



HAL
open science

Retours sur la décision du Conseil constitutionnel “ loi immigration ” ... Aspects répressifs

Marion Lacaze

► **To cite this version:**

Marion Lacaze. Retours sur la décision du Conseil constitutionnel “ loi immigration ” ... Aspects répressifs. Retours sur la décision du Conseil constitutionnel “ loi immigration ” : expression de l’État de droit ou “ hold-up démocratique ”?, CERCCLÉ, UNIVERSITE DE BORDEAUX, Feb 2024, BORDEAUX, France. hal-04481591

HAL Id: hal-04481591

<https://hal.science/hal-04481591>

Submitted on 28 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Trame pour la communication orale lors de la conférence-débat

Retours sur la décision du Conseil constitutionnel « loi immigration » : expression de l'État de droit ou « hold-up démocratique » ?

dir. Pauline Gervier, 6 février 2024, Université de Bordeaux.

Aspects répressifs

Marion LACAZE,

Maître de conférences à l'Université de Bordeaux, ISJ (EA 4601)

Si l'on s'en tient aux définitions du Conseil constitutionnel, il faudrait, pour traiter des aspects répressifs de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024, limiter l'étude aux dispositions permettant le prononcé de « *peines et sanctions ayant le caractère d'une punition* », et aux procédures associées. Mais cette approche serait très restrictive car en réalité, la dimension répressive de cette loi est bien plus large.

Une idée directrice se dégage en effet de la loi adoptée et de son esprit : l'assimilation de l'étranger à un délinquant, au moins potentiel.

Le format de cette intervention ne permet pas de tout étudier et seuls certains points essentiels seront développés.

Dans sa dimension pénale, la loi comporte quelques dispositions qui protègent l'étranger contre les passeurs ou ceux qui profitent de sa misère¹. Comme ce n'est pas ce qui soulève le plus de débats, elles ne seront pas exposées même si l'articulation de certaines dispositions nouvelles avec les incriminations préexistantes peut entraîner des difficultés voire des effets pervers².

¹ V. art. 53 à 55 de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024.

² Les victimes de traite des êtres humains, et désormais celles de soumission à des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine, peuvent bénéficier de titres de séjour pendant la durée de la procédure pénale, ce qui n'est pas prévu pour les victimes des personnes poursuivies sur le fondement d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier. L'aggravation des peines pour cette dernière incrimination diminuant encore l'intérêt répressif de la qualification de traite des êtres humains, infraction complexe plus difficile à caractériser, il est à craindre que cette dernière soit encore davantage délaissée dans le choix des fondements des poursuites, au détriment de la protection susmentionnée de l'art. L452-1 du CESEDA.

Le plus important, et le plus signifiant, réside dans la répression, assumée comme telle ou non, de l'étranger. Comme le discours politique qui l'a portée, la loi adoptée reposait très largement sur la figure de « l'étranger délinquant » et, nourrissait la confusion entre ces deux qualités. Il y a pourtant, d'un point de vue juridique, deux questions distinctes :

- Celle de la répression pénale de l'étranger effectivement délinquant : c'est la question, mal nommée, de la "double peine". Ce versant demeure dans la loi promulguée.
- Celle de la pénalisation de l'irrégularité de la situation administrative de l'étranger, ce qui conduit à faire de tout étranger en situation irrégulière un délinquant, et, en pratique, du droit pénal un instrument au service de la police administrative. Le délit de séjour irrégulier a été censuré par le Conseil mais ce n'est qu'une censure procédurale qui ne dit rien, alors de la constitutionnalité d'un tel délit... délit déjà repris par une proposition de loi sénatoriale déposée le 29 janvier dernier³.

Les questions sont juridiquement très différentes, même si elles se nourrissent des mêmes amalgames, et que cette loi participe fortement à les rapprocher.

On va voir d'abord la question de la pénalisation de la situation administrative, pour l'essentiel censurée (I), avant d'étudier de plus près la "double peine" et ses avatars, non censurés (II).

I. La pénalisation de l'irrégularité de la situation administrative

Aux côtés de dispositions non formellement répressives qui ne seront que rapidement évoquées (A), la loi adoptée réintroduisait une incrimination de séjour irrégulier (B).

