité du délinquant, son degré d'implication dans l'infraction, autant d'éléments qui lui permettent d'appliquer une sanction pénale de manière individualisée et proportionnée. Dans ce cadre, la possibilité légale pour l'autorité administrative de déchoir un Français de sa nationalité sans prendre en considération le *quantum* de la peine prononcée par le juge répressif conduit à écarter l'individualisation pénale mais également à prononcer une sanction rigide dont le seul objectif est d'éloigner du territoire national un individu qui était Français au moment de la commission de l'infraction. Une nouvelle fois, la nature terroriste de l'infraction prend le pas sur les principes de nécessité et de proportionnalité qui plaideraient pourtant pour une application plus mesurée et plus individualisée de la déchéance de nationalité. Elle agrandit également la scission existante entre le Français de naissance et le Français d'acquisition, qui peut être exclu de la communauté pour avoir commis les actes les plus éloignés du résultat terroriste.

CONCLUSION DE LA SECTION II

437. L'émigration forcée, à savoir l'expulsion du territoire français, est loin d'être réservée à l'étranger. En matière d'acte de terrorisme, le mécanisme de déchéance de nationalité permet en effet d'étendre la mesure d'expulsion à l'encontre de l'individu qui, au moment de la commission de l'infraction, était Français. Si elle constitue une sanction punitive infligée en réaction à un acte particulièrement grave, la déchéance de nationalité acte surtout le sentiment de non-appartenance de l'individu à la communauté française. Plus que sanctionner l'acte de terrorisme, la déchéance vient ainsi officialiser le détachement de l'individu à l'égard de l'État, ce qui explique son application en matière de terrorisme. Surtout, contrairement à ce qui peut être régulièrement avancé, la déchéance est loin de constituer une sanction purement symbolique. Si, au premier regard, elle ne fait qu'exclure symboliquement de la communauté française l'individu condamné pour acte de terrorisme, elle autorise surtout le prononcé d'une expulsion à son encontre, en raison de la neutralisation de la nationalité française qu'elle opère. Cette conséquence sous-jacente de la déchéance est en réalité l'effet principal recherché lors de son prononcé.

Conclusion du Chapitre I

438. Loin de demeurer dans le cadre d'une mesure de police administrative, l'expulsion se révèle sanctionnatrice de l'infraction terroriste. Ce caractère de sanction a été permis autant par le législateur que par le juge administratif, qui ont attaché le prononcé d'une telle mesure à la gravité de l'infraction commise tout en la détachant de toute individualisation administrative ou pénale. La nature terroriste de l'infraction devient alors le critère principal du prononcé de la mesure d'expulsion, qui agit comme un remède à l'insuffisance de la condamnation pénale en permettant d'exclure l'étranger du territoire français lorsque le juge pénal n'a pas prononcé d'interdiction du territoire. Plus encore, l'expulsion se révèle être un véritable complément de la condamnation pénale lorsqu'elle s'applique non plus à l'étranger, mais au Français déchu, par le biais du mécanisme de déchéance de nationalité. La mise en œuvre de cette sanction administrative que constitue la déchéance est alors prioritairement destinée à permettre le déclenchement d'une mesure d'expulsion à l'encontre de l'individu qui était Français au moment de la commission de l'infraction terroriste. Alors qu'en 1938, Jean-Paulin NIBOYET demandait à ce « qu'on ne cherche pas, dans la matière de la nationalité, d'inutiles et choquantes sanctions. Qu'on se place résolument sur le plan général et l'on y trouvera les peines qui conviennent à la responsabilité de chacun »[1719], l'expulsion vient une nouvelle fois remédier à l'insuffisance de la condamnation pénale dans une situation où la nationalité française faisait obstacle, au moment de la condamnation de l'intéressé, au prononcé d'une peine complémentaire d'interdiction du territoire. Il apparaît impossible, dans l'ensemble de ces hypothèses, de continuer de restreindre l'expulsion à une simple mesure de police administrative lorsqu'elle constitue à bien des égards une véritable sanction de l'infraction terroriste qui, selon les cas, détourne l'individualisation pénale opérée par le juge répressif ou contourne les droits relatifs à la nationalité. Cette carence des garanties entourant la mesure d'expulsion se constate encore lorsque cette dernière recouvre une dimension plus proche de sa nature en opérant une prévention des infractions terroristes.

[1719] Jean-Paulin NIBOYET, *Traité de droit international privé*, tome I, Paris, Sirey, 1938, n° 403, p. 468.

CHAPITRE II.

L'EXPULSION EN PREVENTION DE L'INFRACTION TERRORISTE

439. Afin de ne pas limiter le pouvoir de l'Administration, l'expulsion a été détachée de la commission d'une infraction pénale[1720]. La référence de cette mesure est, selon l'article L. 521-1 du CESEDA, l'existence d'une « menace grave pour l'ordre public » portée par la présence de l'étranger sur le territoire français. Ce critère de la menace accrédite l'idée selon laquelle l'expulsion, autonome de l'action pénale, peut intervenir en dehors de toute infraction pour protéger l'ordre public contre la survenance éventuelle d'un comportement illégal. Cette mesure peut agir en amont de l'infraction, poursuivant ainsi un objectif préventif conforme à sa qualification officielle de mesure de police administrative. En 1988, le Conseil d'État a d'ailleurs affirmé que l'expulsion n'a pas le caractère d'une sanction mais d'une mesure de police administrative destinée exclusivement à protéger l'ordre public[1721]. L'expulsion doit donc « parer à une menace »[1722] pouvant certes être révélée par l'existence d'une condamnation pénale, mais dont le contenu englobe plus largement des comportements qui, sans avoir été sanctionnés pénalement, laissent présager un simple « *risque* pour la sécurité des personnes et des biens »[1723]. L'article L. 521-1 du CESEDA suit cette logique du risque en choisissant de ne pas subordonner le prononcé de l'arrêté d'expulsion à une condamnation pénale, ni à la commission de faits pouvant revêtir une qualification pénale. La notion de « menace grave » révèle ainsi l'autonomie de l'action administrative qui autorise le Préfet ou, en cas d'urgence, le ministre de l'Intérieur, à apprécier la menace de manière discrétionnaire, sans être lié par les décisions rendues par le juge répressif ou par la qualification pénale donnée par le législateur à certains faits[1724]. Surtout, l'expulsion ne dépend ni de la commission d'une infraction[1725] par l'intéressé, ni de l'existence d'une condamnation pénale. Il est en effet impossible de déduire « de l'absence de condamnations pénales, l'absence de toute menace pour l'ordre public »[1726]. L'objet de la police administrative est donc de *prévenir* les troubles à l'ordre public[1727], que ces

[1720] Nicole GUIMEZANES, « Réflexions sur l'expulsion des étrangers », *op. cit.*, p. 184.
[1721] Conseil d'État, 20 janvier 1988, *Elfenzi*, *Actualité juridique de droit administratif,* 1988, p. 223.
[1722] François JULIEN-LAFERRIERE, « Contentieux du droit des étrangers », *Dalloz professionnels, Pratique du contentieux administratif*, Dossier 440, juin 2016, n° 440-880.
[1723] *Ibid,* nous soulignons.
[1724] Vincent TCHEN, « Étrangers – Expulsion – Interdiction judiciaire du territoire », *op. cit.*, n° 9.
[1725] Nicole GUIMEZANES, « Réflexions sur l'expulsion des étrangers », *op. cit.,* p. 170.
[1726] Christelle ORIOL, « La procédure d'expulsion d'étrangers en urgence absolue », *Actualité juridique de droit administratif,* 2016, p. 1242.
[1727] Jean WALINE, *Droit administratif, op. cit.,* p. 385, n° 375.

derniers tombent ou non sous le coup d'une infraction pénale. Dans ce cadre, l'expulsion a vocation à anticiper la menace et à intervenir *avant* le trouble à l'ordre public[1728], c'est-à-dire *avant* la commission d'une infraction pénale, afin de prévenir toutes les atteintes qui pourraient lui être portées[1729], tout « désordre visible » ou trouble grave pour la société[1730]. Autrement dit, l'autorité administrative peut, par le prononcé d'une mesure d'expulsion, prévenir la commission d'une infraction. Cette prévention est particulièrement remarquée en matière de terrorisme, où l'expulsion opère deux conséquences essentielles. Elle concurrence d'abord l'action pénale lorsqu'elle est prononcée à l'encontre d'un étranger dont le comportement pourrait parfaitement être appréhendé par le droit pénal **(Section I)**. Puis, de concurrente elle devient supplétive lorsque le comportement de l'étranger, en raison de son caractère équivoque, ne pourrait suffire à déclencher des poursuites pénales **(Section II)**. Dépouillée des garanties inhérentes à la matière pénale, l'expulsion remonte le temps du chemin criminel de manière exceptionnelle afin de procéder à l'éloignement d'un individu dont la présence en France ne révèle pas l'existence matérielle d'une menace grave pour l'ordre public.

SECTION I. L'EXPULSION CONCURRENTE DE L'ACTION PENALE

SECTION II. L'EXPULSION SUPPLETIVE DE L'ACTION PENALE

[1728] Nicole GUIMEZANES, « Réflexions sur l'expulsion des étrangers », *op. cit.,* p. 184.
[1729] Jean WALINE, *Droit administratif, op. cit*., p. 385, n° 376.
[1730] Nicole GUIMEZANES, « Réflexions sur l'expulsion des étrangers », *op. cit.,* p. 185 ; Jean WALINE, *Droit administratif, op. cit*.. p. 385, n° 375.

SECTION I. L'EXPULSION CONCURRENTE DE L'ACTION PENALE

440. En matière de terrorisme, l'autorité administrative prononce parfois une mesure d'expulsion à l'encontre d'un étranger qui n'a jamais été pénalement condamné pour une infraction de droit commun ou de nature terroriste. L'Administration se fonde alors, non plus sur le passé pénal de l'intéressé, mais sur la *qualification* pénale du comportement reproché. Dans ce contexte, l'étranger dont le comportement constitue par exemple un délit d'entreprise individuelle terroriste pourra parfaitement faire l'objet d'une mesure d'expulsion. Cette possibilité découle naturellement de l'autonomie de la mesure de police administrative par rapport au droit pénal. Si l'autorité administrative peut se fonder sur les condamnations pénales passées de l'auteur, rien ne lui interdit en effet de prononcer l'expulsion en l'absence de passé pénal lorsqu'elle considère que le comportement de l'intéressé constitue une menace pour l'ordre public. La caractérisation de cette menace s'autonomise alors du droit pénal – conformément à la qualification de police administrative de la mesure d'expulsion qui lui permet de prévenir un trouble à l'ordre public, révélant ainsi la particulière importance du contrôle opéré par le juge administratif sur la mesure d'expulsion. Si ce contrôle revêt en principe une intensité suffisante pour permettre au juge administratif d'annuler la mesure d'expulsion **(Paragraphe I)**, il apparaît néanmoins que cette dernière est en majorité confirmée dans des hypothèses où des poursuites pénales auraient pourtant pu être mises en œuvre. L'action pénale apparaît alors mise à l'écart au bénéfice de la mesure d'expulsion **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I. L'intensité théorique du contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur la mesure d'expulsion

441. Distinction – Le contentieux administratif repose encore sur la classification effectuée par Édouard LAFERRIERE[1731], opposant le plein contentieux au contentieux de la légalité. En plein contentieux, le droit allégué est un droit à un résultat[1732]. Le juge administratif vérifie alors l'ensemble des éléments de fait et de droit dont la réunion contraint l'administration à accorder ledit droit dans une compétence liée. Dans le contentieux de la légalité, dont l'instrument est le recours pour excès de pouvoir, l'administration bénéficie d'un

[1731] Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* 2ème édition, 1887.
[1732] Anne COURREGES, Serge DAËL, *Contentieux administratif*, Presses universitaires de France, 4ème édition, 2013, p. 242.

pouvoir discrétionnaire : le requérant a alors seulement droit à une décision légalement prise[1733]. La mesure d'expulsion entre pleinement dans ce contentieux où, outre la compétence de l'auteur de l'acte, le contrôle du juge de l'excès de pouvoir s'étend au vice de forme et de procédure, au détournement de pouvoir et à la violation directe de la loi, au contrôle des motifs de droit et de fait, à la qualification juridique des faits et à l'adéquation de la mesure à la situation à laquelle elle s'applique. L'intensité du contrôle de cette adéquation est la variable de l'intensité du contrôle du juge de l'excès de pouvoir[1734].

442. Intensité du contrôle – La qualification juridique des faits est une opération intellectuelle visant à donner la bonne définition légale à certains faits, ce qui suppose qu'ils puissent correspondre à une notion juridique établie. Si une telle notion existe, ce qui n'est pas toujours le cas, le contrôle de la qualification juridique des faits impose au juge de l'excès de pouvoir de s'assurer que l'administration a appliqué cette notion à des faits correspondant à sa définition[1735]. Chaque litige soumis au juge de l'excès de pouvoir soulève généralement plusieurs questions pour chacune desquelles il faut déterminer l'intensité du contrôle du juge. Cette intensité peut être étudiée selon une triple échelle, allant d'un contrôle minimum à un contrôle plein[1736]. Le contrôle minimum est le degré de contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir en toute hypothèse. Au sein de ce contrôle, l'appréciation des faits est discrétionnaire : il n'existe aucun contrôle de l'adéquation de la mesure à son objet[1737]. Le contrôle restreint est le niveau intermédiaire de contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Il correspond au contrôle minimum renforcé par le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. L'adéquation de la mesure à son objet est laissée à l'appréciation de l'auteur de l'acte, sous réserve qu'il ne commette pas une erreur manifeste d'appréciation[1738]. Les appréciations de l'administration ne sont alors censurées que s'il existe une disproportion manifeste entre la mesure et son objet. Le contrôle entier amène enfin le juge de l'excès de pouvoir à contrôler la qualification juridique des faits et l'adéquation de la mesure à son objet en procédant soit à un contrôle de proportionnalité, généralement exercé en matière de police, soit à un contrôle de bilan, soit en écartant « une erreur d'appréciation »[1739]. Cette dernière hypothèse est le plus entier contrôle que puisse exercer le juge.

[1733] *Ibid.*
[1734] *Ibid.,* p. 246.
[1735] *Ibid.,* p. 249.
[1736] *Ibid.*, p. 250.
[1737] *Ibid.,* p. 251.
[1738] *Ibid.*
[1739] *Ibid.,* p. 252.

443. Contrôle en matière d'expulsion – Initialement, le juge administratif n'exerçait en principe qu'un contrôle restreint – celui de l'erreur manifeste – sur l'appréciation, par l'Administration, de la menace grave pour l'ordre public que constitue la présence de l'étranger en France[1740]. Par une décision du 12 février 2014, le Conseil d'État a cependant étendu le contrôle du juge administratif quant à la qualification juridique des faits, le faisant passer d'un contrôle restreint à un contrôle normal, « le conduisant à censurer toute erreur d'appréciation entachant un arrêté d'expulsion quant au motif tiré de la menace pour l'ordre public, sans plus exiger que cette erreur soit "manifeste" »[1741]. Le Conseil d'État a ainsi jugé que « lorsque l'administration se fonde sur l'existence d'une telle menace pour prononcer l'expulsion d'un étranger, il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un moyen en ce sens, de rechercher si les faits qu'elle invoque à cet égard sont de nature à justifier légalement sa décision »[1742]. Le contrôle du juge administratif est également entier lorsque l'expulsion est prononcée en urgence absolue, l'étranger étant alors privé des garanties procédurales de l'article L. 522-1 du CESEDA[1743]. De la même manière, l'atteinte portée par l'expulsion au droit au respect de la vie privée et familiale de l'intéressé obéit également à un contrôle entier[1744]. Ce contrôle de proportionnalité revient à confronter le danger pour l'ordre public à l'atteinte portée à la vie familiale par la mesure. Plus encore, un contrôle entier est établi lorsque l'étranger expulsé bénéficie d'une protection relative ou absolue contre cette mesure au sens des articles L.521-2 et L. 521-3 du CESEDA. Le juge administratif cherche alors à savoir si le comportement reproché à l'intéressé correspond aux conditions établies par le législateur pour procéder à l'expulsion d'un étranger protégé[1745], c'est-à-dire s'il constitue une exceptionnelle gravité pour l'ordre public. Dans ce contexte, lorsque l'intéressé est un étranger protégé et qu'il invoque le droit au respect de sa vie privée et familiale, le juge administratif est conduit à opérer deux contrôles entiers de proportionnalité successifs : le premier sur le caractère exceptionnel de la menace pour l'ordre public et ensuite, si ce caractère est reconnu, sur la balance entre les impératifs d'ordre public et la protection de l'étranger au regard de sa vie familiale.

[1740] Conseil d'État, 3 février 1975, *Pardov, Actualité juridique de droit administratif,* 1975, p. 131. Sauf en ce qui concerne le ressortissant communautaire qui bénéficie d'un contrôler entier de l'appréciation de la mesure : Conseil d'État, 19 novembre 1990, *Raso*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, p. 901.

[1741] François JULIEN-LAFERRIERE, « Contentieux du droit des étrangers », *Dalloz professionnels, Pratique du contentieux administratif*, Dossier 440, juin 2016 (synthèse d'actualité : décembre 2017), n° 440.990.

[1742] Conseil d'État, 12 février 2014, *Ministre de l'Intérieur*, n° 365644.

[1743] Conseil d'État, 13 novembre 1985, *Barrutiabengoa Zabarte*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, p. 321.

[1744] Conseil d'État, 19 avril 1991, *Belgacem, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 152.

[1745] Patrick WACHSMANN, *Libertés publiques*, *op. cit.,* p. 499, n° 378.

444. Annulation de l'arrêté – Malgré l'intensité de ce contrôle, les hypothèses d'annulation d'une mesure d'expulsion par le juge de l'excès de pouvoir sont très rares. L'une d'elle apparaît dans un jugement du 12 février 2014 du Tribunal administratif de Paris[1746]. En l'espèce, un ressortissant algérien, père de deux enfants français, avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion sur le fondement de l'article L. 521-2 du CESEDA. Le ministre de l'Intérieur invoquait devant le Tribunal que l'expulsion du requérant constituait une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat et la sécurité publique, et qu'elle devait intervenir en urgence absolue. Il s'appuyait sur une « note blanche » des services de renseignements qui faisait notamment état des relations du requérant avec deux anciens vétérans des camps d'Al Qaida en Afghanistan. La note indiquait que le requérant avait dîné avec ces personnes, qu'il entretenait des liens étroits avec un islamiste radical membre du groupe islamique armé et un vétéran des camps d'entraînement djihadistes au Pakistan et en Afghanistan condamné à dix-huit mois d'emprisonnement pour son rôle dans les attentats de Marrakech en 1994. Il était enfin établi que le requérant travaillait dans une librairie religieuse au sein de laquelle figureraient des ouvrages relatifs à une conception salafiste de l'islam. Selon le ministre, l'ensemble de ces éléments constituait « un faisceau d'indices convergents liés au comportement de l'intéressé permettant de présumer que [celui-ci] pouvait à tout moment commettre un fait grave ou y inciter », le risque de passage à l'acte d'individus impliqués dans la mouvance islamiste, quand bien même ils n'auraient accompli précédemment aucun acte positif, ne pouvant jamais être exclu. L'intéressé n'avait pourtant pas fait l'objet de poursuites pénales, ni même d'une quelconque procédure de même nature, alors que l'imminence de la commission d'une infraction terroriste peut parfaitement entrer dans le cadre de poursuites pour association de malfaiteurs terroristes.

445. Décision – Saisi par le requérant, le Tribunal administratif de Paris s'est écarté de l'analyse du ministre en annulant l'arrêté d'expulsion au motif que les affirmations de ce dernier, relatives aux liens entretenus entre le requérant et les vétérans et islamistes radicaux, n'étaient « étayées par aucun élément précis »[1747] et que son travail au sein d'une librairie diffusant des ouvrages sur l'islam radical « ne fai[sai]t pas en [lui]-même de l'intéressé une menace pour l'ordre public »[1748] ; qu'enfin, « s'il ressort du dossier que [le requérant] a des contacts avec des individus appartenant à la mouvance islamiste radicale et des sympathies pour

[1746] Tribunal administratif de Paris, 12 février 2014, n° 1206269/7-2.
[1747] Tribunal administratif de Paris, 12 février 2014, n° 1206269/7-2, § 4.
[1748] *Ibid.*

leur cause, les éléments recueillis sur lesquels se fonde la mesure d'expulsion en urgence absolue n'établissent pas la réalité de « relations régulières » et de « liens très étroits » avec des personnes susceptibles de préparer des actes terroristes qui fondent la mesure attaquée »[1749]. Le Tribunal a également considéré que si le ministre s'est appuyé sur le risque de passage à l'acte de la part d'individus impliqués dans la mouvance islamiste, « il [n'a pas] fait […] état d'éléments conduisant à penser que le requérant témoignait *une inclination pour le terrorisme,* et qu'il était susceptible de se livrer à des actes mettant en cause la sûreté de l'Etat ou la sécurité des personnes, ou de prêter son concours à de tels agissements »[1750]. Le ministre n'avait ainsi pas démontré en quoi le comportement du requérant constituait un risque grave pour l'ordre public, se contentant d'une analyse générale qui pouvait s'appliquer à n'importe quelle personne radicalisée. Enfin le Tribunal a précisé que « si le ministre déclare s'être fondé sur l'existence d'un "lien idéologique et d'une finalité terroriste commune" entre l'auteur des assassinats commis à Montauban et Toulouse les 11, 15 et 19 mars 2012, et sur le "contexte résultant d'une telle vague terroriste ayant un retentissement national ", *le lien, la finalité et le contexte dont il fait état ne pouvaient, en l'absence de tout élément lié aux déclarations ou aux actes du requérant, ou à tout le moins de soupçons sérieusement justifiés, le conduire à priver [le requérant] des garanties procédurales prévues par les dispositions précitées de l'article L. 522-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* »[1751]. Autrement dit, en considérant que l'expulsion du requérant constituait une nécessité impérieuse pour la sécurité publique et qu'elle devait, en raison du contexte terroriste, s'effectuer selon la procédure d'urgence absolue, le ministre « a entaché son appréciation d'erreur »[1752]. Saisi d'un recours en excès de pouvoir, le Tribunal administratif a effectué par cette formule un contrôle entier de la mesure d'expulsion, alors que le requérant lui demandait de reconnaître une « erreur manifeste d'appréciation », essence même du contrôle restreint. Surtout, il a dégagé une solution importante en considérant que les liens de l'étranger avec des personnes proches de réseaux radicaux et terroristes d'une part et le contexte terroriste d'autre part ne peuvent justifier à eux seuls une mesure d'expulsion. L'autorité administrative doit impérativement subordonner sa décision au comportement de l'intéressé, c'est-à-dire aux actes ou aux propos tenus par lui, ou à tout le moins à des « soupçons sérieusement justifiées » supposant l'apport d'éléments matériels propres au comportement de l'étranger. Cette décision constitue un point de départ

[1749] *Ibid.*
[1750] *Ibid.,* § 5, nous soulignons.
[1751] *Ibid.,* nous soulignons.
[1752] *Ibid.,* § 6.

important de l'analyse du contrôle du juge administratif en matière d'expulsion en ce qu'elle semble effectuer un contrôle efficace et équilibré de la qualification juridique des faits opérée par l'autorité administrative, permettant d'encadrer strictement cette mesure par une exigence de nécessité. Pourtant, les décisions postérieures à cet arrêt se sont toutes éloignées de la décision rendue en l'espèce, en reconnaissant que le contexte terroriste et les relations de l'intéressé peuvent, de manière autonome, justifier l'arrêté d'expulsion. Le contrôle opéré par le juge de l'excès de pouvoir sur la mesure d'expulsion apparaît ainsi relativisé et révèle la concurrence établie entre l'action pénale et l'expulsion.

Paragraphe II. La mesure d'expulsion prononcée au détriment de l'action pénale

446. L'expulsion vient souvent embrasser une situation dans laquelle les poursuites pénales auraient pu être déclenchées mais où l'autorité administrative, plutôt que d'informer les autorités judiciaires, a préféré prononcer une mesure d'expulsion. La procédure d'expulsion est ainsi privilégiée à l'action pénale, agissant comme un palliatif lorsqu'une condamnation pénale de l'intéressé semble difficile malgré la qualification pénale de son comportement **(A)**. Mais la mesure d'expulsion est également prononcée lorsque les faits reprochés à l'intéressé pourraient aboutir à l'infliction d'une condamnation pénale **(B)**, révélant de manière éclatante la concurrence entre la mesure d'expulsion et l'action pénale.

A. Le prononcé de l'expulsion en cas d'impossible condamnation pénale

447. Éléments probatoires insuffisants – Le choix du prononcé de la mesure d'expulsion est effectué lorsque les éléments probatoires sont insuffisants pour emporter la condamnation pénale de l'individu concerné. Dans une décision du 6 mai 2015, la Cour administrative d'appel de Paris a refusé de reconnaître l'erreur d'appréciation du ministre de l'Intérieur qui avait prononcé un arrêté d'expulsion à l'égard d'un ressortissant algérien entretenant des liens avec des individus proches des réseaux terroristes ou islamistes[1753]. Le requérant soutenait pourtant que la note blanche sur laquelle se fondait l'expulsion était imprécise et comportait des éléments erronés : celle-ci ne précisait ni la « nature » des relations entretenues entre le requérant et les différents réseaux islamistes, ni « les lieux, dates et circonstances des propos échangés » entre les différents protagonistes[1754]. Il invoquait également entrer dans la catégorie des étrangers

[1753] Cour administrative d'appel de Paris, 6 mai 2015, n° 14PA02482.
[1754] *Ibid.*

protégés au sens des articles L.521-2 et L.521-3 du CESEDA, étant parent d'un enfant français mineur résidant en France, résidant lui-même régulièrement en France depuis plus de vingt ans et n'ayant jamais été condamné à une peine d'emprisonnement ferme au moins égale à cinq années. Le requérant précisait enfin n'avoir jamais fait l'objet d'une condamnation pénale pour les faits qui lui étaient reprochés, ni même d'une quelconque procédure pénale. La Cour administrative d'appel a rejeté ces arguments en considérant que l'administration doit seulement « *apprécier d'une manière générale si les soupçons entretenus* contre [l'intéressé] *sont suffisamment crédibles* pour justifier une expulsion »[1755], avant d'ajouter « qu'en l'espèce, le ministre de l'intérieur a pu estimer, sans commettre d'erreur d'appréciation, que le comportement de [l'intéressé] justifiait une mesure d'expulsion du territoire français en ce qu'il révélait une menace exceptionnellement grave pour l'ordre public »[1756]. La Cour administrative d'appel s'est ainsi écartée du jugement rendu par le Tribunal administratif de Paris le 12 février 2014, dont les motifs relevaient la nécessité non seulement de personnaliser l'expulsion au regard du comportement de l'intéressé, de ses propos et de ses actes, mais également de fonder l'expulsion sur, au moins, des « soupçons sérieusement justifiés ». La Cour a ici entériné les éléments précisés au sein de la note blanche, alors que ces derniers relevaient simplement les relations entretenues entre l'intéressé et les individus proches de réseaux islamistes ou terroristes, sans même évoquer la nature de ces relations ni les circonstances ou le contexte des propos échangés. Plus encore, elle permet le prononcé de l'expulsion lorsque les soupçons entretenus sont « suffisamment crédibles », ce qui constitue un affaiblissement considérable de la preuve par rapport aux « soupçons sérieusement justifiés » invoqués par le Tribunal administratif de Paris. Enfin, il importe peu, pour la Cour administrative d'appel, que le comportement de l'intéressé n'ait jamais fait l'objet d'une procédure pénale, l'objectif de l'expulsion étant justement de prévenir le risque de commission d'une infraction de nature terroriste. La nature complémentaire de la mesure d'expulsion est ici évidente car si le comportement de l'intéressé aurait éventuellement pu faire l'objet de poursuites pénales sur le fondement du délit d'association de malfaiteurs terroristes, sa condamnation pénale était loin d'être certaine, les éléments probatoires étant faibles. La mesure d'expulsion a donc autorisé l'éloignement d'un individu qui n'aurait certainement pas pu être exclu de manière temporaire par une peine d'emprisonnement ou même, de manière temporaire ou définitive, par une interdiction du territoire français.

[1755] Cour administrative d'appel de Paris, 6 mai 2015, n° 14PA02482, cons. n° 5, nous soulignons.
[1756] *Ibid.*

448. Délit non puni d'une interdiction du territoire – Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 30 décembre 2016[1757] révèle qu'une analyse similaire est adoptée lorsque le comportement de l'intéressé est susceptible de recouvrir une qualification pénale, mais que l'infraction en cause n'est pas punie d'une peine d'interdiction du territoire. En l'espèce, le requérant contestait la mesure d'expulsion prononcée à son encontre selon la procédure d'urgence, fondée sur des propos qu'il avait tenus à plusieurs reprises à l'occasion de prêches dans des salles de prière et qui constituaient selon le ministre de l'Intérieur, des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine et à la violence contre une personne et un groupe de personnes non seulement pénalement répréhensibles[1758] mais également susceptibles de justifier son expulsion au regard de l'article L. 521-3 du CESEDA. L'intéressé invoquait qu'il n'avait jamais été poursuivi pénalement, et qu'il n'avait pas non plus subi de sanctions administratives pour ces faits. Il en résultait selon lui que la mesure d'expulsion portait atteinte au principe de présomption d'innocence. La Cour administrative d'appel a rejeté de tels arguments en jugeant, de manière similaire au précédent arrêt, que « contrairement à ce que soutient le requérant, la circonstance qu'il n'aurait pas commis d'infractions pour lesquelles il aurait été pénalement condamné ou qu'il n'aurait pas même été l'objet de sanctions administratives pour ces propos, ne faisait pas obstacle à ce que le ministre de l'intérieur décide son expulsion, dès lors qu'une telle mesure, qui n'a pas le caractère d'une sanction, même administrative, mais constitue une mesure de police, destinée à préserver l'ordre public »[1759]. Plus encore, cette qualification retire au requérant toute possibilité de se prévaloir du principe de présomption d'innocence, et plus largement « des garanties qui entourent les procédures judiciaires »[1760]. Une nouvelle fois, le caractère préventif de la mesure de police administrative conduit non seulement à détacher entièrement le prononcé de l'expulsion de l'action pénale mais également à instaurer une neutralisation définitive de l'étranger que le droit pénal n'aurait pu réaliser. La peine établie à l'article 24 de la loi de 1881 concernant le délit de provocation à la haine aurait en effet tout au plus conduit l'intéressé à une peine d'emprisonnement d'un an. Surtout, la peine complémentaire d'interdiction du territoire français n'est pas encourue pour les infractions prévues par la loi de 1881. Le juge pénal ne

[1757] Cour administrative d'appel de Paris, 30 décembre 2016, n° 16PA02251.
[1758] L'article 24 de la loi de 1881 punit en effet d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, ou de l'une de ces deux peines seulement, « Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23 [parmi lesquels figurent les discours], auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».
[1759] Cour administrative d'appel de Paris, 30 décembre 2016, n° 16PA02251, cons. n° 3.
[1760] *Ibid.,* cons. n° 5.

bénéficiait alors d'aucun outil pour exclure l'intéressé du territoire sur le fondement de la provocation à la haine. Or, l'expulsion peut justement opérer cette exclusion, l'article L. 521-3 du CESEDA précisant que « ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'expulsion qu'en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat, ou liés à des activités à caractère terroriste, *ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes* […] 1° L'étranger qui justifie par tous moyens résider habituellement en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans ; 2° L'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de vingt ans »[1761]. Le Ministre a donc naturellement privilégié la mesure d'expulsion à l'information des autorités judiciaires, en raison de l'exclusion neutralisante qu'elle opère. Lors de son intervention, le Rapporteur public avait validé cette approche, précisant seulement qu'il aurait « peut-être […] été plus satisfaisant que l'intéressé fasse *également* l'objet d'une procédure pénale en France »[1762] afin de permettre « au juge judiciaire, garant des libertés publiques en application de l'article 66 de la Constitution, *de se prononcer sur des faits concrets,* alors que la décision administrative d'expulsion, effectuée à titre préventif, ne repose que sur les éléments contenus dans la note blanche »[1763]. La procédure pénale était donc envisagée mais seulement de manière secondaire, en supplément de la mesure d'expulsion. Le Rapporteur avait surtout accordé peu d'intérêt à cette question qui était selon lui « plus politique que juridique, le sort de ces notes [blanches] étant désormais réglé »[1764]. La recevabilité des notes blanches devant le juge administratif n'est néanmoins pas la question la plus intéressante de cet arrêt, tant il semble que le problème principal soit centré sur le pouvoir d'opportunité du ministre, de privilégier de manière discrétionnaire la procédure d'expulsion à une procédure pénale. Sous-jacente à ce problème, la question de l'affranchissement du prononcé de l'expulsion d'une condamnation pénale est également préoccupante. Si le prononcé de l'expulsion n'est pas subordonné à une condamnation pénale, il n'en demeure pas moins que cette mesure est très souvent justifiée par les condamnations pénales passées de l'intéressé. Ce sont elles qui permettent de déterminer objectivement la gravité du comportement reproché. Néanmoins, la procédure d'expulsion semble désormais être privilégiée pour prévenir les infractions terroristes, jusqu'à écarter les autorités judiciaires lorsque le comportement de l'auteur pourrait être puni pénalement.

