



Editorial

Par Xavier LAURENT,
Rédacteur en chef de la Lettre

Dans un droit européen en constante évolution, l'Association des magistrats de l'Union Européenne se doit d'être au cœur des débats d'actualité. C'est ce qu'elle a fait par l'organisation, le 26 septembre dernier, d'un colloque rassemblant de nombreux intervenants, sur le thème de l'espace judiciaire européen en matière pénale. C'est également ce qu'elle tente de faire par l'évolution de votre journal.

Pour son vingt-cinquième numéro, la Lettre des magistrats de l'Union Européenne revient en effet dans une nouvelle formule : nouvelle présentation, pour plus de clarté ; nouvelle fréquence de parution, la Lettre étant désormais trimestrielle ; nouvelles rubriques, chaque numéro étant articulé autour de trois thèmes principaux : droit de l'Union Européenne, droit du Conseil de l'Europe, coopérations et droits comparés.

Ainsi, la thématique de l'espace judiciaire de l'Union Européenne est ce mois-ci illustrée par l'article très fouillé de Gwen KEROMNES consacré à la communautarisation du droit pénal des Etats membres de l'Union européenne, qui revient sur la transformation du droit matériel des Etats.

Cette influence marquante du droit de l'Union européenne se révèle

également par la jurisprudence de la Cour de justice sur le fondement de la directive retour du 16 décembre 2008, marquée en 2011 par les arrêts *El Dridi* et *Achughbadian*, dont les apports font l'objet d'une analyse dans ce numéro.

Par ailleurs, après un détour par l'Azerbaïdjan et le Québec dans la Lettre du mois d'octobre, montrant que l'AMUE sait s'ouvrir au-delà des frontières, fussent-elles européennes, un trinôme de magistrats espagnol, belge et français, Juan Carlos Da Silva, Jérémie Van Meerbeeck et Mathieu Fohlen, nous propose une analyse de la situation de la garde à vue et de la détention provisoire en Roumanie au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les apports fondamentaux de la jurisprudence de cette institution seront également abordés par le rappel de certains arrêts récents et marquants.

Enfin, au titre de la vie statutaire de votre association, vous retrouverez la nouvelle composition du bureau de l'AMUE telle qu'elle résulte de l'assemblée générale du 28 janvier dernier.

Bonne lecture !

Sommaire



Droit du
Conseil de
l'Europe

> L'application de la Convention européenne des droits de l'homme au régime de la garde à vue et aux conditions de la détention provisoire : le cas de la Roumanie
p. 2

> Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme
p. 5



Droit de
L'Union
Européenne

> Directive retour et législations répressives nationales : une confrontation inachevée
p. 6

> La communautarisation du droit pénal des Etats membres de l'Union européenne
p. 10



> Le nouveau bureau de l'AMUE
p. 14

L'APPLICATION DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME AU REGIME DE LA GARDE A VUE ET AUX CONDITIONS DE LA DETENTION PROVISOIRE : LE CAS DE LA ROUMANIE

Par Juan Carlos DA SILVA, juge à la Cour de Vitoria (Espagne),
Jérémy VAN MEERBEECK, magistrat stagiaire (Belgique),
Mathieu FOHLEN, substitut du procureur de la République de Nantes (France).

Dans le cadre d'un projet européen¹ d'étude comparative de quatre pays (Roumanie, Espagne, France et Belgique), mis en œuvre par l'Ecole nationale de la Magistrature avec l'appui des trois autres instituts de formation judiciaire, un voyage d'étude en Roumanie devait permettre d'analyser la pratique de la garde à vue et de la détention provisoire au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales².

L'exemple de la Roumanie apparaît d'autant plus intéressant qu'il s'agit du dernier Etat (avec la Bulgarie) à avoir adhéré à l'Union Européenne, le 1^{er} janvier 2007.

En outre, la question du respect des droits de l'homme occupe une place centrale dans l'intégration européenne et conditionne le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires.

Sans interférer sur les conclusions du rapport définitif attendu en février 2013, il nous semble utile de dresser un premier compte rendu nourri des observations *in situ*.

I - Le régime de la garde à vue

A - Le cadre légal

La garde à vue définit en Roumanie une mesure de contrainte prise par les enquêteurs ou le procureur à l'encontre d'une personne suspectée d'avoir commis un acte réprimé par la loi pénale. La durée maximale de la garde à vue est limitée par la Constitution à 24 heures, sans possibilité de renouvellement. Elle est considérée comme trop restrictive par les enquêteurs de police, mais aussi par les magistrats et les avocats, qui soulignent la brièveté de la mesure pour recueillir des preuves utiles à l'enquête.

Le procureur est avisé dès que possible de la privation de liberté. La personne est informée de ses droits, à savoir l'information donnée à un proche et l'assistance d'un avocat pendant les interrogatoires ou tout acte effectué pendant la garde à vue. L'avocat signe les procès-verbaux lorsqu'il est présent aux côtés du gardé à vue. Il n'existe pas de droit à être examiné par un médecin.

A l'issue des 24 heures, la personne est soit relâchée, soit présentée au parquet. Le procureur notifie alors les

poursuites et peut saisir un juge pour le placement en détention provisoire. L'enquête demeure sous la direction du procureur puisqu'il n'existe pas de juge d'instruction.

Cette manière d'opérer (...) permet le recueil d'aveux dans une position juridique indéterminée.

B - Le recueil d'aveux antérieurs à la mesure de garde à vue

Une pratique consiste pour les policiers ou le procureur à inviter dans un premier temps le suspect à déposer par écrit sur les faits, avant de lui accorder le régime plus protecteur de la garde à vue. Cette manière d'opérer prive *de facto* la personne de son droit à l'assistance de l'avocat et permet le recueil d'aveux dans une position juridique indéterminée. En effet, la personne n'est pas considérée comme témoin, ni formellement incriminée.