A. La coercition non formellement répressive

La question du durcissement du régime du placement rétention dans les centres de rétention administrative n'est pas développée car elle est technique et nécessiterait des explications que le format de cette intervention ne permet pas⁴. Par ailleurs, formellement, cette mesure n'a pas de dimension punitive. Formellement seulement parce que c'est une

³ [Texte n° 288](#) (2023-2024) de M. Stéphane RAVIER, déposé au Sénat le 29 janvier 2024. Il faut désormais ajouter la Proposition de loi visant à rétablir le délit de séjour irrégulier, [n° 2171](#), déposée le mardi 13 février 2024 à l'Assemblée nationale.

⁴ Si la loi exclut, après plusieurs condamnations par la Cour européenne des droits de l'Homme, la rétention des mineurs, elle comporte également des dispositions défavorables aux intéressés, et qui peuvent être lourdes de conséquences. En particulier, il faut noter le report de l'intervention du JLD à quatre jours ; v. art. 75 de la loi n° 2024-42.

privation de liberté et que les travaux parlementaires montrent, une nouvelle fois, qu'elle est souvent conçue comme une sanction par les parlementaires⁵...

Il faut en revanche signaler une des rares censures au fond, relative à la prise d'empreintes ou de photographies sans consentement et donc, par la contrainte, non pas seulement juridique mais physique. Certes, le Conseil constitutionnel a censuré⁶. Mais il ne s'oppose pas au principe même de cette possibilité, jusqu'ici -et depuis peu-réservée à la matière pénale⁷. Le Conseil a censuré en raison de l'insuffisance des garanties procédurales. *A contrario*, donc, le législateur sera libre de réintroduire la mesure pour peu que celle-ci soit autorisée par un magistrat et accompagnée de droits, comme celui à l'assistance d'un avocat. Verre à moitié vide ou à moitié plein : l'étranger peut ne pas être plus mal traité qu'un suspect d'infraction pénale...mais il ne le sera pas forcément mieux.

B. Le délit de séjour irrégulier

La disposition la plus emblématique du volet répressif était certainement la réintroduction du délit de simple séjour irrégulier, supprimé par la loi du 31 décembre 2012⁸, quasiment sous la contrainte de la CJUE. Il faut rapidement revenir sur le contexte de cette suppression pour comprendre les enjeux actuels.

En 2011, par les arrêts *El Dridi* puis *Achughbavian*, la Cour de Justice de l'Union européenne avait jugé contraire à "l'effet utile" de la "directive retour" de 2008⁹ l'imposition d'une peine d'emprisonnement au seul motif du caractère irrégulier du séjour de l'étranger ressortissant d'un Etat tiers (hors UE / Schengen)¹⁰. Une telle peine n'est permise par le droit de l'Union que si l'ensemble des mesures administratives coercitives poursuivant l'éloignement a été mis en œuvre sans succès. Privé de peine d'emprisonnement, le délit de séjour irrégulier avait perdu tout son intérêt : la garde à vue n'était plus possible¹¹. Or c'était bien, à l'époque, la garde à vue qui constituait le principal intérêt de cette incrimination du

⁵ V. not. la discussion relative à l'amendement introduisant le délit de séjour irrégulier : « *Ce faisant, l'assignation à résidence ou la rétention administrative, particulièrement lourdes et traditionnellement réservées aux profils les plus dangereux, ne seront plus les seules armes à la disposition des pouvoirs publics pour sanctionner effectivement, à l'issue d'une procédure de retenue, la présence irrégulière d'une personne sur le territoire* », 6 novembre 2023, amendement n° 342 rect. bis.

⁶ Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, §140 à 143.

⁷ Art. 55 al. 5 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2022-52 du 24 janvier 2022 ; v. ég. CC, décision n° 2022-1034 QPC du 10 février 2023 s'agissant des mineurs.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ CJUE [1^{ère} ch.], 28 avr. 2011, C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi c/ Italie* et CJUE (GC), 6 déc. 2011, n° C-329/11, *Alexandre Achughbavian c/ Préfet du -Val-de-Marne*.

¹¹ Art. 62-2 du code de procédure pénale.

séjour irrégulier : elle était indispensable à la mise en œuvre de l'éloignement car c'était le seul cadre pour priver l'étranger de liberté entre le contrôle d'identité ou de titre permettant de soupçonner l'irrégularité de sa situation et son placement en rétention administrative¹². En l'absence d'autre infraction, les circulaires ministérielles étaient claires : les poursuites ne devaient pas être engagées pour laisser prospérer la reconduite à la frontière¹³.