[1761] Nous soulignons.
[1762] Christelle ORIOL, « La procédure d'expulsion d'étrangers en urgence absolue », *op. cit.*, p. 1243, nous soulignons.
[1763] *Ibid.*
[1764] *Ibid.*

B. Le prononcé de l'expulsion malgré une possible condamnation pénale

449. Migration à caractère terroriste – Un arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Paris le 7 mars 2016 révèle de manière éclatante l'action de la mesure administrative d'expulsion au détriment de l'action pénale. En l'espèce, un ressortissant algérien avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion selon la procédure d'urgence sur le fondement de l'article L. 521-3 du CESEDA. Le ministre de l'Intérieur avait justifié cette mesure en invoquant que le requérant s'était engagé « au profit du jihad international » et « que celui-ci constituait, de ce fait, une menace permanente, dès lors qu'il était susceptible de participer à la constitution d'un groupe extrémiste à potentiel violent, qui serait capable de commettre ou de fomenter une action terroriste sur ou depuis le territoire national »[1765]. L'intéressé avait en effet été interpellé en mars 2014 par la police turque à bord d'un autocar qui s'apprêtait à franchir illégalement la frontière en direction de la Syrie. Devant le juge administratif, celui-ci a invoqué son absence de passé pénal pour contester l'arrêté d'expulsion, sans succès. La Cour administrative d'appel a en effet décidé, le 7 mars 2016, de rejeter cet argument en jugeant par une formule qui sera reprise par la suite que « contrairement à ce que soutient le requérant, la circonstance qu'il n'aurait pas commis d'infractions pour lesquelles il aurait été pénalement condamné ou qu'il n'ait pas été poursuivi pour de telles infractions, *ne faisait pas obstacle ce que le ministre de l'intérieur décide son expulsion,* dès lors qu'une telle mesure, qui n'a pas le caractère d'une sanction, constitue une mesure de police destinée à préserver l'ordre public »[1766]. Selon elle, le ministre de l'Intérieur n'a pas entaché sa décision d'une erreur de fait ou d'une erreur d'appréciation « en considérant que le comportement de [l'intéressé] devait être regardé comme étant de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État et qu'il était lié à des activités à caractère terroriste au sens de l'article L. 521-3 »[1767]. La Cour a ainsi confirmé l'autonomie de la mesure d'expulsion, qui s'apprécie au regard d'une menace grave pour l'ordre public et non par rapport à l'existence d'une condamnation pénale.

450. Mise à l'écart des juridictions pénales – Cette décision soulève néanmoins quelques interrogations. La migration à caractère terroriste de l'intéressé aurait pu être saisie par les juridictions pénales, sous la qualification d'entreprise individuelle ou d'association de

[1765] Cour administrative d'appel de Paris, 7 mars 2016, n° 15PA02906, cons. n° 5.
[1766] *Ibid.,* cons. n° 5, nous soulignons.
[1767] *Ibid.,* cons. n° 5.

terroristes, infractions dont la nature préventive permet parfaitement de punir les déplacements effectués à l'étranger vers des camps d'entraînement terroristes. Encore aurait-il fallu pour cela que les autorités judiciaires soient informées de ces faits, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce, le ministre de l'Intérieur souhaitant privilégier la mesure d'expulsion. Or, si l'on peut convenir que l'expulsion soit prononcée en l'absence de qualification ou de condamnation pénale, il est en revanche très difficile d'admettre que la commission d'une infraction de nature terroriste puisse échapper à l'office du juge pénal au bénéfice de cette mesure. Car dans cette hypothèse, l'expulsion écarte purement et simplement la loi pénale. L'article 40 du Code de procédure pénale dispose en effet que « [t]oute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». Informé de la migration à caractère terroriste de l'intéressé, le ministre de l'Intérieur aurait ainsi *dû* prévenir les autorités judiciaires afin que celles-ci puissent déclencher la mise en œuvre de poursuites pénales. La transmission des informations n'était pas une simple possibilité mais une véritable obligation légalement établie, à laquelle le ministre de l'Intérieur a dérogé en préférant prononcer l'expulsion en urgence absolue « dès son arrivée sur le sol national »[1768]. Pourtant, la Cour administrative d'appel n'a rien trouvé à y redire, en jugeant que « l'obligation à laquelle est tenue l'autorité administrative d'informer le procureur de la République des crimes et délits dont elle a connaissance en vertu de l'article 40 du code de procédure pénale n'a aucune incidence sur la légalité de la mesure de police que constitue une mesure d'expulsion »[1769]. Autrement dit, le ministre de l'Intérieur pouvait parfaitement choisir de ne pas informer les autorités judiciaires et préférer la voie administrative de l'expulsion pour prévenir l'infraction terroriste, sans que cette décision *contra legem* n'emporte la moindre conséquence sur la mesure d'expulsion. Cette analyse révèle de manière frappante la mise à l'écart des autorités judiciaires, et donc du droit pénal, au profit de la mesure administrative d'expulsion, dans un contexte où les faits reprochés à l'intéressé auraient pu fonder des poursuites pénales et justifier l'infliction d'une peine d'emprisonnement et d'une interdiction du territoire. Les conséquences de l'expulsion, à savoir l'émigration forcée de l'individu en dehors du territoire national, aurait ainsi pu être le produit d'une peine prononcée par le juge pénal. En revanche, cette peine n'aurait pu intervenir immédiatement après le retour de l'intéressé sur le sol français compte-tenu du temps nécessaire pour procéder à l'enquête mais également des garanties entourant les

[1768] *Ibid.,* cons. n° 1.
[1769] *Ibid.,* cons. n° 4.

poursuites pénales et le prononcé d'une condamnation. C'est donc bien ici que se situe l'intérêt de prononcer une mesure d'expulsion sans même informer les autorités judiciaires de la commission d'une infraction terroriste : dans la mise à l'écart, en même temps que du droit pénal, des garanties qui y sont attachées et dont l'intéressé aurait dû bénéficier.

CONCLUSION DE LA SECTION I

451. Le rôle préventif de l'expulsion conduit l'autorité administrative à appliquer cette mesure au détriment de l'action pénale. Plutôt que d'informer les autorités judiciaires du comportement de l'étranger qui serait susceptible de revêtir une qualification pénale, l'autorité administrative choisit de prononcer une mesure d'expulsion qui vient opérer une neutralisation efficace de la présence de l'étranger sur le territoire ; neutralisation que le droit pénal ne pourrait effectuer que de manière temporaire par l'infliction d'une peine d'emprisonnement ou d'interdiction du territoire. L'autorité administrative prononce ainsi la mesure d'expulsion de manière autonome, en écartant les autorités judiciaires. Mais si l'expulsion concurrence l'action pénale lorsque le comportement reproché à l'intéressé est susceptible de faire l'objet d'un déclenchement de poursuites pénales voire d'une condamnation, elle revêt également un caractère supplétif à l'action pénale quand elle s'applique à l'encontre d'un étranger dont le comportement ne fait même pas l'objet d'une qualification pénale.

SECTION II. L'EXPULSION SUPPLÉTIVE À L'ACTION PÉNALE

452. En matière de terrorisme, l'expulsion est souvent prononcée en urgence absolue. Son exécution s'effectue alors dans un temps extrêmement rapproché de son prononcé. Cette urgence à expulser entraîne de fortes conséquences sur l'intéressé qui est non seulement privé de certaines garanties procédurales, mais également contraint, en raison du délai extrêmement court existant entre le prononcé de l'expulsion et son exécution, de saisir le juge des référés. Ce juge administratif, statuant dans l'urgence, opère un contrôle restreint par rapport au juge de l'excès de pouvoir. La difficile contestation des expulsions prononcées en urgence absolue **(Paragraphe I)** aboutit à une forte dégradation des garanties accordées à l'intéressé ; dégradation qui conduit à dépouiller l'expulsion de toute justification matérielle. Celle-ci est alors prononcée sur le fondement du seul « contexte terroriste » **(Paragraphe II)**, qui révèle

l'absence de matérialité de la menace pour l'ordre public portée par la présence de l'intéressé en France. L'expulsion supplée alors l'action pénale en permettant une neutralisation de la présence de l'étranger sur le territoire ; neutralisation que le droit pénal, malgré les infractions préventives qu'il contient en matière de terrorisme, n'aurait jamais pu mettre en œuvre.

Paragraphe I. La difficile contestation des expulsions prononcées en urgence absolue

453. La procédure dérogatoire de l'expulsion en urgence absolue rend difficile la contestation de cette mesure par l'intéressé. Cette difficulté est la conséquence d'un affaiblissement des garanties procédurales **(A)** dont devrait bénéficier l'étranger objet de l'expulsion, mais également de la saisine du juge des référés qui n'exerce qu'un contrôle restreint de cette mesure **(B)**.

A. Des garanties procédurales affaiblies

454. Le ministre de l'Intérieur recourt de plus en plus fréquemment à la procédure d'expulsion dérogatoire en matière de terrorisme. Entre janvier et septembre 2016, dix-huit expulsions ont ainsi été prononcées en urgence absolue[1770]. Cette utilisation croissante de la procédure dérogatoire est d'autant plus préoccupante qu'elle entraîne un affaiblissement considérable des garanties procédurales – lorsque celles-ci ne sont pas simplement supprimées. Il en est ainsi de l'exigence de motivation de l'expulsion **(1)**, du contradictoire **(2)** et de l'exercice d'un recours effectif **(3)**.

1. L'insuffisance de la motivation

455. Exigence tempérée – La loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs a instauré une obligation de motivation des actes individuels en précisant que « [l]es personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent. A cet effet, doivent être motivées les « décisions qui [...] restreignent l'exercice de libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ». En matière d'expulsion, le Conseil d'État a par

[1770] Chiffres évoqués par Maître SPINOSI lors de l'audience publique devant le Conseil constitutionnel relative à la Décision n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016.

ailleurs exigé une motivation de l'arrêté prononçant cette mesure[1771]. Toutefois, l'urgence introduit un tempérament à cette obligation de motivation des actes administratifs, l'article 4 de la loi du 11 juillet 1979 disposant que « lorsque l'urgence absolue a empêché qu'une décision soit motivée, le défaut de motivation n'entache pas d'illégalité cette décision »[1772]. En matière d'expulsion, ce tempérament est limité par le Conseil d'État qui estime que si l'urgence à expulser peut justifier le prononcé de l'expulsion d'un étranger en dehors des garanties habituelles, elle ne peut en revanche servir de fondement à l'absence totale de motivation de l'arrêté d'expulsion. Il faut donc que l'autorité administrative expose, « même succinctement », les éléments factuels permettant d'établir la menace à l'ordre public et le caractère urgent de l'expulsion[1773]. Il n'en demeure pas moins que conformément à l'article 4 de la loi du 11 juillet 1989, le Conseil d'État juge que l'insuffisance de motivation n'entache pas d'illégalité la mesure d'expulsion prononcée en urgence absolue[1774].

456. Affaiblissement des garanties – Ce tempérament entraîne une baisse des garanties procédurales, encore remarquée lorsque l'on rapproche les conditions du prononcé de l'expulsion avec celles de l'interdiction judiciaire du territoire. Au titre de l'article 131-30-1 du Code pénal, la peine d'interdiction du territoire ne peut être prononcée par le tribunal, en matière correctionnelle, « que par une décision spécialement motivée au regard de la gravité de l'infraction et de la situation personnelle et familiale de l'étranger » lorsque ce dernier entretient des liens particulièrement étroits et forts avec la France[1775]. Cette obligation de motivation

[1771] Conseil d'État, Section, 24 juillet 1981, *Beslari*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* 1981, p. 322 ; Conseil d'État, 26 mars 1982, *ministre de l'Intérieur c. Haddou* ; Conseil d'État, Section, 11 juin 1982, *Rezzouk*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* 1982, p. 226.
[1772] Voir aussi Conseil d'État, 25 mars 1994, n° 139439.
[1773] Cour administrative d'appel de Bordeaux, 31 juillet 2007, n° 06BX00167.
[1774] Conseil d'État, 5 Mai 1993, *Khdayir Alshamma*, n° 127645.
[1775] Cet article dispose qu' « [e]n matière correctionnelle, le tribunal ne peut prononcer l'interdiction du territoire français que par une décision spécialement motivée au regard de la gravité de l'infraction et de la situation personnelle et familiale de l'étranger lorsqu'est en cause : 1° Un étranger, ne vivant pas en état de polygamie, qui est père ou mère d'un enfant français mineur résidant en France, à condition qu'il établisse contribuer effectivement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant dans les conditions prévues par l'article 371-2 du code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins un an ; 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 ; 3° Un étranger qui justifie par tous moyens qu'il réside habituellement en France depuis plus de quinze ans, sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire ou pluriannuelle portant la mention " étudiant " ; 4° Un étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans, sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire ou pluriannuelle portant la mention " étudiant " ; 5° Un étranger titulaire d'une rente d'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 % ».

spéciale s'imposait au juge quelle que soit l'infraction commise[1776] – y compris, donc, pour une infraction de nature terroriste[1777] – jusqu'à ce que la loi du 22 juillet 2016 fasse du prononcé de l'interdiction du territoire le principe en matière d'actes de terrorisme, et non plus l'exception. Désormais, l'article 432-4 du Code pénal dispose que « [l]'interdiction du territoire français est prononcée par la juridiction de jugement dans les conditions prévues à l'article 131-30, soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable de l'une des infractions définies au présent titre ». L'article 432-4 ne fait aucune référence à l'article 131-30-1 du Code pénal relatif à l'obligation de motivation spéciale de l'interdiction du territoire. En précisant que cette peine doit être prononcée à l'encontre de « tout étranger », il exclut implicitement le bénéfice de l'article 131-30-1 et révèle son application à l'égard de l'ensemble des étrangers coupables d'une infraction de nature terroriste, y compris ceux qui entretiennent des liens forts avec la France[1778]. Par conséquent, le prononcé de l'interdiction du territoire n'a plus à être motivé par le juge, le législateur ayant introduit une motivation générale en matière de terrorisme. Malgré ce recul de l'exigence de motivation, le cadre judiciaire de l'interdiction du territoire continue de présenter davantage de garanties que celui de l'expulsion. Si cette peine est désormais le principe et n'a plus à être motivée à l'égard de l'étranger entretenant des liens forts avec la France, il n'en demeure pas moins qu'elle intervient dans des circonstances bien différentes de l'expulsion, dans le cadre d'une condamnation pénale pour un acte de terrorisme. C'est cette culpabilité relative à la commission d'une infraction particulièrement grave qui justifie le prononcé de l'interdiction du territoire. Alors, certes, la protection accordée à l'égard des étrangers entretenant des relations fortes avec la France est écartée, mais contrairement à l'individu faisant l'objet d'une expulsion, l'étranger contre lequel une peine d'interdiction du territoire est prononcée a été *jugé* coupable d'une infraction terroriste. Toute la différence entre l'interdiction du territoire et l'expulsion en urgence tient dans ce jugement de culpabilité. Si ces deux « mesures » sont aussi peu motivées l'une que l'autre, l'une intervient néanmoins à la suite d'une enquête judiciaire et, surtout, dans le cadre d'un procès pénal ayant matériellement révélé la dangerosité de l'individu. Cela ne signifie pas que l'on puisse être satisfait de l'affaiblissement de l'exigence de motivation en

[1776] Cour de cassation, chambre criminelle, 11 Janvier 2001, n° 00-82.609. La Cour casse l'arrêt de la cour d'appel qui avait condamné le prévenu à cinq ans d'interdiction du territoire français en considération de l'importante quantité d'héroïne écoulé sans motiver cette peine au regard de la durée de sa résidence en France et de sa situation de famille (l'intéressé était père de 2 enfants à charge nés et résidents dans ce pays).
[1777] L'intéressé doit néanmoins solliciter le bénéfice de l'article 131-30-1 du Code pénal : jurisprudence constante depuis Cour de cassation, chambre criminelle, 29 mars 2007, n° 06-84.445 et 06-81.114.
[1778] Yves MAYAUD, « Terrorisme – Infractions », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, op. cit.*, n° 233-234.

matière d'actes de terrorisme et, surtout, de la perte d'autonomie du juge dans le prononcé de la peine d'interdiction du territoire ; toutefois, le cadre pénal continue d'accorder, malgré cet affaiblissement, davantage de garanties à l'intéressé que le cadre administratif de l'expulsion en urgence. Cette analyse est encore renforcée par le fait que la peine d'interdiction du territoire ne peut intervenir qu'à l'issue d'un procès pénal soumis au principe du contradictoire, tandis qu'en matière d'expulsion en urgence, ce contradictoire est purement et simplement supprimé.

2. La suppression du contradictoire

457. Cadre – Avant d'être neutralisé lors de la procédure d'expulsion en urgence absolue, le principe du contradictoire est affaibli dans le cadre de la procédure de droit commun. La procédure de droit commun de l'expulsion est révélée à l'article L. 522-1 du CESEDA, qui dispose que « l'étranger doit être préalablement avisé [et] convoqué » pour être entendu par une commission se réunissant à la demande de l'autorité administrative. Celle-ci est composée de deux magistrats de l'ordre judiciaire et d'un conseiller de tribunal administratif. L'étranger est informé de la procédure d'expulsion engagée à son encontre par un bulletin de notification qui doit lui être notifié au moins quinze jours avant la date de la réunion[1779]. La mission de cette commission étant de rendre un avis – favorable ou défavorable – sur l'expulsion de l'étranger, ce dernier peut être représenté par un avocat et, durant les débats qui sont publics, présenter les arguments qui militent contre son expulsion[1780]. La procédure visée pourrait donc apparaître, au premier regard, comme un lieu, un moment de défense au cours duquel l'étranger plaide sa cause. Cette analyse est néanmoins rapidement relativisée par le fait que l'autorité administrative n'assiste pas à cette procédure et n'est informée des propos de l'étranger qu'à travers le procès-verbal et l'avis de la commission qui lui sont envoyés à l'issue de l'« audience ». Étrange contradiction que celle qui ne s'entend pas. Plus encore, l'autorité administrative n'est en aucun cas liée par l'avis de la Commission, qui n'est envoyé qu'à titre d'information. Mais si les garanties procédurales du contradictoire sont affaiblies lorsque l'expulsion est prononcée selon la procédure de droit commun, c'est une véritable neutralisation du principe du contradictoire qui est effectuée dans le cadre de la procédure dérogatoire de l'urgence absolue à expulser.

[1779] Articles L. 522-2, R. 522-5 et R. 522-6 du CESEDA. Ce bulletin précise les raisons, indique le lieu, la date et l'horaire de la réunion de la commission.
[1780] Article L. 522-2 du CESEDA.

458. Neutralisation – L'urgence à expulser entraîne en effet l'effacement total de la procédure précédemment étudiée. L'article L. 522-1 du CESEDA introduit d'ailleurs cette exception avant même d'établir la garantie procédurale d'un débat contradictoire en précisant que « [s]auf en cas d'urgence absolue, l'expulsion ne peut être prononcée que dans les conditions suivantes […] ». L'intéressé n'est donc plus avisé de la mesure d'expulsion. Il lui est également impossible de présenter les arguments qui, selon lui, s'opposent à son expulsion puisque la procédure relative à la commission d'expulsion est neutralisée. En d'autres termes, le « contradictoire » insuffisant mais néanmoins présent devant la commission d'expulsion dans le cadre de la procédure de droit commun s'efface devant l'urgence absolue. La procédure d'expulsion en urgence revêt donc l'avantage pour l'autorité administrative d'être exempte de contradiction. Non seulement le ministre de l'Intérieur prononce cette mesure de manière discrétionnaire, mais il n'est, en plus, pas même soumis à la contradiction. L'étranger subit ainsi son expulsion sans pouvoir présenter ses arguments. Une nouvelle fois, l'on ne peut être que frappé par l'écart des garanties accordées à l'étranger expulsé en comparaison de celles qui président au prononcé de la peine d'interdiction du territoire. Cette dernière intervient en effet dans le cadre d'un procès pénal, soumis au principe du contradictoire. L'importance de ce principe est rappelée par l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui dispose que « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ». Rappelé par l'article 427 alinéa 2 du même Code en matière d'administration de la preuve, ce principe constitue une véritable garantie pour le prévenu ou l'accusé, qui est alors assuré que sa condamnation interviendra à l'issue d'un procès équitable au cours duquel il aura pu présenter sa défense. Présent de manière implicite au sein de l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le principe du contradictoire constitue « le schéma fondateur de l'État de droit et des régimes démocratiques »[1781]. La Cour européenne des droits de l'Homme énonce à ce titre que « le principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes, étroitement liés entre eux, sont des éléments fondamentaux de la notion de "procès équitable" au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Ils exigent un "juste équilibre" entre les parties : chacune doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires »[1782]. Or, c'est la situation

[1781] Panayotis NICOLOPOULOS, « La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire », *Revue de sciences criminelles*, 1989, p. 1.
[1782] Cour européenne des droits de l'Homme, grande chambre, 19 septembre 2017, *Regner c. République Tchèque*, n° 35289/11 § 106 ; Cour européenne des droits de l'Homme, grande chambre, 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*,

exactement inverse qui préside au prononcé de l'expulsion en urgence absolue. Le ministre de l'Intérieur décide de manière discrétionnaire d'expulser l'étranger concerné, sans être contraint de motiver suffisamment sa décision et sans entendre les arguments de l'intéressé qui subit la mesure sans pouvoir se défendre. L'urgence à expulser rend ainsi toute-puissante l'autorité administrative, toute-puissance qui va jusqu'à entraîner l'impossibilité, pour l'intéressé, de saisir un juge avant son départ forcé.

3. L'impossible exercice d'un recours juridictionnel effectif

459. Impossibilité de saisir un juge – En neutralisant la procédure de l'article L. 522-1 du CESEDA, l'urgence à expulser empêche l'étranger d'être « avisé » de la mesure prononcée à son encontre. Autrement dit, l'expulsion en urgence absolue entraîne le départ immédiat de l'intéressé, sans lui laisser la possibilité matérielle de saisir un juge avant l'exécution forcée de la mesure[1783]. Face à cet état de fait et de droit, c'est le droit à un recours juridictionnel effectif qui est atteint.

460. Constitutionnalité – Le caractère dérogatoire de la procédure d'expulsion en urgence a conduit le Conseil d'État à décider, par une décision du 6 juillet 2016, de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité de l'expulsion en urgence absolue au droit à un recours juridictionnel effectif[1784]. Dans sa décision du 5 octobre 2016, le Conseil constitutionnel a réaffirmé, avant de répondre à la question qui lui était posée, que « l'urgence absolue répond à la nécessité de pouvoir, en cas de menace immédiate, éloigner du territoire national un étranger au nom d'exigences impérieuses de l'ordre public »[1785]. Après avoir rappelé la force de ce « sauf-conduit constitutionnel »[1786] incarné par l'exigence de l'ordre public, le Conseil a jugé que « les dispositions contestées ne privent pas l'intéressé de la possibilité d'exercer un recours contre la décision d'expulsion devant le juge administratif, notamment devant le juge des référés qui, sur le fondement des articles L. 521-1

---

n° 17502/07, § 119 ; Cour européenne des droits de l'Homme, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n° 62543/00, § 56.

[1783] Vincent TCHEN, « Étrangers – Expulsion. – Interdiction judiciaire du territoire », *op. cit.*, § 135.

[1784] Conseil d'État, 6 juillet 2016, n° 398371.

[1785] Décision n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016, § 9. Dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 sur la Loi *relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, le Conseil avait déjà validé la procédure d'urgence en matière d'expulsion en considérant qu'elle relevait « d'exigences impérieuses de l'ordre public » et, qu'en conséquence, « elle ne portait pas à la liberté individuelle des atteintes excessives » (§ 60). Il avait ainsi jugé de manière implicite qu'il n'incombait pas au législateur de définir davantage la notion d'urgence absolue.

[1786] Expression de M[e] Patrice SPINOSI lors de son intervention devant le Conseil constitutionnel.

et L. 521-2 du code de justice administrative, peut suspendre l'exécution de la mesure d'expulsion ou ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale »[1787]. Cette analyse ne peut être partagée alors qu'en l'espèce, le requérant s'était vu notifié l'arrêté d'expulsion pris à son encontre le matin même de son expulsion. Le contexte de l'urgence absolue à expulser compromet ainsi l'exercice d'un recours juridictionnel, comme l'avait relevé Maître SPINOSI lors de l'audience publique en précisant que l'expulsion en urgence absolue permet de renvoyer un étranger sans lui laisser le temps de saisir le juge administratif ou de déposer une demande de mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Le Conseil a pourtant choisi de rejeter cet argument en établissant que « l'absence de tout délai, critiquée par le requérant, entre, d'une part, la notification à l'étranger de la mesure d'expulsion et, d'autre part, son exécution d'office, ne résulte pas des dispositions contestées »[1788]. Par conséquent, le Conseil en a conclu que « le législateur, en dispensant l'autorité administrative, en cas d'urgence absolue, d'accomplir les formalités prévues à l'article L. 522-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions »[1789]. Contrairement à ce que le Conseil a retenu dans son analyse, la procédure d'expulsion en urgence ne permet pourtant pas à l'intéressé de saisir le juge administratif. La notification de l'expulsion étant effectuée quelques heures avant son départ, celui-ci ne dispose pas du temps indispensable à la saisine d'un juge et à l'accomplissement des démarches nécessaires à cet effet. Les procédures de référé-liberté et de référé-suspension invoquées par le Conseil constitutionnel à l'appui de son argumentation sont par ailleurs bien insuffisantes pour permettre l'exercice d'un contrôle juridictionnel effectif. Non seulement ces procédures ne permettent pas de suspendre l'exécution de l'expulsion et donc de garantir la présence de l'intéressé sur le territoire national jusqu'au prononcé de la décision du juge des référés[1790], mais elles entraînent de surcroît une dégradation du contrôle opéré par le juge administratif.

[1787] Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016, § 10.
[1788] *Ibid.,* § 11.
[1789] *Ibid.,* § 12.
[1790] Conseil d'État, 4 février 2005, *Ministre de l'Intérieur c/ Marzieh X*, JurisData n° 2005-067971.

B. Un contrôle restreint du juge des référés

461. L'absence de garanties procédurales inhérente au prononcé de l'expulsion en urgence est d'autant plus problématique que le contrôle juridictionnel effectué en référé sur la mesure d'expulsion est restreint par rapport à celui opéré par le juge de l'excès de pouvoir, que ce soit en premier et dernier ressort **(1)** ou en cassation **(2)**.

1. Un contrôle restreint en premier et dernier ressort

462. Référés – Si le Conseil constitutionnel a soulevé l'existence des procédures en référé afin d'appuyer la conformité de la procédure d'expulsion en urgence absolue, ces dernières conduisent toutefois à « dégrader »[1791] le contrôle opéré par le juge administratif sur la mesure d'expulsion. N'étant pas saisi du principal, le juge des référés ne prononce que des mesures provisoires dans les meilleurs délais. L'objectif est de permettre à ce juge spécifique d'intervenir le plus rapidement possible afin qu'il se prononce en un temps utile[1792], en un « temps réel » pour que « le temps du juge coïncide avec celui des parties »[1793]. En matière d'expulsion, le juge des référés est ainsi naturellement saisi d'un référé-suspension, qui vise à suspendre la mesure d'expulsion en attendant que le juge administratif se prononce sur le fond, ou d'un référé-liberté, qui l'autorise à prononcer « toutes mesures utiles » pour sauvegarder une liberté fondamentale.

463. Référé-suspension – Prévu à l'article L. 521-1 du Code de la justice administrative, le référé-suspension autorise le juge à « ordonner la suspension de l'exécution de [la] décision [administrative], ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ». Le législateur n'ayant pas défini la condition d'urgence de ce référé, le Conseil d'État en a précisé le contenu en jugeant que « la condition de l'urgence doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts

[1791] Paul CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », *Revue française de droit administratif*, 2007, p. 45, n° 15.
[1792] Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps,* Dalloz, 2012, p. 178.
[1793] Bernard STIRN, « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », *Mélanges Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 799.

qu'il entend défendre »[1794]. Plus encore, « il appartient au juge des référés, saisi d'une demande tendant à la suspension d'une telle décision, d'apprécier concrètement, compte-tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de celle-ci sur la situation de ce dernier ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue »[1795]. Le juge administratif apprécie donc l'urgence de manière objective, tout en tenant compte des circonstances de chaque espèce[1796] ; il opère un véritable « bilan de l'urgence »[1797].

464. Doute sérieux – Outre la condition de l'urgence, le référé-suspension est subordonné à l'existence d'un doute sérieux. La suspension doit être « prononcée dès lors qu'une annulation apparaît suffisamment vraisemblable »[1798]. La notion de doute sérieux est simplifiée par rapport à l'ancienne procédure de sursis à exécution[1799] qui nécessitait la démonstration d'un « moyen sérieux », interprété par la jurisprudence comme « un moyen sérieux très probablement fondé »[1800]. Cette modification démontre que le juge administratif peut désormais « suspendre l'exécution d'une décision administrative sans avoir de certitude sur le caractère fondé des moyens d'annulation »[1801]. Dès lors, « la situation dans laquelle la demande d'annulation de cette décision serait rejetée, alors que le juge des référés avait ordonné la suspension, ne devrait pas être considérée comme une anomalie »[1802]. Le référé-suspension doit en effet être obligatoirement accompagné d'une requête en annulation ou en réformation de l'acte litigieux, sur le fondement de laquelle le juge du fond pourra parfaitement choisir de ne pas annuler la décision administrative que le juge du référé-suspension avait pourtant décidé de suspendre.

[1794] Conseil d'État, Section, 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 29.
[1795] *Ibid.*
[1796] Conseil d'État, Section, 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ Société Sud Est assainissement, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 109.
[1797] Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps,* Dalloz, 2012, p. 180, n° 520. Sur cette notion, voir : Benoît CAVIGLIOLI, « Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence », *Actualité juridique de droit administratif,* 2003, p. 642.
[1798] Didier CHAUVAUX, Conclusions sur Conseil d'État, section, 28 février 2001, *Philippart et Lesage*, *Revue française de droit administratif*, 2001, p. 394.
[1799] En vigueur avant la loi n° 2000-197 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives* qui a instauré les trois procédures de référés d'urgence.
[1800] Selon l'expression de Jean GOURDOU, et d'Antoine BOURREL, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, 2003, n° 166.
[1801] Rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence*, Revue française de droit administratif,* 2000, p. 946.
[1802] Didier CHAUVAUX, Conclusions sur Conseil d'État, section, 28 février 2001, *Philippart et Lesage*, *Revue française de droit administratif*, 2001, p. 394.

465. Référé-liberté – urgence – Établi à l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative, le référé-liberté est généralement préféré au référé-suspension en matière d'expulsion, d'abord parce qu'il ne nécessite pas le dépôt d'une requête en annulation de l'arrêté d'expulsion, ensuite et surtout parce qu'il enserre la décision du juge dans un délai de quarante-huit heures. Ce délai entraîne néanmoins une interprétation plus exigeante de l'urgence, « plus rigoureuse : il faut vraisemblablement que les circonstances rendent l'urgence pressante et l'intervention immédiate du juge indispensable »[1803]. Retenant la spécificité du référé-liberté, le Conseil d'État a précisé qu'« en distinguant les deux procédures de l'article L. 521-1 et L. 521-2, le législateur a entendu répondre à des situations différentes [si bien] que les conditions auxquelles est subordonnée l'application de ces dispositions ne sont pas les mêmes non plus que les pouvoirs dont dispose le juge des référés »[1804]. Le requérant du référé-liberté doit en effet démontrer « les circonstances particulières [qui impliquent] qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doive être prise dans les quarante-huit heures »[1805]. Une urgence caractérisée au sens du référé-suspension peut ainsi ne pas être suffisante pour révéler une situation urgente au sens du référé-liberté. En matière d'expulsion, la condition de l'urgence s'apprécie néanmoins de manière plus souple, le Conseil d'État ayant jugé qu'elle est, dans une telle situation, présumée[1806]. Le référé-liberté peut également être exercé alors même que la mesure contestée a été exécutée. Il vise en effet une situation qui porte atteinte à une liberté fondamentale, dans laquelle l'intervention du juge des référés est sollicitée afin de protéger la liberté concernée en ordonnant toute mesure nécessaire à sa sauvegarde[1807]. Dans ce contexte, le référé-liberté conserve naturellement son objet tant que des mesures peuvent être ordonnées. Encore faut-il néanmoins que soit constatée, en second lieu, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative.

466. Référé-liberté – liberté fondamentale – Le juge du référé-liberté « peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale […] »[1808]. Sur ce point,

[1803] Roland VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *Actualité juridique de droit administratif,* 2000, p. 712.
[1804] Conseil d'État, 28 février 2003, *Commune de Pertuis*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 68.
[1805] *Ibid.*
[1806] Conseil d'État, 26 septembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c. M. Abd Nasser Mesbahi*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 428, sauf lorsque l'arrêté est assorti d'une mesure d'assignation à résidence : Conseil d'État, 18 février 2008, *Bourakkadi*, n° 306238.
[1807] Anne COURREGES, Serge DAËL, *Contentieux administratif*, Presses universitaires de France, 4ème édition, 2013, p. 295.
[1808] Article L. 521-2 du Code de la justice administrative.

la jurisprudence a reconnu que les libertés invoquées par le requérant, à savoir la liberté d'aller et de venir, le droit de mener une vie familiale normale et le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, constituent chacun une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative[1809]. Plus encore, le Conseil d'État a consacré le droit à mener une vie familiale normale à l'égard des étrangers résidant en France de manière régulière. Dans son arrêt *Gisti* du 6 décembre 1978, la Haute juridiction a ainsi précisé « qu'il résulte des principes généraux du droit, et notamment, du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte, en particulier, la faculté pour ces étrangers, de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs »[1810].