Notes

- 1 *Human Rights in the framework of criminal proceedings: A Criminal Laboratory on the implementation of EU legal instruments.*
- 2 Convention ratifiée par la Roumanie en 1994

Si le document n'a aucune valeur probante, il n'en demeure pas moins inséré dans la procédure et détermine la suite de l'enquête. Selon des magistrats roumains, cette forme de confession écrite est largement pratiquée, y compris pour les infractions les plus graves telles que le meurtre. Or cette habitude nous semble en contradiction avec l'exigence d'équité de la procédure pénale.

En outre, le recours initial à l'aveu est à mettre en corrélation avec le nombre très faible porté à notre connaissance de décisions de non-culpabilité.

L'arrêt RUPA c. Roumanie de la CEDH rendu le 19 juillet 2011 mentionne la déclaration olographe sans la présence d'un avocat mais conclut en l'espèce à la non-violation de l'article 6 de la Convention, s'agissant "d'un fait isolé", le requérant ayant toujours été assisté par un avocat pour le reste de la procédure.

L'argument le plus invoqué est le risque de danger pour l'ordre public dès lors que l'infraction reprochée est punie d'au-moins quatre ans d'emprisonnement

La courte durée de la garde à vue peut laisser craindre un recours accru à la détention provisoire, encadrée légalement mais souffrant de conditions matérielles dégradées.

II - Les conditions de la détention provisoire

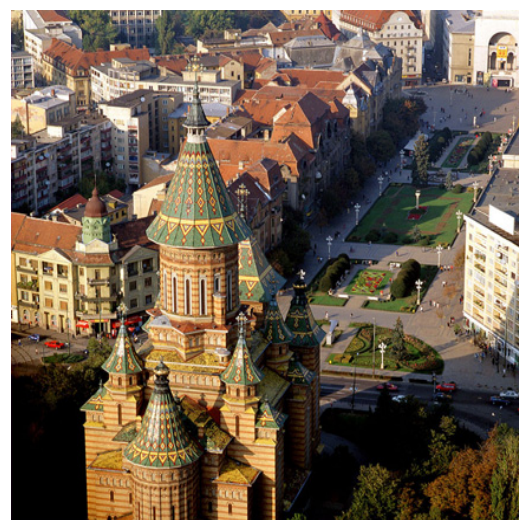
A - Le cadre de la détention provisoire

Les raisons du placement en détention provisoire sont limitativement énumérées par le code de procédure pénale et recourent les motifs usuels : risque de soustraction à la justice, de réitération, d'altération de la vérité. Selon les praticiens, l'argument le plus invoqué est le risque de danger pour l'ordre public dès lors que l'infraction reprochée est punie d'au-moins quatre ans d'emprisonnement. Cette notion aux contours flous pourrait être davantage circonscrite, notamment au moment du renouvellement de la détention provisoire, ainsi que le préconise la Recommandation 13(2006) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

L'ordonnance de placement en détention provisoire est valable pour une durée maximale de 30 jours, renouvelable dans la limite de 180 jours.

A défaut de réquisitoire de renvoi devant le tribunal dans l'intervalle de 180 jours, la personne doit être remise en liberté.

Une fois le prévenu renvoyé détenu devant le tribunal débute une nouvelle période de détention provisoire jusqu'au prononcé du jugement. Sa durée ne peut alors excéder la moitié de la peine maximale encourue.



B - Les centres policiers de détention provisoire

Les personnes placées sous mandat de dépôt par le juge ne sont pas conduites immédiatement en maison d'arrêt, mais sont retenues à l'intérieur du commissariat de police, dans un centre de détention provisoire, situé généralement aux étages inférieurs du bâtiment. En effet le transfert dans un établissement relevant de l'administration pénitentiaire n'intervient qu'une fois rédigé, par le procureur, l'acte de renvoi devant la juridiction.

Cette disposition légale fait craindre un risque important de pression sur le détenu, qui reste facilement accessible aux enquêteurs de police.

En outre les conditions matérielles des geôles du commissariat constatées à Timisoara³ ne sont pas adaptées à la détention de personnes

Notes

3 Ville de 310.000 habitants à l'ouest de la Roumanie

pendant plusieurs semaines ou mois : éclairage naturel réduit, pas de cuisine sur place (les repas arrivent du centre de détention), pas de réelle cour de promenade, sortie limitée à une heure quotidienne, sanitaires rudimentaires...

Enfin, la situation des mineurs est particulièrement préoccupante en l'absence d'aménagement spécifique ou de disposition plus protectrice.

Le Comité de prévention de la torture du Conseil de l'Europe a souligné l'inadéquation des centres policiers de détention provisoire dans son rapport publié le 24 novembre 2011. Dans sa réponse officielle, le Gouvernement de Roumanie justifie cette situation par la nécessité de la participation des personnes aux actes d'investigation ordonnées dans le cadre de l'enquête pénale. En outre le transfert des personnes vers un centre pénitentiaire ne peut légalement avoir lieu sans l'existence de documents originaux attestant du titre de détention et de l'identité complète du détenu.



Néanmoins ces arguments ne semblent pas justifier la différence de traitement. De plus des policiers confirment que la prise en charge de

détenus ne devrait pas entrer dans leurs prérogatives habituelles.

C - Le régime pénitentiaire de détention provisoire

Au sein du centre pénitentiaire de Timisoara, les prévenus placés en détention provisoire sont séparés des condamnés. Ils sont soumis à un régime plus sévère d'enfermement en cellule, sauf activité particulière, limitée à deux heures par jour.

Un juge délégué siégeant au sein de l'établissement pénitentiaire est chargé d'examiner les recours des détenus sur leur régime d'incarcération.

Les conditions de détention des prévenus mineurs apparaissent insuffisamment protectrices. Lors de notre visite, une seule cellule était occupée par sept jeunes garçons, réunis sans distinguer la gravité de l'infraction reprochée. Il n'existe pas de quartier spécifique, puisque les mineurs sont placés dans la même coursive que les prévenus majeurs. Les conditions d'accès à l'éducation ou à des activités physiques sont autant réduites que celles de leurs aînés.