Même si le législateur n'a cessé d'interpréter les restrictions posées par la CJUE de façon restrictive, on pouvait penser la question du délit de simple séjour irrégulier close depuis la loi du 31 décembre 2012. En plus d'abroger le délit de séjour irrégulier, elle avait créé une « retenue à fins de vérification de la situation administrative de l'étranger », sorte d'*ersatz* de garde à vue, qui permet d'atteindre le même objectif par une privation de liberté qui peut désormais atteindre une durée de 24h¹⁴.

Pourtant, le délit de séjour irrégulier a été réintroduit en 1^{ère} lecture au Sénat, et définitivement adopté avant d'être censuré par le Conseil Constitutionnel. Mais comme cela a été dit, la censure repose sur un motif procédural¹⁵ et la question de la conformité à la Constitution d'un tel délit reste entière. Il faut la poser car même si son intérêt répressif est très incertain, sa réintroduction est tout un symbole, et une grande partie des parlementaires y est manifestement attachée. Avec un tel délit, en effet, tout étranger en situation irrégulière devient, *ipso facto*, un délinquant, ce qui n'est plus le cas depuis 2012 même si des incriminations reposant sur l'irrégularité de la situation administrative demeurent¹⁶.

Le retour de l'incrimination du séjour irrégulier étant déjà repris par des propositions de loi, on peut se demander s'il serait conforme à la Constitution. Cela est probable, mais pas certain.

C'est probable car le Conseil Constitutionnel s'était prononcé, en février 2012¹⁷, dans le sens de la conformité au principe de nécessité du droit pénal, de l'ancien délit de séjour irrégulier. Rendue entre les décisions *Achughbadian* et la suppression législative du délit, cette décision QPC est un cas d'école sur l'indépendance des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel avait en effet jugé la peine d'emprisonnement alors prévue par la loi conforme au principe de nécessité des peines, peu important que cette peine d'emprisonnement ne soit plus applicable depuis 2011 en vertu du droit de l'Union. Malgré le paradoxe, la solution n'était pas étonnante et ne faisait que mettre en œuvre la posi-

¹² V. Observations du Gouvernement de la République française devant la CJUE dans l'affaire C-329/11, *Achughbadian*, 27 sept. 2011.

¹³ V. not. Circulaire du 21 févr. 2006, *Conditions de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, garde à vue de l'étranger en situation irrégulière, réponse pénale*, BOMJ, n° 101.

¹⁴ Art. L813-1 et s. du CESEDA.

¹⁵ Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, §85 et §86, qui souligne : « sans que le Conseil constitutionnel ne préjuge de la conformité du contenu de ces dispositions aux autres exigences constitutionnelles ».

¹⁶ V. le Titre II du Livre VIII du CESEDA, art. L820-1 et s.

¹⁷ Décision n° 2011-217 QPC du 3 février 2012.

tion constante du Conseil depuis 1975 : il ne lui appartient pas de vérifier le respect des engagements internationaux de la France.

Pour en revenir au délit adopté, puis censuré, et de nouveau proposé par des parlementaires, il faut souligner que, si l'on a beaucoup entendu ceux qui souhaitent modifier la Constitution pour se soustraire au droit de l'Union européenne, ce délit s'inscrit néanmoins dans le cadre permis par celui-ci. Aucune peine d'emprisonnement n'était – ni n'est – prévue, simplement une peine d'amende et une peine complémentaire d'interdiction du territoire français.

Moins sévèrement réprimée que l'ancien délit, une telle incrimination paraît, *a priori* et *a fortiori*, conforme au principe de nécessité des peines. Il semble pourtant que l'on puisse défendre le contraire. En l'absence d'emprisonnement, il ne restait (ou ne reste dans les propositions de loi), qu'une peine d'amende à titre de peine principale. Son montant de 3750 euros était suffisant pour faire de l'infraction un délit, et ainsi permettre la peine complémentaire d'interdiction du territoire français. Or nul ne doutait, et pas même les membres de la commission mixte paritaire¹⁸, que ce n'était pas dans la peine d'amende que résidait l'intérêt de la pénalisation. Les intéressés ne sont pas, le plus souvent, en mesure de payer des amendes, et leur recouvrement paraît encore plus illusoire si l'éloignement est mis en œuvre. Outre sa dimension symbolique, la seule utilité du délit résidait alors dans sa peine complémentaire. Peine complémentaire d'autant plus intéressante que, prononcée à titre de peine principale, aucun relèvement ne peut être espéré par l'étranger. Un tel relèvement n'est tout simplement pas possible juridiquement dans ce cas, et le Conseil Constitutionnel n'y a rien trouvé à redire au motif -cocasse- qu'une grâce présidentielle est toujours possible¹⁹...

