

COMMISSION DE REFLEXION
SUR LES PEINES D'INTERDICTION
DU TERRITOIRE

Le Garde des Sceaux
Ministre de la Justice

Paris le 8 juillet 1998

Madame la Présidente,

Des événements récents et douloureux ont montré qu'il convenait de réfléchir à l'ensemble des problèmes posés par le prononcé des peines d'interdiction du territoire à l'égard des étrangers ayant des liens familiaux et privés forts avec la France.

En effet, le code pénal prévoit que les peines d'interdiction du territoire peuvent être prononcées par les magistrats, soit à titre de peine principale soit à titre de peine complémentaire à l'encontre des étrangers qui ont commis des infractions qui relèvent des livres II, III et IV du code pénal. En outre elles peuvent être prononcées pour des infractions à des dispositions autonomes, celles de l'ordonnance de 1945 sur l'entrée et le séjour des étrangers en France (article 19, 21 et 27) ou celles du code du travail.

Certes l'article 131-30 du code pénal dans sa rédaction issue de l'article 37 de la loi du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile a prévu des garanties renforcées lorsqu'est en cause un certain nombre de situations protégées. En particulier, il dispose que 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 condamné. D'ailleurs la loi du 11 mai 1998 a allongé la liste de ces situations qui comprend par exemple des étrangers titulaires d'une rente d'accident de travail ou dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale.

Néanmoins et bien que la loi ait prévu ces cas, une réflexion est d'autant plus importante que la France a souscrit des engagements internationaux, dont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantissent le respect dû à la vie familiale et privée qui s'imposent aux autorités administratives et judiciaires.

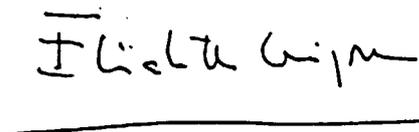
C'est la raison pour laquelle, à la suite de la mission confiée par M. Le Premier ministre à M. GALABERT, Conseiller d'Etat, relative aux « grévistes de la faim » de Lyon, j'ai décidé de mettre en place une commission interministérielle qui devra mener un travail de réflexion et d'étude sur le prononcé des peines d'interdiction du territoire à l'égard de ces étrangers ayant des liens familiaux et privés forts avec la France.

Je vous charge de diriger les travaux de cette commission qui procédera à l'audition de magistrats, de fonctionnaires et d'associations, comme de personnalités particulièrement intéressées par l'application de la loi pénale dans ce domaine.

Ce travail de réflexion et d'étude que je souhaite voir aboutir avant le 15 novembre de cette année, permettra de formuler des propositions au Gouvernement relatives à l'action publique dans le domaine de l'application des peines d'interdiction du territoire.

La Direction des affaires criminelles et des grâces et notamment la sous direction des affaires pénales générales et des grâces, ainsi que les autres services de la Chancellerie en tant que de besoin, vous apporteront toute l'assistance nécessaire pour mener à bien l'ensemble de vos travaux.

Je vous prie de recevoir, Madame la Présidente, l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

A handwritten signature in black ink, reading "Elisabeth Guigou". The signature is written in a cursive style and is positioned above a solid horizontal line.

Elisabeth GUIGOU

COMPOSITION DE LA COMMISSION

- **Mme Christine CHANET**, Conseiller à la Cour de cassation, président du comité des droits de l'Homme des Nations Unies *
- **M. Régis de GOUTTES**, Avocat général à la Cour de cassation, ancien président du comité directeur des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe *
- **M. François BERNARD**, Conseiller d'Etat
- **M. François FELTZ**, Inspecteur des services judiciaires
- **M. Yves CARCENAC**, Inspecteur général des affaires sociales
- **M. Jean-Claude KARSENTY**, Inspecteur général de l'administration
- **M. Bernard BOUCAULT**, Préfet de Seine Saint-Denis
- **M. Claude MATHON**, Procureur de la République à Lille

Rapporteurs:

- **Mme Martine VALDES-BOULOUQUE**, Inspecteur des services judiciaires, expert de la France à la commission européenne contre le racisme et l'intolérance du Conseil de l'Europe *
- **M. Mathias GUYOMAR**, Auditeur au Conseil d'Etat

Chargé de mission :

- **M. Christian JACQ**, docteur en droit

** membres de la commission nationale consultative des droits de l'Homme*

SOMMAIRE

Introduction

I - Etat du droit : un cadre juridique fluctuant	page 1
1 - <u>Historique et chronologie des textes</u>	page 1
A - La création de l'ITF	page 3
B - L'apparition de la notion d'étranger protégé en raison de ses liens avec la France	
C - L'exigence d'une motivation spéciale	page 3
2 - Etat du droit existant	page 5
A - Le droit national : un texte récemment modifié	page 5
B - Le droit international à caractère universel : des instruments dispersés	page 6
C - Le droit européen : une juxtaposition de deux systèmes juridiques	page 7
- La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme	page 7
- Le droit communautaire	page 8
D - Eléments de droit comparé : des approches multiples	page 9
- La compétence française n'est pas isolée	page 9
- Les liens avec le pays d'accueil	page 9
II - Analyse critique et propositions	page 10
1 - Etat de la pratique : une application source de confusions	page 10
A - Des statistiques difficiles à exploiter	page 10
B - La coexistence entre l'interdiction judiciaire du territoire et les mesures administratives d'éloignement	page 12
C - Une mesure d'inégale portée	page 14
D - Des pratiques hétérogènes	page 15
2 - <u>Propositions</u>	page 18
- Proposition n° 1 : Limiter l' ITF aux cas de récidive en matière d'infractions à la législation sur les étrangers	page 18
- Proposition n° 2 : Limiter les interdictions définitives aux seules infractions pour lesquelles la réclusion perpétuelle est encourue	page 20