Le système judiciaire roumain a évolué d'une tradition de concentration des pouvoirs entre les mains du procureur (comme de nombreux pays du Bloc de l'Est) à un rééquilibrage de la procédure pénale offrant plus de garanties aux droits de la défense.

Or le principe de la présomption d'innocence devrait conduire, selon nous, à un nombre de décisions de non-culpabilité moins marginal qu'aujourd'hui.

Une modification de grande ampleur est aussi attendue avec de nouveaux Code pénal et Code de procédure pénale, même si le texte publié au Journal officiel le 15 juillet 2010 n'est toujours pas entré en application.

Parmi les réformes doit figurer l'instauration d'un juge des libertés et de la détention chargé de statuer sur l'incarcération provisoire.

Le nouveau Code pénal prévoit aussi à l'égard des mineurs la primauté des mesures éducatives sur les peines privatives de liberté.

Enfin la magistrature roumaine affiche sa volonté de relever le défi de l'intégration européenne par une meilleure connaissance des procédures des Etats membres.

*Juan Carlos Da Silva,
Jérémy Van Meerbeek,
Mathieu Fohlen*

Lors de notre visite, une seule cellule était occupée par sept jeunes garçons, réunis sans distinguer la gravité de l'infraction reprochée.

Jurisprudences récentes de la Cour européenne des droits de l'Homme

Arrêt du 8 novembre 2011

V. C. c./ Slovaquie

Quand la Cour condamne comme forcée et discriminatoire la stérilisation, effectuée dans un but médical, d'une femme issue de la communauté Rom, faute pour celle-ci d'être en mesure de comprendre les implications de l'acte qui lui était proposé et donc d'y consentir librement.

Arrêt du 15 décembre 2011 Al-Khawaja et Tahery

c./ Royaume-Uni

La Cour valide le recours, en procédure pénale, aux déclarations de témoins absents à l'audience, dès lors que la décision qui se fonde sur de tels éléments est encadrée par des garanties procédurales suffisantes.

Arrêt du 15 décembre 2011 Poirot c./ France

La cour condamne comme une violation de l'article 6§1 l'exigence de faire figurer l'objet du recours, sur l'acte d'appel d'une partie civile contre une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel pour un viol correctionnalisé.

Le droit à un procès équitable n'est pas garanti dès lors que le jury ayant condamné les intéressés comportait un policier, qui au surplus avait occasionnellement fait équipe avec l'un des enquêteurs.

Arrêt du 20 décembre 2011

Hanf et Khan c./ Royaume-Uni

Le droit à un procès équitable n'est pas garanti dès lors que le jury ayant condamné les intéressés comportait un policier, qui au surplus avait occasionnellement fait équipe avec l'un des enquêteurs. La Cour se penche sur l'accès -certes marginal- des forces de l'ordre aux fonctions de juré dans les différents systèmes judiciaires.

Arrêt CEDH du 10 janvier 2012 Di Sarno et autres c./ Italie

Quand la crise des déchets napolitaine est reconnue comme ayant occasionné une violation des droits de l'homme, et particulièrement des articles 8 et 13 de la CESDH.

Arrêt CEDH du 10 janvier 2012 Cesnulevicius c./ Ukraine

: la mort d'un détenu suite à des violences par ses co-détenus vaut à l'Ukraine sa condamnation au titre de l'article 2 de la CESDH, faute d'avoir su protéger et soigner l'intéressé puis d'avoir su enquêter efficacement sur les faits.

Arrêt CEDH du 10 janvier 2012 Ananyev et autres c./ Russie

Une nouvelle illustration des conditions de détention jugées contraires à l'article 3 de la CESDH du fait du surpeuplement ; la Cour en profite pour délivrer des recommandations concrètes à la Fédération de Russie pour la mise en conformité de son système carcéral au visa de l'article 46.

Arrêt du 17 janvier 2012

Omar Othman

c./ Royaume Uni

Condamnation de l'arrêté d'expulsion de l'islamiste présumé Omar Othman, dit Abou Qatada, en Jordanie du fait de l'inaptitude de cet Etat à garantir la réunion de preuves sans recours à la torture ; la Cour statue à la violation, non de l'article 3, mais de l'article 6.

Arrêt du 17 janvier 2012 Stanev c./ Bulgarie (grande chambre)

Violations multiples de la Convention du fait du placement de l'intéressé en hospitalisation psychiatrique sous contrainte, dans des conditions matérielles constitutives de traitements inhumains et dégradants, et en l'absence de recours pour contester son placement et obtenir réparation.

Arrêt CEDH du 19 janvier 2012 Popov c./ France

Condamnation des conditions inadéquates de rétention d'une famille Kazakhe, du fait de l'absence d'équipement adapté aux enfants mineurs (en l'espèce nés en 2004 et 2007) durant une durée trop longue, en l'espèce 15 jours, jugée disproportionnée.

DIRECTIVE RETOUR ET LEGISLATIONS REPRESSIVES NATIONALES : UNE CONFRONTATION INACHEVEE

Par Xavier LAURENT, auditeur de justice

L'année 2011 a été notamment marquée par le débat, certes juridique mais souvent politique, consacré à la pénalisation des étrangers en situation irrégulière au regard du droit de l'Union européenne. Cette confrontation a donné lieu, sur questions préjudicielles, à deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, dont le premier a donné naissance à des incertitudes que le second n'a pas éteintes.