Mais alors, pourquoi ce doute sur la constitutionnalité d'un tel délit ?

Parce que le principe de nécessité des peines, et le droit de mener une vie familiale normale s'agissant des mesures non répressives, imposent qu'aucune mesure moins attentatoire aux droits et libertés constitutionnellement garantis ne soit suffisante pour atteindre le résultat légitime recherché. Une décision du Conseil du 7 août 2020 a ainsi pu juger une mesure de sûreté terroriste non nécessaire au motif que le droit permettait déjà d'atteindre le but poursuivi, notamment grâce à des mesures de police administrative (MICAS)²⁰. Le raisonnement est tout à fait transposable ici : la peine d'interdiction du territoire français a pour seul objet la reconduite à la frontière de l'étranger, qu'elle emporte « *de plein*

¹⁸ V. not. les propos de M. Naegelen, défendant l'adoption de l'incrimination en reconnaissant : « *il y a peu de chances que la peine d'amende soit prononcée ; du reste, elle n'est pas l'élément principal de cet article* ». Il semble par ailleurs que les arguments d'ordre procéduraux invoqués comme émanant des policiers, en particulier en matière de fichiers, ne doivent pas entrer en considération et soient, en toute hypothèse, assez largement fallacieux eu égard aux possibilités déjà existantes en la matière, et à l'interconnexion de certains fichiers.

¹⁹ Décision n° 2015-501 QPC du 27 novembre 2015, §11.

²⁰ V. Décision n° 2020-805 DC du 7 août 2020 : « *c'est à la condition qu'aucune mesure moins attentatoire aux droits et libertés constitutionnellement garantis ne soit suffisante pour prévenir la commission de ces actes et que les conditions de mise en œuvre de ces mesures et leur durée soient adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.* »

*droit*²¹ ». Or, en cas de situation administrative irrégulière, un tel éloignement peut déjà être réalisé dans un cadre de police administrative, par une OQTF (Obligation de quitter le territoire français). L'incrimination du séjour irrégulier n'apporte finalement rien d'autre... si ce n'est un transfert du contentieux d'un juge administratif submergé par le contentieux des étrangers vers un juge pénal au moins aussi chroniquement engorgé... On peut enfin s'interroger sur l'étonnante subordination de l'engagement des poursuites à l'existence préalable d'une retenue à fins de vérification du titre de séjour, dans la loi censurée comme dans les propositions de loi déposées²².

L'imbrication, politique et juridique, de la répression pénale et de l'éloignement se retrouve dans les questions liées à la "double peine".

II. La « double peine »

Sur la question de la "double peine", il faut commencer par souligner que ce terme, constamment utilisé, ne veut, juridiquement, pas dire grand-chose. Quand on y regarde de plus près, on observe que cela désigne des choses très différentes dont aucune, soit dit en passant, n'avait été supprimée par le ministre de l'intérieur Sarkozy, comme on l'a pourtant beaucoup entendu pendant vingt ans...

Alors, qu'est-ce que celle soit - disant « double-peine »?

Soit cela renvoie à la peine d'interdiction du territoire, véritable peine qui concerne les délinquants étrangers, mais qui n'est pas plus « double » que toute peine complémentaire. Soit cela renvoie à la procédure d'expulsion, qui peut en effet s'ajouter à la répression pénale, mais qui n'est pas une peine mais une mesure de police administrative de nature préventive, reposant sur le risque de trouble à l'ordre public. La formule chère au ministre de l'intérieur « *d'expulsion des étrangers délinquants*²³ » s'inscrit donc dans une confusion entre les deux

²¹ Art. 131-30 al. 2 du code pénal.