3 - <u>Une prise en compte timide du droit du respect de la vie privée et familiale</u>	page 21
A - Le risque d'une atteinte à la vie privée et familiale	page 21
B - Une détermination délicate du champ d'application de l'article 131-30 du code pénal	page 23
C - Une inefficacité, dans l'état actuel de la pratique, de l'exigence de motivation	page 26
4 - <u>Propositions</u>	page 27
- Proposition n° 3 : Clarifier l'état du droit à l'attention des juridictions	page 27
- Proposition n° 4 : Sensibiliser les barreaux	page 27
- Proposition n° 5 : Améliorer les modalités de la collecte des éléments de personnalité	page 28
- Proposition n° 6 : Favoriser le débat contradictoire dès le début de la procédure	page 31
- Proposition n° 7 : Interdire l'ITF pour les étrangers ayant suivi leur scolarité en France et y résidant habituellement depuis lors	page 31
- Proposition n° 8 : Renforcer l'efficacité de la protection relative des autres catégories d'étrangers	page 33
III - Les obstacles à une mise en oeuvre cohérente du relèvement	page 34
1 - <u>Un régime restrictif</u>	page 34
2 - <u>Propositions</u>	page 37
- Proposition n° 9 : Elargir les possibilités de relèvement	page 37
- Proposition n° 10 : Définir une politique en matière de requêtes en relèvement	page 38
- Proposition n° 11 : Motiver les jugements en matière de relèvement de l'ITF	page 38
IV - Récapitulatif des propositions	page 39

INTRODUCTION

Par lettre de mission en date du 8 juillet 1998, le Garde des Sceaux a chargé une commission de "mener un travail de réflexion et d'étude sur le prononcé des peines d'interdiction du territoire à l'égard des étrangers ayant des liens familiaux et privés forts avec la France".

La commission a, dès sa constitution, rassemblé les études, les statistiques existantes et procédé à la compilation des textes législatifs et réglementaires intervenus depuis 1970 ainsi qu'à l'examen des différentes circulaires et de la jurisprudence pertinente intervenue dans ce domaine.

La commission a ensuite procédé à une trentaine d'auditions, entendant des magistrats judiciaires et administratifs, des associations, des personnalités qualifiées, des avocats ainsi que des représentants des ministères de la justice et de l'intérieur. Privilégiant une approche concrète de la question, des membres de la commission se sont rendus aux parquets de Bobigny et de Paris. La commission a également souhaité élargir son champ de réflexion, d'une part aux questions que posait le respect du droit international, notamment européen, et, d'autre part, à l'étude des modalités de l'éloignement des ressortissants étrangers dans un certain nombre de pays voisins.

C'est à partir de ces analyses et de ces témoignages que la commission a organisé sa réflexion. Celle-ci s'articule autour des quatre points suivants :

- l'état du droit national et international qui révèle un cadre juridique fluctuant;
- l'état de la pratique qui fait apparaître une application source de confusions;
- une prise en compte timide du droit au respect de la vie privée et familiale;
- les obstacles à une mise en oeuvre cohérente du relèvement

De ce diagnostic critique ont découlé un certain nombre de propositions qui sont apparues à la commission de nature à remédier aux principales difficultés recensées. La commission a entendu se placer prioritairement à droit constant. Mais elle n'a pas voulu exclure le recours, en tant que nécessaire, à des réformes d'ordre législatif.

Il n'en reste pas moins vrai que de nombreuses et importantes marges de progrès quant au prononcé des peines d'interdiction du territoire apparaissent aujourd'hui réalisables au moyen d'instructions générales aux parquets. Elles permettront de remédier aux dysfonctionnements qui découlent de l'application de l'interdiction du territoire et d'assurer une meilleure garantie du droit au respect de la vie privée et familiale des étrangers ayant des liens forts avec la France.

I - ETAT DU DROIT : UN CADRE JURIDIQUE FLUCTUANT

Depuis son apparition en droit positif en 1970, jusqu'à la loi n° 98-349 du 11 mai 1998, l'interdiction du territoire français a connu plusieurs régimes juridiques d'inspirations très différentes.

L'historique et la chronologie des textes successivement applicables permettront tout d'abord de mieux appréhender quelles ont été, à cet égard, les interrogations du législateur.

Le droit existant sera ensuite décrit dans ses dimensions nationale, internationale et européenne.

Enfin, des éléments de droit comparé viendront compléter cet édifice juridique sur lequel la commission a construit sa réflexion.

1- Historique et chronologie des textes

La succession, à un rythme très rapide, des divers régimes juridiques de l'ITF est marquée par une double tendance :

- l'élargissement progressif du champ d'application de cette peine quant aux infractions pour lesquelles elle est encourue d'une part,

- la complexité croissante de ses conditions de mise en oeuvre (durée, étrangers concernés, procédure de relèvement) d'autre part.