C'est ainsi que le 28 avril 2011, la première chambre de la Cour rend, dans la continuité de l'arrêt *Kadzoev* du 30 novembre 2009, l'arrêt *El Dridi*, du nom du ressortissant extra communautaire dont la situation irrégulière a poussé la Cour d'appel de Trente à poser la question préjudicielle de la conformité de la législation italienne à la directive n° 2008/115 du 16 décembre 2008 dite « directive retour ». Cette décision énonce que la directive retour s'oppose à une réglementation d'un État membre qui prévoit une peine d'emprisonnement pour le seul motif qu'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié.

La déclaration de non-conformité de la législation italienne a immédiatement

ouvert un débat vif et amené de nombreux commentateurs à la conclusion que la directive retour s'opposait à ce qu'un étranger en situation irrégulière soit condamné, de ce chef, à une peine d'emprisonnement ferme. Dans ces conditions, la législation française en la matière, qui prévoit un emprisonnement délictuel pour les simples entrées et séjours irréguliers, mais aussi pour le non respect d'une mesure d'éloignement, a été régulièrement contestée.

L'affirmation essentielle de l'arrêt *El Dridi* est la priorité à l'efficacité du dispositif prévu par la directive retour

Dès lors, la Cour d'appel de Paris a soumis à la Cour de justice de l'Union européenne une nouvelle question préjudicielle le 29 juin 2011, en sollicitant le recours à la procédure d'urgence, non du fait de la situation du justiciable, le ressortissant arménien Achughbabian ayant déjà été libéré, mais de la multiplication des recours occasionnés par l'incertitude née de l'arrêt du 28 avril 2011.

Cette fois, la grande chambre de la Cour européenne se voit soumettre la question de savoir si un étranger en situation

irrégulière peut être placé en garde à vue, mesure de contrainte conditionnée, depuis la loi du 14 avril 2011, par l'existence de raisons plausibles de penser que la personne a commis une infraction, mais également par le fait qu'elle encourt une peine d'emprisonnement (article 62-2 du Code de procédure pénale).

Après une audience très attendue le 25 octobre 2011, la grande chambre a rendu son arrêt le 6 décembre 2011 et rappelé l'affirmation essentielle de l'arrêt *El Dridi*, soit la priorité à l'efficacité du dispositif prévu par la directive retour, sans pour autant trancher dans l'absolu la place de l'incarcération prévue par la législation nationale, au regard de ce dispositif. Une décision qui laissera certainement sur leur faim les commentateurs les plus militants, mais qui risque également de laisser les praticiens face de nombreuses incertitudes.

I – Un principe ferme : garantir l'efficacité de la norme européenne

Pour rappel, la directive n° 2008/115 du 16 décembre 2008 vise à établir des procédures communes aux États membres pour assurer le retour de ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier, et ce dans le respect de leurs droits fondamentaux (article 1). La notion de retour implique le

départ de l'étranger, de manière libre ou contrainte, notamment vers son pays d'origine ou un pays de transit (procédure de réadmission). L'article 7 de la directive fixe comme principe, pour l'exécution de la décision de retour prise par un État, un délai de 7 à 30 jours pour permettre à l'étranger de partir volontairement, tout en admettant en son paragraphe 4 que le risque de fuite, le rejet de la demande de régularisation ou le danger pour l'ordre public justifient l'abaissement du délai à moins de 7 jours voire la suppression du délai de départ volontaire. L'utilisation de mesures de contraintes, notamment la rétention, se doit d'être proportionnée. C'est sur la base de ce texte que les législations italienne et française en matière de sanction du séjour irrégulier ont été évaluées par la Cour de justice de l'Union européenne. Les articles 15 et 16 fixent les exigences européennes en termes de recours et de conditions de rétention.

Conséquence sur la législation italienne

La législation italienne prévoyait que le non respect d'une décision administrative d'éloignement par un étranger était passible d'une peine d'emprisonnement d'une durée d'une à quatre années. C'est sur ce fondement que s'est trouvé poursuivi le ressortissant étranger Hassen El Dridi, pour ne pas s'être conformé à un ordre d'expulsion pris en 2004 et lui octroyant 5 jours pour quitter le territoire.

Dans le dispositif de son arrêt du 28 avril 2011, la Cour énonce que la directive retour « s'oppose à une réglementation d'un État membre, **telle que celle en cause dans l'affaire au principal**, qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié ». Dans cette décision, la censure s'appliquant expressément à une législation nationale particulière (ce qui est la logique même de la question préjudicielle), son impact au plan européen restait à définir.

Il convient de relever que la directive retour n'avait pas été transposée dans l'ordre juridique national italien, mais la Cour a relevé que le caractère inconditionnel et suffisamment précis des dispositions des articles 15 et 16 rendait leur invocabilité possible par les justiciables.

Conséquence sur la législation française

Les premiers enseignements de la jurisprudence *El Dridi* ont été tirés en France pour l'application de l'article L624-1 du Code de l'entrée, du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), qui, à l'image des dispositions italiennes en jeu dans l'arrêt du 28 avril, sanctionne le non respect d'un ordre de quitter le territoire. Or c'est sur le fondement de l'article L621-1 du même code

que la question préjudicielle française a été transmise. Ce texte prévoit l'infliction d'une peine maximale d'un an d'emprisonnement en cas d'entrée ou de séjour irrégulier sur le territoire, et ce sans même qu'une décision de « retour » ait été prise à l'encontre de l'intéressé. Dans l'affaire *Achughbabian*, le justiciable ayant été libéré et non expulsé depuis, l'enjeu résidait dans sa mise en cause de la mesure de garde à vue qu'il avait eu à subir.

L'utilisation de mesures de contraintes, notamment la rétention, se doit d'être proportionnée.

Ici, la Cour ne répond pas directement au grief soulevé de l'inapplicabilité d'une garde à vue, en ce qu'elle doit supposer une poursuite pour un chef d'infraction dont la peine encourue est au moins égale à un an (article 62-2 du Code de procédure pénale) ; au contraire, elle valide le recours à une mesure de sûreté temporaire pour permettre la vérification du statut de l'étranger.