467. Référé-liberté – atteinte grave et manifestement illégale – Plus que de soutenir qu'une liberté fondamentale est affectée, l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative impose au requérant d'établir qu'elle est *gravement atteinte,* c'est-à-dire que doit être constaté « un rapport direct entre l'illégalité relevée à l'encontre de l'autorité administrative et la gravité de ses effets au regard de l'exercice de la liberté fondamentale en cause »[1811]. Le juge doit alors apprécier les effets concrets de l'arrêté d'expulsion sur la situation personnelle du requérant, et « fixer le seuil à partir duquel il estime sa protection nécessaire »[1812]. Plus encore, l'atteinte doit directement provenir d'une décision administrative dont *l'illégalité est manifeste,* ce qui signifie que le juge du référé-liberté n'intervient que si « l'illégalité ne prête pas à discussion »[1813]. Ce qui est manifeste est ce qui est *évident,* « ce qui est palpable, aussi apparent que si on pouvait y porter la main »[1814]. Par exemple, l'erreur manifeste au fondement du

[1809] Pour la liberté d'aller et de venir : Conseil d'État, 9 janvier 2001, *Deperthes, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 1 ; concernant le droit de mener une vie familiale normale : Conseil d'État, 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c. M^me^ Tliba,* n° 238211 ; sur le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants : Conseil d'État, 23 novembre 2015, *Commune de Calais*, n° 394540.
[1810] Conseil d'État, 6 décembre 1978, *Gisti*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 493. La décision avait conduit à annuler un décret ayant excessivement restreint la portée du droit au regroupement familial. Dans ses conclusions, le rapporteur public avait incité le Conseil d'état à statuer en ce sens en affirmant que « pour que l'individu se développe, il faut qu'il puisse créer une famille ; et pour que la famille, une fois constituée, puisse elle-même se développer, il faut que rien n'entrave son évolution et notamment qu'elle ne soit pas artificiellement séparée [...] vous devrez donc admettre qu'il existe un principe, qui a trait à l'existence même de la famille, et qui reconnaît à tout individu le droit de mener, notamment en créant une famille et en vivant avec elle, une existence et une vie familiale normales ». Il avait également ajouté qu' « il existe à titre de principe général de notre droit [...] un droit à mener une vie familiale normale, qui implique notamment le *droit au maintien de l'unité familiale* » : Conclusions de Philippe DONDOUX sur Conseil d'État, 8 décembre 1978, *Gisti*, *Droit social*, janvier 1979, p. 67.
[1811] Conseil d'État, 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*.
[1812] Camille BROYELLE, *Contentieux administratif,* LGDJ, 6ème édition, 2018, p. 473, n° 682.
[1813] *Ibid.,* p. 473, n° 683.
[1814] Dictionnaire LITTRE.

contrôle restreint exercé par le juge de l'excès de pouvoir est définie comme étant un « manquement grossier, trop grave » pour ne pas être sanctionné. « À la fois apparente et grave »[1815], elle constitue une « erreur […] flagrante, évidente, inacceptable que même un profane pourrait percevoir »[1816]. Cette condition, qui se situe « un cran au-dessus du doute sérieux »[1817], est qualifiée de « fondamentale » en ce sens que le litige est très souvent « vidé » par la seule intervention du juge des référés : le contrôle au fond peut ne jamais avoir lieu puisque l'appréciation du juge des référés, incontestable, sera forcément partagée par les juges du fond[1818]. La distinction entre référé-suspension et référé-liberté est ici flagrante.

468. Référé-liberté – dégradation du contrôle – Le référé-liberté entraîne ainsi une « dégradation »[1819] du contrôle juridictionnel de l'arrêté d'expulsion en limitant le rôle du juge des référés à la sanction des actes manifestement illégaux. Alors que dans les matières soumises à un contrôle normal du juge de l'excès de pouvoir, telle que l'expulsion prononcée en urgence absolue, le juge du fond peut censurer toute erreur de qualification[1820], le juge du référé-liberté doit, lui, aller au-delà du simple doute sur la bonne qualification des faits pour conclure à une illégalité manifeste[1821]. De même, dans les matières relevant au fond d'un contrôle de proportionnalité, telles que les mesures d'expulsion prononcées à l'encontre d'un étranger protégé, le juge des référés exerce un contrôle « moins rigoureux »[1822], limité à « l'[in]adaptation manifeste de la mesure de police aux circonstances »[1823], en admettant que l'administration dispose d'une large latitude pour choisir la mesure la moins attentatoires aux libertés fondamentales[1824]. C'est ainsi que « l'atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale ne sera constatée que lorsque l'acte ou le comportement litigieux n'est pas manifestement le moins inadapté aux circonstances de droit et de fait »[1825] ; tandis que le juge

[1815] Conclusions Francis DONNAT sur Conseil d'État, 9 juin 2004, *Mme Jouve*, n° 254573.
[1816] Conclusions BAUDOIN sur Conseil d'État, 17 nov. 1965, *Épx Planty*, AJPI, 1966, p. 604. Le rôle de l'erreur manifeste se rapprocherait ainsi du contrôle de l'unreasonableness exercé par la jurisprudence anglaise qui tend à sanctionner les appréciations absurdes, aberrantes de l'Administration lorsque cette dernière « est allée au-delà des limites du raisonnable dans le jugement qu'elle a porté sur des éléments d'opportunité » : voir les conclusions Guy BRAIBANT sur Conseil d'État, 13 novembre 1970, *Lambert*, *Actualité juridique de droit administratif,* 1971, p. 35
[1817] Gilles BACHELIER, « Le référé-liberté », *Revue française de droit administratif*, 2002, p. 261.
[1818] *Ibid.*
[1819] Paul CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », *op. cit.*, p. 45, n° 15.
[1820] Voir *supra,* n° 411.
[1821] Paul CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », *op. cit.,* p. 45, n° 15.
[1822] *Ibid.*
[1823] *Ibid.*
[1824] *Ibid.*
[1825] *Ibid.*

du fond, de son côté, contrôlera que la décision prise par l'administration était en l'espèce la plus à même à prévenir le trouble à l'ordre public.

469. L'arrêt *Tliba* – L'arrêt *Tliba*[1826] démontre parfaitement cet affaiblissement du contrôle de proportionnalité lors d'un référé-liberté. En l'espèce, la requérante, de nationalité tunisienne, avait été condamnée à quatre ans d'emprisonnement pour des faits de recel. Divorcée, elle vivait en France depuis une trentaine d'années et avait cinq enfants de nationalité française. À sa libération, elle avait demandé le renouvellement de sa carte de résident, venue à son terme pendant sa détention. Ce titre ne lui avait pas été accordé, et le ministre de l'intérieur avait prononcé à son encontre un arrêté d'expulsion le 27 juillet 2001 pour « nécessité impérieuse pour la sécurité publique ». La requérante avait alors saisi le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2 du CESEDA. Celui-ci avait fait droit à sa demande en considérant qu'au regard de sa situation familiale et personnelle en France, la mesure d'expulsion prise à son encontre portait une atteinte disproportionnée au respect de sa vie familiale par rapport aux buts en vue desquels elle avait été prise. Le juge des référés en avait conclu que le ministre avait porté une atteinte grave et manifestement illégale au droit de la requérante au respect de sa vie familiale. Saisi par le ministre de l'Intérieur, le Conseil d'État a censuré cette analyse en considérant que « la condition d'illégalité manifeste de la décision contestée, au regard du droit à une vie familiale normale, invoquée par la requérante, ne peut être regardée comme *remplie que dans le cas où il est justifié d'une atteinte manifestement disproportionnée* aux buts en vue desquels la mesure contestée a été prise »[1827]. L'erreur manifeste est donc requise dans le cadre du référé-liberté alors même qu'elle ne l'est plus sur le fond[1828], où les juges pratiquent un contrôle entier de proportionnalité[1829]. Il en est de même en cassation, où le juge administratif limite son contrôle de la décision du juge des référés.

[1826] Conseil d'État, 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c. M^me^ Tliba,* n° 238211.
[1827] *Ibid.,* nous soulignons.
[1828] Conseil d'État, Assemblée, 19 avril 1991, *Belgacem.*
[1829] Patrick WACHSMANN, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 261.

2. Un contrôle restreint en cassation

470. Référé-suspension – Depuis sa décision *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne-Métropole* du 29 novembre 2002[1830], le Conseil d'État a décidé de limiter son contrôle de l'appréciation du doute sérieux par le juge du référé-suspension. La qualification juridique des faits opérée par le juge des référés n'est donc pas contrôlée en cassation[1831]. Un contrôle allégé de l'erreur de droit dans l'appréciation du doute sérieux est également effectué par le juge de cassation qui ne censure de telles erreurs commises par le juge du référé-suspension que lorsqu'elles sont grossières : par exemple lorsque ce dernier aura appliqué une règle inapplicable ou se sera trompé dans la règle applicable[1832]. Le « doute sérieux » demande en effet au juge du référé-suspension « une appréciation très subjective, faite en urgence. Le juge des référés est donc, par construction, un juge à qui on demande une analyse sommaire de la légalité »[1833]. Dans ce contexte, un contrôle approfondi du juge de cassation risquerait « de dénaturer l'office particulier du juge des référés […] qui n'est jamais saisi du fond du litige et ne statue que par des mesures provisoires »[1834]. Cette limite spécifique à la cassation d'une décision du juge du référé-suspension combinée à la condition du « doute sérieux », plus facile à retenir que celle de l'illégalité manifeste, conduit ainsi très souvent le juge de cassation à confirmer le référé-suspension ou à ne censurer que l'erreur grossière d'appréciation du juge du référé-suspension.

471. Affaiblissement – La procédure d'expulsion en urgence aboutit ainsi à un affaiblissement des garanties procédurales accordées à l'intéressé[1835], encore accentué par la dégradation du contrôle opéré par le juge de l'urgence. L'autorité administrative dispose ainsi d'une entière liberté d'appréciation de la menace grave à l'ordre public portée par la présence de l'étranger sur le territoire, sans qu'aucun garde-fou ne permette l'exercice d'un contrôle suffisant de son appréciation. L'expulsion est alors bien souvent justifiée par le seul « contexte

---

[1830] Conseil d'État, 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne-Métropole, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 421.
[1831] Conseil d'État, 20 novembre 2002, *Commune de Sète*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 858.
[1832] Voir conclusions de Laurent VALLEE sur Conseil d'État, Section, 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole*, n° 244727.
[1833] Francis DONNAT, Didier CASAS, « Les modalités du contrôle de cassation sur les ordonnances de référé suspension », *Actualité juridique de droit administratif,* 2003, p. 278
[1834] *Ibid.*
[1835] Celles-ci sont même « écartées » : Pierre MAYER, Vincent HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 695, n° 1020.

terroriste », entraînant ainsi l'émigration forcée d'un individu dont le lien avec une menace terroriste est ténu, voire inexistant.

Paragraphe II. L'expulsion en urgence absolue justifiée par le seul « contexte terroriste »

472. Subjectivité – L'urgence absolue à expulser un étranger présent sur le territoire découle bien souvent d'un comportement à risque terroriste. L'expulsion vient ici prévenir une infraction de cette nature, en neutralisant la présence de l'étranger sur le territoire avant que celui-ci ne commette un acte terroriste. La subjectivité logiquement présente dans le prononcé d'une telle mesure s'accroît lorsque cette dernière est exécutée dans l'objectif de prévenir l'acte de terrorisme d'un individu qui n'a jamais fait l'objet d'une condamnation pénale ou qui a seulement été condamné pour des infractions de droit commun. Plus encore, cette subjectivité se transforme en prédiction lorsque la menace grave pour l'ordre public, déconnectée de toute condamnation pénale, se fonde sur des faits équivoques et non circonstanciés qui ne seraient même pas de nature à déclencher des poursuites pénales pour association de terroristes ou entreprise individuelle de même nature. À plusieurs reprises pourtant, le juge des référés a refusé de conclure à l'illégalité manifeste d'arrêtés d'expulsion fondés sur des faits qui, par leur caractère profondément équivoque, révélaient une interprétation grossière du caractère menaçant de la présence de l'étranger sur le territoire **(A)**. L'insuffisante gravité des faits reprochés à la personne concernée a alors été compensée par l'invocation du contexte terroriste qui a écarté à lui seul toute illégalité manifeste, entraînant une neutralisation de la présence de l'étranger que le droit pénal n'aurait jamais pu mettre en œuvre **(B)**.

A. Une expulsion légitimée en référé

473. La jurisprudence révèle que le juge des référés refuse de conclure à l'illégalité manifeste ou au doute sérieux quant à la légalité de la mesure d'expulsion lorsque celle-ci est pourtant fondée sur des actes particulièrement équivoques. S'appuyant sur le contexte terroriste, le juge des référés justifie l'expulsion d'un étranger dont le comportement est insusceptible de révéler à lui seul un risque terroriste. Il en est ainsi, par exemple, de l'expulsion fondée sur la présence de l'intéressé à proximité de lieux sensibles **(1)**, ou sur la fréquentation, par celui-ci, de personnes liées à des réseaux islamistes ou terroristes **(2)**.

1. L'expulsion fondée sur la présence de l'intéressé à proximité de lieux sensibles

474. Refus de l'illégalité manifeste – L'influence du contexte terroriste sur le refus de reconnaissance d'une illégalité manifeste se constate particulièrement dans une décision du 7 mai 2015, rendue par le juge des référés du Conseil d'État[1836]. En l'espèce, le ministre de l'Intérieur avait frappé d'un arrêté d'expulsion selon la procédure d'urgence un citoyen algérien résidant légalement en France depuis 2004, atteint de schizophrénie. Il avait justifié le prononcé de la mesure d'expulsion par l'état de santé du requérant en soulignant que la « grave schizophrénie paranoïde » dont il souffre « suscite chez lui des comportements obsessionnels et des crises de délire »[1837]. Plus encore, le ministre avait souligné que depuis le mois de janvier 2015 – soit dans le contexte des attentats du 7 janvier – la « présence injustifiée » du requérant avait été remarquée à proximité « de plusieurs lieux appartenant à la communauté juive »[1838], dont notamment des synagogues et des écoles où il avait parfois tenté de s'introduire. Expulsé en Algérie, le requérant avait alors formé un référé-liberté sollicitant du Tribunal administratif de Paris la suspension de l'exécution de l'arrêté d'expulsion et de l'arrêté du même jour fixant le pays de renvoi. Le juge des référés de première instance avait fait droit à sa demande en relevant le caractère non circonstancié des faits reprochés. Le ministre de l'Intérieur avait alors saisi le juge des référés du Conseil d'État qui, le 7 mai 2015, a annulé l'ordonnance de première instance en considérant que *« compte tenu du contexte marqué par une recrudescence des actes antisémites*, le ministre de l'intérieur n'a pas commis d'illégalité manifeste en estimant, au vu de l'ensemble des éléments de fait relevés ci-dessus et du comportement [du requérant], que la présence de l'intéressé en France constituait *objectivement* une menace grave pour l'ordre public »[1839].

Alors que l'appréciation de la menace fait l'objet d'un contrôle entier par le juge du fond, le contrôle de cette appréciation est limité à une illégalité manifeste lorsque l'intéressé forme un référé-liberté[1840]. Il s'agit, pour le juge de référé, de procéder à un contrôle de proportionnalité restreint en vérifiant que l'expulsion n'est pas *manifestement inadaptée* aux circonstances[1841]. Or la présente décision révèle que lorsque ces circonstances sont relatives au contexte terroriste, rien ou presque ne peut démontrer une illégalité grossière ou manifeste de

[1836] Conseil d'État, Référé, 7 mai 2015, n° 389959.
[1837] *Ibid.,* § 5.
[1838] *Ibid.,* § 5.
[1839] *Ibid.,* § 5, nous soulignons.
[1840] Voir *supra* n° 467.
[1841] *Ibid.*

la mesure. Le contexte terroriste, la menace, le risque qu'il emporte vient justifier la prédiction mise en œuvre dans le prononcé de l'expulsion contestée. Finalement, le danger terroriste écarte l'inadaptation manifeste de l'expulsion à l'égard d'individus dont le comportement ne révèle pourtant aucun danger de cette nature. Cette utilisation du contexte terroriste au soutien du prononcé de l'expulsion est encore plus marquée dans la suite de la procédure contentieuse de cette affaire.

475. Refus de l'existence d'un doute sérieux – À la suite de la décision précitée, le requérant a saisi le juge des référés du Tribunal administratif de Paris sur le fondement du référé-suspension afin que soient ordonnées la suspension de l'exécution de l'arrêté d'expulsion et celle de l'arrêté du même jour, par lequel le ministre de l'intérieur avait fixé l'Algérie comme pays de renvoi. Le 16 juin 2015, le juge des référés a fait droit à cette demande de suspension et enjoint, d'une part, au ministre de l'intérieur de restituer au requérant son titre de séjour, et d'autre part, aux autorités consulaires de prendre toutes mesures de nature à permettre son retour en France. Statuant désormais sur le fondement d'un référé-suspension relatif à l'existence d'un doute sérieux et non plus, comme en matière de référé-liberté sur celle d'une illégalité manifeste, le juge des référés a admis que les faits rapportés par le ministre de l'Intérieur pour justifier l'expulsion du requérant étaient de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de cette mesure. Sur pourvoi du ministre de l'Intérieur, le Conseil d'État a néanmoins censuré cette analyse. Pour la seconde fois dans cette affaire, le juge de cassation a invoqué le contexte terroriste – mais de manière bien plus claire et appuyée que dans sa décision du 7 mai 2015 – afin de justifier la légalité de la mesure d'expulsion. Le Conseil d'État a ainsi relevé que le requérant a été aperçu « *à proximité* de plusieurs bâtiments de la communauté juive »[1842] « *dans les jours suivant* des attentats terroristes perpétrés à Paris »[1843] ; qu'il a également tenté de pénétrer dans une synagogue « *le lendemain de ces attentats* »[1844] et « *quelques jours plus tard* dans une école juive »[1845]. Le juge de cassation a ensuite précisé, ce qu'il n'avait pas fait dans sa décision du 7 mai 2015, que le requérant a voyagé en Belgique « *dans le courant du mois de février 2015* puis à deux reprises en Algérie *dans le courant du mois de mars* »[1846] avant de rentrer en France en avril où il a de nouveau été vu « aux abords »[1847] de bâtiments de

[1842] Conseil d'État, 9 décembre 2015, n° 391188, § 2, nous soulignons.
[1843] *Ibid.,* nous soulignons.
[1844] *Ibid.,* nous soulignons.
[1845] *Ibid.,* nous soulignons.
[1846] *Ibid.,* nous soulignons.
[1847] *Ibid.*

la communauté juive. Le risque porté par la migration supposément effectuée dans un but terroriste est ainsi relevé par le Conseil, qui a conclu qu' « en estimant, *en dépit de la gravité de la situation résultant des attentats terroristes*, de la vulnérabilité [du requérant] qui souffre d'une grave pathologie psychiatrique, et des faits ci-dessus rapportés qu'était de nature à faire naître un doute sérieux le moyen tiré de ce que les conditions d'une expulsion en urgence absolue n'étaient pas réunies le 10 avril 2015, date à laquelle le ministre de l'intérieur a pris les décisions contestées, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a dénaturé les pièces du dossier qui lui étaient soumises »[1848]. Ce faisant, le Conseil d'État a écarté le moyen invoqué par le requérant qui mettait en lumière que les faits reprochés n'étaient ni suffisamment graves ni suffisamment circonstanciés pour que sa présence en France constitue une menace grave et imminente pour l'ordre public[1849].

Par des références temporelles successives et systématiques aux attentats de janvier 2015, le juge de cassation a donc refusé de reconnaître un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté d'expulsion. Les faits allégués à l'appui de sa décision étaient pourtant tous particulièrement équivoques. Sans revenir sur l'analyse déjà effectuée à propos de l'arrêt du 7 mai 2015, il convient de relever que le Conseil a invoqué ici des faits qu'il n'avait pas examinés dans sa précédente décision. Il en est ainsi de la migration effectuée par le requérant à destination de l'Algérie et de la Belgique que le Conseil a relevé sans pour autant rechercher si celle-ci a été l'occasion pour le requérant de prendre contact avec des réseaux terroristes ou des personnes soupçonnées de mener de telles actions. Surtout, le risque porté par son déplacement en Algérie est rapidement relativisé par la nationalité *algérienne* du requérant. Enfin, il est frappant de constater que l'état psychiatrique de ce dernier est utilisé, comme dans l'arrêt du 7 mai 2015, pour justifier l'arrêté d'expulsion alors même que son droit au séjour était initialement fondé sur cet état de santé qui nécessitait qu'il reçoive en France un traitement de longue durée. Au-delà du risque établi par la présence de l'intéressé à proximité de lieux sensibles, le juge des référés justifie également l'expulsion fondée sur les fréquentations à risque de l'intéressé.

[1848] *Ibid.,* nous soulignons.
[1849] *Ibid., § 5.*

2. L'expulsion justifiée par les fréquentations de l'intéressé

476. Vigilance initiale du juge administratif – Depuis l'arrêt *Diouri*[1850], le juge administratif semblait faire preuve d'une particulière vigilance en matière d'expulsion en urgence, en refusant que les liens d'un étranger avec des mouvements terroristes et islamistes suffisent à justifier son expulsion selon la procédure dérogatoire. En l'espèce, la présence de l'intéressé en France depuis une vingtaine d'années, sa situation régulière et son absence de condamnation à une peine d'emprisonnement ferme rendaient impossible son expulsion selon la procédure normale de la « menace grave pour l'ordre public » alors prévue par l'article 25 de l'ordonnance de 1945. Seule la procédure dérogatoire de l'article 26 – l'expulsion en urgence absolue – était ouverte au ministre de l'Intérieur, qui devait alors justifier de l'existence d'une « urgence absolue » et d'une « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou pour la sécurité publique ». Afin de démontrer l'existence de ces deux conditions cumulatives, le ministre avait invoqué les liens qu'entretenait l'intéressé avec les mouvements terroristes et islamistes du Maghreb. Dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement avait quant à lui établi que l'intéressé n'était qu'un « compagnon de route », un « porteur de valise » et non un « terroriste actif »[1851]. Il en avait déduit que le dossier n'établissait pas des circonstances suffisantes pour établir que Monsieur Diouri constituait un danger très sérieux pour la sécurité publique. Ces conclusions avaient été suivies par le Conseil d'État qui avait jugé dans son arrêt du 11 octobre 1991 que « le préjudice dont se prévaut [l'intéressé] et qui résulterait pour lui de l'exécution de l'arrêté du 18 juin 1991 par lequel le ministre de l'intérieur a prononcé son expulsion à destination du Gabon présente un caractère de nature à justifier qu'il soit sursis à son exécution ». Les moyens invoqués par Monsieur Diouri étaient également de nature à justifier l'annulation de l'arrêté d'expulsion. Aujourd'hui, le juge administratif semble pourtant prompt à justifier l'expulsion d'un étranger sur le seul fondement de ses fréquentations.

477. Absence d'illégalité manifeste – Dans une décision du 20 avril 2012[1852], le juge des référés du Conseil d'État a jugé que l'expulsion de l'étranger peut se fonder sur les relations qu'il entretient avec des personnes dont le comportement est susceptible de tomber sous la qualification d'association de malfaiteurs terroristes. Arrivé en France en 1992, le requérant

[1850] Conseil d'État, 11 octobre 1991, *Diouri c. ministre de l'intérieur, Revue française de droit administratif*, 1991, p. 978.
[1851] Christine MAUGÜE, Rémy SCHWARTZ, « Notion d'expulsion en *urgence absolue », Actualité juridique de droit administratif,* 1991, p. 890.
[1852] Conseil d'État, 20 avril 2012, *Ali A,* n° 358631.

vivait en concubinage avec une Française dont il avait deux enfants. Il entrait à ce titre dans l'une des catégories d'étrangers protégés par l'article L. 521-2 du CESEDA, qui subordonne l'expulsion à une « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique ». Le 30 mars 2012, le ministre de l'Intérieur prononçait à son encontre un arrêté d'expulsion en urgence absolue selon la procédure prévue à l'article précité. Après avoir été débouté en première instance, le requérant avait saisi le juge des référés du Conseil d'État selon la procédure du référé-liberté en invoquant que l'arrêté d'expulsion portait « une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit à la vie privée et à mener une vie familiale normale » et « qu'en se fondant sur des allégations imprécises qui ne caractérisent en rien une menace à l'ordre public, la décision attaquée est manifestement illégale ». Les faits invoqués par le ministre de l'Intérieur semblaient en effet peu circonstanciés – si ce n'est brumeux, en ne tenant en substance qu'aux liens qu'entretenait l'intéressé avec des personnes dont le comportement pouvait constituer un délit d'association de terroristes[1853]. Aucune infraction de cette nature ne pouvait en revanche être reprochée au requérant, qui ne faisait qu'entretenir de simples contacts avec ces personnes. Cette faiblesse matérielle n'a pourtant pas empêché le juge des référés du Conseil d'État de rejeter la requête de l'intéressé en « considérant qu'eu égard aux renseignements circonstanciés recueillis par l'administration sur les contacts entretenus de manière régulière dans la période récente par [l'intéressé] avec plusieurs personnes relevant d'une mouvance islamiste radicale, dont plusieurs avaient séjourné dans des camps d'entraînement au Pakistan et en Afghanistan et dont certaines avaient participé à des actions terroristes ou tenté de le faire, il ne résulte pas de l'instruction qu'eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, le ministre de l'intérieur aurait commis une illégalité grave et manifeste en décidant de prononcer son expulsion sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de l'entrée et du séjour en France et du droit d'asile, au motif qu'une telle mesure constituait une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat et la sécurité publique ». La seule existence des contacts de l'intéressé avec des personnes dont le comportement est susceptible de recouvrir la qualification d'association de malfaiteurs terroristes caractérise donc la nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État d'expulser le requérant. Exceptés ces contacts, rien ne peut être reproché au requérant qui n'a entrepris aucune migration à but terroriste, et n'a pas plus participé à des actions d'une telle nature. La mesure d'expulsion vient ainsi assurer une fonction

[1853] L'arrêté d'expulsion se fondait en effet sur des renseignements obtenus par l'administration, qui établissaient les contacts réguliers de l'intéressé avec plusieurs personnes relevant d'une mouvance islamiste radicale, dont certaines avaient déjà séjourné dans des camps d'entraînement au Pakistan et en Afghanistan ou bien participé ou tenté de participer à des actions terroristes. Les proches de l'intéressé, du fait de leur migration à but terroriste, pouvaient ainsi être poursuivis pour association de malfaiteurs terroristes ou entreprise individuelle terroriste

supplétive en complétant le vide laissé par la prévention pénale en matière de terrorisme : si l'étranger ne peut être pénalement condamné du seul fait de ses fréquentations, ces dernières peuvent caractériser la nécessité impérieuse d'expulser en urgence un étranger qui a pourtant des attaches particulières en France[1854].

478. Personnalité – Alors que dans l'arrêt *Diouri,* le Conseil d'État se refuse à considérer que les seuls liens entretenus par l'étranger avec des mouvances terroristes ou radicales puissent suffire à justifier l'application d'une procédure dérogatoire d'expulsion, le juge des référés de la Haute juridiction se fonde aujourd'hui sur le contexte terroriste afin d'admettre exactement l'inverse, à savoir que l'existence de liens entretenus par l'intéressé avec des individus dont le comportement est susceptible de relever d'une qualification pénale terroriste permet de prononcer une expulsion en urgence et de déroger ainsi à la protection légale accordée aux étrangers ayant des attaches particulières en France. L'expulsion n'est donc fondée ici sur aucun élément tenant au comportement de l'intéressé. Au contraire, ce sont les comportements des personnes qu'il fréquente qui permettent à l'autorité administrative de prononcer la mesure d'expulsion. Un parallèle avec la matière pénale permet de révéler les conséquences d'une telle analyse. Le droit pénal est gouverné par une règle essentielle : celle de la personnalité, « c'est-à-dire d'une responsabilité exclusivement liée à un fait personnel, et donc seulement imputable à son auteur »[1855]. Cette règle prend corps dans l'article 121-1 du Code pénal qui dispose que « [n]ul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». La responsabilité pénale est seulement rattachée aux personnes qui ont commis l'infraction, le principe de personnalité conduisant à rejeter la responsabilité pénale du fait d'autrui en raison du caractère répressif du droit pénal. Nul ne peut donc être puni pour des faits qu'il n'a pas commis. En tant que mesure

[1854] Voir aussi : Cour administrative d'appel de Versailles, 16 octobre 2008, n° 06VE02288. De tels liens permettent également de prononcer l'interdiction de sortie du territoire : voir s*upra* n° 323. Dans un arrêt du 7 mars 2016, la Cour administrative d'appel de Paris s'est également fondée sur le contexte terroriste afin de justifier le prononcé d'une mesure d'expulsion en urgence absolue. Si les faits reprochés à l'intéressé pouvaient dans cette espèce entrer dans le cadre de la qualification pénale d'association de terroristes, il est néanmoins intéressant de relever que la Cour administrative s'est référée « à la situation résultant des actes de terrorisme perpétrés sur le territoire national au cours du mois de mars 2012 », autrement dit aux assassinats commis par Mohamed MERAH, pour justifier l'expulsion opérée selon la procédure d'urgence. De son côté, le rapporteur public avait alerté la Cour, la sommant de ne pas « oublier » que l'arrêté d'expulsion s'insérait en l'espèce « dans un contexte national marqué par la violence des attentats de Toulouse et Montauban, commis en mars 2012 par Mohamed MERAH, qui était parti faire le jihad en Afghanistan avant de revenir en France pour commettre ses crimes. Depuis, hélas, les événements de janvier et novembre 2015 à Paris ont démontré la dangerosité des individus fanatisés à l'extrême après avoir été en lien avec des islamistes radicaux » : Cour administrative d'appel de Paris, 7 mars 2016, n° 15PA02906.

[1855] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 437, n° 362. Voir aussi : Xavier PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.* : le principe de personnalité « signifie que tout acte n'entraîne la répression de son auteur que s'il lui est imputable personnellement » : p. 27, n° 24.

de police administrative, l'expulsion n'est certes pas considérée comme une sanction ayant le caractère d'une punition, qualification qui soumettrait son prononcé aux garanties encadrant le droit pénal. En revanche, la formule de l'article L. 521-1 du CESEDA semble bien exiger un comportement spécifique de l'intéressé en disposant que « l'expulsion peut être prononcée si la présence en France *d'un* étranger constitue une menace grave pour l'ordre public »[1856]. L'expulsion est donc liée à la menace portée par la présence de l'étranger sur le sol français, par des éléments tenant à son comportement. Or, subordonner le caractère menaçant de la présence de l'étranger à ses relations avec certains individus dont le comportement révèle, lui, une menace pour l'ordre public, revient à distendre le lien entre le prononcé de la mesure et le comportement de l'intéressé, entre la menace pour l'ordre public et sa présence sur le territoire. Autrement dit, l'expulsion est justifiée par des éléments extérieurs au comportement de l'étranger qui ne pourraient en aucun cas fonder des poursuites pénales et encore moins l'infliction d'une peine d'interdiction du territoire. Dans ce cadre, l'expulsion procède à une anticipation de la menace terroriste dépassant la prévention pénale opérée en la matière.

B. Une anticipation dépassant la prévention pénale

479. Détachement de la qualification pénale – Les décisions précitées révèlent que le contexte terroriste permet à l'action administrative de s'émanciper et de s'autonomiser entièrement de l'action pénale en se fondant sur la proximité temporelle des attentats perpétrés à Paris – autrement dit, sur le simple « contexte terroriste » – censée qualifier le caractère menaçant d'actes pourtant très équivoques. Ce contexte vient pallier l'absence de condamnation pénale de l'intéressé pour acte de terrorisme, mais également celle d'une possible qualification terroriste des faits qui lui sont reprochés. Pourtant, les arrêtés d'expulsion sont généralement fondés en partie sur la gravité de condamnations pénales passées[1857], ou au moins sur leur qualification pénale. La mesure d'expulsion reste ainsi théoriquement proche de l'interprétation pénale donnée aux comportements qu'elle vise. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs jugé « qu'aucune disposition de la Constitution, non plus qu'aucun principe de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce que la loi confère à l'autorité administrative le pouvoir de

[1856] Nous soulignons.
[1857] Lisa CARAYON, « Menace à l'ordre public et expulsion d'un ressortissant étranger souffrant de troubles psychiatriques : quand le soupçon prévaut sur la protection », *op. cit.*, p. 843 ; pour exemple, en matière de viols : Conseil d'État, 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdelslem*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* 820, ou de trafic de stupéfiants : Conseil d'État, 24 mai 1985, *Allaf*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 711 : voir *supra* n° 395-398.
[1857] *Ibid.*

prendre un arrêté d'expulsion fondé *sur des faits de nature à justifier une condamnation pénale,* alors même qu'aucune condamnation définitive n'aurait été prononcée par l'autorité judiciaire »[1858]. Si le Conseil semble appuyer l'autonomie de l'action administrative par rapport à l'action pénale en permettant à l'autorité administrative de rendre un arrêté d'expulsion à l'encontre d'un étranger non condamné pénalement, il précise toutefois que les faits reprochés doivent être suffisamment graves pour « justifier une condamnation pénale ». Autrement dit, le Conseil précise que l'arrêté d'expulsion n'est pas subordonné à l'existence d'une condamnation pénale définitive, mais qu'il doit néanmoins se fonder sur des faits de nature à justifier une telle condamnation[1859]. La notion de « menace grave » pour l'ordre public resterait donc liée à l'interprétation donnée par la matière pénale aux faits reprochés, alors que les décisions précitées démontrent qu'en matière de terrorisme, le risque de commission d'une infraction dépasse ce cadre pour justifier l'expulsion d'un étranger qui n'a jamais été condamné pénalement et dont le comportement manifeste des actes extrêmement équivoques qui ne peuvent, seuls, révéler un risque terroriste. Plus encore, la mesure d'expulsion se détache du comportement de l'intéressé pour se fixer sur la proximité temporelle des attentats de Paris, qui « favorise le soupçon de dangerosité »[1860] d'une personne complètement étrangère à ces attentats ; soupçon qui vient ensuite caractériser la « menace grave pour l'ordre public » justifiant l'arrêté d'expulsion. Le détachement de la notion de « menace grave pour l'ordre public » de l'interprétation que le droit pénal accorde à certains faits est pourtant de nature à retirer toute objectivité à cette notion et à laisser « à l'Administration une marge d'appréciation perméable au contexte social, politique ou médiatique »[1861]. L'expulsion constitue ici une véritable mesure de sûreté[1862] *ante delictum* qui, ne s'appuyant sur aucun fait pénal, n'est pas conçue comme une réponse à l'infraction commise mais « comme le moyen d'éviter la

[1858] Conseil constitutionnel, 9 janvier 1980, n° 79-109 DC, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration,* cons. n° 6, nous soulignons.
[1859] Lisa CARAYON, « Menace à l'ordre public et expulsion d'un ressortissant étranger souffrant de troubles psychiatriques : quand le soupçon prévaut sur la protection », *op. cit*, p. 843.
[1860] *Ibid.,* p. 843.
[1861] *Ibid.* Voir aussi le commentaire de Karine PARROT relatif à l'arrêt du Conseil d'État du 1er octobre 2014 au sein duquel la haute juridiction juge que la présence en France d'une ressortissante Roumaine interpellée pour « escroquerie à la charité publique » et dont la mendicité est l'unique moyen de subsistance constitue « une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour la sécurité publique qui constitue un intérêt fondamental de la société française » (Conseil d'état, 1er octobre 2014, n° 365054), *in* Olivera BOSKOVIC, Sabine CORNELOUP, Fabienne JAULT-SESEKE, Natalie JOUBERT, Karine PARROT « Droit des étrangers et de la nationalité », *Recueil Dalloz,* 2015, p. 462.
[1862] Voir également *supra* n° 403.

réalisation d'un risque »[1863]. En conséquence, la nécessité d'une telle mesure ne peut être qu' « hypothétique »[1864], cette dernière étant subordonnée à une dangerosité bien plus prédite que démontrée.