Antérieurement à l'adoption de la loi du 11 mai 1998 actuellement en vigueur, l'évolution du dispositif législatif a suivi trois étapes principales :

- la création de l'ITF (loi du 31 décembre 1970 et lois suivantes),

- l'apparition de la notion d'étranger protégé en raison de ses liens avec la France (loi du 31 décembre 1991 et lois suivantes),

- l'existence d'une motivation spéciale (lois des 24 août 1993 et 11 mai 1998).

A) La création de la peine d'interdiction du territoire français

L'ITF est introduite dans le droit positif par la loi du 31 décembre 1970 qui modifie le code de la santé publique en prévoyant, à l'article L 630-1, la possibilité pour le juge de prononcer cette peine complémentaire, pour une durée de deux à cinq ans, contre tout étranger condamné pour certaines infractions à la législation des stupéfiants.

L'interdiction définitive du territoire français est encourue par l'étranger reconnu coupable du délit le plus grave (trafics de stupéfiants) prévu à l'article L 627 du code de la santé publique.

En ce dernier cas toutefois (et en celui là seulement), la loi autorise le condamné à solliciter, par voie de requête qui n'est soumise à aucune condition particulière, le relèvement de son interdiction.

Une loi ultérieure (loi du 31 décembre 1987) supprimera cette possibilité de relèvement.

En matière d'infractions à la législation sur les étrangers, l'ITF n'apparaît que beaucoup plus tard, dans la loi du 29 octobre 1981. Et encore n'y fait elle qu'une apparition discrète puisqu'elle n'est alors encourue qu'en cas de récidive d'infraction à l'entrée et au séjour (article 19 de l'ordonnance du 2 novembre 1945) et que sa durée maximale n'est que d'une année.

Les textes ultérieurs viendront durcir ce régime juridique :

- la loi du 3 janvier 1985 portera à trois ans la durée maximale de l'ITF prévue en cas d'infraction à l'article 19 de l'ordonnance du 2 novembre 1945,

- la loi du 9 septembre 1986 supprimera la condition de récidive et autorisera le prononcé d'une interdiction du territoire français en cas d'infraction à l'article 27 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la durée maximale sera, dans ce cas, de 10 ans.

Quant à la possibilité de relèvement de l'interdiction, elle sera ouverte sans condition particulière, en application des dispositions de l'article 55-1 du code pénal (une seule restriction toutefois : le relèvement de l'ITF sera exclu lorsque cette peine aura été prononcée à titre de peine principale en vertu de l'article 43-1 du code pénal).

B) L'apparition de la notion d'étranger protégé en raison de ses liens avec la France

S'inscrivant dans le droit fil des principes énoncés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la loi du 31 décembre 1991 (qui a été précédée de la loi du 2 août 1989) marque une étape importante et adopte une nouvelle logique qui modifie profondément à la fois l'esprit et le régime juridique de cette sanction :

- elle élargit le champ d'application de l'ITF qui peut désormais être prononcée en matière d'infractions liées au travail clandestin et à l'emploi irrégulier de travailleurs étrangers (5 ans maximum) ainsi qu'en matière d'infractions aux articles 21 (5 ans maximum) et 27 (10 ans maximum) de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ;

- mais le prononcé de l'ITF est désormais exclu pour certaines catégories d'étrangers ayant des liens étroits avec la France.

Ces catégories légales, qui reprennent pour l'essentiel, celles des étrangers qui ne peuvent être expulsés (prévues à l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945), sont les suivantes :

- étranger mineur ;
- étranger résidant habituellement en France depuis qu'il a atteint l'âge de 10 ans ;
- étranger résidant habituellement en France depuis plus de 15 ans ou y résidant régulièrement depuis plus de 10 ans ;
- étranger père ou mère d'un enfant français, s'il exerce l'autorité parentale ou subvient à ses besoins ;
- étranger marié avec un français depuis au moins 6 mois, à condition que le mariage soit antérieur aux faits ;
- étranger titulaire d'une rente d'accident de travail ou de maladie professionnelle servie par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente est égal ou supérieur à 20 %.

Toutefois, la loi prévoit que ces exclusions du champ d'application de l'ITF ne jouent pas en cas de condamnation pour les infractions graves à la législation sur les stupéfiants.

Quant aux possibilités de relèvement, elles demeurent inchangées, à une exception près : du fait de l'abrogation du dernier alinéa de l'article L 630-1 du code de la santé publique, les étrangers condamnés à l'interdiction définitive du territoire français peuvent à nouveau solliciter leur relèvement.

Les lois ultérieures élargissent de manière très importante le champ d'application de l'ITF.

Le nouveau code pénal résultant des lois des 22 juillet 1992 et 16 décembre 1992 prévoit en effet que cette peine peut être prononcée pour plus de 200 infractions en matière d'atteintes aux personnes, d'atteintes aux biens et d'atteintes à la Nation, à l'Etat et à la paix publique.

La nouvelle législation maintient le principe de l'exclusion de l'ITF pour certaines catégories d'étrangers protégés en raison de leurs liens étroits avec la France.