Mais dans le même temps, la Cour rappelle que le recours à l'emprisonnement fait obstacle à l'effectivité de la directive et doit donc être écarté : validée d'une part, la garde à vue exclusivement fondée sur le délit de l'article L621-1 est condamnée de l'autre, du fait

des nouvelles exigences posées par la loi du 14 avril 2011 en France.

Quant au recours possible à la peine d'emprisonnement pour sanctionner la violation de la législation sur les étrangers, il est lui aussi validé par le considérant 32 de l'arrêt du 6 décembre, qui précise que la directive ne s'oppose pas à une peine d'emprisonnement pour réprimer un séjour irrégulier. Pour autant, cette validation est virtuelle, puisque c'est bien l'application d'une peine de prison au cours de la procédure de retour qui est sanctionnée.

Si la directive admet des mesures coercitives, dont la rétention, pour parvenir au retour de l'étranger, l'emprisonnement en cours de procédure n'en fait pas partie (considérant 37). En revanche, le recours à la répression retrouve selon la Cour toute sa légitimité dès lors que le ressortissant étranger se maintiendra sur le territoire sans justification alors que la procédure de retour a été appliquée (considérant 50).

La directive ne s'oppose pas à une peine d'emprisonnement pour réprimer un séjour irrégulier.

Effet utile et coopération loyale

Les arrêts des 28 avril et 6 décembre 2011 fixent donc un cadre : souveraineté des États membres en matière pénale,

qui cède cependant devant l'impératif de donner pleine effectivité aux normes européennes, et en l'occurrence devant l'exigence de permettre le retour des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans leur pays d'origine. C'est notamment en vertu de ce principe de coopération loyale, qui veut que les États concourent à la réalisation des objectifs de l'Union, que le recours à la privation de liberté se trouve condamné par la Cour. En termes clairs, l'objectif européen étant l'expulsion, le maintien sous main de justice du ressortissant étranger sur le territoire national est contre-productif, durant le temps de la procédure d'expulsion.

II – Des incertitudes maintenues : pénaliser ou non les étrangers en situation irrégulière

Il est bien évident que le recours ou non à l'incarcération en cas de violation des règles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers, dépasse la dimension juridique pour interroger l'éthique et la politique. À une conception idéaliste de l'Europe terre d'accueil des migrants, coïncidant avec l'aspirant de nombreux ressortissants étrangers, se confronte l'impératif pragmatique de gestion des flux migratoires. Au-delà, les débats électoraux récents, dans plusieurs pays dont la France, autour du lien entre ordre public et immigration, ont démontré l'extrême sensibilité de la question à l'articulation du droit

répressif, du droit administratif, et des droits de l'Homme.

C'est pourquoi l'attente de l'opinion publique et des professionnels était grande à l'égard des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne. La sanction de la législation pénale italienne n'ayant pas manqué de nourrir les recours contre les décisions juridictionnelles française, le Ministère de la Justice français n'a pas tardé à en relativiser la portée en soulignant l'exception prévue par la directive retour elle-même, à savoir l'autorisation, pour les États membres, de ne pas appliquer ses dispositions aux étrangers faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour (article 2, paragraphe 2, b.).

La Chancellerie a par ailleurs souligné l'application de l'arrêt du 28 avril 2011 au cas d'espèce italien, dont la législation ne prévoyait pas de délai de départ volontaire d'au minimum 7 jours. Elle a cependant tiré de ce premier arrêt la conséquence que les mesures coercitives ne pouvaient être employées, dans le cadre de la poursuite de l'infraction de soustraction à l'exécution d'une mesure de « retour » au sens européen (réprimée par l'article L624-1 du CESEDA), qu'en cas de comportement faisant obstacle à la mesure d'éloignement ou d'infraction (fraude, violence) détachable du seul séjour irrégulier. Il n'est pas certain que l'arrêt du 6 décembre 2011 fasse réellement évoluer cette position.

La garde à vue se trouvera en pratique interdite au seul motif de la violation de l'article L621-1 du CESEDA.

Si l'enjeu était la fin de la pénalisation de l'entrée et du séjour irrégulier, les commentateurs ont pu être déçus au plan des principes : la Cour laisse les États libre d'y recourir, pour autant qu'ils ne font pas obstacle à l'impératif supérieur de l'éloignement. La CJUE pose les limites de son intervention dans l'arrêt du 6 décembre 2011 où elle énonce explicitement que « la directive [...] n'a pas pour objet d'harmoniser dans leur intégralité les règles nationales relatives au séjour des étrangers. [Elle] ne s'oppose pas à ce que le droit d'un État membre qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoit des sanctions pénales pour dissuader et réprimer [sa] commission (...) ».

Reste que c'est la mise à exécution et non le principe de l'emprisonnement qui est condamné aux termes des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Si l'on veut s'arrêter sur le nombre de peines d'emprisonnement ferme réellement mises à exécution en matière d'infraction à la législation sur les étrangers, l'on s'apercevra du faible impact pratique à attendre en France, où la pratique des parquets consiste à classer massivement l'infraction d'entrée et de séjour

irrégulier dès lors que l'autorité administrative a pris les mesures nécessaires à l'éloignement du ressortissant étranger. La réponse institutionnelle en est plus adaptée, et évite surtout un engorgement massif des juridictions.

L'enjeu résidera plutôt, en tous cas pour la France, dans l'effet secondaire que ces arrêts et l'article 62-2 du Code de procédure pénale occasionnent pour la garde à vue, qui se trouvera en pratique interdite au seul motif de la violation de l'article L621-1 du CESEDA. Qu'envisager pour demain? La mise en place, peu réaliste, d'une rétention spécifique pour la vérification de la régularité du statut des personnes susceptibles de se trouver en violation d'un article L621-1 du CESEDA qui n'entraîne désormais plus de peine d'emprisonnement encourue ? Ou la réécriture de ce texte pour qu'il ne puisse plus sanctionner que l'entrée ou le séjour irrégulier après la mise en œuvre de la procédure de retour, ce qui le ferait coïncider, dans son objet, avec l'article L624-1 ? Des questions parmi les très nombreuses que continuera à poser la situation des étrangers en situation irrégulières au regard des droits nationaux des pays européens.