480. Tentative – Mais surtout, la reconnaissance de la menace grave pour l'ordre public en raison du seul contexte terroriste offre une anticipation du risque bien plus forte que l'« anticipation répressive »[1865] à laquelle procède le droit pénal sur le fondement de la tentative. Car « il s'agit bien d'anticipation », l'article 121-4[1866] renvoyant « à un régime identique à celui appliqué lorsque l'infraction est achevée, alors que, précisément elle ne l'est pas »[1867]. Prévue à l'article 121-5 du Code pénal, « la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ». La responsabilité pénale de l'auteur de la tentative est donc soumise à une double condition : celle d'un commencement d'exécution d'une part, celle d'un désistement involontaire de l'auteur d'autre part. Le commencement d'exécution révèle la tension présente au centre de la notion de tentative, entre, d'un côté, « la quête d'une matérialité suffisante » et, de l'autre, « la peur d'une matérialité trop évasive »[1868]. Tout en anticipant la répression en se situant dans une phase avancée de l'*iter criminis* – entre les actes préparatoires et l'exécution de l'infraction, le commencement d'exécution s'appuie sur des éléments concrets, manifestant sa matérialité[1869]. S'il ne s'agit pas de punir une infraction consommée, la jurisprudence précise toutefois que « le commencement d'exécution n'est caractérisé que par des actes devant avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant ainsi entré dans sa période d'exécution » [1870]. La peur d'une matérialité évanescente conduit donc à conditionner la reconnaissance de la tentative à un « lien objectif » reliant le commencement d'exécution à la matérialité du crime ou du délit[1871]. La responsabilité pénale de l'auteur de la tentative s'appuie

[1863] Julie Alix, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », *in* Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Presses universitaires de France, 2011, p. 67.
[1864] *Ibid.,* p. 68.
[1865] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 301, n° 256.
[1866] Cet article dispose qu'« est auteur de l'infraction la personne qui : 1° Commet les faits incriminés ; 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit ».
[1867] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*
[1868] *Ibid.,* p. 302, n° 257.
[1869] *Ibid.,* p. 303, n° 258.
[1870] Cour de cassation, chambre criminelle, 25 octobre 1962 (deux arrêts), *Lacour*, Bulletin criminel n° 292, Benabar et Schieb, *Bulletin criminel* n° 293.
[1871] Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 304, n° 259.

ainsi des éléments qui donnent au comportement reproché une visibilité, une lisibilité[1872]. Pour anticipée qu'elle soit, la répression de la tentative nécessite donc la réunion d'éléments objectifs et concrets ; en d'autres termes, une matérialité suffisante. Le commencement d'exécution n'est par ailleurs punissable que si l'auteur s'est désisté involontairement de l'infraction, du fait de « circonstances indépendantes à sa volonté ». *A contrario*, l'individu qui a, de sa propre volonté, décidé de cesser la commission de l'infraction avant que celle-ci ne soit consommée ne peut être puni au titre de la tentative. Cette notion est donc fondée sur la croyance selon laquelle, jusqu'à ce que l'infraction soit entièrement consommée, l'auteur peut choisir de renoncer à son projet criminel.

481. Absence de matérialité – Le droit pénal fait ainsi un pari sur l'avenir en refusant de sanctionner – au titre de la tentative du moins – les actes équivoques, préparatoires, qui ne manifestent pas de manière indiscutable une certaine matérialité. Si cette matérialité est en principe présente en matière d'expulsion, cette mesure devant reposer sur des éléments tangibles et circonstanciés, les arrêts précédemment étudiés révèlent un affaiblissement considérable de cette exigence dès lors que l'expulsion s'insère dans un contexte terroriste. Dans ce cadre, l'expulsion est justifiée alors même qu'elle est objectivement détachée d'éléments concrets et tangibles de nature à démontrer que l'individu constitue une menace grave pour l'ordre public. Dans la décision du 9 décembre 2015, l'expulsion de l'intéressé a été validée par les juges de cassation sur le fondement de ses voyages en Belgique et en Algérie, alors que cette dernière constitue son État de nationalité[1873]. Par ailleurs, sa simple présence à proximité de lieux sensibles au sein duquel il s'était parfois introduit a suffi à révéler sa dangerosité. La décision du 20 avril 2012 révèle des éléments encore moins tangibles en se fondant sur le comportement pénalement qualifiable des proches de l'intéressé[1874]. La matérialité de la menace pour l'ordre public se déplace alors du comportement de l'individu expulsé, à celui de ses proches. Si, en tant que mesure de police administrative, l'expulsion est détachée des principes du droit pénal, il n'en demeure pas moins que l'exigence d'une menace grave pour l'ordre public devrait être rattachée plus strictement à des éléments permettant, objectivement, de déduire du comportement de l'intéressé un risque pour l'ordre public ; en d'autres termes, à une matérialité qui est absente lorsque l'expulsion se fonde sur le seul contexte terroriste. Ce dernier entraîne en effet une justification générale de l'expulsion, qui

[1872] *Ibid.*
[1873] Conseil d'État, 9 décembre 2015, n° 391188, voir *supra n°* 475
[1874] Conseil d'État, 20 avril 2012, *Ali A,* n° 358631, voir *supra* n° 477.

peut alors intervenir à l'encontre de tout étranger en raison, par exemple, de sa nationalité. Cette justification générale du contexte terroriste semble ainsi constituer le prétexte, la façade d'une expulsion prononcée en raison de circonstances clairement indépendantes du comportement de l'intéressé. En cela, l'expulsion constitue une anticipation de la répression pénale organisée par la tentative mais, plus encore, une anticipation administrative de l'anticipation pénale organisée par les infractions préventives.

482. Anticipation administrative de l'anticipation pénale – L'action administrative poursuit cette anticipation, elle l'étend son paroxysme en procédant à une quasi prédiction du terrorisme à partir de faits clairement insuffisants pour démontrer l'existence d'une réelle menace. Les arrêtés d'expulsion objets des décisions précitées s'appuyaient sur le contexte des attentats récemment perpétrés afin de justifier cette mesure à l'égard d'un étranger qui n'avait pourtant été ni poursuivi ni soupçonné d'avoir participé à ces attentats. Le contexte terroriste ambiant a alors joué un rôle décisif dans le prononcé de la mesure d'expulsion en venant la justifier sans qu'aucun des éléments précédemment relevés ne permette de démontrer une réelle menace pour l'ordre public. Dans ce cadre, l'expulsion vient compléter la prévention pénale opérée notamment par les infractions d'entreprise individuelle[1875] ou d'association de terroristes[1876] lorsque ces dernières ne peuvent servir de fondement au déclenchement de poursuites en raison de l'insuffisance des faits matériels. La nature profondément équivoque des faits fondant les arrêtés d'expulsion des décisions précitées constituait en effet un obstacle au déclenchement de poursuites pénales pour entreprise individuelle ou association de terroristes, et encore plus à l'infliction d'une condamnation pénale pour de telles infractions. Car si ces dernières mettent en œuvre une forte anticipation du terrorisme, elles nécessitent tout de même la présence d'éléments tangibles[1877]. En se détachant d'une qualification pénale, l'expulsion opère ainsi une anticipation prédictive de l'infraction terroriste, que le droit pénal ne peut mettre en œuvre. Elle se révèle être un moyen, un expédient permettant de prévenir cette infraction quand le droit pénal ne peut agir. Dans ce contexte, le prononcé de l'expulsion pour des faits qui ne peuvent même pas entrer dans la qualification pénale d'entreprise individuelle ou d'association de terroristes conduit à anticiper… l'anticipation déjà effectuée par le droit pénal, et à considérer comme une menace pour l'ordre public des faits bien insusceptibles de recouvrir une telle qualification.

[1875] Article 421-2-6 du Code pénal.
[1876] Article 421-2-1 du Code pénal.
[1877] Voir *supra* n° 311.

CONCLUSION DE LA SECTION II

483. Afin de prévenir efficacement les infractions terroristes, l'expulsion se détache de la qualification pénale du comportement reproché à l'auteur pour s'attacher au risque qu'il révèle. L'étude du contentieux administratif démontre néanmoins que cette autonomisation de l'expulsion par rapport au droit pénal entraîne une prévention extrême, proche de la prédiction, qui vient s'appliquer à des actes profondément équivoques et insuffisants, à eux seuls, pour révéler un risque ou une menace pour l'ordre public. Fondée très souvent sur l'urgence, l'expulsion préventive entraîne un affaiblissement considérable des garanties procédurales reconnues à l'intéressé. Prononcée en urgence absolue, la mesure d'expulsion peut être motivée « succinctement », ne fait l'objet d'aucun contradictoire, et rend très difficile la saisine d'un juge avant l'exécution du départ forcé. Par ailleurs, l'expulsion en urgence absolue oblige l'intéressé à saisir le juge des référés dont le contrôle est bien plus restreint que celui du juge de l'excès de pouvoir. C'est ainsi que la mesure d'expulsion en urgence est justifiée par le contexte terroriste lorsqu'elle s'applique à l'égard d'un étranger dont le comportement ne révèle pas de manière suffisante une menace pour l'ordre public. En d'autres termes, l'individu est expulsé du territoire français alors même que la menace à l'ordre public portée par sa présence en France n'est absolument pas matérialisée. Les attentats passés, leur proximité temporelle avec le comportement seulement équivoque de l'intéressé, viennent ainsi justifier l'expulsion. Cette mesure s'autonomise alors du droit pénal pour venir suppléer son impossibilité à mettre en œuvre une neutralisation pénale de l'étranger. Car si le droit pénal procède lui aussi à une anticipation répressive, que ce soit sur le fondement de la tentative ou des infractions préventives en matière de terrorisme, il n'a pas encore renoncé entièrement au principe de matérialité qui oblige le juge à justifier sa décision de culpabilité sur le fondement d'éléments concrets et matériels. En s'appliquant à l'encontre d'un comportement qui ne pourrait pas être appréhendé par les délits d'association de terroristes et d'entreprise individuelle de même nature, alors que ces derniers embrassent déjà pourtant des comportements très éloignés du résultat terroriste, l'expulsion caractérise une anticipation administrative de l'anticipation pénale du risque terroriste. De préventive, elle devient prédictive.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

484. « L'expulsion, arme nécessaire, est également une arme terrible si elle est maniée de façon abusive »[1878]. Cet avertissement prend forme dans l'expulsion-préventive prononcée à l'encontre d'un étranger dont le comportement présenterait une menace pour l'ordre public, sans que celui-ci n'ait jamais fait l'objet de poursuites ou d'une condamnation pénale(s). Cette autonomie de l'action administrative par rapport au droit pénal –inhérente à la qualification de mesure de police administrative qui conduit naturellement l'expulsion à prévenir les infractions et donc à s'appliquer avant qu'elles ne surviennent – est poussée à l'extrême lorsque l'autorité administrative prononce l'expulsion sans transmettre aux autorités judiciaires des informations en sa possession, qui révèlent une qualification pénale du comportement de l'intéressé. Dans cette hypothèse, l'expulsion ne prévient pas l'infraction mais fait obstacle aux poursuites pénales parce que ces dernières ne pourraient aboutir à l'infliction d'une peine d'interdiction du territoire français. L'action pénale est contournée afin de permettre le départ forcé de l'individu. Parallèlement à cette concurrence de l'action pénale qui révèle le rôle sanctionnateur de l'expulsion, cette dernière se fait supplétive en s'appliquant à des comportements qui ne pourraient être appréhendés par le droit pénal. Nombre d'expulsions se fondent ainsi sur le contexte terroriste actuel afin de procéder au départ forcé d'un étranger dont le comportement, qui ne tombe sous aucune qualification pénale, est clairement insuffisant à révéler une menace pour l'ordre public. En d'autres termes, l'expulsion est infligée alors même que la menace grave n'est pas matérialisée. Prononcée au regard de faits non circonstanciés et particulièrement équivoques, l'expulsion permet d'anticiper la répression préventive déjà mise en œuvre par le droit pénal sur le fondement de la tentative et des infractions préventives. Elle devient ainsi une arme d'autant plus redoutable qu'elle est exempte des garanties entourant le prononcé d'une peine d'interdiction du territoire et, plus largement, celui de toute condamnation pénale.

[1878] Jean-Paulin NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, tome II, 1951, p. 130.

CONCLUSION DU TITRE II

485. « Le rêve d'un monde parfait, où les jardins, aux pelouses bien tondues, aux haies bien taillées, foisonneraient de jonquilles au printemps, de roses en été, où aucun volet bleu ne viendrait rompre l'uniformité des volets verts, […] où l'étranger ne serait accueilli qu'aux conditions de ne pas être pauvre et clandestin et de se plier aux mœurs locales, et où, bien sûr, nul n'aurait plus à […] redouter une atteinte à ses biens ou à sa personne, même de la part des "tueurs en séries", des "prédateurs" sexuels, des malades mentaux, des terroristes, car le système saurait les détecter préventivement, et si, par malheur, l'anticipation échouait, les neutraliser définitivement. Utopie, plutôt ? Peut-être. Mais ce rêve éveillé, certains l'ont […] fait »[1879].

En éloignant du territoire l'étranger dont le comportement est susceptible de porter atteinte à l'ordre public, le mécanisme de l'expulsion constitue par excellence un instrument de neutralisation de l'individu indésirable. Particulièrement utilisée en matière de terrorisme, cette « migration forcée » se fonde en principe sur l'existence d'une « menace grave pour l'ordre public », d'un risque pour la sécurité publique porté par la présence sur le territoire d'un étranger, indépendamment du fait que celui-ci soit en situation régulière. Fidèle à sa nature de mesure de police administrative, l'expulsion intervient ainsi en amont de l'infraction pénale, afin de prévenir et d'éviter l'atteinte à l'ordre public. L'utilisation de cette mesure dans le contexte terroriste actuel révèle néanmoins le prononcé de l'expulsion dans des conditions davantage prédictives qu'anticipatrices. La menace grave pour l'ordre public est interprétée de manière discrétionnaire et extrêmement subjective par l'autorité administrative chargée de prononcer l'expulsion. De ce fait, cette mesure est en proie aux aléas du contexte social, économique, politique ; elle est en proie, actuellement, au contexte terroriste qui conduit autorité et juges administratifs à justifier une telle mesure lorsqu'elle est prononcée dans des conditions qui, pourtant, sont clairement insuffisantes à constituer une « menace » pour l'ordre public. Les arrêtés d'expulsion, confirmés par les juges administratifs, font ainsi état de faits à ce point non circonstanciés et équivoques qu'ils seraient insusceptibles de revêtir la qualification pénale d'une infraction préventive, telle que l'association de terroristes : il s'agit de cet homme aperçu à proximité de lieux constituant des cibles privilégiées du terrorisme[1880], ou de cet autre dont certains proches peuvent être poursuivis pour délit d'association de

[1879] Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, « Un monde (simplement) habitable… », *in* Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Presses universitaires de France, 2011, p. 281.
[1880] Conseil d'État, Référé, 7 mai 2015, n° 389959, n° 395.

malfaiteurs terroristes[1881]. L'absence de matérialité de la menace transforme l'expulsion en prédiction, en venant anticiper l'anticipation du risque terroriste effectuée par le droit pénal... sans pour autant revêtir les garanties inhérentes à cette branche répressive du droit. Son prononcé ne fait que s'éloigner de critères objectifs pour entrer dans une subjectivité sans retour, sans barrière, sans garde-fou, guidée par la nécessité de neutraliser, par l'éloignement administratif, les individus susceptibles de commettre une infraction pénale et contre lesquels le droit pénal ne peut agir. C'est cette neutralisation qui conduit également l'autorité administrative à prononcer l'expulsion lorsque le comportement de l'étranger tombe pourtant sous le coup d'une qualification pénale, par exemple lorsque, de retour en France après avoir migré vers un territoire d'entreprise terroriste, il pourrait parfaitement être poursuivi pénalement pour délit d'entreprise individuelle terroriste. Initialement complété par l'expulsion lorsqu'il ne peut agir, le droit pénal est ici dépassé par cette mesure, doublé dans une situation qu'il pourrait parfaitement appréhender. Ce dépassement se constate aussi lorsque l'expulsion-préventive de l'infraction terroriste se transforme en expulsion-sanctionnatrice, venant s'ajouter à une condamnation pénale pour des faits de terrorisme. Dans cette hypothèse, l'expulsion revêt en effet les traits d'une sanction, autant de l'infraction commise que de l'insuffisance prétendue de l'office du juge pénal en contournant l'absence de prononcé d'une interdiction judiciaire du territoire français. Une nouvelle fois, la nature terroriste de l'infraction reprochée écarte toute objectivité et toute individualisation – pénale et administrative – dans le prononcé de la mesure. Loin de concerner uniquement l'étranger, cette migration forcée de l'individu condamné pour acte de terrorisme s'applique également à l'individu qui était Français au moment de la commission de l'infraction : le mécanisme de déchéance de nationalité est alors utilisé afin de supprimer la nationalité-obstacle à l'éloignement. Redevenu étranger, le Français déchu voit prononcée à son encontre une mesure d'expulsion qui vient lui révéler qu'il n'était de toute façon pas *vraiment* Français. L'expulsion agit ainsi comme un instrument de prévention et de neutralisation, d'éloignement forcé, à l'encontre d'individus considérés ou jugés à risque terroriste. Elle réalise ce *rêve d'un monde parfait* où le risque de terrorisme est anticipé, sinon neutralisé, par la migration forcée de ceux qui en sont porteurs.

[1881] Conseil d'État, 20 avril 2012, *Ali A,* n° 358631, voir *supra* n° 477.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

486. La migration pour motif terroriste conduit à un bouleversement du droit pénal. Contrairement à la migration irrégulière, le droit pénal n'est pas ici utilisé, instrumentalisé : il est complètement contourné et dépassé. La volonté de toujours plus anticiper le risque terroriste a conduit à utiliser nombre de mesures de police administrative afin de prévenir la menace révélée par la migration de l'individu, ou d'éviter ce risque en recourant au départ – à la migration – forcé de ce dernier du territoire. Malgré la répression préventive qu'il met en œuvre, le droit pénal est dans ce contexte presque obsolète, complètement dépassé par une action administrative qui en vient à prédire le risque terroriste porté par la migration d'un individu, ou qui sanctionne ce risque en forçant l'étranger à quitter le territoire français, par le biais d'une mesure d'expulsion. Mais plus encore, les mesures de police administrative ne se limitent pas à suppléer l'impossible action pénale : elles la doublent lorsqu'elles s'appliquent à l'encontre d'un individu qui est pourtant poursuivi pénalement pour une infraction de nature terroriste. Dans cette hypothèse la mesure de police administrative piétine l'office du juge pénal qui n'avait pas considéré utile de prononcer une mesure restrictive de liberté dans le cadre de la procédure judiciaire, ou une peine d'interdiction du territoire dans le cadre de la condamnation pénale. L'absence de contrôle judiciaire ou de peine complémentaire d'interdiction judiciaire du territoire est alors comblée par la mesure de police administrative qui vient assujettir l'individu concerné à des mesures de contrainte que le juge pénal n'avait pas jugé nécessaire de prononcer. Si elles suppléent une action pénale impossible, ces mesures renforcent surtout la répression lorsqu'elles s'y ajoutent : l'interdiction de sortie du territoire et le contrôle administratif remplacent alors le contrôle judiciaire, l'interdiction d'entrée sur le territoire s'applique à la place du déclenchement de poursuites pénales, l'expulsion vient forcer l'individu à émigrer, à quitter le territoire lorsque le juge pénal n'avait pas prononcé d'interdiction judiciaire du territoire lors de sa condamnation. Les mesures de police administrative revêtent ainsi une finalité répressive en appliquant à l'individu concerné des obligations calquées sur le droit pénal, mais détachées de ce dernier, et donc des garanties qui y sont attachées. Car c'est ici que réside l'intérêt essentiel de ces mesures de police administrative : dans l'économie des garanties pénales pourtant essentielles pour assurer un prononcé objectif de la mesure, au premier rang desquels se situe le principe de matérialité qui empêche de sanctionner un individu sur le fondement d'éléments évanescents, non circonstanciés et peu tangibles.

CONCLUSION GÉNÉRALE

487. Centrée sur la migration transfrontière, la présente recherche ambitionnait initialement de mettre en lumière les incidences du droit pénal à l'égard d'un tel phénomène. Plus le temps passait, pourtant, et plus la nécessité de renverser les certitudes et les perspectives initiales apparaissait. Et si, finalement, c'était la migration elle-même, ou, plutôt, la volonté de saisir la migration, qui revêtait des effets sur le droit pénal ? La première démarche a donc été celle du doute. Car plus que d'être choisi, cet angle d'étude s'est imposé au fil des recherches, jusqu'à en construire l'intitulé du droit pénal *face à* la migration transfrontière.

488. Difficulté – Une difficulté s'annonçait pourtant : celle relative à la délimitation de la migration transfrontière, cette notion tout aussi vaste qu'étroite. Sur ce point, la recherche a pris le parti – et, un peu, le risque aussi – d'unir en son sein la migration irrégulière et la migration pour motif terroriste. Là encore, cet acte d'union s'est imposé, plus qu'il n'a été décidé. Il s'est imposé justement parce que penser le droit pénal *face à* la migration revenait à placer le droit pénal au centre de la présente recherche. Ce choix a naturellement conduit à aborder, dans un premier temps, la criminalité transfrontière – la migration criminelle étant saisie par le droit pénal, avant de resserrer l'étude sur la migration à caractère terroriste qui constitue, au sens du droit de l'Union, la forme la plus grave de criminalité transfrontière. Enfin, l'approfondissement de la recherche a révélé une autre facette, un autre visage de la migration transfrontière qui, jusqu'à présent étudiée sous le prisme unique du risque qu'elle porte en elle, est apparue comme un remède par le biais de la peine complémentaire d'interdiction du territoire français qui impulse l'émigration forcée de l'individu. Si cette peine est prévue autant en matière de migration irrégulière que de migration à caractère terroriste, elle constitue dans ce dernier cas, comme pour l'ensemble des actes de terrorisme, le *principe*. Ce caractère de principe a naturellement conduit à étudier la manière dont la migration à caractère terroriste et, plus largement, les actes de terrorisme, sont traitées par l'émigration forcée impulsée par l'ITF – mais, bien plus, nous le découvrirons plus tard, par l'expulsion. Les deux versants de la recherche étaient nés : la migration irrégulière d'une part, la migration pour motif terroriste d'autre part. L'acte d'union entre ces deux phénomènes migratoires n'a donc pas été scellé par la subjectivité. Il est au contraire le fruit d'une réflexion qui place, en son centre, le droit pénal.

Car la migration irrégulière et la migration terroriste ont ce point commun d'ébranler le droit pénal.

489. Droit pénal instrumentalisé – Face à la migration irrégulière, le droit pénal n'est qu'un droit accessoire dont la finalité est de sanctionner les règles administratives relatives à l'entrée en France. Cette subordination du droit pénal au droit administratif contribue à mobiliser le premier au bénéfice du second. C'est ainsi qu'à la frontière, le droit pénal est utilisé au service de la procédure administrative d'éloignement de l'étranger présent en zone d'attente ou en zone frontalière. Toutefois, cette instrumentalisation n'est pas propre au droit pénal français. Bien au contraire, la recherche a révélé que l'objectif de prévention de la migration irrégulière développé au sein de l'Union européenne revêt des incidences sur le droit pénal international comme sur le droit pénal des États tiers de départ de la migration. Afin d'éviter son entrée sur le territoire, la migration est entravée en haute mer par des interceptions maritimes qui, coordonnées par FRONTEX, se fondent sur le détournement du titre de compétence pénale relatif au trafic illicite de migrants. Elle est également empêchée de se former sur terre par les États maghrébins, qui établissent une législation extrêmement répressive destinée à pénaliser l'émigration irrégulière et, plus largement, l'immigration irrégulière afin d'éviter son déplacement vers l'Union européenne. À tous les stades, de sa formation dans un État tiers à son entrée sur le territoire français et européen, la migration est ainsi saisie par *le* droit pénal. Mais peut être devrions-nous employer le pluriel, car la migration irrégulière conduit à mobiliser une multitude de normes et de sources juridiques qui traversent plusieurs espaces géographiques. Elle impulse une circulation des normes, une véritable synergie, une relation de cause à effet : la volonté de prévenir la migration irrégulière ou de l'éloigner au plus vite entraîne la mobilisation du droit pénal à toutes les échelles et dans tous les espaces géographiques concernées par ce phénomène ; une mobilisation qui n'est pas sans effet sur les fonctions, la structure, la conception classique du droit pénal. De l'étude de l'utilisation du droit pénal face à la migration irrégulière, il ressort ainsi que cette branche spécifique du droit est, à toutes les échelles, bousculée, malmenée, en proie à une transformation profonde qui vise à la détacher des principes auxquels elle est pourtant classiquement arrimée. Les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité cèdent leur place à un critère utilitaire visant à orienter le droit pénal vers une finalité administrative et préventive. Il ne s'agit plus désormais tant de punir que de prévenir ou de permettre l'éloignement administratif de la migration. Ce faisant, la fonction rétributive du droit pénal s'efface, remplacée par une fonction préventive qui était jusqu'à présent minoritaire au sein de cette branche du droit. Ce bouleversement

impulse une mobilisation décomplexée du droit pénal, détachée des bornes, des repères qui légitiment pourtant l'application de cette branche répressive du droit. Face à ce bouleversement, c'est ainsi également la migration irrégulière qui est touchée. Car plus le droit pénal s'écarte de ses fonctions et de ses principes, et plus la répression pénale est utilisée.

490. Droit pénal dépassé – Mais alors qu'il est particulièrement mobilisé face à la migration irrégulière, le droit pénal frappe par son absence en matière de migration pour motif terroriste, domaines dans lequel il est en réalité dépassé en raison des limites mêmes auxquelles il est assujetti. S'il peut, d'abord, se saisir de la migration à caractère terroriste à travers les incriminations de soutien au terrorisme et, plus particulièrement, de l'association de terroristes, le droit pénal demeure tout de même attaché à l'exigence de matérialité qui impose, pour le déclenchement de poursuites pénales et le prononcé d'une condamnation, l'existence d'éléments tangibles et matériels. Or, la migration à caractère terroriste est particulièrement éloignée du résultat redouté, notamment lorsqu'elle est seulement projetée et n'a donc pas encore été réalisée. L'on entre ici dans la répression d'actes préparatoires… aux actes préparatoires du terrorisme, si bien que l'on ne sait plus vraiment si la migration revêtant une telle finalité entre encore dans le champ du terrorisme, d'autant plus au regard de la difficulté de définir un tel phénomène. Le déclenchement de poursuites pénales et la condamnation étant alors fortement compromis, le droit pénal n'est plus exploité. À sa place, l'on assiste à la montée en puissance de mesures de police administrative qui prennent le pas sur la répression pénale, la contourne et la concurrence directement. Détachées de l'exigence de matérialité, ces mesures sont subordonnées à l'existence de simples « raisons sérieuses de penser » que la migration en cause comporte un risque terroriste. Elles organisent ainsi une anticipation quasiment prédictive du risque terroriste ; anticipation que le droit pénal ne pourrait jamais mettre en œuvre. Interdiction administrative de sortie du territoire, interdiction d'entrée, contrôle administratif des individus de retour d'une migration suspecte, traitement des données des voyageurs internationaux… en l'espace de quatre années, l'ensemble de ces mesures a été créé et le droit pénal, par conséquent, dessaisi de la migration à caractère terroriste. Un phénomène similaire se constate avec l'interdiction du territoire français, qui constitue pourtant le remède contre le risque terroriste en impulsant l'émigration forcée de l'individu concerné. Parce qu'elle dépend de la condamnation de ce dernier, l'ITF est supplantée par la mesure d'expulsion qui, elle, peut être prononcée dès lors que la présence de l'intéressé constitue une menace grave pour l'ordre public. Nul besoin de condamnation pénale, donc ; là encore, la volonté de prévenir le risque

terroriste, de le neutraliser, conduit à écarter l'application du droit pénal au bénéfice de la mesure de police administrative.

Hier, un auteur s'interrogeait : « "Terrorisme et droit pénal" : le champ d'intersection semble aujourd'hui intarissable. Qu'en sera-t-il demain ? La loi d'évolution pourra-t-elle être renversée ? »[1882]. À peine quelques années plus tard, la migration à caractère terroriste révèle que, loin d'être intarissable, le champ d'intersection entre ce phénomène et le droit pénal s'amenuise. Ce dernier semble désormais appartenir à un autre temps, complètement dépassé par une action administrative qui en vient à prédire le risque terroriste porté par la migration d'un individu, ou qui sanctionne ce risque en forçant l'étranger à quitter le territoire français par le biais d'une mesure d'expulsion. Les effets horizontaux de la lutte contre la migration à caractère terroriste, la création et le renforcement des normes administratives en cette matière, ont conduit à séparer d'une manière qui semble irréversible le droit pénal et la migration pour motif terroriste. Ce constat est d'autant plus pessimiste au regard des conséquences engendrées par un tel dessaisissement : le droit pénal s'en va et emporte avec lui les garanties qui l'entourent et assurent une répression limitée, sûre, légitime. Une répression qui s'applique à l'encontre de la migration, à l'encontre des *Hommes qui marchent*, à l'encontre de ceux, aussi, *qui chavirent*.

491. Penser le droit pénal face à la migration transfrontière a donc permis de mettre en lumière les transformations profondes subies par cette branche du droit. Mais un tel sujet a également révélé que la migration irrégulière et la migration pour motif terroriste sont liées par le droit, en étant envisagées sous le prisme du risque qu'elles portent en elle. Dans ces deux formes de migration, il s'agit à chaque fois de considérer l'*ailleurs* comme un danger, que cet ailleurs soit géographique ou porté par la nationalité de l'individu concerné. Parce qu'il nous incite à nous remettre en question, à nous adapter, parce qu'il nous bouscule, parce que, parfois, il nous dévaste, l'ailleurs incarné par l'*Homme qui marche* impulse une réaction de protection. Il nous importe, pourtant, de ne pas oublier que « les grands périls sont en même temps ceux qui s'annoncent bruyamment par eux-mêmes et ceux, plus inaperçus, que l'on risque de précipiter en voulant les prévenir »[1883]

[1882] Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, *op. cit,* p. 605, n° 753.
[1883] Patrick BOUCHERON, *Ce que peut l'histoire*, *op. cit.*

BIBLIOGRAPHIE

I. Littérature, philosophie, science politique, sciences humaines

A. Littérature

DICK Philip (K.), *Minority Report,* Gallimard, 2002, 436 pages.

GAUDE Laurent, *Eldorado*, Actes Sud, 2006, 240 pages.

- *La Porte des Enfers,* Actes Sud, 2008, 272 pages.

HOMERE, *Odyssée*, IX, vers 506-537, Flammarion, 2017, 460 pages.

QUIGNARD Pascal, *Les ombres errantes,* Grasset et Fasquelle, 2002, 192 pages.

SANSAL Boualem, *2084. La fin du monde*, Gallimard, 2015, 272 pages.

B. Philosophie

ARENDT Hannah et FELDMAN Ron, *The Jew as Pariah : Jewish Identity and Politics in the Modern Age*, New York, Grove Press, 1978, 288 pages.

DELEUZE Gilles, *Différence et répétition*, Paris, Presses universitaires de France, 1968, 350 pages.

FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, 1975 pages.

HOBBES Thomas, *Léviathan ou matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Folio, 2012, 1027 pages.

KANT Emmanuel, *Projet de paix perpétuelle,* Jansen et Perronneau, 1796, 114 pages.

LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, Garnier-Flammarion, Deuxième édition corrigée, 1992, 408 pages.

C. Science politique

DOWTY Alan, *Closed Borders : The contemporary Assault on Freedom of Movement*, New Haven, Yale University Press, 1987, 270 pages.

MBONGO Pascal, *L'identité française et la loi. Une histoire politique,* LGDJ, 2016, 424 pages.

WEIL Patrick, *Le sens de la République,* Grasset, 2015, 180 pages.

D. Sciences humaines

1. Ouvrages

BARRY Brian et GOODIN Robert (dir.), *Free movement. Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money*, Routledge, 1992, 300 pages.

BOUCHERON Patrick, *Ce que peut l'histoire*, Leçons inaugurales du Collège de France, Fayard, 2016, 72 pages.

CABANEL Patrick, Histoire des protestants en France : XVIe-XXIe siècle, Fayard, 2012, 1502 pages.

CASTLES Stephen et MILLER Mark (J.), *The Age of Migration : International Population Movements in the Modern World*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2009, 369 pages.

CUSSET Christophe et SALAMON Gérard, *À la rencontre de l'étranger. L'image de l'autre chez les Anciens*, Les Belles Lettres, 2014, 342 pages.

DUEZ Denis, PAYE Olivier et VERDURE Christophe (dir.), *L'Européanisation*. *Sciences humaines et nouveaux enjeux,* Bruxelles, Bruylant, 2014, 410 pages.

ESNOUF Jérôme, *Un monde sans frontières ?,* Abeille et Castor, 2013, 228 pages.

HENRY Pierre et MARTINEZ Brigitte, *Atlas des migrations*, Belin, 2013, 95 pages.

C. JOHNSON Debora et WETMORE Jameson (M.) (dir.), *Technology and Society : Building our Sociotechnical Future*, Cambridge, The MIT Press, 2009, 623 pages.

MAZZELA Sylvie, *Sociologie des migrations*, Que sais-je ?, 2016, 125 pages.

O. PAXTON Robert, *La France de Vichy. 1940-1944,* Seuil, collection Point, 480 pages.

PECOUD Antoine et DE GUCHTENEIRE Paul (dir.), *Migrations sans frontières. Essai sur la libre-circulation des personnes*, Éditions Unesco, 2009, 383 pages.