Aux termes de l'article 131-30, le nouveau code pénal énonce ces catégories qui sont d'ailleurs très proches, bien que légèrement plus restrictives¹, de celles définies par la loi du 31 décembre 1991.

C) L'exigence d'une "motivation spéciale"

Se situant dans une toute autre logique, la loi du 24 août 1993 marque un nouveau tournant puisqu'elle autorise le prononcé d'une ITF à l'encontre d'un étranger appartenant à une catégorie protégée mais subordonne cette condamnation à l'exigence d'une "motivation spéciale" au regard de la gravité de l'infraction.

Toutefois, cette obligation de "motivation spéciale" disparaît pour toute une série d'infractions graves (crimes contre l'humanité, actes de terrorisme, trafic de stupéfiants notamment) pour lesquelles l'ITF peut être prononcée à l'encontre de tout étranger majeur quelle que soit sa situation personnelle.

Aux termes d'un nouvel article 21 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'exigence de la "motivation spéciale" est étendue, à l'identique, aux ITF prononcées à l'encontre d'étrangers condamnés pour infractions aux dispositions des articles 19, 21, 27 et 33 de ce texte.

¹ Tel est le cas de l'étranger marié à un ressortissant français pour lequel on exige dorénavant que la communauté de vie n'ait pas cessé et que le conjoint ait conservé la nationalité française.

Quant aux catégories d'étrangers protégés, le nouvel article 131-30 du code pénal reprend pour l'essentiel celles de l'ancien texte mais il définit plus strictement une catégorie - en pratique importante - celle des étrangers mariés à des français. La loi nouvelle porte en effet à un an (au lieu de 6 mois) la durée du mariage exigée pour bénéficier de la protection légale.

En ce qui concerne le relèvement de l'ITF, le législateur en durcit les conditions puisqu'il décide, aux termes de l'article 28bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 -actuellement toujours en vigueur et de portée générale - qu'il ne pourra y être fait droit que si l'étranger réside hors de France. Cette disposition ne s'applique cependant pas pendant le temps où le ressortissant étranger subit, en France, une peine privative de liberté sans sursis ou fait l'objet d'un arrêté d'assignation à résidence.

Une circulaire du 11 juillet 1994 énonce que les poursuites judiciaires pour entrée ou séjour irrégulier (article 19 de l'ordonnance du 2 novembre 1945) doivent avoir un caractère exceptionnel. Elle enjoint en conséquence aux parquets de n'exercer l'action publique de ce chef qu'envers les étrangers ayant aussi commis une autre infraction ou faisant l'objet de recherches judiciaires ou de convocations en justice pour autre cause, les autres hypothèses devant relever des mesures administratives prévues par l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Enfin, une autre circulaire, datée du 26 septembre 1995 modifie radicalement ces instructions puisqu'elle invite les parquets à engager l'action publique, même sur le seul fondement de l'article 19 de l'ordonnance précitée, à l'encontre des étrangers dont l'identité n'est pas précisément établie par des documents incontestables.

2 - Etat du droit existant

A) le droit national : un texte récemment modifié

C'est la loi du 11 mai 1998 qui constitue actuellement le droit positif en matière d'ITF.

Tout en maintenant le principe que tous les étrangers majeurs peuvent se voir interdits du territoire français, ce texte renforce les garanties de ceux d'entre eux qui sont protégés en raison de leurs liens étroits avec la France.

Les avancées en ce domaine sont doubles :

- le nouvel article 131-30 du code pénal comprend deux nouvelles catégories d'étrangers ne pouvant faire l'objet d'une ITF sans motivation spéciale² ;

- ce même texte exige que la "motivation spéciale" nécessaire au prononcé d'une ITF à l'encontre d'un étranger protégé se fonde désormais sur deux critères : la gravité de l'infraction et la situation personnelle de l'intéressé.

Les modalités du relèvement de l'ITF n'ont pas été modifiées par la loi du 11 mai 1998.

Le droit positif en ce domaine reste donc celui qui a été décrit précédemment.

B) Le droit international à caractère universel : des instruments dispersés

La matière de l'éloignement du territoire est essentiellement régie par le Pacte international sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966 entré en vigueur le 23 mars 1976.

Parce qu'il est un instrument normatif et dispose d'un organe de contrôle - le comité des droits de l'homme - chargé de veiller au respect de son application, le Pacte offre la protection la plus étendue.

Son article 13 étend en effet à tous les étrangers expulsables les garanties de procédures. A cet égard, le Comité a d'abord précisé, dans ses observations générales concernant cet article, que le terme "expulsion" devait être entendu dans un sens large et autonome. Le comité a ensuite considéré que l'article 13 "est applicable à toutes les procédures tendant à contraindre un étranger à quitter un pays que la législation nationale qualifie ce départ d'expulsion ou qu'elle emploie un autre terme".

Plus prudent quant à la portée de l'article 12§4 du Pacte selon lequel " nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ", le Comité estime pourtant que,

² Il s'agit : - de l'étranger titulaire d'une rente d'accident de travail ou de maladie professionnelle servie par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente est égal ou supérieur à 20 %, - de l'étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire.

par principe, cet article ne se limite pas à la nationalité au sens strict du terme. Il s'applique "à toute personne qui, en raison de liens particuliers qu'elle entretient avec le pays donné, ne peut être considérée dans ce pays comme un simple étranger". En conséquence, puisque cet article interdit que l'entrée du territoire soit refusée à cet étranger, il lui interdit *a fortiori* d'en être expulsé.