Xavier Laurent

Hypothèses pratiques applicables au droit français...

- les États peuvent valablement pénaliser l'entrée et le séjour irrégulier, tout comme la soustraction à un ordre de quitter le territoire ;
- ils ne peuvent cependant faire encourir une peine d'emprisonnements susceptible de s'appliquer au cours de la procédure d'éloignement ;
- le recours à l'emprisonnement ferme, et donc aux moyens procéduraux correspondant (comme la garde à vue en France), reste possible pour autant que soit relevé un comportement constitutif d'une infraction distincte ;
- de même, le recours à l'emprisonnement se justifie dès lors que la procédure de retour prévue par la directive a échoué, c'est-à-dire qu'elle a été mise en œuvre et que l'étranger se maintient irrégulièrement sur le territoire ;
- en tout état de cause, le recours à la garde à vue au motif d'une violation de l'article L621-1 du CESEDA est condamné.



LA COMMUNAUTARISATION DU DROIT PÉNAL DES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE

Par Gwen KEROMNES, substitut général près la Cour d'appel de Reims

Le phénomène de communautarisation du droit pénal des États membres de l'Union européenne a eu pour cadre juridique le troisième pilier institué par le traité de Maastricht, en 1992, soit le titre VI modifié du traité sur l'Union européenne (I), ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes rendue à l'occasion de l'exercice de deux recours en annulation de la décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil du 27 janvier 2003¹ et de la décision-cadre 2005/667/JAI du Conseil du 12 juillet 2005² (II).

L'importance de ce qu'un juriste³ a appelé « la communautarisation silencieuse du droit pénal », mérite d'être soulignée en ce qu'il a abouti à une refonte des limites entre d'une part, le premier pilier⁴ et d'autre part, les deuxième et troisième piliers⁵ relevant de la coopération intergouvernementale, prélude au Traité de Lisbonne⁶, ainsi qu'à l'élaboration de normes pénales européennes minimales, en particulier, depuis la date d'entrée en vigueur de ce traité⁷ (III).

I - Le troisième pilier ou titre VI du traité sur l'Union européenne

Sachant que le traité d'Amsterdam⁸ a transféré dans le premier pilier un certain nombre de matières attribuées

par le traité de Maastricht⁹ au troisième pilier¹⁰, il convient de rappeler qu'avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le titre VI du traité sur l'Union européenne relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, prévoyait que : « Sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en commun entre les États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, en prévenant le racisme et la xénophobie et en luttant contre ces phénomènes.

Cet objectif est atteint par la prévention de la criminalité, organisée ou autre et la lutte contre ce phénomène, notamment le terrorisme, la traite des êtres humains et les crimes contre des enfants, le trafic de drogue, le trafic d'armes, la corruption et la fraude, grâce :

- à une coopération plus étroite entre les forces de police, les autorités douanières et les autres autorités compétentes dans les États membres, à la fois directement et par l'intermédiaire de l'Office européen de police (Europol), conformément aux articles 30 et 32,
- à une coopération plus étroite entre les autorités judiciaires et autres autorités compétentes

des États membres, y compris par l'intermédiaire de l'Unité européenne de coopération judiciaire (Eurojust), conformément aux articles 31 et 32,
- au rapprochement, en tant que de besoin, des règles de droit pénal des États membres, conformément à l'article 31, point e) ». ¹¹

« la
communautarisation
silencieuse du droit
pénal », mérite d'être
soulignée

À cette fin, le second paragraphe de l'article 34 du traité sur l'Union européenne disposait que « Le Conseil (...)

Notes

1. Décision-cadre relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.
2. Décision-cadre visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires.
3. Ramu de BELLESCIZE in Droit pénal (Etudes), janvier 2008.
4. Relatif aux Communautés européennes (il s'agit d'un pilier supranational relatif aux politiques intégrées).
5. Relatifs d'une part, à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et d'autre part, à la coopération policière et judiciaire en matière pénale (justice et affaires intérieures).
6. Modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007.
7. le 1^{er} décembre 2009.
8. entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.
9. entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.
10. A ce titre, les domaines liés à la libre circulation des personnes ont été transférés dans la pilier communautaire (1^{er} pilier), ainsi que les mesures de coopération judiciaire en matière civile.
11. modifié par le traité de Nice, signé le 26 février 2001.

prend les mesures et favorise la coopération en vue de contribuer à la poursuite des objectifs de l'Union. À cet effet, il peut, statuant à l'unanimité à l'initiative de tout État membre ou de la Commission :

- arrêter des positions communes définissant l'approche de l'Union sur une question déterminée,
- arrêter des décisions-cadres aux fins de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres (...),
- arrêter des décisions à toute autre fin conforme aux objectifs du présent titre (...)
- établir des conventions dont il recommande l'adoption par les États membres selon les règles constitutionnelles respectives (...).

À cet égard, il apparaît que le traité d'Amsterdam a diversifié la nomenclature des actes adoptés dans le cadre de la coopération judiciaire et policière en matière pénale (JAI)

En principe, la législation pénale comme les règles de procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté

pour satisfaire à un besoin de rapprochement des législations en matière pénale.

Au surplus, alors qu'à l'origine le troisième pilier excluait d'une manière générale les institutions communautaires, le traité d'Amsterdam a modifié ce schéma, en associant la

Commission de Bruxelles, le Parlement européen et la Cour de Justice des Communautés européennes au processus de décision.