WIHTOL DE WENDEN Catherine, *La globalisation humaine*, Presses universitaires de France, 2009, 272 pages.

- *Faut-il ouvrir les frontières ?*, SciencesPo Les Presses, 2013, 98 pages.
- *Le droit d'émigrer*, CNRS éditions, 2013, 57 pages.
- *Les nouvelles migrations. Lieux, hommes, politiques,* Ellipses, 2013, 199 pages.
- *Atlas des migrations. Un équilibre mondial à inventer,* Autrement, 4ème édition, 2016, 96 pages.
- *L'immigration*, Eyrolles, 2016, 171 pages.
- *Migrations. Une nouvelle donne*, Éditions de la maison des sciences de l'homme, 2016, 182 pages.
- *La question migratoire au XXIe siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales,* 3ème édition, SciencesPo Les Presses, 2017, 225 pages.

2. Articles

AKNIN Francine, « Problématiques du rapport au visible chez Alberto Giacometti », *Figures de la psychanalyse*, volume nº13, n° 1, 2006, pp. 169-182.

ARIAS FERNANDEZ Gil, « La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne », *Regards croisés sur l'économie*, volume 8, n° 2, 2010, pp. 218-224.

BADIE Bertrand, « Migrations dans la mondialisation », *Revue Projet*, volume 311, n° 4, 2009, pp. 23-31.

BALIBAR Étienne, « Qu'est-ce qu'une frontière ? », *in* CALOZ-TSCHOPP Marie-Claire (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, volume 1, *Un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté,* Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 519-531.

BARATTA Alessandro, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviance et société,* 1991, volume 15, n° 1, pp. 1-15.

BASARAN Tugba. « Security, Law, Borders: Spaces of Exclusion », *International Political Sociology*, 2(2), 2008, pp. 339-354.

BECK Ulrich, « The Terrorist Threat : World Risk Society Revisited », *Theory, Culture & Society,* 19(4), 2002, pp. 39-55.

BELLANOVA Rocco, « D'une circulation à l'autre. Données des dossiers passagers et gouvernementalité numérique européenne » *in* Ludivine DAMAY, Giacomo DELLEDONNE, Heidi MERCENIER, Eadaoin NI CHAOIMH (dir.), *La libre circulation sous pression*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 125-143.

BELLANOVA Rocco et DUEZ Denis, « Humains et non- humains dans la fabrique des frontières de l'Europe : une approche in medias res de l'européanisation », *in* DUEZ Denis, PAYE Olivier et VERDURE Christophe (dir.), *L'Européanisation*. *Sciences humaines et nouveaux enjeux,* Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 223-252.

- « Le citoyen face aux nouvelles pratiques sécuritaires de l'Union européenne : enjeux démocratiques d'une sécurité par les fichiers », *Espace populations sociétés*, 2012/2013, n° 23, pp. 40-62.

BERNS Thomas et ROUVROY Antoinette, « Le nouveau pouvoir statistique. Ou quand le contrôle s'exerce sur un réel normé, docile et sans événement car constitué de corps 'numériques'… », *Multitudes,* n° 40, 2010, pp. 88-103.

BIGO Didier et GUILD Elspeth, « La logique du visa Schengen : la mise à l'écart des étrangers », *Cultures & Conflits*, n° 49, 2003, pp. 1-137

.

BIGO Didier, « Du panoptisme au Ban-optisme. Les micros logiques du contrôle dans la mondialisation » *in* CHARDEL Pierre-Antoine and ROCKHILL Gabriel (dir.), *Technologies de contrôle dans la mondialisation : enjeux politiques, éthiques et esthétiques*, Paris, Editions Kimé, pp. 59-80.

- « Globalized (In)Security: The field and the Ban-Opticon », *in* BIGO Didier, Anastassia TSOUKALA (dir.), *Terror, Insecurity and Liberty. Illiberal pratices of liberal regimes after 9/11*, Routledge, 2008, pp. 5-49.

BONDITTI Philippe, « L'Europe : tracer les individus, effacer les frontières », *ceriscopeFrontières,*2011, [en ligne] : http://ceriscope.sciences-po.fr/content/part2/leurope-tracer-les-individus-effacer-les-frontieres.

CHAPMAN Gary, « Shaping Technology for the "Good Life" : The Technological Imperative versus the Social Imperative », in Deborah C. JOHNSON, Jameson M. WETMORE (dir.),

Technology and Society : Building our Sociotechnical Future, Cambridge, The MIT Press, 2009, pp. 445-458.

CUTTITTA Paolo, « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », *Cultures & Conflits*, 68, 2007, pp. 61-84.

JEANDESBOZ Julien, « Contrôles aux frontières de l'Europe. Frontex et l'espace Schengen », *La Vie des idées,* 10 janvier 2012, URL : http://www.laviedesidees.fr/Controles-aux-frontieres-de-l-Europe.html

- « Beyond the Tartar steppe : EUROSUR and the ethics of European border control practices », J. BURGESS Peter, GUTWIRTH Serge (dir.), *A Threat Against Europe ? : Security, Migration and Integration.,* VUB University Press, 2010, pp. 111-132.

GUITTET Emmanuel-Pierre et JEANDESBOZ Julien, « Security Technologies », *in* J. BURGESS Peter (dir.), *The Routledge Handbook of New Security Studies*, London, Routledge, 2010, pp. 229-239.

KAMINSKI Dan, DIGNEFFE Françoise, ADAM Christophe, CAUE Jean-François, DEVRESSE Marie-Sophie et FRANCIS Vincent, « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales : construction et déconstruction d'un concept », *L'Année sociologique*, volume 40, 1990, pp. 43-71.

MAKAREMI Chowra, « Vies " en instance »" : Le temps et l'espace du maintien en zone d'attente. Le cas de la "Zapi 3" de Roissy-Charles-De-Gaulle », *Revue Asylon(s)*, n° 2, octobre 2007, Terrains d'Asiles, en ligne : http://www.reseau-terra.eu/article664.html

- « Pénalisation de la circulation et reconfigurations de la frontière : le maintien des étrangers en « zone d'attente » », *Cultures & Conflits,* 71, 2008, pp. 55-73.

PECOUD Antoine et DE GUCHTENEIRE Paul, « Introduction : Le scénario "migrations sans frontières" », *in* Antoine PECOUD, DE GUCHTENEIRE Paul, *Migrations sans frontières. Essai sur la libre-circulation des personnes*, Éditions Unesco, 2009, pp. 13-53.

PERRIN Delphine, « L'étranger rendu visible au Maghreb - La voie ouverte à la transposition des politiques juridiques migratoires européennes », *Revue Asylon(s),* n° 4, mai 2008, en ligne : : http://www.reseau-terra.eu/article770.html

- « Sémantique et faux-semblants juridiques de la problématique migratoire au Maghreb », *Migrations Société*, volume 123-124, n° 3, 2009, pp. 19-50.

- « Immigration et création juridique au Maghreb. La fragmentation des mondes et des droits », », *in* BENSAAD Ali (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes. Immigration sur émigration,* Karthala, 2009, pp. 245-265.

TASSIN Étienne, « La traversée des frontières. L'Europe entre identités et migrations », *Raison publique*, vol. 19, n° 2, 2014, pp. 105-123.

WIHTOL DE WENDEN Catherine, « Les flux migratoires légaux et illégaux », *CERISCOPE Frontières,* URL : http://ceriscope.sciences-po.fr/content/part4/les-flux-migratoires-legaux-et-illegaux.

- « En contrepoint. L'espace migratoire méditerranéen et ses enjeux », *in* BENSAAD Ali (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes : immigration sur émigration*, Karthala, 2009, p. 438. pp. 427-437.
- « La géographie des migrations contemporaines », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 8, n° 2, 2010, pp. 49-57.

E. Presse

BENSAAD Ali, « Le ténéré, ou les mirages d'une vie meilleure. Voyage au bout de la peur avec les clandestins du Sahel », *Le Monde diplomatique*, septembre 2001.

MOALI Hassan, « L'Algérie ne veut plus jouer le gendarme de l'Europe », *El Watan,* 2 juin 2009.

« Cazeneuve annonce la déchéance de nationalité de 5 personnes condamnées pour terrorisme », *Lemonde.fr*, 6 octobre 2015.

CAMPBELL Zach, « Shoot First, Coast Guard Fired at Migrant Boats, European Border Agency Documents Show », *The intercept,* 22 août 2016, en ligne : https://theintercept.com/2016/08/22/coast-guard-fired-at-migrant-boats-european-border-agency-documents-show/

CHAHUNEAU Louis et MERELLE Loreline, « Frontex a-t-elle tiré sur des migrants ? », *Le Point*, 1er septembre 2016, en ligne : http://www.lepoint.fr/monde/frontex-a-t-elle-tire-sur-des-migrants-01-09-2016-2065179_24.php

COFSLR, « La frontière qui définit les indésirables – Vintimille », *Mediapart*, 25 novembre 2016.

DELMAS-MARTY Mireille, « De l'état d'urgence au despotisme doux », *Libération*, 16 juillet 2017.

- « Le projet de loi antiterroriste, un mur de papier face au terrorisme », *Philosophie magazine*, 31 juillet 2017.

FESSARD Louise, « A la frontière italienne, des cheminots résistent à la "chasse aux migrants" », *Mediapart*, 12 janvier 2017 ; une vidéo diffusée par une association niçoise montre également le caractère discriminant des contrôles d'identité opérés sur la ligne SNCF Nice-Vintimille où les seules personnes contrôlées sont noires : http://ademonice06.com/controle-au-facies-dans-le-train-vintimille-nice/.

Le Figaro, « Val-de-Marne : un policier dénonce "les détournements" de contrôle d'identité », 13 septembre 2017.

POLLONI Camille, « Laurent BONELLI : "La figure du loup solitaire catalyse toutes les peurs" », *Le Nouvel Observateur*, 29 juin 2014, en ligne : https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-le-grand-entretien/20140629.RUE4663/laurent-bonelli-la-figure-du-loup-solitaire-catalyse-toutes-les-peurs.html

II. Droit

A. Ouvrages généraux

1. Dictionnaires, glossaires et encyclopédies juridiques

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric, Dictionnaire des droits de l'Homme, Presses universitaires de France, 2008, 864 pages.

CADIET Loïc, Dictionnaire de la Justice, Presses universitaires de France, 2004, 1362 pages.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 12ème édition, 2018, 1101 pages.

GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry, ALBERT Jean-Luc, BAILLEUX Dominique et D'AVOUT Louis, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2018, 1143 pages.

ORGANISATION INTERNATIONALE POUR LES MIGRATIONS, *Glossaire de la migration*, série dédiée au droit international de la migration, n° 9, 2007, 104 pages.

SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 pages.

2. Traités et Manuels

AUBIN Emmanuel, *Droit des étrangers*, Gualino, 2014, 602 pages.

AUDIT Bernard, D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, Economica, 7ème édition, 2013, 1140 pages.

BONIS-GARÇON Evelyne et PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, Lexisnexis, 2ème édition, 2015, 707 pages.

BOULBES Raymond, *Droit français de la nationalité*, Sirey, 1956, 598 pages.

BOULOC Bernard, *Procédure pénale*, Dalloz, 26ème édition, 2017, 1186 pages.

- *Droit de l'exécution des peines,* Dalloz, 5ème édition, 2017, 565 pages.
- *Droit pénal général*, Dalloz, 25ème édition, 2017, 780 pages.

BROYELLE Camille, *Contentieux administratif,* LGDJ, 6ème édition, 2018, 514 pages.

CHAPUS René, *Droit administratif général,* Montchrestien, 15ème édition, tome 1, 2001, 1427 pages.

COURREGES Anne et DAËL Serge, *Contentieux administratif*, Presses universitaires de France, 4ème édition, 2013, 411 pages.

DECOCQ André, *Droit pénal général,* Armand Colin, 1971, 445 pages.

DESPORTES Frédéric et LE GUHENEC Francis, *Droit pénal général,* Economica, 16ème édition, 2009, 1248 pages.

DESPORTES Frédéric et LAZERGES-COUSQUER Laurence*, Traité de procédure pénale*, Economica, 4ème édition, 2015, 2461 pages.

DONNEDIEU DE VABRES Henri, *Les principes modernes du droit pénal international,* Editions Panthéon-Assas, 2004, 470 pages.

- *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3ème édition, 1947, 1059 pages.

DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, Lexisnexis, 4ème édition, 2016, 1395 pages.

FLORE Daniel et BOSLY Stéphanie, *Droit pénal européen : les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2ème édition, 2014, 842 pages.

FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, *Droit administratif,* LGDJ, 11ème édition, 2017, 736 pages.

GARRAUD René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, Sirey, tome 1, 3ème édition, 1913-1935, 813 pages.

GAUDEMET Yves, *Droit administratif,* LGDJ, 21ème édition, 2015, 540 pages.

GAUDEMET Paul-Marie, *Précis de finances publiques*, Les cours de droit, 1969, 530 pages.

GUINCHARD Serge et BUISSON Jacques, *Procédure pénale*, LexisNexis, 11ème édition, 2018, 1458 pages.

GUYOMAR Mattias et SEILLER Bertrand, *Contentieux administratif*, Dalloz, 4ème édition, 2017, 610 pages.

HELIE Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, 2ème édition, Paris, 1866, 476 pages.

HUET André et KOERING-JOULIN Renée, *Droit pénal international*, Presses universitaires de France, 3ème édition, 2005, 507 pages.

JAULT-SESEKE Fabienne, CORNELOUP Sabine et BARBOU DES PLACES Ségolène, *Droit de la nationalité et des étrangers*, Presses universitaires de France, 2015, 702 pages.

JEANCLOS Yves, *Droit pénal européen. Dimension historique,* Paris, Economica, 2009, 581 pages.

JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal général,* Domat, 1988, 594 pages.

LAFERRIERE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* 2ème édition, 1887, 700 pages.

LAGARDE Paul, *La nationalité française*, Dalloz, 4e édition, 2011, 493 pages.

LARGUIER Jean, CONTE Philippe et MAISTRE DU CHAMBON Patrick, *Droit pénal général,* 23ème édition, 2018, Dalloz, 302 pages.

LARGUIER Jean, CONTE Philippe, *Procédure pénale,* Dalloz, 24ème édition, 2016, 436 pages.

LOMBOIS Claude, *Droit pénal international*, Dalloz, 2ème édition, 1979, 688 pages.

- *Droit pénal général*, Hachette Supérieur, 1994, 160 pages.

LOUSSOUAM Yvon, BOUREL Pierre et DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, *Droit international privé,* Dalloz, 10ème édition, 2013, 1170 pages.

MAYAUD Yves, *Droit pénal général,* Presses universitaires de France, 6ème édition, 2018, 784 pages.

MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *Droit international privé*, LGDJ, 11ème édition, 2014, 788 pages.

MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*, tome I, *Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général,* Paris, Cujas, 7ème édition, 2000, 1068 pages.

- *Traité de droit criminel,* tome II, *Procédure pénale,* Paris, Cujas, 5ème édition, 2001, 1180 pages.

MERLE Roger, *Droit pénal général complémentaire*, Presses universitaires de France, collection « Thémis », 1957, 410 pages.

MINET Charles-Édouard, *Droit de la police administrative*, Paris, Vuibert, 2007, 414 pages.

NIBOYET Jean-Paulin, *Traité de droit international privé*, tome I, Paris, Sirey, 1938, 641 pages.

- *Traité de droit international privé français*, tome II, 1951, 404 pages.

NIBOYET Marie-Laure et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, LGDJ, 6ème édition, 2017, 768 pages.

OBERDORFF Henri, *Droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, LGDJ, 6ème édition, 2017, 688 pages.

ODENT Raymond, *Cours de contentieux administratif*, Paris, Les cours du droit, fascicule III, 1051 pages.

PIN Xavier, *Droit pénal général*, Dalloz, 10ème édition, 2018, 561 pages.

PLESSIX Benoît, *Droit administratif général,* LexisNexis, 2ème édition, 2018, 1648 pages.

PRADEL Jean, Traité de droit pénal et de science criminelle comparée, tome 1, Introduction générale, droit pénal général, Cujas, 12ème édition, 1999, 783 pages.

PRADEL Jean, Geert CORSTENS et Gert VERMEULEN, *Droit pénal européen*, Dalloz, 3ème édition 2009, 834 pages.

PRADEL Jean et VARINARD André, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 10ème édition, 2016, 861 pages.

PRADEL Jean, *Procédure pénale*, 19ème édition, Cujas, 2017, 1087 pages.

PUECH Marc, *Droit pénal général*, Litec, 1988, 581 pages.

RASSAT Michèle-Laure, *Traité de procédure pénale*, Presses universitaires de France, 2001, 892 pages.

REBUT Didier, *Droit pénal international*, Dalloz, 2ème édition, 2014, 712 pages.

RENUCCI Jean-François, *Droit européen des droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, 1297 pages.

RIVERO Jean, *Droit administratif,* 12ème édition, 529 pages.

- *Les libertés publiques*, tome II, 2ème édition, *Montchrestien*, 1977, 635 pages.

ROBERT Jacques-Henri, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 6ème édition, 2005, 564 pages.

ROUBIER Paul, *Théorie générale du droit*, Sirey, 2e édition, 1951, 334 pages.

ROUSSEAU Dominique, GAHDOUN Pierre-Yves et BONNET Julien, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 11ème édition, 2016, 880 pages.

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France., 13ème édition, 2016, 1005 pages.

WACHSMANN Patrick, *Libertés publiques*, Dalloz, 8ème édition, 2017, 936 pages.

WALINE Jean, *Droit administratif,* Dalloz*,* 27ème édition, 2018, 835 pages.

B. Ouvrages spécialisés / thèses

ALIX Julie, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, Dalloz, volume 91, 2010, 662 pages.

ALIX Julie et CAHN Olivier (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, 2017, 288 pages.

ASCENSIO Hervé, DECAUX Emmanuel et PELLET Alain (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2ème édition, 2012, 1279 pages.

ATAK Idil, *L'européanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains : une étude des politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 437 pages.

BANNELIER Karine, CHRISTAKIS Théodore, CORTENET Oliver et DELCOURT Barbara (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, 356 pages.

BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, 1664, Garnier-Flammarion, 1991, 192 pages.

BENSAAD Ali (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes : immigration sur émigration*, Karthala, 2009, 448 pages.

BERNARD Paul, *La notion d'ordre public en droit administratif,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962, 286 pages.

Abdelkhalq BERRAMDANE et ROSSETTO Jean (dir.), *La politique européenne d'immigration*, Karthala, 2009, 312 pages.

J. BURGESS Peter et GUTWIRTH Serge (dir.), *A Threat Against Europe ? : Security, Migration and Integration.,* VUB University Press, 2010, 224 pages.

CALOZ-TSCHOPP Marie-Claire et DASEN Pierre (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, volume 1, Bruxelles, Bruylant, 2007, 784 pages.

CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, Armand Colin, 1972, 423 pages.

- *Flexible Droit*, LGDJ, 10ème édition, 2006, 493 pages.

CHASSANG Céline, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, thèse soutenue le 6 décembre 2013 à l'Université Paris Ouest Nanterre, sous la direction du Professeur Élisabeth FORTIS, 605 pages.

CHAUMETTE Patrick (dir.), *Espaces marins : surveillance et prévention des trafics en mer,* Gomylex Editorial, 2016, 316 pages.

CHILSTEIN David, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, 2003, 467 pages.

CONNIL Damien, *L'office du juge administratif et le temps,* Dalloz, 2012, 904 pages.

CORTEN Olivier, *L'utilisation du raisonnable par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 696 pages.

DANA Adrien-Charles, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, LGDJ, 1982, 568 pages.

DECHENAUD David, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, tome 45, 2008, 620 pages.

DELMAS-MARTY Mireille, *Les chemins de la répression*, Presses universitaires de France, 1980, 263 pages.

- *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010, 272 pages.

DELMAS-MARTY Mireille et TEITGEN-COLLY Catherine, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, 191 pages.

DOMINGUEZ VALVERDE Cécilia, *La lutte contre le terrorisme dans les politiques migratoires et d'asile aux Etats-Unis et en Espagne*, IRJS, tome 86, 2017, 420 pages.

DUBIN Laurence (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 392 pages.

DUBREUIL Charles-André (dir.), *L'ordre public,* Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011, Paris, Cujas, 342 pages.

DUCROQUETZ Anne-Lise, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, thèse sous la direction du Professeur Patrick Meunier, Lille II, 2007, 565 pages.

DUMAS Perrine, *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2013, 940 pages.

EDWARDS Alice et FERSTMAN Carla (dir.), *Human Security and Non-Citizens : Law, Policy and International Affairs*, Cambridge University Press, 2010, 642 pages.

EISELE Katharina, *The external dimension of the EU's Migration Policy : Different Legal Positions of Third-Country Nationals in the EU. A Comparative Perspective*, Brill | Nijhoff, 2014, 540 pages.

FELLER Erika, TÜRKAND Volker et NICHOLSON Frances (dir.), *Refugee Protection in International Law : UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2001, 717 pages.

FERRE Nathalie, *Les contrôles d'identité au miroir des étrangers,* thèse sous la direction d'Antoine LYON CAEN, 1993, 616 pages.

FERRON Oliver (DE), *Le droit international de la mer*, Genève, Librairie Droz, 1958-1960, 264 pages.

GARGOULLAUD Stéphanie, *Le droit et les étrangers en situation irrégulière*, Paris, La documentation française, 2017, 198 pages.

GASSIN Raymond, *La liberté individuelle devant le droit pénal*, Sirey, 1980, 158 pages.

GIDEL Gilbert, *Le droit international de la mer,* Volume III, *La mer territoriale et la zone contiguë,* Paris, Sirey, 1934, 813 pages.

GILL Peter et PHYTHIAN Mark, *Intelligence in an insecure world*, Polity press, 2ème édition, 272 pages.

GIRARD Charlotte (dir.), *La lutte contre le terrorisme : l'hypothèse de la circulation des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 332 pages.

GISTI, *Une Europe du rejet*, Plein droit n° 57, juin 2003, 48 pages.

GIUDICELLI-DELAGE Geneviève et LAZERGES Christine (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Presses universitaires de France, 2011, 320 pages.

GOODWIN-GILL Guy S. et MCADAM Jane, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, 3ème édition, 2007, 786 pages.

GOURDOU Jean et BOURREL Antoine, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, 2003, 112 pages.

GREMARE Benoît, *L'agence Frontex et la marine nationale*, Mémoire de Master 2 Droit Public « Sécurité et Défense Transméditerranéenne », 2012.

GROTIUS Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix,* 1625, Presses universitaires de France, 2ème édition, 2012, 868 pages.

GUYOMAR Mattias, *Les sanctions administratives*, LGDJ, 2014, 201 pages.

HAGUENAU-MOIZARD Catherine, GAZIN Fabienne et LEBOIS-HAPPE Jocelyne, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, 2016, 200 pages.

HATHAWAY James C., *The Rights of Refugees Under International Law*, 312, 312-13, Cambridge University Press, 2005, 1184 pages.

ICARD Philippe (dir.), *La politique méditerranéenne de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2012, 285 pages.

- (dir.), *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne,* Larcier, 2017, 304 pages.

KLEIN Pierre, « Le droit international à l'épreuve du terrorisme », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Martinus Nijhof, 2007, 479 pages.

LACAZE Marion, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Institut Universitaire Varenne-LGDJ, 2011, 562 pages.

LANTERO Caroline, *Le droit des réfugiés : Entre droits de l'Homme et gestion de l'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 613 pages.

LEGIER Gérard, *Histoire du droit de la nationalité française, Des origines à la veille de la réforme de 1889*, PUAM, tome I, n° 431 et suivants, tome II, n° 730 et suivants, 2014, 1041 pages.

MALLIA Patricia, *Migrant Smuggling By Sea : Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 257 pages.

MARION William, *Le droit pénal de l'immigration*, thèse de doctorat, Droit, Paris II, 2002, 806 pages.

MARTIN Jean-Christophe (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté,* Actes du colloque de Nice des 4-5 novembre 2010*,* Paris, Pedone, 2011, 300 pages.

MOLINIER Joël (dir.) *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 264 pages.

MONTAGNE Camille, *Lien familial et droit pénal*, thèse sous la direction du Professeur David Dechenaud, soutenue le 4 décembre 2015, 716 pages.

MOURGEON Jacques, *La répression administrative*, LGDJ, 1967, 643 pages.

NERI Kiara, *L'emploi de la force en mer*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 625 pages.

PANCRACIO Jean-Paul, *Droit de la mer,* Dalloz, 1ère édition, 2010, 520 pages.

PARIZOT Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie,* Paris, LGDJ, 2010, 441 pages.

PAPASTAVRIDIS Efthymios (D.) et TRAPP Kimberley (N.) (dir.), *La criminalité en mer,* Martinus Nijhoff / Académie de Droit International de la Haye, 2014, 734 pages.

PICARD Étienne, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, 926 pages.

PONSEILLE Anne, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, thèse Montpellier I sous la direction de Christine Lazerges, 2001, 664 pages.

REDOR Marie-Joëlle (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux,* Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, 436 pages.

RIJPMA Jorrit T., *Building borders: The regulatory framework for the management of the external borders of the European Union, PhD Thesis, European University Institute, Florence, 2009(a)*.

RIJPMA Jorrit T. et CREMONA Marise, *The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law*, *European University Institute Working Papers*, LAW 2007/01, janvier 2007, 24 pages.

ROBERT Philippe, SOUBIRAN-PAILLET Francine et VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales, pour une sociologie des frontières*, 1997, tome II, 256 pages.

RYAN Bernard, MITSILEGAS Valsamis (dir.), *Extraterritorial Immigration Control,* Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 449 pages.

SUDRE Frédéric, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme,* Presses universitaires de France, 7ème édition, 2017, 967 pages.

TULKENS Françoise et VAN DE KERCHOVE Michel, *Introduction au droit pénal, aspects juridiques et criminologiques*, Stori Scientia, 4ème édition, 1998, 645 pages.

VAUTROT-SCHWARZ Charles-Henri (dir.), *La police administrative*, Actes du colloque organisé les 14 et 15 mars 2013 à la faculté de droit de Nancy, Presses universitaires de France, 2014, 302 pages.

DE VITORIA Francisco, *De Indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, *in* Ernest Nys (dir.), Classics of international Law, Carnegie Institution of Washington, Washington, 1917, 475 pages.

WALZER Mickaël, *Spheres of Justice : A Defense of Pluralism and Equality*, Oxford, Robertson, 1983, 364 pages.

WORTLEY Richard VAUTROT-SCHWARZ et Charles-Henri MAZEROLLE Lorraine (dir.), *Environmental Criminology and Crime Analysis, Willan Publishing*, Cullompton, Devon, 320 pages.

C. Mélanges

Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, *Les droits et le Droit*, Dalloz, 2006, 1195 pages.

Mélanges offerts à Pierre COUVRAT, *La sanction du droit,* Presses universitaires de France, 2001, 559 pages.

Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, *Humanisme et justice,* Dalloz, 2014, 1076 pages.

Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX, LexisNexis, 2000, 436 pages.

Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, *Juger l'administration, administrer la justice,* Dalloz 2007, 882 pages.

Mélanges en l'honneur de Christine LAZERGES, *Politique(s) criminelle(s)*, Dalloz, 2014, 864 pages.

Mélanges en l'honneur de Yves MAYAUD, *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017, 846 pages.

Mélanges offerts à Paul REUTER, *Le droit international, unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, 582 pages.

Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT, Lexisnexis, 2012, 940 pages.

Mélanges en hommage au professeur Paul TAVERNIER, *L'Homme dans la société internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1624 pages.

D. Notes et articles

(Articles, contributions et notes de jurisprudence)

ALIX Julie et CAHN Olivier, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC*, 2017, pp. 845-870.

ALIX Julie, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », *in* Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Presses universitaires de France, 2011, pp. 49-78.

- « Fallait-il étendre la compétence des juridictions pénales en matière terroriste ? (à propos de l'article 2 de la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme) », *D.,* 2013, pp. 518-519.
- « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », *in Humanisme et Justice*, Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2014, pp. 423-440.
- « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC,* 2014, pp. 849-866.
- « Terrorisme », *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 421-1 à 422-7, fascicule 20, 2 décembre 2015.

ALZAMORA Jean, « La valeur probante des notes des renseignements généraux et le principe du contradictoire », sous arrêt Tribunal administratif de Versailles, 21 février 2005, *AJDA,* 2005, pp. 1301-1302.

BENSAAD Ali, « Introduction. Immigration sur émigration. Le Maghreb entre " rétrécissement " du monde et mutations socio-spatiales », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes : immigration sur émigration*, Karthala, 2009, pp. 5-11.

- « L'immigration en Algérie. Une réalité prégnante et son occultation officielle », *in* Ali BENSAAD, *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes. Immigration sur émigration,* Karthala, 2009, pp. 13-42.

D'AMBROSIO Luca, « Les politiques criminelles en matière d'immigration irrégulière à l'épreuve du droit de l'Union européenne : quelques réflexions sur l'après *El Dridi* au regard des expériences italienne et française », *AJ Pénal*, 2011, pp. 502-505.

AUBARET Arnaud, « La garde à vue des étrangers à l'heure de la réforme », *Dictionnaire permanent - droit des étrangers*, bull. n° 200, mai 2011.

BACHELIER Gilles, « Le référé-liberté », *RFDA*, 2002, pp. 261-268.

BALDACCINI Anneliese, « Extraterritorial Border Controls in the EU : The Role of Frontex in Operations at Sea » *in* Bernard RYAN et Valsamis MITSILEGAS (dir.), *Extraterritorial Immigration Control,* Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 225-251.

BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure et SLAMA Serge, « L'arrêt *El Dridi* : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *AJ Pénal,* 2011, pp. 366-367.

BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, « Les *boat people* de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », *La Revue des droits de l'homme*, en ligne, 9 | 2016, mis en ligne le 02 mars 2016, consulté le 17 octobre 2018. URL : http://journals.openedition.org/revdh/1838 ; DOI : 10.4000/revdh.1838

BARSALOU Olivier, « L'interception des réfugiés en mer : un régime juridique aux confins de la normativité », *Lex Electronica*, volume 12, n° 3, hiver 2008, pp. 2-25.

BEAUSSONIE Guillaume, « Le droit pénal écarté de la lutte contre le terrorisme », *RSC,* 2017, pp. 777-792.

BELGUENDOUZ Abdelkrim, « Le Maroc, vaste zone d'attente ? », *in Gisti, Une Europe du rejet*, Plein droit n° 57, juin 2003, pp. 35-40.

- « Expansion et sous-traitance des logiques d'enfermement de l'Union européenne : l'exemple du Maroc », *Cultures & Conflits*, n° 57, 2005, pp. 155-219.

BENELLI DE BENAZE Cécile, « Contrôles d'identité au faciès : entre nullités et responsabilités », *Dalloz Actualité*, 18 novembre 2016.

BEN JEMIA Mona, « La Tunisie, cerbère des frontières européennes », *Plein Droit,* n° 73, juillet 2007, pp. 35-38.

- « La répression des migrations clandestines en Tunisie », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes. Immigration sur émigration,* Karthala, 2009, pp. 267-278.

BERRAMDANE Abdelkhalq, « L'émergence d'une politique européenne commune d'immigration et son externalisation progressive », *in* Abdelkhalq BERRAMDANE et Jean ROSSETTO (dir.), *La politique européenne d'immigration*, Karthala, 2009, pp. 39-60.

BERTRAND Christine, « Les étrangers et l'ordre public en droit de l'Union européenne », *in* Charles-André DUBREUIL (dir.), *L'ordre public,* Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011, Paris, Cujas, pp. 297-308.

BILLET Carole, « Coopération en matière pénale : Signature, conclusion et entrée en vigueur des nouveaux accords PNR avec les États-Unis et l'Australie », *RTD Eur.,* 2013, pp. 132-133.

DE BIOLLEY Serge, « Collecte, échange et protection des données dans la coopération en matière pénale », *JDE*, 2006/7, n° 131, pp. 193-199.

BON Samuel, « Les États du Maghreb face à la politique migratoire de l'UE », *in* Philippe ICARD (dir.), *La politique méditerranéenne de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 173-206.

BOSKOVIC Olivera, CORNELOUP Sabine, JAULT-SESEKE Fabienne, JOUBERT Natalie et PARROT Karine, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.,* 2012, pp. 390-402.

- *«* Droit des étrangers et de la nationalité », *D.,* 2015, pp. 445-458.
- « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.*, 2017, pp. 261-274.

BOUMGHAR Mouloud, « La licéité internationale des opérations menées par Frontex », *in* Laurence DUBIN (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 103-163.

BOURGUES-HABIF Catherine, « Le Terrorisme international », *in* Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, chapitre 35, pp. 457-466.

BRACH-THIEL Delphine, « Le nouvel article 113-13 du code pénal : contexte et analyse », *AJ Pénal*, 2013, pp. 90-94.

BRETT Raphaël, « La directive « PNR » du 27 avril 2016, nouvelle étape de la politique européenne de lutte contre la criminalité », *Europe*, Janvier 2017, pp. 1-6.

BRETZNER Jean-Daniel et AYNES Augustin, « Droit de la preuve », *D.*, 2018, pp. 259-269.

BROUWER Andrew, KUMIN Judith, « Interception and Asylum : When Migration Control and Human Rights Collide », *Refuge*, n° 21, 2003, pp. 6-24.

BUISSON Jacques, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », *JurisClasseur Procédure pénale*, fascicule n° 10, décembre 2008, mis à jour avril 2018, n° 16-26.

CAHN Olivier, « Le principe de nécessité en droit pénal, thèse radicale », *in* Olivier CAHN, Karine PARROT (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, LEJEP, 2014, pp. 17-63.

CAFRITZ Eric et TENE Omer, « Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français », *RSC,* 2003, pp. 733-742.

CAMGUILHEM Benoit, « Le juge face à l'impossible », *AJDA,* 2016, pp. 2457-2459.

- « L'engagement de la responsabilité de l'État du fait des contrôles au faciès », *AJDA,* 2015, pp. 1813-1819.

CANNIZZARO Enzo, « Pouvoirs discrétionnaires des États et proportionnalité dans le droit de la mer », *RGDIP*, 2002, pp. 241-268.