L'article 6 n'exige pas nécessairement que les Etats s'abstiennent d'expulser les étrangers vers les pays où la peine capitale est en vigueur. Ils doivent, cependant, s'en abstenir lorsqu'il existe un risque réel que l'étranger y soit soumis.

L'article 7 n'interdit l'expulsion que si l'étranger encourt un risque réel d'être soumis dans le pays de destination à un des actes prohibés par cet article.

Enfin les articles 17 et 23 commandent que l'expulsion ne soit ni illégale, ni arbitraire, ni déraisonnable. Ce qui suppose que, d'une part, la décision d'expulsion ait été prise en vertu de la loi et conformément à l'intérêt légitime de l'Etat et que, d'autre part, toute l'attention voulue ait été portée au cours de la procédure aux liens familiaux de l'intéressé.

C) Le droit européen : une juxtaposition de deux systèmes juridiques

Il s'agit, d'une part, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, d'autre part, du droit communautaire.

1) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les articles 3 et 8 de la Convention s'appliquent tout particulièrement à la matière de l'éloignement.

L'article 3 interdit sans exception la torture et les traitements inhumains et dégradants. Cette protection est opérante à l'égard des décisions fixant le pays de renvoi. Elle ne concerne donc pas l'ITF en tant que telle.

L'article 8 garantit le droit au respect de la vie privée et familiale. Toutefois, le paragraphe 2 de cet article admet des ingérences de la part des autorités étatiques dans l'exercice de ces droits. L'expulsion est une forme d'ingérence. A ce titre, comme toute ingérence, la décision qui la fonde doit être légale, légitime et nécessaire dans une société démocratique, c'est à dire justifiée par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi

(Cour EDH Moustaqim c/ Belgique, 18 février 1991, §43). La proportionnalité implique que l'Etat respecte un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir le droit de l'étranger au respect de sa vie familiale et privée dans le pays d'accueil et la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales (Boughanemi c/ France, 24 avril 1996, §42).

Depuis l'arrêt Boughanemi, la Cour apprécie plus restrictivement les liens familiaux au point que seule l'absence de liens avec le pays d'origine autres que la nationalité paraît pouvoir justifier l'interdiction de l'expulsion. Quatre raisons expliquent cette évolution :

- La prise en compte de la marge nationale d'appréciation laissée aux Etats qui conduit à une interprétation plus prudente de l'article 8 ;

- Le renforcement de la notion d'ordre public par la prise en considération systématique du but de prévention des infractions pénales ;

- L'importance particulière accordé à la gravité de l'infraction dans l'appréciation de la proportionnalité de l'expulsion ;

- L'appréciation par la Cour de la réalité de la vie privée et familiale au jour, non où elle statue, mais au jour de l'expulsion.

2) Le droit communautaire

Le droit communautaire impose une protection renforcée des ressortissants de l'Union Européenne fondée, d'une part, sur l'interprétation restrictive de la notion nationale d'ordre public et, d'autre part, sur le principe de non-discrimination.

C'est la directive 64-221 du 25 février 1964 qui constitue le cadre juridique en la matière. Au regard de l'éloignement, cette directive pose différents types d'obligations relatives aux interdictions, conditions de mise en oeuvre et garanties de procédure. Il en résulte un contrôle renforcé de l'éloignement par la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Ce contrôle pourrait se révéler, à moyen terme, inutile. En effet, il ne doit pas être exclu que la notion de citoyenneté européenne, posée par l'article 8 du Traité sur l'Union Européenne, soit, un jour, interprétée comme interdisant, de manière absolue, tout éloignement des ressortissants communautaires.

On peut donc noter deux incertitudes au regard de l'évolution du droit européen:

- la première est liée aux interrogations relatives à l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ;

- la seconde porte sur le développement, au sein de l'Union Européenne, de la notion de citoyenneté européenne.

D) Eléments de droit comparé : des approches multiples

Il ressort d'une étude de droit comparée menée dans dix pays - Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède et Suisse (voir annexe) - que la compétence pénale française n'est pas isolée et que les liens avec les pays d'accueil sont pris en considération

1) La compétence pénale française n'est pas isolée

La Suisse, la Suède et l'Italie confèrent au juge pénal la compétence d'éloigner l'étranger reconnu coupable d'une infraction pénale. Il en résulte une coexistence de compétence avec les autorités administratives puisque ces dernières restent compétentes en matière d'éloignement pour les infractions à la législation sur les étrangers.

Cette coexistence peut déboucher sur une concurrence des autorités compétentes. En effet, si le juge pénal n'assortit pas sa condamnation d'une mesure d'éloignement, l'autorité administrative peut, cependant, l'ordonner sur le fondement de l'atteinte à l'ordre public. Dans ce cas, en Suisse, l'éloignement administratif intervient sur le fondement même de la condamnation pénale. Il en résulte une confusion entre le but répressif et celui d'ordre public de l'éloignement administratif. Une confusion qui a conduit le gouvernement suisse à déposer devant le parlement un projet de loi visant à abroger purement et simplement la compétence du juge pénal en matière d'éloignement. Mais hormis la Suisse, la coexistence d'un éloignement pénal et administratif paraît bien fonctionner dans les autres pays.