En particulier, l'article 35 paragraphe 6 du traité sur l'Union européenne a prévu que « la Cour de justice est compétente pour contrôler la légalité des décisions-cadres et des décisions lorsqu'un recours est formé par un État membre ou par la Commission pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute autre règle de droit relative à son application ou détournement de pouvoir (...). »

II - La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes

L'extension des pouvoirs de la Cour de Luxembourg explique que cette juridiction ait été saisie de recours en annulation par la Commission des Communautés européennes de deux décisions-cadres du Conseil de l'Union européenne en date du 27 janvier 2003 et du 12 juillet 2005.

Ces saisines sont à l'origine de deux arrêts, en date du 13 septembre 2005 et du 23 octobre 2007, dont l'importance mérite d'être soulignée en ce qu'ils ont procédé à l'annulation des deux instruments juridiques relatifs à la protection de l'environnement par le droit pénal.

Le premier arrêt de la Cour de Justice de Luxembourg a été

Retrouvez également l'analyse de l'arrêt de la CJCE du 13 septembre 2005 dans **le numéro 16 de la Lettre d'octobre 2005**, disponible sur le site de l'AMUE.

l'occasion d'affirmer que :

- si « en principe, la législation pénale comme les règles de procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté (...), cette dernière constatation ne saurait cependant empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement »¹²

- « en raison tant de leur finalité que de leur contenu, les articles 1^{er} à 7 de la décision-cadre ont pour objet principal la protection de l'environnement et auraient pu valablement être adoptés sur le fondement de l'article 175 CE »¹³;

- la circonstance que les articles 135CE et 280, paragraphe 4 CE

Notes

12. Cf. les points 47 et 48 de l'arrêt qui renvoie aux arrêts Casati, Lemmens et Commission contre Conseil en date du 11 novembre 1981, du 26 juin 1998 et du 13 septembre 2005.

13. point 51 de l'arrêt.

réservent dans les domaines respectivement de la coopération douanière et de la lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de la Communauté, l'application du droit pénal national et l'administration de la justice aux États membres n'est pas de nature à remettre en cause cette conclusion (...) ¹⁴ ;

- dans ces conditions, la décision-cadre, en empiétant sur les compétences que l'article 175 CE attribue à la Communauté, méconnaît dans

Au-delà des transferts de compétences consentis par les États membres lors de la ratification des traités européens

son ensemble, en raison de son indivisibilité, l'article 47 UE » ¹⁵ ;

Cet arrêt a été analysé comme une communautarisation partielle du droit pénal allant au-delà des transferts de compétences consentis par les États membres lors de la ratification des traités européens, du fait de l'adoption par la Cour de Justice des Communautés européennes d'une vision large de la protection de l'environnement, en tant qu'objectif essentiel « transversal et fondamental » de la Communauté et de la primauté de l'exigence d'effectivité des normes communautaires pour justifier une compétence du premier pilier, autorisant l'adoption de mesures en relation avec le droit pénal des États membres.

Par ailleurs, il apparaît que la Cour de Luxembourg n'impose au législateur communautaire aucune limite quant à la portée des normes pénales qu'il pourrait édicter, dès lors qu'il les estime nécessaires pour garantir la pleine efficacité des normes communautaires.

Le second arrêt de la Cour de Justice des communautés européennes, en date du 23 octobre 2007, procède de la même analyse.

En effet, pour justifier l'annulation d'une décision-cadre 2005/667 JAI du Conseil du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires, la Cour a rappelé qu'en vertu de l'article 47 du traité sur l'Union européenne « aucune des dispositions du traité CE ne saurait être affectée par une disposition du traité UE ¹⁶ ».

Au surplus et dans la continuité de sa jurisprudence, elle a précisé que s'il est vrai que, « en principe, la législation pénale tout comme les règles de procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté ¹⁷... », il n'en demeure pas moins que le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, peut imposer aux États membres l'obligation d'instaurer de telles sanctions pour garantir la pleine

effectivité des normes qu'il édicte dans ce domaine ¹⁸ ».

Enfin, la Cour de Justice a constaté que « dans la mesure où les articles 2, 3 et 5 de la décision-cadre 2005/667 visent à garantir l'effectivité des normes adoptées dans le domaine de la sécurité maritime, dont le non-respect peut avoir des conséquences graves pour l'environnement, en imposant aux États membres l'obligation de sanctionner pénalement certains comportements, ces articles doivent être considérés comme ayant essentiellement pour objet l'amélioration de la sécurité maritime, de même que la protection de l'environnement (...) ¹⁹ ».

C'est pourquoi, elle a conclu que « la décision-cadre 2005/667, en empiétant sur les compétences que l'article 89 paragraphe 2 CE attribue à la communauté, méconnaît l'article 47 UE et doit, en raison de son indivisibilité, être annulée dans son ensemble ²⁰ ».

Cette jurisprudence, aux termes de laquelle l'UE est compétente pour fixer les sanctions pénales en matière d'atteintes à

Notes

14. point 52 de l'arrêt.

15. point 53 de l'arrêt.

16. Cf. le point 52 de l'arrêt rendu en 2007 (la CJCE ayant ajouté que « cette même exigence figure au premier alinéa de l'article 29 UE ».) Cf. également le point 38 de l'arrêt de 2005.

17. arrêts Casati, Lemmens et Commission contre Conseil précités.

18. Cf. point 66 de l'arrêt du 23/10/2007

19. « et auraient pu valablement être adoptés sur le fondement de l'article 80 paragraphe 2 CE » ; Cf. le point 69 de l'arrêt.

20. point 74.

l'environnement, a permis d'illustrer « la force attractive des compétences implicites de l'Union européenne²¹ » et de constater « un transfert silencieux du pouvoir de détermination des sanctions pénales relatives à des compétences relevant des 2^{ème} et 3^{ème} pilier au sein du 1^{er} pilier²²».