CAPPELLO Aurélie, « L'interdiction de sortie du territoire dans la loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *AJ Pénal*, 2014, pp. 560-562.

CARAYON Lisa, « Menace à l'ordre public et expulsion d'un ressortissant étranger souffrant de troubles psychiatriques : quand le soupçon prévaut sur la protection », note sous Conseil d'État, référé, 7 mai 2015, n° 389959, *RDSS*, 2015, pp. 843-852.

CARLIER Jean-Yves, « Existe-t-il un droit à la migration ? La cigogne et la maison », *in* François CREPEAU, Delphine NAKACHE, Idil ATAK, *Les migrations internationales contemporaines. Une dynamique complexe au cœur de la globalisation,* Les Presses de l'Université de Montréal, pp. 389-408.

CASSIA Paul, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », *RFDA*, 2007, pp. 45-57.

CASTERA Pierre, « Le principe de nécessité de la loi. Le point de vue du constitutionnaliste », *in Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Actes du colloque organisé les 8 et 9 novembre 2012 par le CERCLLE et l'ISCJ de l'Université Montesquieu-Bordeaux, Cujas, 2013, pp. 37-47.

CAVIGLIOLI Benoît, « Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence », *AJDA,* 2003, pp. 642-653.

CHAMBON Maxence, « Une redéfinition de la police administrative », *in* Julie ALIX, Olivier CAHN (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, 2017, pp. 133-150.

CONTE Philippe, « Placement en garde à vue et nécessités de l'enquête », *Rev. dr. pen.,* n° 5, mai 2015, étude n° 12, pp. 8-14.

CORTEN Olivier, « L'interprétation du raisonnable par les juridictions internationales : au-delà du positivisme juridique », *RGDIP*, janvier-mars 1998, numéro 1, Paris, Pedone, pp. 6-43.

COURNIL Christel, « Les droits de l'Homme en zones d'attente : condamnation européenne et résistances françaises », *Cultures & Conflits*, n° 71, 2008, pp. 75-92.

DE CROONE Jean**,** « La sanction administrative dans le droit des étrangers », *AJDA,* 2001, pp. 60-64.

CUTAJAR Chantal, « Prévention du blanchiment », *Jurisclasseur pénal des affaires*, fascicule n° 10, juillet 2010, mis à jour au 31 janvier 2017.

CUTTITTA Paolo, « Points and Lines : A Topography of Borders in the Global Space », *Ephemera*, 6(1), 2006, pp. 27-39.

- « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », *Cultures & Conflits*, 68 | 2007, pp. 61-84.

DANET Jean, « La garde à vue et l'éloignement des étrangers en situation irrégulière : fin d'une époque », *RSC,* 2012, pp. 621-623.

DARSONVILLE Audrey, « Ordre public et droit pénal », *in* Charles-André DUBREUIL (dir.), *L'ordre public,* Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011, Paris, Cujas, pp. 287-296.

DEGOFFE Michel, « L'ambiguïté de la sanction administrative », *AJDA,* 2001, pp. 27-33.

DELMAS-MARTY Mireille, « Les contradictions du droit pénal », *RSC*, 2000, pp. 1-4.

DELVOLVE Pierre, « Le contrôle de l'opportunité existe-t-il ? », *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ, Montchrestien, 1988, pp. 269-295.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « Nationalité – Perte et déchéance individuelles », *Jurisclasseur civil code*, Fascicule n° 80, n° 99.

DONNAT Francis, CASAS Didier, « Les modalités du contrôle de cassation sur les ordonnances de référé suspension », *AJDA,* 2003, pp. 278-279.

DORE François, « Champ d'application de l'interdiction de sortie du territoire », *AJDA,* 2017, pp. 1345-1348.

DORE François et NGUYEN-DUY Pearl, « Le contrôle du juge administratif à l'épreuve du terrorisme. L'exemple des interdictions de sortie du territoire », *AJDA,* 2016, pp. 886-894.

DREYER Emmanuel, « La subsidiarité du droit pénal », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT, Lexisnexis*, 2012, pp. 247-263.

- « Les restrictions administratives à la liberté d'aller et de venir des personnes suspectées de terrorisme », *Gaz. Pal.*, 24 février 2015, n° 55, pp. 22-26.
- « La sortie du territoire interdite pour certains Français ? », *D.*, 2015, p. 912.

DUBUISSON François, « La définition du "terrorisme" : débats, enjeux et fonctions dans le discours juridique », *Confluences Méditerranée*, volume 102, n° 3, 2017, pp. 29-45.

DUMMETT Ann, « The transnational migration of people seen from within a natural law tradition », *in* Brian BARRY, Robert GOODIN (dir.), *Free movement. Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money*, Routledge, 1992, pp. 169-180.

DUMORTIER Thomas, « Les "contrôles au faciès" saisis par la justice », *La Revue des droits de l'homm*e En ligne, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 19 octobre 2018. URL : http://journals.openedition.org/revdh/1400 ; DOI : 10.4000/revdh.1400

ESCOFFIER Claire, « Transmigration et communautés d'itinérances au Maghreb », in Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes. Immigration sur émigration*, Karthala, 2009, pp. 43-62.

FERRE Nathalie, « Contrôles d'identité : la discrimination légale », *Plein droit*, volume 82, n° 3, 2009, pp. 7-10.

- « Les usages du droit pénal contre les étrangers », in GISTI, *Immigration, un régime pénal d'exception*, pp. 92-104.

FINK Mélanie, « Frontex Working Arrangements : Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding 'Technical Relationships' », *Utrecht Journal of International and European Law*, 28(75), pp. 20-35.

FLEURIOT Caroline, « Contrôles d'identité au faciès : confirmation de la condamnation de l'État », *Dalloz Actualité*, 10 novembre 2016.

FOURMENT François, « L'interdiction du territoire français : peines perdues », *AJ Pénal*, 2008, pp. 12-15.

FOURNIER Mélanie, « Les TIC et la surveillance des zones maritimes sensibles. Penser globalement, agir localement », *Netcom*, 26-3/4 | 2012, pp. 221-234.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la *compliance », D.*, 2016, pp. 1871-1873.

FULCHIRON Hugues, « La nationalité française entre identité et appartenance », *D.*, 2011, note 20, pp. 1915-1921.

GAUTIER Marie, « L'immigration intracommunautaire », *in* Catherine GAUTHIER, Marie GAUTIER (dir.), *L'immigration légale : aspects de droits européens*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 31-48.

GAUTIER Philippe, « Le rôle du Tribunal international du droit de la mer face à la violence en mer », *in* Jose Manuel SOBRINO HEREDIA (dir.), *Sûreté maritime et violence en mer/Maritime security and violence at sea*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 483-492.

GARRAUD Astrid, « Des contrôles d'identité discriminatoires : l'État condamné dans une décision historique », *RPDP*, n° 2, pp. 303-312.

GEISSER Vincent, « Déchoir de la nationalité des djihadistes "100 % *made in F*rance" : qui cherche-t-on à punir ? », *Migrations Société*, volume 162, n° 6, 2015, pp. 3-14.

GENEVOIS Bruno, « L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles », *RFDA*, 1992, pp. 185-202.

GICQUEL Jean-Éric, « Lutte contre le terrorisme - Le droit de l'antiterrorisme, un droit aux confins du droit administratif et du droit pénal », *JCP G,* n° 40, 2 Octobre 2017, doctrine 1039, point 11, pp. 1775-1780.

GIRAULT Carole, « Contrôles et vérifications d'identité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2017.

GIUDICELLI André, « La déchéance de nationalité française », *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT : la sanction du droit,* Presses universitaires de France, 2001, pp. 333-350.

- « Le critère de résidence habituelle en droit pénal international », *in Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Humanisme et Justice*, pp. 363-378.
- « Premières applications jurisprudentielles de l'article préliminaire du code de procédure pénale » *RSC,* 2003, pp. 122-124.

GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, « Un monde (simplement) habitable… », *in* Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Presses universitaires de France, 2011, pp. 281-308.

GIL-BAZO Maria-Teresa, « The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension : The Safe Third Country Concept Revisited », *International Journal of Refugee Law,* vol. 18, n° 3-4, 2006, pp. 571-600.

GOGORZA Amane, « Répression universelle et concurrence des compétences pénales », *Les Petites Affiches*, 11 juillet 2017, n° 138, pp. 3-9.

A. GOLDSTON James, « Combattre le terrorisme en combattant la discrimination : le Protocole n° 12 constitue-t-il une aide ? », La non-discrimination : un droit fondamental, Éditions du Conseil de l'Europe, 2006, pp. 55-71.

GUERRIVE Jean-Louis, « " Double peine" et police des étrangers », *D.*, 2002, pp. 829-832.

GUGGISBERG Solène, « Le trafic illicite de migrants en mer », Efthymios D. PAPASTAVRIDIS et Kimberley N. TRAPP (dir.), *La criminalité en mer,* Martinus Nijhoff / Académie de Droit International de la Haye, 2014*,* pp. 239-286.

GUIMEZANES Nicole, « Réflexions sur l'expulsion des étrangers », *Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX*, Litec, 1980, pp. 167-190.

- « La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *JCP G.,* n° 3, 1987, doctrine 3270.

HAREL-DUTIROU Isabelle, « Interdiction du territoire français », *Jurisclasseur pénal,* fascicule 20.

HENRIOT Patrick, « Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers : l'opiniâtre résistance des autorités françaises », *La Revue des droits de l'homme*, juin 2013, n° 5-6, en ligne : http://journals.openedition.org/revdh/426 ; DOI : 10.4000/revdh.426.

HERRAN Thomas, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *AJ Pénal*, 2017, pp. 472-474.

HERVIEU Nicolas, « Conventionalité du "délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger" dit "délit de solidarité" », in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 11 novembre 2011, en ligne :
http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/11/11/delit-de-solidarite-entre-occasion-et-acte-manque-une-decision-europeenne-a-la-coherence-douteuse-cedh-5e-sect-10-novembre-2011-mallah-c-france/

INGHAM Chantal, « Surveillance et circulation des personnes : les données des dossiers passagers dans le cadre de la directive 2016/681/UE dite « PNR » », *Obs. Bxl.*, 2017/1, pp. 15-20.

ISERTE Morgane, « Enquête en "zone d'attente réservée" de l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle : vers une gestion sécuritaire des "flux migratoires" », *Cultures & Conflits,* n° 71, 2008, pp. 31-53.

JOULIN Ollivier, « Contrôles d'identité et chasse à l'étranger », *Plein droit*, volume 81, n° 2, 2009, pp. 11-14.

JORRY Hélène, « Une agence originale de l'Union : l'Agence Frontex », *in* Joël MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 169-187.

JULIEN-LAFFERRIERE François, « Réflexions partielles sur l'apport de la Cour européenne des droits de l'Homme à la garantie de quelques droits des étrangers », *in Mélanges en hommage au professeur Paul TAVERNIER, L'Homme dans la société internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 755-780.

- « De l'application des accords Schengen au statut des 'zones d'attente' : chronique d'une loi annoncée », *AJDA,* 1992, pp. 656-674.
- « Limite de la compétence du juge judiciaire en matière d'entrée et séjour des étrangers en France : maintien en zone d'attente au-delà du délai de quatre jours », *D.*, 1994, pp. 254-255.
- « La rétention des étrangers aux frontières françaises », *Cultures & Conflits,* n° 23, 1996, pp. 7-43.

- « La délimitation des compétences de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire en matière de rétention administrative et de maintien en zone d'attente »Rev. crit. DIP, 2002, pp. 255-276.
- « Une modification d'ampleur de l'ordonnance du 2 novembre 1945 », *AJDA,* 2004, pp. 260-270.
- « Contentieux du droit des étrangers », *Dalloz professionnels, Pratique du contentieux administratif*, Dossier 440, juin 2016.

JULINET Stéphane, « Zones d'attente : une gestion policière », *Plein droit*, 3/2001, n° 50, pp. 30-33.

KARSENTI Jérôme, « Contrôles d'identité : comment lutter contre le contrôle au faciès ? », *Gaz. Pal.,* n° 13-14, janvier 2012, pp. 19-20.

KAUFF-GAZIN Fabienne, « La directive « retour » au secours des étrangers ? de quelques ambiguïtés de l'affaire EL DRIDI du 28 avril 2011 », *Europe,* n° 6, Juin 2011, étude 7, pp. 10-15.

KESSEDJIAN Catherine, « Le juif déchu de sa nationalité française », *in Le droit antisémite de Vichy, Le genre humain*, Éditions du Seuil, 1996, pp. 231-242.

KERDOUN Azzouz, « La loi 08-11 sur la condition des étrangers : mutation des règles juridiques algériennes et leur impact sur la migration irrégulière », *Carim Analytic and Synthetic Notes*, Juin 2009, 11 pages.

KLÖTGEN Paul, « La frontière et le Droit, esquisse d'une problématique », *Scientia Juris*, 2011, n° 1, pp. 45-69.

KOERING-JOULIN Renée, « Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RSC,* n° 4, Octobre-Décembre 1986, pp. 720-750.

- « Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive », *in Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Les droits et le Droit*, Dalloz, 2006, pp. 529-537.

LABAYLE Henri, « La suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'Union » *in* Claude BLUMANN (dir.), *Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 19-53.

LAHLOU Mehdi, « Externalisation, politiques migratoires au sud et état de droit », *in* Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP et Pierre DASEN (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme :*

un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté, volume 1, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 611-646.

LAMY Francis, « La production de la sécurité publique », *in L'ordre public*, Archives de philosophie du droit, tome 58, Dalloz, 2015, pp. 16-34.

LANIER Valérie, « La concrétisation de la politique européenne sur les migrations clandestines en Méditerranée et dans l'Atlantique Sud : Blindage électronique et militarisation des frontières méridionales de l'Union Européenne et interventionnisme européen dans les pays africains », *in* Philippe ICARD (dir.), *La politique méditerranéenne de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 207-250.

LANTERO Caroline, « La politique de sanction des transporteurs », *in* Philippe ICARD (dir.), *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, Larcier, 2017, pp. 265-279.

LASCOUMES Pierre, « Sanctions des fautes et des illégalismes. Un exemple. La répression de la fraude fiscale », *RIEJ*, 1983, pp. 125-156.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, « Discriminations par personne exerçant une fonction publique », *Jurisclasseur pénal Code*, fascicule n° 20, août 2012, n° 21.

LAUTERPACHT Elihu et BETHLEHEM Daniel, « The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement : Opinion », *in* Erika FELLER, Volker TÜRK and Frances NICHOLSON, *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2001, pp. 87-177.

LAZERGES Christine, « Pour une politique criminelle de lutte contre les contrôles d'identité discriminatoires », *RSC*, 2017, pp. 173-182.

- « La dérive de la procédure pénale », *RSC,* 2003, pp. 644-655.

LAZERGES Christine et HENRION-STOFFEL Hervé, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC,* 2016, pp. 649-662.

LEBLOIS-HAPPE Jocelyne et CAHN Olivier, « Nouveau projet de loi antiterroriste : attention danger ! », *JCP G.,* n° 29, 17 Juillet 2017, pp. 1400-1403.

- « Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : *perseverare diabolicum* », *AJ Pénal*, 2017, pp. 468-471.

LE BOT Olivier, « La déchéance de nationalité pour les terroristes est conforme à la Constitution », *Constitutions*, 2015, pp. 253-255.

LE GOAZIOU Benoît, « Du droit de punir en mer », *in Annuaire du droit international de la mer*, tome XVIII, Paris, Pedone, 2013, pp. 235-251.

LEPOUTRE Jules, « Déchéance de nationalité : après le débat constitutionnel, le temps contentieux », *RFDA*, 2016, pp. 1188-1200.

- « Le bannissement des nationaux. Comparaison (France-Royaume-Uni) au regard de la lutte contre le terrorisme », *Rev. crit. DIP*, 2016, pp. 107-118.

LE CALVEZ Jacques, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal », *RSC*, 1980, pp. 337-373.

LEONARD Sarah, « EU border security and migration into the European Union: Frontex and securitisation through practices », *European Security*, 19:2, 2010, pp. 231.254.

LEQUETTE Yves, « À propos des crimes terroristes commis par des Français à l'encontre d'autres Français : revenir à la Nation… ou disparaître », *in Mélanges en l'honneur de Yves MAYAUD*, *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017, pp. 67-112.

LEROY Jacques, « Garde à vue », *JurisClasseur Procédure pénale*, fascicule 30.

LOCHAK Danièle et JULIEN-LAFERRIERE François, « Les expulsions entre la politique et le droit », *Arch. pol. crim.,* 1990, n° 12, pp. 65-87.

LOCHAK Danièle, « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique », *Pouvoirs*, volume 144, n° 1, 2013, pp. 33-47.

- « L'accès au territoire français – La réglementation », *in* ANAFE, *Frontières du droit, Frontières des droits – L'introuvable statut de la « zone internationale »*, Paris, L'Harmattan, 1993, pp. 179-188.
- « L'immigration saisie par le droit pénal », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Christine LAZERGES*, *Politique(s) criminelle(s)*, Dalloz, 2014, pp. 700-702.
- « Pénalisation », *AJ Pénal*, 2016, pp. 10-12.
- « Les étrangers sous Vichy », *Plein droit*, n° 29-30, novembre 1995, pp. 7-9.
- « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992 (Entrée et séjour des étrangers) », *Journal du droit international (Clunet)*, 1992, en ligne : https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01713893/document.

MALABAT Valérie, « L'évolution des pouvoirs de police », *in* Olivier CAHN, Karine PARROT (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, LEJEP, 2014, pp. 131-145.

MARCHAND Gaël, « "Intelligence-led policing" : stratégie policière ou mission de renseignement ? », Centre français de recherche sur le renseignement, 15 juillet 2007. URL : http://www.cf2r.org/fr/article/article-intelligence-led-policing-strategie-policiere-ou-mission-de-renseignement-4-6.php

MARGUENAUD Jean-Pierre, « Le droit de demander asile à la frontière », *D.*, 2007, pp. 2780-2983.

MARTIN Jean-Christophe, « Rapport introductif : quelle protection pour quelles frontières ? », *in* Jean-Christophe MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté,* Actes du colloque de Nice des 4-5 novembre 2010*,* Paris, Pedone, 2011, pp. 9-36.

- « Le terrorisme », *in* Hervé ASCENSIO, Emmanuel Decaux, Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, chapitre 20, pp. 279-280.

MASERA Luca, « Les ressorts de l'affaire El Dridi », *in* GISTI, *Un régime pénal d'exception*, pp. 128-139.

MASSE Michel, **«** La criminalité terroriste », *RSC,* 2012, pp. 89-108.

MAUGÜE Christine et SCHWARTZ Rémy, « Notion d'expulsion en *urgence absolue », AJDA,* 1991, pp. 890-891.

MAYAUD Yves, « Terrorisme – Prévention », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, février 2015.

MAYER Danièle, « Prévention et répression en matière de contrôles d'identité : une distinction trompeuse », *D.*, 1993, pp. 272-275.

MAZIERES Jean-Arnaud, « Dynamique des normes et lutte contre le terrorisme », *in* Charlotte GIRARD (dir.), *La lutte contre le terrorisme : l'hypothèse de la circulation des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 293-307.

MILTNER Barbara, « Irregular Maritime Migration : Refugee Protection Issues in Rescue and Interception », *Fordham International law Journal*, volume 30, issue 1, 2006, pp. 75-125.

- « Human Security and Protection from Refoulement in the Maritime Context », *in* Alice EDWARDS, Carla FERSTMAN (dir.), *Human Security and Non-Citizens : Law, Policy and International Affairs*, Cambridge University Press, 2010, en ligne: https://ssrn.com/abstract=2673686 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2673686

MODERNE Franck, « La sanction administrative », *RFDA*, 2002, pp. 483-495.

MONTMAZ Djamchid, « La lutte contre "l'introduction clandestine" de migrants par mers », *Annuaire de droit de la mer*, t. IV, 1999, pp. 49-57.

MOREAU Jacques, « Police et séparation des autorités administrative et judiciaire », *in* Charles VAUTROT-SCHWARZ (dir.), *La police administrative*, Presses universitaires de France, 2014, pp. 23-37.

MORICE Alain, « Conceptualisation des migrations et marchandage internationaux », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes. Immigration sur émigration,* Karthala, 2009, pp. 191-212.

MRABET El Arbi, « La politique européenne de voisinage et la problématique de l'immigration irrégulière au Maroc » *in* Philippe ICARD (dir.), *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 105-166.

NEFRAMI Eleftheria, « La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration irrégulière », *in* Laurence DUBIN (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 35-63.

OLLARD Romain et DESAULNAY Olivier, « La réforme de la législation anti-terroriste ou le règne de l'exception pérenne », *Droit pénal*, n° 1, Janvier 2015, étude 1, p. 9.

ORIOL Christelle, « La procédure d'expulsion d'étrangers en urgence absolue », *AJDA,* 2016, pp. 1242-1249.

OTTAVY Eva et CLOCHARD Olivier, « Franchir les dispositifs établis par Frontex. Coopérations policières transfrontalières et refoulements en mer Égée », *REMI*, 30 (2), 2014, pp. 137-156.

PALLIS Mark, « Obligations of States Towards Asylum Seekers at Sea : Interactions and Conflicts between Legal Regimes », *International Journal of Refugee Law*, volume 14, issue 2 and 3, avril 2002, pp. 329-364.

PAPASTAVRIDIS Efthymios D., « Interception of Human Beings on the High Seas : A Contemporary Analysis under International Law », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n° 36, 2008-2009, pp. 146-228.

NICOLOPOULOS Panayotis, « La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire », *RSC*, 1989, pp. 1-26.

PARIZOT Raphaële, « Loi relative à la retenue pour vérification du droit au séjour *versus* avis de la CNCDH : quel bilan ? », *AJ Pénal,* 2013, pp. 8-11.

- « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », *in Mélanges en l'honneur de Christine LAZERGES, Politique(s) criminelle(s)*, Dalloz, 2014, pp. 245-257.

PARROT Karine, « Un étranger ne commet pas un délit du seul fait qu'il se trouve en situation irrégulière », *Rev. crit. DIP*, 2011, pp. 834-853.

- « Illégalité des contrôles d'identité "Schengen" », note sous arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, 23 février 2011, n° 09-70.462, *Rev. crit. DIP*, 2011, pp. 603-609.
- « De l'incrimination du séjour irrégulier d'un étranger au regard de la directive « retour » », *Rev. crit. DIP*, 2013, pp. 117-132.

PAULIAT Hélène, « L'émergence du concept de sanction administrative », *JCP A,* n° 11, 11 Mars 2013, n° 2072.

PAUVERT Bertrand, « Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité », *AJDA,* 2015, pp. 1000-1004.

PAYE Jean-Claude, « Ennemi de l'empire », in *Multitudes,* n° 32, printemps 2008, pp. 169-179.

PECOUD Antoine et DE GUCHTENEIRE Paul, « Introduction : Le scénario "migrations sans frontières" », *in* Antoine PECOUD et Paul DE GUCHTENEIRE, *Migrations sans frontières. Essai sur la libre-circulation des personnes*, Éditions Unesco, 2009, pp. 13-52.

PERRIER Jean-Baptiste, « La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit », *D.,* 2018, pp. 24-31.

PETIT Jacques, « Les ordonnances Dieudonné, séparer le bon grain de l'ivraie », *AJDA,* 2014, pp. 866-874.

- « Le contrôle juridictionnel des mesures de police par le juge administratif » *in* Charles VAUTROT-SCHWARZ (dir.), *La police administrative*, Presses universitaires de France, 2014, pp. 205-219.

PEYROU Sylvie, « Droits fondamentaux versus diplomatie, ou le pot de terre contre le pot de fer : réflexions sur la conclusion de l'accord PNR entre les États-Unis et l'Union européenne », *Europe,* 2012, étude n° 8, pp. 5-9.

PIAN Anaïk, « Entre "visibilisation"et "invisibilisation", les migrations subsahariennes au Maroc », *in* Ali BENSAAD (dir.), *Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes. Immigration sur émigration,* Karthala, 2009, pp. 63-85.

PICARD Étienne, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : deux régimes inutilement hétéroclites », *RFDA*, 1994, pp. 959-991.

PIN Xavier, « Interdiction des droits civiques, civils et de famille », *Jurisclasseur Pénal Code*, fascicule 20.

POGNONEC Alexia, « La difficile conciliation entre contrôle de l'immigration par voie maritime et respect des droits fondamentaux », *in Annuaire du droit de la mer*, tome XXI, Paris, Pedone, 2016, pp. 219-237.

PONCELA Pierrette, « Les naufragés du droit pénal », *Arch. pol. crim.,* 2016, n° 38, pp. 7-26.

PONSEILLE Anne, « Le délit d'entreprise individuelle terroriste devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, avril-juin 2017, n° 2017-2, pp. 267-275.

QUENEUDEC Jean-Pierre, « Pour un véritable ordre public de la mer », *in* Annie CUDENNEC (dir.), *Ordre public et mer.* Actes du colloque de Brest des 12 et 13 mai 2011, Paris, Pedone, 2012, pp. 257-262.

RATCLIFFE Jerry H., « Intelligence-led policing », *in* WORTLEY Richard et MAZEROLLE Lorraine (dir.), *Environmental Criminology and Crime Analysis*, Willan Publishing, Cullompton, Devon, pp. 263-262.

RICARD Jean-François et HOUYVET Marie-Antoinette, « Lutte contre le terrorisme : spécificités de la loi française », *AJ Pénal*, 2004, pp. 191-192.

ROBERT Jacques-Henri, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, 2009, en ligne :
https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-punition-selon-le-conseil-constitutionnel

RODIER Claire, « Derrière l'aide à l'Afrique, la guerre aux migrants », *Plein droit*, 4/2006 (n° 71), pp. 30-32.

ROUAULT Marie-Christine, « La loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *D.,* pp. 225-234.

ROUSSEAU François, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC,* 2015, pp. 257-271.

SAAS Claire, « Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers », *AJ Pénal*, 2011, pp. 492-495.

- « Séjour irrégulier : le Conseil constitutionnel désavoué par la Chambre criminelle », *AJ Pénal*, 2012, pp. 410-414.
- « Interdictions judiciaires du territoire français », *Jurisclasseur de droit pénal et de procédure pénale*, novembre 2015.
- « Les contrôles d'identité "Schengen" viciés par l'absence d'aléa », *AJ Pénal*, 2015, pp. 435-436.
- « La Méditerranée, une zone de non-droit pour les boat-people ? » *in* Patrick CHAUMETTE (dir.), *Espaces marins : surveillance et prévention des trafics en mer,* Gomylex Editorial, 2016, pp. 179-193.
- « Dépénalisation partielle de l'entrée irrégulière par la directive "retour" », sous Cour de justice de l'Union européenne 7 juin 2016, *AJ Pénal,* 2016, pp. 387-388.
- « Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité », *D.*, 2018, pp. 1894-1898.

SENELAR-GIL Cédric, « Recours juridictionnel contre une décision de non-admission sur le territoire : le référé-liberté, remède ou placebo ? », en ligne : http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Senelar_Gebremedhin.pdf

SALMON Jean, « Le concept de raisonnable en droit international public », *in Mélanges offerts à Paul REUTER*, *Le droit international, unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 447-478.

SHELLEY Louise I., « Organized Crime, Terrorism and Cybercrime », *in* Alan BRYDEN et Philipp FLURI (dir.), Security Sector Reform : Institutions, Society, and Good Governance, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellshaft, 2003, pp. 303-312.

STIRN Bernard, « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Juger l'administration, administrer la justice,* Dalloz, 2007, pp. 795-802.

- « Ordre public et libertés publiques », in *L'ordre public*, Archives de philosophie du droit, tome 58, Dalloz, 2015, pp. 5-15.

SLAMA Serge, « Epilogue d'une saga judiciaire sur la garde à vue pour séjour irrégulier », *D.*, 2012, pp. 2001-2006.

- « Zone d'attente individuelle et itinérante, 45 jours de rétention et JLD muselés (première partie de l'analyse de l'avant-projet de loi « Besson ») », *Combat pour les droits de l'Homme*, 12 février 2010, en ligne : http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/02/12/zone-dattente-individuelle-et-itinerante-45-jours-de-retention-et-jld-museles-premiere-partie-de-lanalyse-de-lavant-projet-de-loi-besson/

- « La transposition de la directive "retour" : vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers ? », *in* Laurence DUBIN, *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 289-346.

SLAMA Serge et HERVIEU Nicolas, « Validation sous réserves du mécanisme de la QPC et non-conformité des contrôles de la bande des 20 km Schengen », i*n Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 22 juin 2010, en ligne : https://revdh.wordpress.com/2010/06/22/question-de-constitutionnalite-et-controle-de-conformite-au-droit-communautaire-validation-sous-reserves-du-mecanisme-de-la-qpc-et-non-conformite-des-controles-de-la-bande-des-20-km-schengen/

SOREL Jean-Marc, « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ? », *in* Karine BANNELIER, Théodore CHRISTAKIS, Oliver CORTENET et Barbara DELCOURT (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, pp. 35-68.

SUDRE Frédéric, « Convention européenne des droits de l'Homme. Droits garantis. Droit de propriété et droit à la non-discrimination » *Jurisclasseur Europe Traité*, Fascicule n° 6523, mars 2016.

TEITGEN-COLLY Catherine, « Le statut de l'étranger irrégulier : un défi pour l'Europe » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Tavernier*, *L'homme dans la société internationale,* Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1037-1038.

TOUILLIER Marc, « La marche du contrôle : ou l'intégration de l'état d'urgence dans un droit hors du commun par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », *Lexbase* n° L2052LHH.

TSATSA–NIKOLOVSKA Margarita, « La protection contre la discrimination en vertu de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *in La non-discrimination : un droit fondamental*, Séminaire marquant l'entrée en vigueur du Protocole n° 12, Éditions du Conseil de l'Europe, 2006, pp. 26-37.

TCHEN Vincent, « De la jonction des sources constitutionnelles et communautaires en droit des étrangers », *Constitutions*, 2012, pp. 339-342.

- « Peines de prison pour les étrangers en situation irrégulière et droit de l'Union européenne », *RFDA*, n° 2, février 2012, commentaire 17, pp. 46-50.
- « Réflexions sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers des étrangers », *in* Laurence DUBIN (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 255-264.
- « Étrangers – Expulsion. – Interdiction judiciaire du territoire », *Jurisclasseur de droit international*, 9 février 2017, mise à jour janvier 2018, n° 2.

TIMSIT Gérard, « Le fonctionnement de la procédure d'enquête dans l'affaire du Red Crusader », *Annuaire français de droit international*, 1963, pp. 460-472.

TURPIN Dominique, « La réforme de l'ordonnance du 2 janvier 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 février 1980 », *Rev. crit. DIP*, 1980, p. 41.

- « L'étau se resserre sur les contrôles au faciès ! », *JCP G,* n° 6, 6 Février 2017, p. 270.

VAN DE KERCHOVE Michel, « Les frontières des normes pénales », *in* Philippe ROBERT, Francine SOUBIRAN-PAILLET, MICHEL VAN DE KERCHOVE (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales, pour une sociologie des frontières*, 1997, tome II, pp. 77-113.

- « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, volume 127, n° 7, 2005, pp. 22-31.

- « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC,* 2008, pp. 805-824.

VANDERMEEREN Roland, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA,* 2000, pp. 61-65.

VERON Michel, commentaire sous arrêt n° 182, Cour de cassation, chambre criminelle, 3 juin 2004, n° 03-83.334, *Rev. dr. pen.,* 2004.

VLAMYNCK Hervé, « Le contrôle de la situation des étrangers sur le sol français », *AJ Pénal*, 2008, pp. 9-11.

WEIL Patrick, « L'ordonnance du 19 octobre 1945 : affinement juridique », *Plein droit,* n° 29-30, novembre 1995, en ligne : https://www.gisti.org/spip.php?article3848

- « Nationalité : l'originalité française », *Études*, tome 398, n° 3, mars 2003, pp. 321-331.

YOKARIS Angelo, « Les critères de compétence des juridictions nationales », *in* Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2ème édition, 2012, pp. 997-1006.

YONAN Nadège, « La circulation des normes internationales de lutte contre le financement du terrorisme », *in* Charlotte GIRARD (dir.), *La lutte contre le terrorisme : l'hypothèse de la circulation des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 247-275.

ZEROUALI Mohammed, « Union européenne-Maghreb, coopération et subordination dans la lutte contre la migration illégale », *in* Abdelkhalq BERRAMDANE et Jean ROSSETTO (dir.), *La politique européenne d'immigration*, Karthala, 2009, pp. 233-262.

E. Rapports, avis, recommandations

1. Documents internes

Documents parlementaires

Commission d'enquête sur la surveillance des filières et des individus djihadistes, XIVe législature, rapport n° 2828, 2 juin 2015, pp. 478-479.

Exposés des motifs

Exposé des motifs du projet de loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

Exposé des motifs du projet de loi relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, n° 6, déposé le 3 octobre 2012 à la présidence de l'Assemblée nationale.

Études d'impact

Étude d'impact du 8 juillet 2014 *sur le projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.*

Étude d'impact du 2 février 2016 *relative au projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*.

Étude d'impact de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.*

Rapports

Rapport n° 381 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, *relatif aux contrôles et vérifications d'identité*, 1993.

Rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence, *RFDA,* 2000.

Rapport sur le projet de loi *relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, Assemblée Nationale, XIII^{ème} législature, n° 2814, 16 septembre 2010.

Rapport n° 3180 *relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité* de M. GOASGUEN Claude, fait au nom de la commission des lois, déposé le 16 février 2011.

Rapport n° 409 *relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme* enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 14 novembre 2012, fait par BECHTEL Marie-France au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 297 adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée.

Rapport n° 2828 fait au nom de la commission d'enquête sur la surveillance des filières et des individus djihadistes, par CIOTTI Éric et MENNUCCI Patrick, enregistré à l'Assemblée nationale le 2 juin 2015.

Rapport n° 716 (2014-2015) de M. BUFFET François-Noël, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 30 septembre 2015 *relatif au projet de loi sur le droit des étrangers en France.*

Rapport n° 335 (2015-2016) de MERCIER Michel, fait au nom de la commission des lois, déposé le 27 janvier 2016, *relatif à la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste* enregistrée à la présidence du Sénat de 17 décembre 2015.