²² Cela n'est pas sans soulever des difficultés, notamment au regard du principe d'égalité devant la loi, et paraît de nature à soulever de graves incertitudes et un contentieux complexe. Bien souvent, en effet, ce n'est qu'au stade de la garde à vue ou de la retenue que peut être déterminé le fondement précis des poursuites en matière d'infractions à la législation sur les étrangers. Faut-il comprendre que, si un étranger soupçonné de maintien irrégulier sur le territoire après épuisement des mesures de police administrative est placé en garde à vue sur ce fondement, il ne sera plus possible de le poursuivre sur le fondement du délit de séjour irrégulier s'il apparaît finalement que les conditions du délit de soustraction à une mesure d'éloignement ne sont pas remplies et que seul le délit de séjour irrégulier est constitué ? Une telle restriction procédurale à l'exercice des poursuites est difficilement compréhensible et non expliquée par les travaux parlementaires. Peut-être s'agit-il là d'une lecture, erronée, des restrictions posées par l'arrêt *Achughbadian*, qui n'excluait pourtant pas une mesure telle que la garde à vue, mais simplement la peine qui est nécessaire, en droit interne, pour qu'une garde à vue soit possible.

²³ Il suffit de consulter le compte X ex-twitter du Ministre pour y trouver de nombreux messages égrenant des prénoms de personnes expulsées, ou que la loi ancienne ne permettait pas d'expulser, et désignés comme « étrangers délinquants » avant que ne soient mentionnées des condamnations mais aussi, et le plus souvent, le fait que l'intéressé soit « fiché S » ou simplement « *connu des services de police* », ce qui signifie seulement qu'il apparaît dans un fichier de police tel que le TAJ, ce qui n'implique aucune reconnaissance de culpabilité, poursuites ni même parfois mise en cause véritable.

hypothèses, étant souligné par ailleurs que le qualificatif de « délinquant » est employé à la fois pour des personnes effectivement condamnées pénalement mais également pour des individus simplement « connus des services de police », ce qui est très différent ...

On peut toutefois reconnaître une certaine cohérence puisque la loi nouvelle accentue la proximité entre les deux hypothèses, qui semblent, encore davantage que précédemment, n'être que deux voies, non incompatibles, permettant la reconduite à la frontière tout étranger, délinquant, ou qui pourrait l'être, ou qui pourrait le devenir. L'amalgame entre les situations, au-delà des discours politiques, se retrouve jusque dans leur inclusion commune dans un même article de la loi : l'article 35. Or, si la partie de cet article relative à l'expulsion a bien été contrôlée par le Conseil, sa décision ne dit rien de la peine d'interdiction du territoire. On peut amèrement le regretter mais il faut souligner qu'aucune des saisines ne contestait cet aspect, comme elles ne contestaient pas d'autres dispositions pourtant très problématiques à l'égard des principes du droit pénal.

On va développer un peu sur le domaine de la peine d'interdiction du territoire (A) comme sur celui de l'expulsion et des refus de titres de séjour (B).

A. La peine d'interdiction du territoire français

Comme dit précédemment, la peine d'interdiction du territoire, définitive ou à temps, est une peine complémentaire applicable en matière délictuelle ou criminelle. Elle peut concerner des étrangers en situation irrégulière mais aussi des étrangers en situation régulière. À la suite de condamnations de la France par la Cour européenne, sur le fondement, en particulier, du droit au respect de la vie privée et familiale, une loi de 2003 était venue protéger, totalement ou partiellement, certains étrangers contre le prononcé de cette peine²⁴. En raison de liens particuliers de l'étranger condamné avec la France, cette peine était parfois exclue,

Gérald DARMANIN @GDarmanin

[THREAD]

Hier, dimanche 29 octobre, 8 étrangers délinquants et/ou radicalisés ont été renvoyés du territoire national.

Parmi eux

D.M.N., 41 ans, connu des services de police pour viol sous la menace d'une arme. Placé au centre de rétention administrative du Mesnil-Amelot, il a été renvoyé dans son pays d'origine hier.

...

Gérald DARMANIN @GDarmanin

[THREAD]

Hier, mardi 9 janvier, 13 étrangers délinquants ont été renvoyés du territoire national. Parmi eux :

👉 H.A., 37 ans, connu des services de police pour menaces de mort et violences sur personne dépositaire de l'autorité publique, vols et recel. Placé au centre de rétention administrative de Lyon, il a été renvoyé du territoire national hier.

19:43 · 10 janv. 24 · 222K Vues

Gérald DARMANIN @GDarmanin

[THREAD]

Hier, mercredi 10 janvier, 17 étrangers délinquants et/ou radicalisés ont été renvoyés du territoire national. Parmi eux :

👉 A.H., 36 ans, fiché FSPRT au titre de la radicalisation religieuse. Condamné à 15 ans d'emprisonnement pour homicide volontaire, provocation directe à un acte de terrorisme, menaces de mort sur personne dépositaire de l'autorité publique et rébellion. Placé au centre de rétention administrative de Oissel, il a été renvoyé dans son pays d'origine hier.