Dans la continuité, la Commission a présenté plusieurs propositions de directives visant à ériger en *infractions pénales* certaines atteintes graves à l'environnement²³ et a, ce faisant, apporté une réponse au Ministère de la Justice français, qui s'était demandé si « la Commission ne pourrait pas être tentée d'en déduire que relèvent de la compétence communautaire, non seulement l'obligation d'incriminer et de sanctionner pénalement certains comportements, mais également le choix de la nature des sanctions, voire l'harmonisation des seuils de répression ».

III - Depuis le Traité de LISBONNE

En supprimant le 3^{ème} pilier²⁴ et en dédiant un titre spécifique à l'environnement²⁵, le traité de Lisbonne n'a fait que consacrer cette évolution ; en effet, ce traité, signé le 13 décembre 2007, a prévu que « la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union (...) ²⁶ » et que dans ce contexte, il convient de privilégier des

mesures d'harmonisation en matière de protection de l'environnement .

Quant à l'article 83 du TFUE, il prévoit que le Parlement et le Conseil puissent « établir des règles minimales relatives à la définition des infractions et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière²⁷».

Évoquée par l'Assemblée nationale dans un rapport d'information sur la création d'un parquet européen²⁸, l'harmonisation minimale des incriminations et des sanctions est considérée aujourd'hui comme un impératif, pour éviter le phénomène de « forum shopping ».

Elle constitue déjà une réalité en matière de lutte contre la criminalité grave transnationale²⁹, avec la récente directive européenne concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène, ainsi que la protection des victimes³⁰.

Cette directive 2011/36 du Parlement et du Conseil vise à modifier et à étendre les dispositions de la décision-cadre du 19 juillet 2002 « en établissant des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions (...) » et « introduit des dispositions communes (...) pour renforcer la protection des victimes »³¹.

Il convient à cet égard de rappeler qu'à l'issue des travaux

d'un groupe d'experts, publiés en 1997, un « corpus juris » avait déjà été identifié³², et que le programme de Stockholm a notamment considéré la lutte contre la traite des êtres humains comme une priorité.

Il appartiendra à chaque Etat membre de l'Union européenne de transposer ladite directive³³, ainsi que celles qui seront élaborées dans les domaines de criminalité visés à l'article 83 du TFUE, dans le respect des droits fondamentaux³⁴ et de la procédure pénale européenne en cours d'élaboration³⁵, préalable à la création d'un parquet européen³⁶.

Gwen Keromnes

Notes

21. pour une évocation de la doctrine de la compétence communautaire implicite relative à l'adoption de dispositions pénales, cf. le rapport NASSAUER.

22. Ramu de BELLESCIZE

23. Cf. en particulier, les propositions en date du 24 novembre 2005 et du 9 février 2007 relatives à la protection de l'environnement par le droit pénal ; la seconde a fait l'objet d'un vote au Parlement européen le 21 mai 2008.

24. Au sujet du rôle du troisième pilier dans l'eupéanisation du droit pénal, un bilan synthétique à la veille de la réforme des traités, Cf. l'article d'Alexandro BERNARDI in, RSC octobre/décembre 2007, page 713.

25. titre XX du traité de Lisbonne.

26. Cf. l'article 191 du traité,

27. Cf le paragraphe 1, ainsi que le paragraphe 2, lesquels visent les directives.

28. Cf le rapport n° 3608 (juin 2011)

29. Abordée notamment au titre de 32 catégories d'infractions ne nécessitant pas de contrôle de double incrimination .

30. remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil.

31. Cf. l'article 1^{er} de la directive .

32. avec 35 règles de droit pénal ou de procédure pénale communes.

33. au plus tard le 6 avril 2013 pour la directive 2011/36.

34. Cf. la charte du 7 décembre 2000

35. Cf. le projet de texte relatif à la décision d'instruction européenne en matière pénale proposition de directive relative au droit à l'information

36. prévu par l'article 86 du TFUE.

Vie de l'Association

L'assemblée générale et le conseil d'administration de notre association se sont réunis samedi 28 janvier 2012 dans les locaux parisiens de l'école nationale de la magistrature.

A cette occasion, le bureau de l'association a été modifié par l'arrivée au poste de secrétaire générale, Caroline CHARPENTIER qui, après un détachement au Kosovo, est désormais en poste à Marseille en tant que juge d'instruction.

Par ailleurs, la Direction du département "formation" au sein de l'AMUE sera dorénavant assurée par Madeleine ALIBERT, auditrice de justice de la promotion 2011.



De gauche à droite :

- Alexandre TREMOLIERE, trésorier et directeur du département "colloques" (juge à SENS),
- Nicolas DELEUZE, Président de l'Association (juge à PERPIGNAN),
- Philippe BRUEY, vice-président (magistrat en détachement au Ministère de l'Economie),
- Caroline CHARPENTIER, secrétaire générale, porte-parole et directrice du département "relation avec les institutions communautaires" (Juge d'instruction à MARSEILLE).



Association des Magistrats de l'Union Européenne
European Judges and Prosecutors Association
amue-ejpa.org

Retrouvez toute l'actualité de l'association des magistrats de l'Union européenne, et tous les débats de l'Europe de la justice, sur le site internet de l'AMUE:

www.amue-ejpa.org

Avec notamment les rubriques : actualité communautaire, coopération, communication, études et documents, colloques, liens utiles, Blog.

Adhésion à l'AMUE

Adhérer à l'Association des magistrats de l'Union européenne, c'est :

- intégrer un réseau de magistrats de plus de 11 pays européens ;
- participer aux débats d'actualité sur la coopération judiciaire et le rapprochement institutionnel entre les pays membres de l'Union européenne ;
- être informé des actualités, des appels d'offre, etc.

Retrouvez le bulletin d'inscription en ligne sur le site de l'AMUE !

Pour nous contacter : contact@amue-ejpa.org



Crédits photographiques :

Page 3 : www.romaniatourism.com

Page 4 : www.nupge.ca

Page 9 : www.bloc.com

Page 14 : www.amue-ejpa.org