Rapport n° 491 de MERCIER Michel fait au nom de la commission des lois du Sénat, *relatif au projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, déposé le 23 mars 2016, tome 1.

Établissement public administratif

Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, La criminalité en France, 2011.

Autorités indépendantes

Commission nationale consultative des droits de l'Homme

Avis sur le projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour, 22 novembre 2012.

Avis sur la réforme du droit des étrangers, 20 mai 2015.

Avis sur le projet de loi relatif au renseignement du 20 avril 2015.

Avis sur le projet de loi de lutte contre le crime organisé et le terrorisme, 17 mars 2016.

Avis sur la prévention des pratiques de contrôles d'identité discriminatoires et/ou abusives, 8 novembre 2016.

Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016, 26 janvier 2017.

Avis sur la loi relative à la sécurité, 23 février 2017.

Avis, « Mettre fin au délit de solidarité », 18 mai 2017.

Avis sur le projet de loi visant à renforcer la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, 6 juillet 2017.

Avis sur le projet de loi « Pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif », 2 mai 2018.

Avis sur la situation des migrants à la frontière franco-italienne, 19 juin 2018.

Défenseur des droits

Rapport relatif aux relations police /citoyens et aux contrôles d'identité, octobre 2012, p. 43.

Enquête sur l'accès au droit, volume 1, Relation police/population, le cas des contrôles d'identité, février 2017.

Décision MSP-MDS-MLD-2015-021 du 3 février 2015 relative à des contrôles d'identité discriminatoires, observations présentées devant la Cour d'appel de Paris.

Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Rapport de visite de la zone d'attente de Roissy Charles de Gaulle, 27-28 janvier 2009, en ligne : http://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2010/12/ZA-Roissy-rapport-de-visite-3-07-09.pdf ;

Rapport de visite : Zone d'attente de l'aéroport d'Orly, 31 mars 2010,
en ligne : http://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2012/11/Rapport-de-visite-de-la-zone-dattente-de-laéroport-dOrly-Val-de-Marne.pdf

Rapport de visite de la zone d'attente de Roissy Charles de Gaulle, deuxième visite, 10-12 décembre 2013,
en ligne : http://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2015/10/Rapport-de-visite-de-la-zone-dattente-de-Roissy-Charles-de-Gaulle-Val-dOise-Deuxième-visite.pdf

Rapport de visite : Zone d'attente de l'aéroport d'Orly, deuxième visite, 14-16 janvier 2015,
en ligne : http://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2018/05/Rapport-de-la-deuxième-visite-de-laéroport-dOrly-Val-de-Marne.pdf

CNRS

JOBRAD Fabien, LEVY René, *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, New York, Open Society Justice initiative, 2009, 80 pages.

Associations / organisations non-gouvernementales

ANAFE, *Frontières du droit, frontières des droits – l'introuvable statut de la « zone internationale »*, Paris, L'Harmattan, 1993, 165 pages.

- *Guide théorique et pratique. La procédure en zone d'attente*, janvier 2013.
- *Santé en zone d'attente, état des lieux et perspectives, décembre 2014.*
- *Des zones d'atteintes au droit*, Rapport d'observations dans les zones d'attente, novembre 2015.
- *Aux frontières des vulnérabilités*. Rapport d'observations dans les zones d'attente 2016-2017, février 2018.

FIDH, *Frontex, entre Grèce et Turquie : la frontière du déni,* 2014.

LA CIMADE, « Violation systématique des droits des migrants à la frontière franco-italienne, », 7 juin 2017, compte-rendu d'une mission menée par les équipes de La Cimade du 10 au 20 mai 2016 à Menton, Nice, Vintimille et dans la vallée de la Roya.

Think-tanks

APAP Joanna, TCHORBADJIYSKA Angelina, *What about the Neighbours ? The Impact of Schengen along the EU's External Borders,* document de travail du CEPS, n° 210, octobre 2004, disponible à l'adresse suivante : http://aei.pitt.edu/6641/1/1171_210.pdf

BROUWER Evelien, *The EU Passenger Name Record System and Human Rights. Transferring passenger data or passenger freedom ?*, document de travail du CEPS, n° 320, septembre 2009.

2. Principaux documents européens et internationaux

Union européenne

Frontex, *Programme of Work 2015*, 18 décembre 2014.

Frontex, *Programming Document 2016 – 2019*, 24 décembre 2015, n° 7/2016.

Conseil de l'Europe

La non-discrimination : un droit fondamental, Éditions du Conseil de l'Europe, 2006, 173 pages.

Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe*, Le droit de quitter un pays,* Document thématique, Éditions du Conseil de l'Europe, novembre 2003, 70 pages.

Nations Unies

Programme des Nations Unies pour le Développement, *Lever les barrières. Mobilité et développement humain,* Rapport mondial sur le développement humain, 2009.

Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR), *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967.*

- *Non-refoulement*, Executive Committee, Conclusion n° 6, (XXVIII), 1977.
- *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, Genève, 1979, réédition 1992.
- (Comité exécutif)*, Interception de demandeurs d'asile et de réfugiés : le cadre international et les recommandations en vue d'une approche globale*, 9 juin 2000.

- *Consultations mondiales sur la protection internationale : Protection des réfugiés et contrôle des migrations : positions du HCR et de l'OIM*, 31 Mai 2001, EC/GC/01/11.
- *Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea*, 18 mars 2002.
- (Comité exécutif) *Conclusion sur les garanties de protection dans les mesures d'interception*, n° 97 (LIV), 10 octobre 2003.

Organisation Maritime Internationale, *Directives sur le traitement des personnes secourues en mer*, 20 mai 2004.

- *International Migration Report*, 2017
- *World Population Prospects,* 2017

F. Textes

1. Droit interne

Lois

Loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, *Journal officiel de la République française* n° 0172 du 28 juin 1889.

Loi du 10 août 1927 sur la nationalité, *Journal officiel de la République française* du 14 août 1927.

Loi du 23 juillet 1940 *relative à la déchéance de la nationalité à l'égard des français ayant quitté la France*, *Journal officiel de la République française* du 24 juillet 1940.

Loi du 7 octobre 1940 *portant abrogation du décret du 24 octobre 1870 fixant le statut des juifs indigènes d'Algérie, en ce qu'il règle les droits politiques des juifs indigènes des départements de l'Algérie et les déclare citoyens français*, *Journal officiel de la République française* du 8 octobre 1940.

Loi n° 80-9 du 10 janvier 1980 *relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance 452658 du 02-11-1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national de l'immigration*.

Loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*

Loi n° 84-622 du 17 juillet 1984 *portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 et du code du travail et relative aux étrangers séjournant en France et aux titre uniques de séjour et de travail.*

Loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*

La loi n° 89-548 du 2 août 1989 *relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France.*

Loi n° 92-190 du 26 février 1992 *portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*

Loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 *sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*

Loi n° 93-992 du 10 août 1993 *relative aux contrôles et vérifications d'identité.*

Loi n° 94-589 du 15 juillet 1994 *relative à la lutte contre la piraterie et aux modalités de l'exercice par l'État de ses pouvoirs de police en mer.*

Loi n° 94-1136 du 27 décembre 1994 *portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*

Lois n° 95-1 du 2 janvier 1995 et n° 96-432 du 22 mai 1996 *adaptant le droit français aux résolutions n° 827 et 955 du Conseil de sécurité des Nations-Unis.*

Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 *tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.*

La loi n° 98-170 du 16 mars 1998 *relative à la nationalité.*

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.*

Loi n° 2000-197 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives.*

Loi n° 2003-1119 du 23 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.*

Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 *relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.*

Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 *relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.*

Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.*

Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.*

Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 *d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.*

Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 *relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme.*

Loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 *relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées*

Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 *de programmation militaire.*

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

Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.*

La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 *relative au renseignement.*

La loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 *relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.*

Loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 *relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs*

Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.*

Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 *prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.*

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.*

Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 *relative à la sécurité publique.*

Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.*

Principaux projets de loi

Projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions de la lutte contre le terrorisme, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 juillet 2014.

Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation n° 3381, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 décembre 2015.

Principales propositions de loi

Proposition de loi *relative à la prévention et à la lutte contre les atteintes graves à la sécurité publique, contre le terrorisme et contre la fraude dans les transports publics de voyageurs*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 octobre 2015.

Proposition de loi *tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste,* enregistrée à la présidence du Sénat de 17 décembre 2015.

Proposition de loi *relative à l'immigration*, déposée par CIOTTI Éric enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 décembre 2017.

Ordonnances

Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*

Décrets

Décret du 12 novembre 1938 *relatif à la situation et à la police des étrangers, Journal officiel de la République française du 13 novembre 1938, p. 12920.*

Circulaires

Circulaire interministérielle du 21 février 2006 *relative aux conditions de l'interpellation des étrangers en situation irrégulière,* Circ. NOR : JUSD0630020C.

Circulaire du 28 janvier 2013 *relative à la présentation des principales dispositions de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées*.

Réponses ministérielles

Réponse du ministère de l'Intérieur à la question écrite n° 3089 de BRUN Fabrice, publiée au *Journal officiel* le 24 avril 2018, p. 3.

2. Droit de l'Union européenne

Directives

Directive n° 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 *visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985*.

Directive du Conseil n° 2002-90 CE du 28 novembre 2002 *définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers.*

Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil *relative au droit de circulation des citoyens de l'Union.*

Directive (UE) n° 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 *relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil.*

Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.*

Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.*

Directive n° 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.*

Directive n° 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 *mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.*

Directive n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.*

Directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 *relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.*

Directive n° 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière.*

Directive n° 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 *relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil.*

Décisions-cadre

Décision-cadre n° 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers.

Règlements

Règlement (CE) n° 491/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile (AENEAS).

Règlement (CE) n° 491/2004.Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 *portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.*

Règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 *portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur).*

Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 *établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.*

Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 c*oncernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*.

Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil.

Communications

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'immigration, SEC (91), 1855, 23 octobre 1991.

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

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne », Bruxelles, COM (2002) 233 final, 7 mai 2002.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers » COM (2002) 703 final, 3 décembre 2002.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Une politique maritime intégrée pour l'Union européenne », COM (2007) 574 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Examen de la création d'un système européen de surveillance des frontières (Eurosur) {Sec (2008) 151} {sec (2008) 152}.

Conseils européens

Conclusions de la présidence du Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002.

Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003.

3. Droit international

Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre *1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs,* New-York, 4 août 1995.

Convention internationale *sur la recherche et le sauvetage maritimes « SAR »,* Hambourg, 1979, entrée en vigueur en 1985.

Convention internationale *sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965

Pacte international *relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966.

Convention des Nations Unies *sur le droit de la mer*, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982.

Convention internationale des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme, 1999.

Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies *contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants,* New York, 15 novembre 2000.

Protocole *contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée*, Palerme, 15 décembre 2000.

Convention pour la prévention du terrorisme signée à Varsovie le 16 mai 2005.

Protocole *relatif à la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, Londres, 14 octobre 2005.

4. Droits étrangers (principaux textes maghrébins)

Dahir du 8 novembre 1949 portant réglementation de l'émigration des travailleurs marocains, *Bulletin officiel,* 1950-01-06, n° 1941, p. 11

Loi n° 1968-0007 du 8 mars 1968, *relative à la condition des étrangers en Tunisie, Journal officiel* du 8-12 mars 1968.

Loi n° 75-40 du 14 mai 1975 *relative aux passeports et aux documents de voyage*, *JORT* n° 11 du 6 février 2004, p. 252 et suivantes.

Loi n° 1975-40 du 20 mai 1975, *relative aux passeports et aux documents de voyage, JORT*, n° 34

Loi 02-03 du 11 novembre 2003 *relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières*, *Bulletin Officiel n*° 5162.

Loi organique n° 2004-6 du 3 février 2004 *modifiant et complétant la loi n° 75-40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage*, *JORT* n° 11 du 6 février 2004, p. 252 et suivantes.

Loi algérienne du 25 juin 2008 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie, *JORA* n° 36, 2 juillet 2008.

G. Jurisprudence

1. Jurisprudence internationale

Cour permanente de justice internationale, 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus* (France c. Turquie), série A, n° 10, p. 25.

Cour internationale de justice, 6 avril 1955, *Nottebohm*, *Recueil CIJ*, p. 23.

Sentence arbitrale, 5 janvier 1935, *Affaire du SS « I'm Alone », Recueil des sentences arbitrales des Nations Unie*s, Volume III, p. 1617.

Sentence arbitrale, (Commission d'enquête, Danemark - Royaume-Uni, 1962), *Affaire The Red Crusader, I.L.R*, volume 35, p. 485.

Cour suprême des États-Unis, *Sale c. Haitian Centers Council*, 509 US 155, 1993.

Cour suprême des États-Unis, *Church v. Hubbart,* 2 Cranch 187, 1804.

Commission interaméricaine des droits de l'Homme, 13 mars 1997, *Haitian Centers Council et al. c. Etats-Unis d'Amérique*, rapport n° 51/96, Fond, Affaire 10.675.

2. Jurisprudence européenne

Commission européenne des droits de l'Homme

Commission européenne des droits de l'Homme, 30 juin 1993, *M.A. et X.SA c. Norvège*.

Commission européenne des droits de l'Homme, 31 août 1994, *Consorts D. c. France.*

Cour européenne des droits de l'Homme

Cour européenne des droits de l'Homme, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, n° 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64.

Cour européenne des droits de l'Homme, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71.

Cour européenne des droits de l'Homme, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74.

Cour européenne des droits de l'Homme, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73.

Cour européenne des droits de l'Homme, 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75.

Cour européenne des droits de l'Homme, 23 novembre 1983*, Van der Mussele c. Belgique,* n° 8919/80.

Cour européenne des droits de l'Homme, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, n° 8777/79.

Cour européenne des droits de l'Homme, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 9214/80, 9473/81, 9474/81.

Cour européenne des droits de l'Homme, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, 30 août 1990, n° 12244/ 86, 12245/86, 12383/86.

Cour européenne des droits de l'Homme*,* 18 février 1991, *Fredin c. Suède,* n° 12033/86.

Cour européenne des droits de l'Homme, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, Série A, n° 251-B.

Cour européenne des droits de l'Homme, 16 décembre 1992, *Niemetz c/ Allemagne,* n° 13710/88.

Cour européenne des droits de l'Homme, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse,* n° 16213/90.

Cour européenne des droits de l'Homme, 27 septembre 1995, *McCann et al. c. Royaume-Uni*, n° 18984/91.

Cour européenne des droits de l'Homme, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 19776/92.

Cour européenne des droits de l'Homme, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93.

Cour européenne des droits de l'Homme, 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93.

Cour européenne des droits de l'Homme, 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89.

Cour européenne des droits de l'Homme, 15 janvier 1997, *Antonsen c. Norvège,* n° 17383/90.

Cour européenne des droits de l'Homme, *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, n° 53441/99.

Cour européenne des droits de l'Homme, 21 février 1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas*, n° 20060/92.

Cour européenne des droits de l'Homme, 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, n° 20605/92.

Cour européenne des droits de l'Homme 25 septembre 1997, *Aydin c. Turquie*, n° 23178/94.

Cour européenne des droits de l'Homme, 19 février 1998, *Kaya c. Turquie*, n° 22729/93.

Cour européenne des droits de l'Homme, 9 juin 1998, *Tekin c. Turquie*, n° 22496/93.

Cour européenne des droits de l'Homme, 12 janvier 1999, *Rigopoulos c. Espagne*, n° 37388/97.

Cour européenne des droits de l'Homme, 12 octobre 1999, *Perk et autres c. Royaume-Uni,* n° 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 et 28456/95.

Cour européenne des droits de l'Homme, 1er février 2000, *Mazurek c/ France*, n° 34406/97.

Cour européenne des droits de l'Homme*,* 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce,* n° 34369/97.

Cour européenne des droits de l'Homme, 4 mai 2000, *Geert Drieman et autres c. Norvège,* n° 33678/96.

Cour européenne des droits de l'Homme*,* 27 juin 2000, *Salman c. Turquie,* n° 21986/93.

Cour européenne des droits de l'Homme, 27 juin 2000, *Ilhan c. Turquie*, n° 22277/93.

Cour européenne des droits de l'Homme, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne,* n° 30210/96.

Cour européenne des droits de l'Homme, 26 février 2002, *Fretté c. France*, n° 36515/97.

Cour européenne des droits de l'Homme, 27 novembre 2002, *Stamose c. Bulgarie*, n° 29713/05.

Cour européenne des droits de l'Homme, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n° 62543/00.

Cour européenne des droits de l'Homme*,* 16 novembre 2004, *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96.

Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 20 décembre 2004, *Makaratzis c. Grèce*, n° 50385/99.

Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99.

Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 6 juillet 2005, *Natchova c. Bulgarie,* n° 43577/98 et 43579/98.

Cour européenne des droits de l'Homme, 13 décembre 2005, *Timichev c. Russie,* n° 55762/00 et 55974/00.

Cour européenne des droits de l'Homme, 6 décembre 2005, *Iletmis c. Turquie,* n° 29871/96.

Cour européenne des droits de l'Homme, 29 mars 2006, *Pizzati c. Italie*, n° 62361/00.

Cour européenne des droits de l'Homme, 12 avril 2006, *Stec et a. c/ Royaume-Uni*, n° 65731/01 et 65900/01.

Cour européenne des droits de l'Homme, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte,* n° 17209/02.
Üner c. Pays-Bas, 18 octobre 2006, n° 46410/99.

Cour européenne des droits de l'Homme, 6 février 2007, *Mentes c. Turquie*, n° 23186/94.

Cour européenne des droits de l'Homme, 31 mai 2007, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani* n° 2, n° 26740/02.

Cour européenne des droits de l'Homme, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, n° 25389/05.

Cour européenne des droits de l'Homme, 13 novembre 2007, *D. H. et autres c. République Tchèque,* n° 57325/00.

Cour européenne des droits de l'Homme, 24 janvier 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, n° 29787/03 et 29810/03.

Cour européenne des droits de l'Homme, 20 mars 2008, *Budayeva et autres c. Russie*, n° 15339/02.

Cour européenne des droits de l'Homme., 22 décembre 2009, *Sedjic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27996/06 et 34836/06.

Cour européenne des droits de l'Homme, 12 janvier 2010, *Gillan et Quinton*, n° 5158/05.

Cour européenne des droits de l'Homme, 23 février 2010, *Aytimur c/Turquie*, n° 20259/06.

Cour européenne des droits de l'Homme*,* 16 mars 2010, *Carson et a. c. Royaume-Uni,* n° 42184/05.

Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03.

Cour européenne des droits de l'Homme, 2 septembre 2010, *Uzun c. Allemagne*, n° 35623/05.

Cour européenne des droits de l'Homme, 10 septembre 2010, *McFarlane c. Irlande*, n° 31333/06.

Cour européenne des droits de l'Homme, 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, n° 30696/109.

Cour européenne des droits de l'Homme, 26 avril 2011, *M. c. Suisse*, n° 41199/06.

Cour européenne des droits de l'Homme, 10 novembre 2011, *Mallah c. France*, n° 29681/08.

Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09.

Cour européenne des droits de l'Homme, 15 mai 2012, *Colon c. Pays Bas,* n° 49458/06.

Cour européenne des droits de l'Homme, 6 novembre 2012, *Hode et Abdi c. Royaume-Uni,* n° 22341/09.

Cour européenne des droits de l'Homme, 5 juin 2012, *Ülüfer c. Turquie,* n° 23038/07.

Cour européenne des droits de l'Homme, 10 décembre 2013, *Leyla Alp et a. c. Turquie,* n° 29675/02.

Cour européenne des droits de l'Homme, grande chambre, 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*, n° 17502/07.

Cour européenne des droits de l'Homme, grande chambre, 19 septembre 2017, *Regner c. République Tchèque*, n° 35289/11.

Cour de justice de l'Union européenne

Cour de justice des Communautés européennes, 4 décembre 1974, *Van Duyn* c/ *Home Office*, aff. 41/74, Rec. 1337.

Cour de justice des communautés européennes, 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, Rec. p. 1219.

Cour de justice des communautés européennes, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, 30/77, Rec. p. 1999.

Cour européenne des droits de l'Homme, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 19776/92.

Cour de justice de l'Union européenne, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, C-482/01 et C-493/01, Rec. p. I-5257.

Cour de justice des communautés européennes, 10 juillet 2008, *Jipa,* aff. C-33/07.

Cour de justice de l'Union européenne, *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli,* 22 juin 2010*,* aff. C-188/10 et C-189/10.

Cour de justice de l'Union européenne, 28 avril 2011, *El Dridi*, n° C-61/11.

Cour de justice de l'Union européenne, 17 novembre 2011, *Aladzhov*, aff. C-434/10.

Cour de justice de l'Union européenne, 17 novembre 2011, *Gaydarov*, C-430/10, Rec. p. I-11637.

Cour de justice de l'Union européenne, 6 décembre 2011, *Achughbabian*, n° C-329/11.

Cour de justice de l'Union européenne, 19 juillet 2012, *Atiqullah Adil c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, aff. C-278/12.

Cour de justice de l'Union européenne, *Sélina Affum contre Préfet du Pas-de-Calais,* 7 juin 2016, aff. C-47/15.

Cour de justice de l'Union européenne, 21 juin 2017, *A.,* aff. C-9/16.

3. Jurisprudence interne

Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales.*

Conseil constitutionnel, décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration.*

Conseil constitutionnel, décision n° 80-127 DC du 19 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.*

Conseil constitutionnel, décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1998.*

Conseil constitutionnel, décision n° 92-307 du 25 février 1992 *relative à la loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*

Conseil constitutionnel, décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*.

Conseil constitutionnel, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.*

Conseil constitutionnel, décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.*

Conseil constitutionnel, décision n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.*

Conseil constitutionnel, décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.*

Conseil constitutionnel, décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative au délit de racolage public.

Conseil constitutionnel, décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances.*

Conseil constitutionnel, décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010.

Conseil constitutionnel, décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011.

Conseil constitutionnel, décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.*

Conseil constitutionnel, décision n° 2011-217 QPC du 3 février 2012.

Conseil constitutionnel, décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013.

Conseil constitutionnel, décision n° 2013-369 QPC du 28 février 2014, *Société Madag (Droit de vote dans les sociétés cotées).*

Conseil constitutionnel, décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015.

Conseil constitutionnel, décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015.

Conseil constitutionnel, décision n° 2015-490 QPC du 14 octobre 2015, *Omar K*.

Conseil constitutionnel, décision n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016 DC.

Conseil Constitutionnel, décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017.

Conseil constitutionnel, décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *M. David P*.

Conseil constitutionnel, décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, *M. Amadou S.*

Conseil constitutionnel, décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P.*

Conseil constitutionnel, décision n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre* [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger].

Jurisprudence de l'ordre judiciaire

Cour de cassation

Cour de cassation, chambre criminelle, 5 janvier 1821, *Bernard.*

Cour de cassation, chambre criminelle, 25 octobre 1962 (deux arrêts), *Lacour, Bulletin criminel* n° 292, *Benabar et Schieb, Bulletin criminel* n° 293.

Cour de cassation, chambre criminelle, 25 avril 1985, *Bogdan et Vuckovic,* n° 84-92.916 et 85-91.324.

Cour de cassation, chambre criminelle, 27 janvier 1987*, Musso, Bulletin criminel* n° 41.

Cour de cassation, chambre criminelle, 28 octobre 1987, *Procureur général de Paris et Youssef,* n° 84-93665.

Cour de cassation, chambre criminelle, 10 novembre 1992, *Bassilika,* n° 92-83.352.

Cour de cassation, chambre criminelle, 1er février 1995, n° 94-81098.

Cour de cassation, chambre criminelle, 17 mai 1995, no 94-85.231.

Cour de cassation, deuxième chambre civile, 24 février 2000, n° 99-50.001.

Cour de cassation, chambre criminelle, 11 octobre 2000, n° 00-82.238 et n° 00-83.187.

Cour de cassation, deuxième chambre civile, 14 décembre 2000, no 99-50.089.

Cour de cassation, chambre criminelle, 11 Janvier 2001, n° 00-82.609.

Cour de cassation, deuxième chambre civile, 23 mai 2001, no 00-50.045.

Cour de cassation, deuxième chambre civile, 5 juin 2003, n° 02-500.58.

Cour de cassation, chambre criminelle, 16 décembre 2003, n° 03-81.872.

Cour de cassation, chambre criminelle, 3 juin 2004, n° 03-83334.

Cour de cassation, première chambre civile, 14 décembre 2005, 05.10-951

Cour de cassation, première chambre civile, 14 février 2006, no 05-16.189.

Cour de cassation, chambre criminelle, 29 mars 2007 (deux arrêts), n° 06-84.445 et 06-81.114.

Cour de cassation, chambre criminelle, 3 mai 2007, n° 07-81.331.

Cour de cassation, chambre criminelle, 1er avril 2008, n° 07-83.341.

Cour de cassation, première chambre civile, 25 mars 2009, n° 08-14.125.

Cour de cassation, première chambre civile, 25 mars 2009, n° 08-11.587.

Cour de cassation, première chambre civile, 25 novembre 2009, n° 08-20.294.

Cour de cassation, première chambre civile, 23 février 2011, n° 09-70.462.

Cour de cassation, première chambre civile, 23 novembre 2011, n° 15-27.812

Cour de cassation, chambre criminelle, 5 juin 2012, n° 12-09.002.

Cour de cassation, première chambre civile, 5 juillet 2012 (neuf arrêts) : n° 11-30.371, n° 11-19.250, n° 11-30.530, n° 11-19.551, n° 11-19.378, n° 11-21.792, n° 11-30.379, n° 11-30.384, n° 12-30.001.

Cour de cassation, Première chambre civile, 10 octobre 2012, n° 11-18294.

Cour de cassation, Première chambre civile, 12 juin 2013, n° 12-19.121.

Cour de cassation, Première chambre civile, 2 avril 2014, n° 13-16.493.

Cour de cassation, Première chambre civile, 5 novembre 2014, n° 13-26.233.

Cour de cassation, chambre criminelle, 24 mai 2016, n° 15-80.848.

Cour de cassation, Première chambre civile, 25 mai 2016 (dix arrêts), n° 15-50.063 ; n° 15-50.064 ; n° 15-50.069 ; n° 15-50.066 ; n° 15-50.067 n° 15-50.071 ; n° 15-50.072 ; n° 15-50.065 ; n° 15-50.070 ; n° 15-50.068.

Cour de cassation, chambre criminelle, 3 novembre 2016, n° 15-85.548.

Cour de cassation, Première chambre civile, 9 novembre 2016 (treize arrêts), n° 15-24.207, n° 15-24.208, n° 15-24.209, n° 15-24.213, n° 15-25.876, n° 15-25.877, n° 15-25.873, n° 15-24.210, n° 15-24.211, n° 15-24.212, n° 15-24.214, n° 15-25.872, n° 15-25.875.

Cour de cassation, première chambre civile, 9 novembre 2016, n° 13-28.349.

Cour de cassation, Première chambre civile, 23 novembre 2016, n° 15-27.812.

Cour de cassation, première chambre civile, 7 décembre 2016 (deux arrêts), n° 15-28.426 et n° 15-28.427.

Cour de cassation, chambre criminelle, 8 février 2017, n° 16-81.323.

Cour de cassation, première chambre civile, 7 février 2018, n° 17-10.338.

Juridictions du second degré

Cour d'appel de Metz, Ordonnance, 19 février 2010, n° 10/00045.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 4 mars 2010, n° 10/00081.

Cour d'appel de Paris, 11 mars 2010, n° 10/01034.

Cour d'appel de Metz, 6 avril 2010, n° 10/00102.

Cour d'appel de Paris, 13 avril 2010, n° 10/01564.

Cour d'appel de Versailles, Ordonnance, 28 avril 2010, n° 10/03220.

Cour d'appel de Paris, 16 novembre 2010, n° 10/04773.

Cour d'appel de Paris, 31 août 2010, n° 10/03660.

Cour d'appel de Paris, 14 mars 2013, n° 13/00853.

Cour d'appel de Paris, 22 juin 2013, n° 13/01952.

Cour d'appel de Paris, 2 décembre 2013, n° 13/03747.

Cour d'appel de Paris, 7 avril 2014, n° 14/01103.

Cour d'appel de Paris, Ordonnance du 1er mai 2015, n° 15/01621.

Cour d'appel de Paris, 24 juin 2015 (treize arrêts), n° 13/24269, 13/24265, 13/24286, 13/24303, 13/24267, 13/242300, 13/24277, 13/24274, 13/24261, 13/24255, 13/24284, 13/24299, 13/24262.

Cour d'appel de Paris, 2 mars 2017, n° 17/00809.

Cour d'appel de Toulouse, 17 août 2017, n° 17/320.

Cour d'appel de Paris, 7 février 2018, n° 18/00537, n° 18/00534.

Jurisprudence de l'ordre administratif

Conseil d'État

Conseil d'État, 3 juillet 1935, *Simonello*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 757.

Conseil d'État, Assemblée, 24 juillet 1942, *Piron, Recueil des arrêts du Conseil d'État*, p. 223.

Conseil d'État, 14 mars 1951, *Missir*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 159.

Conseil d'Etat, 11 mai 1951, *Consorts Baud*, requête n° 2542.

Conseil d'État, Section, 15 juin 1951, *Galetzki, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 337.

Conseil d'État, 21 octobre 1953, *Grohar, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* tables, p. 743.

Conseil d'État, 14 novembre 1956, *Corradini, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* tables, p. 717.

Conseil d'État, Section, 16 novembre 1962, *Dolbeau, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 614.

Conseil d'État, 17 novembre 1965, *Épx Planty*, AJPI, 1966, p. 604.

Conseil d'État, 13 novembre 1970, *Lambert*, *AJDA,* 1971, p. 35.

Conseil d'État, 3 février 1975, *Pardov, AJDA,* 1975, p. 131.

Conseil d'État, 21 janvier 1977, *Dridi*, *AJDA,* 1977, p. 133.

Conseil d'État, 6 décembre 1978, *Gisti*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 493.

Conseil d'État, 20 juin 1980, *M^elle^ Madji*, n° 11653.

Conseil d'Etat, 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem,* n° 21222, *JurisClasseur périodique,* 1981, II, 19613.

Conseil d'État, Section, 24 juillet 1981, n° 31488.

Conseil d'État, Section, 24 juillet 1981, *Beslari*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* 1981.

Conseil d'État, 26 mars 1982, *ministre de l'Intérieur c. Haddou.*

Conseil d'État, 11 juin 1982, *Rev. adm.,* 1982, p. 390.

Conseil d'État, Section, 11 juin 1982, *Rezzouk*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* 1982, p. 226.

Conseil d'État, 24 mai 1985, *Allaf*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 711.

Conseil d'État, 6 novembre 1985, *Maremmani,* n° 63464.

Conseil d'État, 13 novembre 1985, *Barrutiabengoa Zabarte*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, p. 321.

Conseil d'État, 20 janvier 1988, *Elfenzi*, *AJDA,* 1988, p. 223.

Conseil d'État, 20 janvier 1988, *Ministre de Intérieur c. El Fenzi*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 17.

Conseil d'État, 19 novembre 1990, *Raso*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, p. 901.

Conseil d'État, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, p. 18.

Conseil d'État, 19 avril 1991, *Belgacem, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 152.

Conseil d'État, 11 octobre 1991, *Diouri c. ministre de l'intérieur, RFDA*, 1991, p. 978.

Conseil d'État, 5 Mai 1993, *Khdayir Alshamma*, n° 127645.

Conseil d'État, 24 mai 1993, n° 127342 et n° 131765.

Conseil d'État, 23 juin 1993, *Bouchelkia*, n° 127342.

Conseil d'État, 24 janvier 1994, *M'Barki*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 28.

Conseil d'État, 25 mars 1994, n° 139439.

Conseil d'État, 19 mars 1997, *Ministre de l'Intérieur c. Antonijevicc*, n° 160470.

Conseil d'État, 29 juillet 1998, *Ministre de l'Intérieur c. Mwinyl,* requête n° 169139

Conseil d'État, 26 octobre 1998, n° 173098.

Conseil d'État, 11 juin 1999, n° 185545.

Conseil d'État, 9 janvier 2001, *Deperthes, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 1.

Conseil d'État, Section, 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 29.

Conseil d'État, Section, 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ Société Sud Est assainissement, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 109.

Conseil d'Etat, Section, 28 février 2001, *MM. Philippart et Lesage*, n° 230112, *RFDA*, 2001, p. 394.

Conseil d'État, 26 septembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c. M. Abd Nasser Mesbahi*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 428.

Conseil d'État, 1eroctobre 2001, *Anafe*, requête n° 199337.

Conseil d'État, 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Mme Tliba,* n° 238211.

Conseil d'État, 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay.*

Conseil d'État, 20 novembre 2002, *Commune de Sète*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 858.

Conseil d'État, 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne-Métropole, Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 421.

Conseil d'État, 28 février 2003, *Commune de Pertuis*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 68.

Conseil d'État, Sect., 3 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur c. M. Rakhimov*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État, Recueil des arrêts du Conseil d'État*, p. 75.

Conseil d'État, 23 mai 2003, *Ait Abdellouahab,* n° 46942.

Conseil d'État, 2eme et 1eme sous-sections, référé, 18 juin 2003, *Saiki,* n° 251299.

Conseil d'État, 9 juin 2004, *Mme Jouve*, n° 254573.

Conseil d'État, 4 février 2005, *Ministre de l'Intérieur c/ Marzieh X*, JurisData n° 2005-067971.

Conseil d'État, 25 avril 2007, n° 288415.

Conseil d'État, 6 septembre 2007, n° 301145.

Conseil d'État, 26 septembre 2007, n° 301145, n° 301967.

Conseil d'État, 18 février 2008, *Bourakkadi*, n° 306238.

Conseil d'État, Référé, 20 avril 2012, *Ali A,* n° 358631.

Conseil d'État, 7 novembre 2012, *Mokhtar B.,* n° 354224.

.

Conseil d'État, 12 février 2014, *Ministre de l'Intérieur*, n° 365644.