²⁴ 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.

parfois simplement subordonnée à une décision spécialement motivée²⁵. La loi nouvelle étend le domaine de cette peine (1) et réduit celui de ces protections (2).

1. Le domaine de la peine d'ITF

Avant la nouvelle loi, la peine d'ITF était une peine complémentaire spéciale, qui devait être prévue au cas par cas par le législateur pour chaque incrimination²⁶. C'était très souvent le cas, et systématique pour les infractions en matière d'immigration irrégulière.

La loi du 26 janvier 2024 fait de cette peine complémentaire une peine complémentaire générale, applicable, pour tous les crimes ou délits punis de 3 ans d'emprisonnement ou davantage, le législateur restant libre de la prévoir pour des délits moins graves par une disposition expresse²⁷.

Même si de nombreux délits prévoyaient déjà la possibilité d'une ITF, l'extension reste considérable : il suffit de feuilleter un code pénal pour voir que l'immense majorité des délits sont concernés. Il n'existe que peu de délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure ou d'une seule peine d'amende. Ainsi, par exemple, un vol simple, c'est-à-dire sans violence ni dégradation, par une personne seule dans un lieu non spécialement protégé...c'est déjà 3 ans d'emprisonnement encouru²⁸ ! Car il faut le souligner, c'est bien la peine encourue qui est déterminante, pas la peine prononcée.

La conformité d'un tel domaine d'application au principe de nécessité des peines pouvait alors paraître douteuse, malgré la mention législative de la nécessaire individualisation de la peine au regard de la situation personnelle de l'étranger. C'est sans doute d'autant plus vrai que le nouvel article 131-30 prévoit que sa durée peut être de dix ans au plus, ou qu'elle peut être prononcée à titre définitif. Ceci dans distinction ni précision légale selon la gravité de l'infraction considérée... Outre la question de la conformité au principe de nécessité, on pourrait s'interroger sur le respect du principe de légalité des peines. Un vol simple pourra alors être sanctionné par une peine d'ITF définitive. Mais les saisines parlementaires, aussi incroyable que cela puisse paraître, n'ont pas contesté cette extension, qui sera sans doute beaucoup plus difficile à combattre, au cas par cas, par voie de QPC, et d'autant plus que la Cour de cassation filtre sévèrement les questions de constitutionnalité fondées sur le principe de nécessité des peines.

²⁵ V. respectivement art. 131-30-2 et 131-30-1 anciens du code pénal.

²⁶ Art. 131-30 ancien du code pénal.

²⁷ Art. 35 de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024.

²⁸ Art. 311-3 du code pénal.

2. Les protections contre la peine d'ITF

Les auteurs des saisines n'ont pas non plus contesté les restrictions drastiques des protections qui existaient contre cette peine. Auparavant, l'article 131-30-1 du code pénal subordonnait le prononcé de cette peine à une décision spécialement motivée dans toute une série d'hypothèses (par exemple l'étranger parent ou conjoint depuis au moins trois ans d'un français...). Cet article a été abrogé. Par ailleurs, la peine d'ITF ne pouvait pas être prononcée à l'égard d'autres catégories d'étrangers, par ex. celui qui réside régulièrement en France depuis l'âge de treize ans ou depuis plus de vingt ans²⁹. Il existait déjà des cas d'exclusions de la protection mais ils étaient limités aux atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, aux actes de terrorismes et aux violences conjugales lorsque le titre de séjour reposait sur la situation de famille. La loi du 26 janvier 2024 étend considérablement les exclusions en y ajoutant, notamment, l'ensemble des crimes mais aussi l'ensemble des délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, voire 3 ans en cas de réitération. Autant dire qu'il ne reste pas grand-chose des exclusions... dans ces hypothèses, l'ITF redevient possible par une décision spécialement motivée. Là encore, la question de la proportionnalité et du respect du principe de nécessité semblait mériter d'être posée... Mais les saisines n'ont contesté que les dispositions, très similaires, relatives à l'exclusion de la protection contre l'expulsion.

B. Faits infractionnels et décisions administratives

La commission de faits constitutifs d'une infraction peut également désormais justifier une mesure d'expulsion (1) ou un refus d'octroi ou de renouvellement d'un titre de séjour (2).