On peut aussi noter que dans les pays où l'éloignement relève de la compétence exclusive de l'autorité administrative, l'autorité pénale est aussi parfois associée directement à la procédure d'éloignement. C'est le cas au Royaume-Uni où le juge pénal dispose d'un pouvoir de recommandation de l'éloignement. C'est le cas, aussi, en Espagne où le juge pénal est compétent pour autoriser l'éloignement pour les infractions peu graves.

2) Les liens avec le pays d'accueil

Tous les pays les prennent en considération. Ils le font sous diverses formes : soit à titre catégoriel dans le dispositif de la loi, soit à titre individuel lors de l'examen de l'opportunité de l'éloignement par les autorités compétentes.

Dans ce dernier cas, la majorité des pays a cherché, selon des modalités diverses, à formaliser ces liens. Cet effort est particulièrement visible aux Pays-bas, au Royaume-Uni, au Canada et en Suède. Dans ce pays, la notion de liens avec la société suédoise a été consacrée comme une notion juridique propre pour déterminer l'opportunité d'un éloignement.. Elle comprend trois critères d'appréciation : les conditions de vie de l'étranger, la situation familiale et la durée du séjour sur le territoire.

Mais, à ces liens, l'Etat peut toujours opposer des éléments en faveur de l'éloignement tels que la gravité de l'infraction, le passé judiciaire chargé, le risque de récidive... C'est la raison pour laquelle, pour écarter l'éloignement, ces liens doivent être suffisamment étroits.

L'étude de droit comparé ne permet pas de définir la notion de liens étroits. Mais une synthèse des éléments retenus dans les différents pays permet d'en préciser le contenu. Ces éléments sont : une durée suffisamment longue du séjour et l'existence d'une vie familiale et sociale. En contrepoint, l'existence de liens familiaux et sociaux avec le pays d'origine est plus un facteur qui renforce la justification de l'éloignement qu'un facteur qui affaiblit les liens avec le pays d'accueil. En pratique, ce sont surtout les conditions de vie qui sont déterminantes pour renforcer ou affaiblir les liens avec le pays d'accueil. Ce sont ces conditions qui confèrent à ces liens un poids suffisant pour qu'ils prévalent sur les intérêts de l'Etat à voir prononcer un éloignement. Les conditions de vie s'ajoutent donc aux deux premiers critères pour caractériser la notion de liens étroits.

II - ANALYSE CRITIQUE ET PROPOSITIONS

1 - Etat de la pratique : une application source de confusions

A) Des statistiques difficiles à exploiter

Il convient de souligner les difficultés que la commission a rencontrées pour se procurer des éléments statistiques exhaustifs et fiables. L'une des améliorations à réaliser consisterait à faire en sorte que les statistiques recensent l'ensemble des condamnations à une ITF, le fondement juridique sur lequel cette peine a été prononcée, si elle l'a été à titre définitif ou à titre

temporaire, le taux d'exécution des peines prononcées ainsi que le nombre de demandes de relèvement et la proportion de celles auxquelles il est fait droit. Il est regrettable que n'existe aujourd'hui aucun document de référence permettant de mesurer avec certitude les effets et la portée de cette peine.

Les chiffres qui ont été fournis à la commission sont parfois loin de converger. Les éléments recueillis révèlent toutefois les lignes de force suivantes :

- selon le ministère de la justice, 14 290 étrangers ont été condamnés à une mesure d'ITF en 1996 (soit 19,5 % du total des étrangers condamnés) et 11 997 en 1997 (soit 16 % du total). Sur l'ensemble des ITF prononcées, environ 60 % ont sanctionné des infractions à la législation sur les étrangers (ILE), la plupart du temps accompagnées d'une infraction connexe, soit 8 816 en 1996 et 7 396 en 1997. Les ITF prononcées à la suite d'une seule infraction à la législation sur les étrangers ne s'élevaient en effet qu'à 2 653 en 1996 et 2 268 cas en 1997. Les deux autres contentieux significatifs sont les infractions à la législation sur les stupéfiants (ILS) qui correspondent à environ 16 % du total et les vols et recels aggravés (entre 14 et 11 % du total);

- selon le ministère de l'intérieur, entre le 1er août 1997 et le 31 juillet 1998, 26 822 mesures d'éloignement ont été prononcées parmi lesquelles 7 530 ITF ce qui correspondrait, pour ces mesures, à une diminution d'environ 30 % par rapport à l'année précédente. Sur les ITF prononcées, 5 685 l'ont été pour des infractions aux seuls séjour et entrée des étrangers en France (soit 75 % du total) et 1 845 au titre d'infractions sans relations avec les règles spécifiques au séjour des étrangers;