Conseil d'état, 1er octobre 2014, n° 365054.

Conseil d'État, Référé, 7 mai 2015, n° 389959.

Conseil d'État, 2eme et 7eme sous-sections, référé, 11 mai 2015, n° 383664.

Conseil d'État, 29 juin 2015, *Gisti et autres* (cinq décisions), n° 391192, 391275, 391276, 391278, 391279.

Conseil d'État, 23 novembre 2015, *Commune de Calais*, n° 394540.

Conseil d'État, 9 décembre 2015, n° 391188.

Conseil d'État, 11 décembre 2015, n° 395009.

Conseil d'État, ordonnance, 29 janvier 2016, n° 396449.

Conseil d'État, 6 juillet 2016, n° 398371.

Conseil d'État, 28 décembre 2017, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers et autres*, n° 415291.

Cour administrative d'appel

Cour administrative d'appel de Nantes, 21 octobre 1999, *Benouis, RFDA*, 2001, p. 807.

Cour administrative d'appel de Versailles, 3 février 2005, n° 02VE01117.

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 1er mars 2005, *Joao Paulo X,* n° 02BX01100.

Cour administrative d'appel de Nancy, 30 mai 2005, *Mohand*, n° 02NC00317.

Cour administrative d'appel de Paris, 14 novembre 2005, *Abdemkader,* n° 02PA03447.

Cour administrative d'appel de Douai, 21 juin 2007, *Fatah X,* n° 07DA00367.

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 31 juillet 2007, n° 06BX00167.

Cour administrative d'appel de Douai, 24 janvier 2008, *Nobel X,* n° 07DA01036.

Cour administrative d'appel de Douai, 24 juillet 2008, n° 08DA00107.

Cour administrative d'appel de Versailles, 16 octobre 2008, n° 06VE02288.

Cour administrative d'appel de Lyon, 23 avril 2009, *Sallah X,* n° 08LY01163.

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 30 juillet 2009, *Mabrouk X,* n° 08BX03293.

Cour administrative d'appel de Marseille, 22 octobre 2009, *Mohamed X*, n° 07MA04432.

Cour administrative d'appel de Paris*,* 18 décembre 2009, *Abdul Rahman A.,* n° 08PA02087.

Cour administrative d'appel de Marseille, 28 janvier 2010, *Mohammed A.,* n° 08MA04969.

Cour administrative d'appel de Marseille, 20 décembre 2010, n° 08MA03801.

Cour administrative d'appel de Nancy, 9 mai 2011, *Boubou A,* n° 10NC01157.

Cour administrative d'appel de Paris, 7 décembre 2011, n° 10PA03207.

Cour administrative d'appel de Paris, 20 juin 2012, *Elias A*., n° 11PA04242.

Cour administrative d'appel de Nancy, 22 juin 2012, n° 13NC01718.

Cour administrative d'appel de Marseille, 26 juin 2012, *Ammar A*., n° 10MA02653.

Cour administrative d'appel de Paris, 31 Juillet 2012, n° 11PA03204.

Cour administrative d'appel de Marseille, 29 octobre 2012, *Préfet Bouches-du-Rhône c. Khalifi,* n° 11MA03431.

Cour administrative d'appel de Versailles, 25 juin 2013, n° 12VE02848.

Cour administrative d'appel de Versailles, 3 octobre 2013, n° 13VE00588.

Cour administrative d'appel de Paris, 17 décembre 2013, n° 13PA02459.

Cour administrative d'appel de Marseille, 15 avril 2014, n° 12MA03117.

Cour administrative d'appel de Nancy, 23 juin 2014, n° 13NC01556.

Cour administrative d'appel de Versailles, 25 juin 2013, n° 12VE02848.

Cour administrative d'appel de Paris, 23 septembre 2014, n° 14PA00375.

Cour administrative d'appel de Paris, 13 novembre 2014, n° 13PA04693.

Cour administrative d'appel de Paris, 25 novembre 2014, n° 14PA02506, *B. A.*

Cour administrative d'appel de Paris, 4 décembre 2014, n° 14PA00080.

Cour administrative d'appel de Paris, 6 mai 2015, n° 14PA02482.

Cour administrative d'appel de Paris, 9ème Chambre, 19 novembre 2015, 14PA05121.

Cour administrative d'appel de Paris, 1er décembre 2015, n° 15PA01821.

Cour administrative d'appel de Paris, 29 janvier 2016, n° 15PA00302.

Cour administrative d'appel de Paris, 7 mars 2016, n° 15PA02906.

Cour administrative d'appel de Paris, 6 juin 2016, n° 15PA04516.

Cour administrative d'appel de Paris, 8 juillet 2016, n° 16PA00305.

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, n° 16BX00055.

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 15 juillet 2016, n° 16BX00645.

Cour administrative d'appel de Paris, 30 décembre 2016, n° 16PA02251.

Tribunal administratif

Tribunal administratif de Paris, 12 février 2014, n° 1206269/7-2.

Tribunal administratif de Paris, 7 juillet 2015, n° 1507735.

Tribunal administratif de Paris, 21 janvier 2016, n° 1514396.

Tribunal administratif de Paris, 26 janvier 2016, n° 1515866.

H. Colloques / Interventions non publié(e)s

BEN ACHOUR Souhayma, « Le cadre juridique des migrations clandestines en droit tunisien : les mesures répressives », Colloque sur *les migrations dans l'espace euro-maghrébin*, faculté des sciences juridiques, avril 2006.

JAULT-SESEKE Fabienne, « Le contrôle d'identité à l'aune du principe de non-discrimination », GARGOULLAUD Stéphanie (dir.), *Le droit et les étrangers en situation irrégulière*, colloque organisé par la Cour de cassation le 21 novembre 2016, Paris.

LAHLOU Mehdi, « Les migrations des Africains du sud de Sahara », Entre mondialisation et protection des droits – Dynamiques migratoires marocaines : histoire, économie, politique et culture, Colloque des 13,14 et 15 juin 2003, Casablanca.

III. Sitographie

Site internet du Collège de France :
https://www.college-de-france.fr/site/college/index.htm

- *Leçon inaugurale de Patrick BOUCHERON* :

https://www.college-de-france.fr/site/patrick-boucheron/inaugural-lecture-2015-12-17-18h00.htm

- *Leçon inaugurale de François HERAN* :

https://www.college-de-france.fr/site/francois-heran/inaugural-lecture-2018-04-05-18h00.htm

- DELMAS-MARTY Mireille, « Le durcissement du contrôle des migrations », *in Sens et non-sens de l'humanisme juridique*, Chaire d'Études juridiques comparatives et internationalisation du droit du Collège de France, 12 janvier 2011, disponible en ligne :

https://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/course-2011-01-19-14h00.htm.

Site internet de l'*UNESCO* :
http://www.unesco.org/

Site internet de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme :
http://www.cncdh.fr

Site internet du Conseil d'État :
http://www.conseil-etat.fr

Site internet de la Cour de cassation :
https://www.courdecassation.fr

Site internet du Conseil constitutionnel :
https://www.conseil-constitutionnel.fr

Site *internet de la Cour européenne des droits de l'Homme* :
https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fre

Site *internet de la Cour de justice de l'Union européenne* :
https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/fr/

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Actes préparatoires : **262**

- répression (droit tunisien) :**263**
- infraction-obstacle : **283**, **287**, **294**
- délit d'entreprise individuelle terroriste : **301**
- voyage aux fins de terrorisme : **305**

Article préliminaire (du Code de procédure pénale) : **89, 328, 458**
Assignation à résidence : **295, 333**

Association de terroristes : voir *délit*

Autonomie (du droit pénal) : **69**

B

Bien juridique : *voir valeur sociale protégée*

C

Causalité (lien de -) : **283, 309, 325**

Circonstances aggravantes :
- Association de terroristes : **294, 298**

Compétence :

- personnelle active : **119, 297, 298, 300**
- personnelle passive : **119**
- réelle : **119, 297**
- territoriale : **119, 120, 201, 298**
- universelle : **119, 176, 177, 178, 179**
- extraterritoriale : **175, 176, 187, 193, 203**

Confusion des peines (droit tunisien) : **264, 267, 268**

Contrôle administratif (mesure de) :
- création : **316**
- garanties : **336-338**
- régime : **332-333**

Contrôle judiciaire :
- association de terroristes : **295**
- régime : **331**

Contrôle d'identité :
- administratif (général) : **100, 154-155**
- contrôle des titres de séjour : **156**
- discriminatoires : **143-148**
- frontalier : **101, 107-113, 122-125**
- judiciaire (général) : **100**
- motivation : **124-128**
- récépissé : **151**
- requis : **102, 115-120, 125-126**
- systématiques : **112-113**

D

Déchéance de nationalité :
- constitutionnalité : **430**
- extension : **425**
- origine : **420-424**
- régime : **419, 420**
- sanction : **428**

Délit :
- d'aide à l'entrée irrégulière : **181, 251-252**
- d'association de malfaiteurs : **292**
- d'association de terroristes : **292**
- d'atteinte à la liberté individuelle : **142**
- d'émigration : voir *droit maghrébin*
- d'entrée irrégulière : **55, 60, 73, 86**
- d'entreprise individuelle terroriste : **301-303**
- d'usage de faux documents : **61**
- de refus discriminatoire du bénéfice d'un droit : **140-141**
- de rétention de documents : **68**
- de soustraction à une mesure d'éloignement : **68**
- de traite des êtres humains : **179**
- de trafic illicite de migrants : **180-182**
- de « voyage aux fins de terrorisme » : **305**

Directive Retour : **55, 56, 60, 86**

Discrimination
- contrôles d'identité : **132**
- droit à la non-(-) : voir *Droit*
- refus discriminatoire : **140-141**

Droit :
- à la libre circulation : **138**
- à la non-discrimination : **133-136**
- à la vie : **195, 198-200**
- au recours effectif : **144**
- au respect de la vie privée et familiale : **137**
- de quitter tout pays y compris le sien : **13, 234, 240**

Droit maghrébin
- délit d'aide à l'entrée sur le territoire : **254-258**
- délit d'émigration : **228-230**
- délit d'entrée irrégulière : **228**
- délits d'immigration irrégulière (*lato sensu*) : **244**
- prescription : **269-270**

Droit pénal accessoire : **32, 34, 70**

E

Entreprise individuelle terroriste : voir *Délit*

EUROSUR : **345, 352-355**

Expulsion
- définition : **384**
- et condamnations pénales : **396-398**
- protection relative (nécessité impérieuse) : **393-394**
- protection quasi-absolue : **393-395**
- urgence absolue : **453-459**
- référé : voir *Référé-liberté* et *Référé-suspension*

F

Fiction juridique : **52-53**

FRONTEX : **168, 185**

G

Garde à vue :
- nécessité : **85, 90**

H

Haute-mer : **175**

I

Infractions :
- formelles : **229**

- obstacles : **230, 291**
- de prévention : **289, 291**

Interceptions maritimes : **169-170, 184-185**

Interdiction administrative de sortie du territoire :
- application : **321-323**
- création : **315**
- garanties : **335-338**

Interdiction administrative d'entrée sur le territoire : **369-370**

Interdiction des droits civiques, civils et de famille : **431**

Interdiction du territoire français : **29, 412, 456**

M

Matérialité : voir *Principe*

Mesure de sûreté : **403**

Mer territoriale : **173**

Migration à caractère terroriste (définition) : **25, 281**

N

Notes blanches : **338**

O

Obligation de porter secours : **192**

Obligations de prévention : **374, 375, 376**

Ordre public :
- général : **17**
- menace grave pour l'(-) : **279, 368, 384, 391-394, 401, 403**
- trouble grave à l'(-) : **22, 287, 291, 320, 396, 339, 401, 416, 439**

P

Peines (fonctions) :
- rétributive : **231**
- préventive générale : **231**
- préventive spéciale : **231**

Piraterie : **178**

PNR : **356-360, 366**

Police administrative :
- définition : **317**
- objet : **317**, **439**

Prescription : voir *Droit maghrébin*

Preuve :
- aménagement de la charge de la (-) : **146**

Prévention pénale : **287, 291**

Principe :
- d'individualisation des peines : **413-414**
- de fraternité : **251**
- de légalité : **120, 186, 321, 325, 399**
- de nécessité : **75, 76, 89**
- de matérialité : **289, 310-311**
- de non-refoulement : **188-191**
- de proportionnalité : **207, 209**
- de subsidiarité : **77-79**
- du contradictoire : **337**

Protocole
- de Palerme : **180**
- de New-York : **179**

R

« Raisons sérieuses de penser » (notion) : **317-319**

Recours à la force : **197-200, 205-208**

Recours pour excès de pouvoir : **442-4423**

Référé-liberté : **466-470**

Référé-suspension : **464, 465, 470**

Refus d'entrée sur le territoire français : **15**

Résultat redouté (de l'infraction) : **230, 284, 288, 310**

S

Sanctions :
- administratives : **399-402**
- à l'encontre des transporteurs : voir *Transporteurs*

Soutien au terrorisme : **28, 292, 293, 491**

T

Tentative : **283, 284, 481**

Terrorisme
- définition : **28, 291**

Transporteurs :
- obligations : **356, 374, 375**
- sanctions : **375-377**

V

Valeur sociale protégée : **232**

Z

Zone d'attente
- création : **46**
- conditions : **47**
- délimitation géographique : **48-50**
- origine : **44, 45**

Zone contigüe : **174**

ANNEXES

Annexe n° 1 : Rapport d'incident FRONTEX n° 441

FRONTEX

Warsaw, 21/09/2017

Serious Incident Report no. 441

Reporting date: 12/09/2016 02:01 PM Last modification date: 20/09/2016 02:42 PM

Reporting person: [redacted] Last modification done by: [redacted]

Commented [A1]: *The non-disclosed text contains personal data, in particular the names of individuals. Its disclosure would affect the privacy and integrity of the individuals and is therefore precluded pursuant to the exception laid down in Article 4(1)(b) of Regulation (EC) No 1049/2001.*

FSC SIR Category	1 Standard
Subject	Use of firearms
Type of SIR	1 Initial SIR
JORA incident number (if any)	
Joint Operation	Poseidon Sea 2016
Frontex SIR Coordinator	
Incident date/time	10/09/2016 03:55 AM
Detection date/time	10/09/2016 03:55 AM
Original source of the information	
Location of the incident	Sea area of Ialissos - Rhodos island
Is latitude unknown	Yes
Latitude	
Is longitude unknown	Yes
Longitude	
Reference to the operational area	Yes
Frontex resources involved (Human resources / co-financed technical equipment)	Yes
Type of resources / involvement	HCG [redacted]
Dead persons	
Injured persons	1
Missing persons	

Commented [A2]: *The non-disclosed parts contain information regarding type and number of technical equipment deployed in each operational area. Disclosing such information would be tantamount to disclosing weaknesses and strengths of the operations and opening way for abuse. The result of this will only be to hamper the course of ongoing and future similar operations, ultimately obstructing their purpose to counter and prevent cross-border criminality as well as prevent unauthorized border crossings. In this light, the disclosure of such information would undermine the protection of the public interest as regard to public security in the sense of Article 4(1) of the Regulation 1049/2001.*

Fact of the case

On 10/09/2016 morning hours, 3 third country nationals of Georgian origin were arrested by Rhodes coast guard authority after pursuit. In particular the abovementioned were onboard a speed boat heading from Rhodes coastal area towards Turkey. HCG patrol boat [redacted] tried to stop them with the use of repeated sound signals though they didn't stop and made dangerous maneuvers trying to escape. HCG personnel used warning shots at safe sector but the speed boat didn't stop and repeatedly tried to intentionally ram the HCG boat. After that HCG immobilized the speed boat with the use of targeted shots at the engine and arrested the 3 persons onboard. One of them had a wound at his right arm and was transferred to the hospital.

Measures

The HCG CPB crew, following the foreseen rules of engagement, fired warning shots in the air (safe sector) and then at the outboard engine of the boat. As a result the speed boat was immobilized.

Assessment

03 persons (GEO) were arrested onboard. One of them had a wound at his right arm and was transferred to the hospital.

Annexe n° 2 : Rapport d'incident FRONTEX n° 102

FRONTEX
EUROPEAN BORDER AND COAST GUARD AGENCY

Warsaw, 21/06/2017

Serious Incident Report no. 102

Reporting date: 18/08/2015 02:58 PM *Last modification date:* 26/12/2016 02:55 PM

Reporting person: [redacted] *Last modification done by:* [redacted]

Commented (A1): *The non-disclosed text contains personal data, in particular the names of individuals. Its disclosure would affect the privacy and integrity of the individuals and is therefore precluded pursuant to the exception laid down in Article 4(1)(b) of Regulation (EC) No 1049/2001.*

FSC SIR Category	1 Standard
Subject	USE OF FIREARMS
Type of SIR	1 Initial SIR
JORA incident number (if any)	
Joint Operation	Poseidon Sea 2015
Frontex SIR Coordinator	
Incident date/time	16/08/2015 06:15 AM
Detection date/time	16/08/2015 06:15 AM
Original source of the information	HCG
Location of the incident	PSERIMOS-KALYMNOS
Is latitude unknown	Yes
Latitude	
Is longitude unknown	Yes
Longitude	
Reference to the operational area	Yes
Frontex resources involved (Human resources / co-financed technical equipment)	No
Type of resources / involvement	HCG VESSEL
Dead persons	
Injured persons	
Missing persons	

Fact of the case

A suspicious high speed inflatable boat with one person onboard was detected by Hellenic Coast Guard vessel close to a bay of Pserimos island. The HCG vessel attempted to intercept the high speed boat by the repeated usage of sound signals but the skipper of the fast boat refused to comply and also tried to escape by making dangerous manoeuvres which resulted to the ramming of the HCG boat on its left side.

Measures

The HCG boat crew, following the foreseen rules of engagement, tried to intercept the high speed boat, with the use of warning shots in the air (safe sector). As a result, the speed boat was immobilized, the HCG crew managed to embark on it and arrest the skipper/facilitator of UKR origin. Moreover, afterwards 22 migrants were detected and apprehended on Pserimos island that they had already disembarked by the facilitator.

Assessment

The HCG vessel involved in the incident transferred the migrants and the UKR facilitator to Kalymnos port. Among the migrants was a pregnant woman who has been urgently transported to the local hospital but later on exit the hospital after first aid provided.

Annexe n° 3 : Rapport d'incident FRONTEX n° 198

FRONTEX

Warsaw, 21/08/2017

Serious Incident Report no. 198

Reporting date: 30/10/2015 03:35 PM *Last modification date:* 27/12/2016 10:30 AM

Reporting person: [redacted] *Last modification done by:* [redacted]

Commented [A1]: *The non-disclosed text contains personal data, in particular the names of individuals. Its disclosure would affect the privacy and integrity of the individuals and is therefore precluded pursuant to the exception laid down in Article 4(1)(b) of Regulation (EC) No 1049/2001.*

FSC SIR Category	1 Standard
Subject	Use of firearms
Type of SIR	1 Initial SIR
JORA incident number (if any)	
Joint Operation	Poseidon Sea 2015
Frontex SIR Coordinator	
Incident date/time	16/10/2015 11:20 PM
Detection date/time	16/10/2015 11:20 PM
Original source of the information	
Location of the incident	Sea area of Kos island
Is latitude unknown	No
Latitude	[redacted]
Is longitude unknown	No
Longitude	[redacted]
Reference to the operational area	Yes
Frontex resources involved (Human resources / co-financed technical equipment)	Yes
Type of resources / involvement	FIN CPB
Dead persons	
Injured persons	
Missing persons	

Commented [A2]: *The non-disclosed parts contain information regarding the operational area. Ongoing operations tend to cover similar operational areas as the operations of preceding years in the same geographical area. In this regard, disclosing the coordinates of the operational areas of previous years would be tantamount to disclosing the current operational areas.*
The result of this will only be to hamper the course of the ongoing operations, by depriving them of any strategy and element of surprise during border surveillance, ultimately obstructing their purpose to counter and prevent cross-border crime as well as prevent unauthorized border crossings.
In this light, the disclosure of such information would undermine the protection of the public interest as regards public security, in the sense of Article 4(1)(a) of Regulation (EC) No 1049/2001.

Fact of the case

On 16/10/2015 23:20 LT a suspicious rubber boat was detected by FIN CPB at the sea area of Kos island. FIN CPB attempted to intercept the speed boat by the repeated usage of light and sound signals but the skipper of the boat refused to comply and performed dangerous maneuvers.

Measures

The HCG liaison officer of the FIN CPB, following the foreseen rules of engagement, fired warning shots in the air (safe sector) and then at the outboard engine of the boat. As a result the boat was immobilized. 03 facilitators (02 SYR,01 TUR) were arrested onboard.

Assessment

Three (02 SYR,01 TUR) facilitators were arrested and one rubber boat was seized.

Annexe n° 4 : Rapport d'incident FRONTEX n° 124

FRONTEX

Warsaw, 21/08/2017

Serious Incident Report no. 124

Reporting date: 31/08/2015 03:28 PM **Last modification date:** 26/12/2016 03:15 PM

Reporting person: [redacted] **Last modification done by:** [redacted]

Commented [A1]: The non-disclosed text contains personal data, in particular the names of individuals. Its disclosure would affect the privacy and integrity of the individuals and is therefore precluded pursuant to the exception laid down in Article 4(1)(b) of Regulation (EC) No 1049/2001.

FSC SIR Category	
Subject	Use of firearms, injury of HCG officer and fatal injury of one minor migrant
Type of SIR	1 Initial SIR
JORA incident number (if any)	
Joint Operation	Poseidon Sea 2015
Frontex SIR Coordinator	
Incident date/time	29/08/2015 12:45 PM
Detection date/time	29/08/2015 12:45 PM
Original source of the information	
Location of the incident	SYMI - SEA AREA OF MARATHOUNDA BAY
Is latitude unknown	Yes
Latitude	
Is longitude unknown	Yes
Longitude	
Reference to the operational area	Yes
Frontex resources involved (Human resources / co-financed technical equipment)	Yes
Type of resources / involvement	LV CPB
Dead persons	1
Injured persons	1
Missing persons	

Fact of the case

Shortly after noon today, a suspicious motor yacht was detected by LV CPB at Marathounta bay - Symi island. The LV CPB attempted to intercept the yacht by the repeated usage of light and sound signals but the skipper of the yacht not only refused to comply but also tried to escape by performing dangerous manoeuvres and repeated attempts to intentionally ram the LV CPB.

Measures

The HCG LO onboard the LV CPB, pursuant to the rules of engagement, fired warning shots in the air with his service weapon. Eventually, with the assistance of another speedboat with HCG staff onboard, the yacht was immobilized and HCG crew managed to board it. According to initial information one of the facilitators attacked and injured the HCG LO resisting his arrest. During the conflict gun shots were fired

Assessment

93 migrants (76 SYR and 17 IRQ) were found onboard as well as two (02) TUR facilitators. Moreover, one dead 17 years old IRQ male minor was found and according to oral information provided by Health center at Symi island, the fatal injury of the minor was possibly caused by a gun shot. The dead body was transferred to Rhodes hospital for postmortem examination by the local public coroner.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements V
Résumé VII
Table des principaux sigles et abréviations IX
Sommaire X

INTRODUCTION 1

I. La migration transfrontière : un droit ? 4
II. La migration transfrontière : un objet pour le droit pénal 18
III. Le droit pénal face à la migration transfrontière : un sujet 27

PREMIERE PARTIE. LE DROIT PÉNAL INSTRUMENTALISÉ FACE À LA MIGRATION IRRÉGULIÈRE 31

Titre I. Un droit pénal au service de l'éloignement de la migration irrégulière à la frontiere 35

Chapitre I. La neutralisation et la résurgence du droit pénal en zone d'attente 37

Section préliminaire. Une zone d'attente dérogatoire de droit commun 39

Paragraphe I. La création des zones administratives d'attente 39
A. L'institutionnalisation des zones d'attente 39
B. L'extension géographique des zones d'attente 43

Paragraphe II. La négation administrative de la présence de l'étranger sur le territoire français 46
A. Une fiction extraterritoriale 46
B. Une procédure de renvoi dérogatoire 50

Section I. Une application modulée du droit pénal 54

Paragraphe I. Le droit pénal mis en sommeil 54
A. La possible pénalisation écartée 55
B. L'effet neutralisant du droit pénal sur la zone d'attente 57

Paragraphe II. Le réveil de la pénalisation 60
A. Un droit pénal mobilisé en cas d'échec du maintien en zone d'attente 61

1. Une pénalisation utilitaire 62
2. Une conséquence du caractère accessoire du droit pénal 64
B. Une modulation de la pénalisation encouragée par l'Union 67

Section II. Une application dévoyée du droit pénal 71

Paragraphe I. Un droit pénal non subsidiaire 72

Paragraphe II. Une garde à vue non nécessaire 77
A. La garde à vue détournée 77
1. Une garde à vue à finalité administrative 78
2. Une pratique pérenne 81
B. Le principe de nécessité malmené 84
1. Une garde à vue contraire à l'exigence de nécessité 84
2. Une exigence de nécessité affaiblie 89

Chapitre II. L'extension des contrôles d'identité en zone frontalière 95

Section I. Une utilisation combinée des contrôles d'identité 99

Paragraphe I. Un contrôle étendu de la migration irrégulière 99
A. Un contrôle direct organisé par le contrôle frontalier 99
1. Une migration irrégulière contrôlée en zone frontalière 100
2. Des contrôles potentiellement systématiques 104
B. Un contrôle incident 107
1. Un détournement de procédure 107
2. Une extension de la compétence territoriale 110

Paragraphe II. Un contrôle non motivé de la migration irrégulière 114
A. Le refus d'une obligation de motivation du contrôle frontalier 114
B. L'instauration d'une motivation uniquement préalable 118

Section II. Une utilisation discriminante des contrôles d'identité 122

Paragraphe I. L'existence d'une discrimination 122
A. La violation du principe de non-discrimination 123
B. La contestation des contrôles d'identité discriminatoires facilitée 130
1. Une responsabilité pénale difficile à engager 131
2. Une reconnaissance de la responsabilité de l'État pour faute lourde 133

Paragraphe II. La nécessité d'un encadrement plus strict 139
A. L'exigence d'une traçabilité des contrôles d'identité sans suite 139
B. L'instauration d'une obligation de motivation 141
1. La motivation du contrôle frontalier calquée sur sa finalité 141
2. La motivation du contrôle requis calquée sur le contrôle judiciaire d'identité 145

Titre II. Un droit pénal préventif de la migration au-delà de la frontière.....153

Chapitre I. La migration entravée en mer par FRONTEX.....157

Section I. Un détournement de la compétence pénale en haute mer 161

Paragraphe I. Des interceptions limitées à la répression du trafic de migrants 161
A. L'absence de titre de compétence pénale extraterritoriale en matière de migration irrégulière 161
B. L'existence d'un titre de compétence extraterritoriale en matière de trafic de migrants..... 164

Paragraphe II. Des interceptions étendues à la prévention de la migration irrégulière 170
A. L'utilisation de la compétence pénale liée au trafic de migrants 170
B. La violation du principe de non-refoulement..... 175

Section II. Un recours excessif à la force meurtrière..... 182

Paragraphe I. Un recours à la force contraire au droit à la vie 184
A. Un recours subordonné à sa nécessité absolue..... 184
B. Un recours non nécessaire lors des interceptions FRONTEX..... 184

Paragraphe II. Un recours à la force contraire au droit de la mer 189
A. L'exigence de proportionnalité..... 189
B. La disproportion du recours à la force lors des interceptions FRONTEX.... 189

Chapitre II. La migration empêchée sur terre par les États tiers..... 201

Section I. Une pénalisation de l'émigration irrégulière 205

Paragraphe I. Une pénalisation encouragée par l'Union..... 205

Paragraphe II. Une pénalisation préventive contraire au droit de quitter son pays et d'y revenir..... 212
A. Une infraction obstacle de nature préventive..... 213
B. Une infraction contraire au droit de quitter son pays et d'y revenir..... 217
1. Une absence de nécessité..... 217
2. Une absence de proportionnalité..... 220

Section II. Une pénalisation de l'immigration irrégulière 226

Paragraphe I. Une répression mimétique au droit français..... 226

A. Un régime juridique de l'immigration irrégulière similaire au droit français 227
B. Une circulation horizontale des normes 229

Paragraphe II. Une répression renforcée 231
A. Une pénalisation extensive 232
1. Le recul de la pénalisation du délit français d'aide à l'immigration irrégulière 232
2. Le renforcement de la répression des délits maghrébins d'aide à l'immigration irrégulière 235
B. Une répression dérogatoire au droit commun 241
1. La répression des actes préparatoires 241
2. L'exclusion du bénéfice de la confusion des peines 243
3. L'allongement du délai de prescription 246

Conclusion de la Première Partie 253

SECONDE PARTIE. LE DROIT PÉNAL DÉPASSÉ FACE À LA MIGRATION POUR MOTIF TERRORISTE……..……...257

Titre I. Le droit pénal dessaisi de la migration à caractère terroriste 259

Chapitre I. Une pénalisation écartée 261

Section I. Une pénalisation potentielle de la migration à caractère terroriste 264

Paragraphe I. Une pénalisation dérivée 264
A. Une pénalisation fondée sur l'association de terroristes 264
B. Une pénalisation expresse limitée 270
1. L'extension de la compétence personnelle 271
2. La création d'une incrimination non spécifique 275

Paragraphe II. Un malaise à incriminer 277
A. Une pénalisation non assumée 277
B. Une difficile qualification terroriste de la migration 280

Section II. Une pénalisation éclipsée par la police administrative 286

Paragraphe I. Une exigence de matérialité effacée 286
A. L'inconsistance de la formule relative aux « raisons sérieuses de penser » 286
B. L'anticipation extrême du risque terroriste porté par la migration 293

Paragraphe II. Un droit pénal contourné 297
A. L'action pénale concurrencée 298
1. Un soutien intéressé de l'action pénale 298
2. Un contrôle judiciaire « copié » par le contrôle administratif 302
B. L'éviction des garanties inhérentes au droit pénal 306

Chapitre II. Une pénalisation obsolète 315

Section I. Le droit pénal dépassé dans la détection de la migration à caractère terroriste 319

Paragraphe I. La migration criminelle détectée par EUROSUR 319
A. Une surveillance globale de la migration criminelle 320
B. Une détection préventive des activités criminelles 323

Paragraphe II. La migration terroriste prédite par le système PNR 326

Section II. Le droit pénal délaissé dans la répression de la migration à caractère terroriste 334

Paragraphe I. La mesure de police administrative préférée à l'action pénale 334
A. Des poursuites pénales limitées au seul Français 334
B. Une interdiction administrative du territoire privilégiée à l'égard de l'étranger 337

Paragraphe II. Le droit pénal effacé par les obligations de prévention 340
A. La répression administrative du non-respect des obligations de prévention 341
B. L'obsolescence du droit pénal 344

Titre II. Le droit pénal supplanté par l'expulsion pour motif terroriste 353

Chapitre I. L'expulsion à titre de sanction de l'infraction terroriste 357

Section I. L'expulsion de l'étranger terroriste justifiée par sa condamnation pénale 359

Paragraphe I. Une mesure attachée à la condamnation pénale 359
A. La référence à l'infraction pénale passée 359
1. Un lien établi par le législateur 360
2. Un lien confirmé par le juge administratif 363
B. La sanction de l'infraction pénale passée 368

Paragraphe II. Une mesure détachée de toute individualisation 372
A. La mise à l'écart de l'individualisation administrative 373
1. Le respect de l'individualisation administrative dans le cadre des infractions de droit commun 373

2. Le refus de l'individualisation administrative dans le cadre du terrorisme 376
B. Le contournement l'individualisation pénale 380
1. L'expulsion palliative de l'absence de prononcé de l'interdiction du territoire 380
2. L'expulsion sanctionnatrice de l'individualisation pénale 382

Section II. L'expulsion du Français terroriste permise par la déchéance de nationalité 386
Paragraphe I. La déchéance, instrument privilégié en matière de terrorisme .. 387
A. Un recours limité en principe 387
B. Un recours renforcé en matière de terrorisme 391

Paragraphe II. La déchéance, remède à la nationalité-obstacle à l'éloignement 393
A. Une sanction superfétatoire 393
1. Une sanction soumise aux principes de nécessité et de proportionnalité 394
2. Une sanction « doublon » 397
B. Une sanction autorisant l'expulsion 398
1. L'expulsion autorisée par la neutralisation de la nationalité française . 399
2. L'expulsion, source de disproportion partielle de la déchéance 402

Chapitre II. L'expulsion en prévention de l'infraction terroriste 407

Section I. L'expulsion concurrente de l'action pénale 409

Paragraphe I. L'intensité théorique du contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur la mesure d'expulsion 409

Paragraphe II. La mesure d'expulsion prononcée au détriment de l'action pénale 414
A. Le prononcé de l'expulsion en cas d'impossible condamnation pénale 414
B. Le prononcé de l'expulsion malgré une possible condamnation pénale 418

Section II. L'expulsion supplétive de l'action pénale 420

Paragraphe I. La difficile contestation de l'expulsion prononcée en urgence absolue 421
A. Des garanties procédurales affaiblies 421
1. L'insuffisance de la motivation 421
2. La suppression du contradictoire 424
3. L'impossible exercice d'un recours juridictionnel effectif 426
B. Un contrôle restreint du juge des référés 428
1. Un contrôle restreint en premier et dernier ressort 428
2. Un contrôle restreint en cassation 434

Paragraphe II. L'expulsion en urgence absolue justifiée par le seul « contexte terroriste » 435
A. Une expulsion légitimée en référé 435
1. L'expulsion fondée sur la présence de l'intéressé à proximité de lieux sensibles 436
2. L'expulsion justifiée par les fréquentations de l'intéressé 439
B. Une anticipation dépassant la prévention pénale 442

Conclusion de la Seconde Partie 451
Conclusion générale 453

Bibliographie 461
Index alphabétique 529
Annexes 553
Annexe n° 1 : Rapport d'incident FRONTEX n° 441 555
Annexe n° 2 : Rapport d'incident FRONTEX n° 102 557
Annexe n° 3 : Rapport d'incident FRONTEX n° 198 559
Annexe n° 4 : Rapport d'incident FRONTEX n° 124 561
Table des matières 563