1. L'expulsion

Conformément à la figure de l'étranger délinquant et aux discours du ministre de l'intérieur, la loi du 26 janvier 2024 a fortement réduit les hypothèses faisant obstacle au prononcé d'une mesure d'expulsion.

On ne peut pas tous les mentionner mais il faut noter que parmi les motifs permettant d'écarter la subordination de la mesure à une « *nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat* » pour les étrangers en principe protégés au titre de leurs liens forts avec la France, on trouve désormais le fait d'avoir fait l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou un délit puni de 3 ans d'emprisonnement ou plus³⁰. Ce seuil est porté à 5 ans en cas de comportements « *de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat* »³¹. Là encore, il faut souligner qu'il est fait référence à la peine encourue et non à la peine prononcée par la condamnation pénale

²⁹ Art. 131-30-2 ancien du code pénal.

³⁰ Art. L631-2 du CESEDA.

³¹ Art. L631-3 du CESEDA.

justifiant la dérogation. Il faut également insister sur le fait que cette possibilité n'est pas entravée par le fait que la juridiction pénale ait délibérément omis, y compris le cas échéant par une décision motivée, de prononcer la peine d'interdiction du territoire français. C'est que ce sont deux mesures distinctes...Pas d'autorité de la chose jugée, donc, même si ce sont finalement les mêmes faits qui ont conduit à la condamnation pénale et qui sont mentionnés pour justifier l'expulsion.

Il est vrai que l'expulsion ne peut pas reposer sur ce seul motif et que, comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 janvier 2024, l'autorité administrative doit en outre et en toute hypothèse, caractériser un trouble pour l'ordre public³². Sous cette réserve qui n'en est pas vraiment une, ces dispositions sont jugées conformes à la Constitution. Pour le Conseil, le législateur a assuré une conciliation qui n'est « *pas manifestement déséquilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public de prévention des atteintes à l'ordre public et la liberté d'aller et venir*³³ ». Les griefs fondés sur le principe d'individualisation des peines et la présomption d'innocence sont – évidemment – écartés car « *la décision d'expulsion ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition*³⁴ ». Dommage que les saisines n'aient pas invoqué ces principes pour la peine d'ITF, pour sa part bien soumise à ces principes. Sans doute les chances de censure auraient-elles été faibles, mais cela aurait au moins imposé au Conseil de se confronter à ces dispositions et, peut-être à leur articulation.

2. Les refus de titres de séjour

Un dernier regret sera exprimé sur une autre lacune particulièrement regrettable des saisines : celle de n'avoir pas contesté, s'agissant des hypothèses relatives au refus de titre de séjour ou de leur renouvellement, la circonstance que l'étranger ait « *commis des faits l'exposant à une condamnation pénale*³⁵ » pour toute une série d'infractions. Il n'est pas question, ici, de condamnation définitive. C'est alors la préfecture qui va apprécier, en dehors de toute procédure juridictionnelle et sans aucune garantie attachée au droit pénal, l'existence d'une infraction pénale, au moins s'agissant de l'élément matériel de celle-ci. Certes, cette décision sera susceptible de recours, mais celui-ci sera enfermé dans l'objet du contentieux administratif, relatif à la légalité de la décision préfectorale et non à l'établissement d'une culpabilité pénale qui n'est pas légalement exigée. Par ailleurs, la loi ne prévoit aucune articulation avec d'éventuelles poursuites pénales ou même avec d'éventuelles décisions pénales définitives... Outre l'atteinte évidente à la présomption d'innocence – au moins dans son versant de droit subjectif puisque le Conseil constitutionnel se refuse à reconnaître le

³² Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, §118.

³³ Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, §120.

³⁴ Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, §125.

³⁵ Art. 7 de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024.

versant processuel du principe en dehors d'une procédure formellement répressive – c'est la séparation des pouvoirs et le monopole du juge judiciaire en matière pénale qui sont fortement ébranlés.

Sans doute n'y avait-il aucune chance que le Conseil constitutionnel revienne sur ses - critiquables- critères de distinction entre mesures préventives et répressives et leurs conséquences relatives au dualisme juridictionnel. Il est néanmoins fort regrettable que les saisines ne l'aient pas obligé à se positionner sur l'instrumentalisation du droit pénal et de sa dimension symbolique, et sur les possibles atteintes à la séparation des pouvoirs, aux principes du droit pénal et à l'exigence d'intelligibilité de la loi.

15 février 2024