Quelles que soient les sources d'information, il apparaît donc que la proportion des ITF prononcées à la suite d'une infraction à la législation sur les étrangers est prédominante : entre 60 et 75 % du total. La ventilation des mesures à l'intérieur de ce bloc est éclairante. Entre 52 % (en 1995) et 60 % (en 1996) des ITF prononcées à la suite d'une infraction à la législation sur les étrangers sanctionnent les seuls séjour et entrée irréguliers (sur le fondement de l'article 19 de l'ordonnance du 2 novembre 1945) tandis qu'environ 25 % sanctionnent une soustraction à l'exécution d'une mesure d'éloignement (articles 27 et 33 de l'ordonnance). Il est intéressant de rapprocher ces chiffres de ceux fournis par l'administration pénitentiaire qui ne connaît, par définition, que les étrangers ayant également été condamnés à une peine d'emprisonnement. Au 1er juillet 1998, la proportion d'étrangers parmi les personnes détenues s'élève à 24 % soit environ 13 000 individus. Parmi ces détenus, 2 787 ont été condamnés à la suite d'une infraction à la législation sur les étrangers et 704 pour la seule violation de l'article 19 de l'ordonnance (soit environ 5 % du total des étrangers incarcérés).

B) La coexistence entre l'interdiction judiciaire du territoire et les mesures administratives d'éloignement

L'une des spécificités du système français réside dans la coexistence entre des mesures administratives d'éloignement et une mesure de nature judiciaire. Au titre de la police des étrangers, l'autorité administrative peut en effet décider de l'éloignement du territoire français des ressortissants étrangers. L'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et du séjour des étrangers en France dispose que l'autorité préfectorale peut décider, en cas d'irrégularité du séjour, la reconduite à la frontière de l'étranger. L'article 23 de la même ordonnance organise le régime de l'expulsion qui peut être prononcée lorsque la présence sur le territoire français d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public³.

La reconduite à la frontière comme l'expulsion n'ont pas pour objet de réprimer une infraction mais bien de prévenir un trouble à l'ordre public. C'est ainsi qu'elles ne constituent pas des sanctions administratives mais des mesures de police.

On voit bien dans quelle mesure la coexistence entre les mesures administratives et la mesure judiciaire d'interdiction du territoire présente des risques de doublon. Aux interdictions judiciaires du territoire prononcées à la suite d'une infraction à la législation sur les étrangers s'ajoutent les reconduites à la frontière et les expulsions. Il faut toutefois relever que, sur ce point, c'est l'ordonnance du 2 novembre 1945 elle-même qui a prévu la coexistence entre les deux catégories de mesures. En cas d'irrégularité du séjour, l'article 19 prévoit ainsi qu'est encourue, outre une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de 25.000 F, une interdiction "de pénétrer et de séjourner sur le territoire français" de trois ans maximum. La soustraction ou la tentative de se soustraire à l'exécution d'une mesure d'éloignement de l'ordonnance, est punie d'une peine de trois ans d'emprisonnement et d'une interdiction du territoire de dix ans maximum.

L'interdiction du territoire (pour une durée de trois ans maximum) est également prévue à l'article 33 de l'ordonnance en cas de soustraction à l'exécution d'un refus d'entrée.

Il faut ajouter que, sous certaines réserves, peut également donner lieu à une ITF d'une durée de dix ans maximum, l'aide à l'entrée ou au séjour irrégulier en France.

³ L'expulsion en urgence absolue ou pour nécessité impérieuse pour la sécurité publique est organisée par l'article 26 de l'ordonnance.

Aux interdictions judiciaires du territoire prononcées à la suite d'infractions d'une autre nature (dont il a été dit plus haut qu'il s'agissait principalement des infractions à la législation sur les stupéfiants et des vols et recels aggravés) correspond l'expulsion.

Bien que l'autorité administrative doive, pour apprécier la menace pour l'ordre public que fait courir la présence de l'étranger sur le territoire français, se fonder sur l'ensemble du comportement de l'intéressé, il est en effet fort fréquent que l'administration s'appuie principalement sur les condamnations pénales dont il a fait l'objet.

Le risque de doublon est souligné par le fait qu'il arrive souvent qu'un étranger, en situation irrégulière, fasse à la fois l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière (APRF) et d'une interdiction judiciaire du territoire. Cette coexistence entre les deux types de mesures n'a pas été sans entraîner un certain nombre de difficultés dans l'opération de régularisation menée depuis juin 1997. En effet, seule l'existence d'une ITF (ou d'un arrêté d'expulsion) peut faire obstacle à la délivrance d'un titre de séjour. Or, si l'octroi d'une carte de séjour doit être regardée comme abrogeant implicitement un arrêté de reconduite, seule l'autorité judiciaire peut relever une ITF, dans des conditions d'ailleurs fort restrictives (voir infra). De nombreuses régularisations se heurtent ainsi à l'existence d'une ITF qui, lorsqu'elle a été prononcée seulement en raison du séjour irrégulier risque de se trouver privée de son fondement par la délivrance d'un titre de séjour.

De même un étranger peut faire à la fois l'objet d'une ITF et d'un arrêté d'expulsion, la première sanctionnant des infractions, que l'on pourrait être tenté de qualifier de "droit commun" et le second cherchant à prévenir la menace à l'ordre public que lesdites infractions ont révélée.

Cette coexistence de mesures débouche parfois sur une certaine confusion entre les finalités répressives (sanction d'une infraction) et préventives (protection de l'ordre public) de l'interdiction judiciaire du territoire. Une telle confusion conduit à privilégier une approche matérielle et non organique de la mesure d'éloignement. Si l'interdiction du territoire poursuit un objectif de prévention des troubles à l'ordre public, elle perd en effet toute spécificité par rapport aux mesures administratives dont c'est précisément l'objet.

Dès lors, le maintien des deux régimes risque de ne plus se justifier que pour des raisons organiques (la nature judiciaire de la mesure d'éloignement) et de procédure (les modalités spécifiques du prononcé de l'ITF).

Il n'est pas sans intérêt de relever que la commission européenne des droits de l'homme, dans une décision **Renna c/ France du 26 février 1997**⁴, a retenu une telle approche matérielle. Le requérant invoquait, à l'encontre d'une peine d'interdiction définitive du territoire français, l'article 7-1 de la convention (c'est-à-dire le principe de non-rétroactivité). Or, la commission a considéré que "selon sa jurisprudence, la mesure d'expulsion consistant dans l'interdiction définitive du territoire français doit être assimilée à une mesure de police à laquelle le principe de non-rétroactivité énoncé à l'article 7 de la convention ne s'applique pas".

C) Une mesure d'inégale portée

Selon la fréquence avec laquelle elle est prononcée, qui varie selon le type de contentieux, selon la proportion des mesures qui sont exécutées, selon les modalités de la peine elle-même, l'interdiction du territoire se révèle être une mesure de portée très inégale.

En premier lieu, la proportion des ITF prononcées est différente selon le type d'infractions commises.

C'est ainsi que 80 % des étrangers condamnés pour une infraction à la législation sur les étrangers, accompagnée ou non d'une infraction connexe, font l'objet d'une ITF. Quant aux condamnations prononcées à l'égard d'étrangers au titre d'autres infractions, elles comprennent une ITF dans une proportion bien inférieure : 13 % en 1995 et 8,7 % en 1996.

Environ 20 % des ITF prononcées à la suite d'une infraction à la législation sur les étrangers le sont à titre principal alors que la proportion tombe à environ 3,5 % pour les infractions d'une autre nature.

En deuxième lieu, le taux d'exécution des mesures prononcées diffère selon la nature de l'infraction commise. Les chiffres concordent plutôt sur ce point : en 1996, seuls 34 % des ITF prononcées à la suite d'une infraction à la législation sur les étrangers avaient été exécutées tandis que le taux d'exécution s'élevait à 57 % pour les mesures prononcées dans le cadre des autres contentieux. Entre juillet 1997 et juillet 1998, le taux d'exécution étaient respectivement de 30 et 54 %.

Paradoxalement, il n'est pas rare que, face à la faiblesse de ces taux d'exécution, les juridictions condamnent les étrangers à des cascades d'interdiction. Se cumulent ainsi plusieurs années voire dizaines d'années d'interdiction auxquelles s'ajoutent parfois des interdictions à titre définitif.

⁴ Qui ne donnera pas lieu à un arrêt de la Cour, la requête ayant été déclarée irrecevable.

Cet effet " boule de neige " est le plus spectaculaire lorsque son origine se trouve être une seule infraction aux règles du séjour. L'irrégularité du séjour entraîne une condamnation à une mesure d'interdiction du territoire. Faute d'avoir exécutée (le plus souvent du fait du refus de collaborer de l'intéressé), cette mesure débouche sur des condamnations qui s'enchaînent, de soustraction à l'exécution d'une mesure d'éloignement en soustraction, pour aboutir à des cumuls de plusieurs dizaines d'années d'interdiction parfois assorties de peines d'emprisonnement. Le paradoxe réside ainsi dans la multiplication d'une peine qui reste sans effet concret. Le risque de discrédit de la sanction pénale que font courir ces condamnations en série qui se nourrissent de leur propre inexécution est loin d'être négligeable.

En troisième et dernier lieu, il convient de relever que les effets mêmes de la mesure d'interdiction sont variables.

S'il s'agit d'une interdiction définitive du territoire, seul un relèvement pourra permettre à l'étranger de revenir sur le territoire français et si elle est prononcée à titre de peine principale, la mesure n'est pas susceptible de faire l'objet d'un relèvement. Ainsi, une ITF définitive prononcée à titre de peine principale équivaut, en pratique, à une interdiction à vie. Dans une telle hypothèse, les conséquences de la peine sont si lourdes qu'elles peuvent conduire à mettre en doute le caractère proportionné de la mesure.

D) Des pratiques hétérogènes

Les circulaires antérieures à 1995 (notamment la circulaire du 11 juillet 1994) prescrivaient aux parquets, en matière de séjour irrégulier, de ne pas poursuivre et de s'en remettre à la voie administrative de la reconduite à la frontière. Il s'agissait en réalité d'une dépénalisation des infractions à l'article 19 de l'ordonnance.

La circulaire du 26 septembre 1995 relative à "l'autorité judiciaire et à la lutte contre l'immigration clandestine" a marqué une rupture en recommandant des poursuites systématiques à l'encontre des étrangers dont l'identité n'est pas clairement établie, ce qui recouvre en pratique la majeure partie des cas : "il conviendra que ... les procureurs de la République soient invités à engager l'action publique, même sur le seul fondement de l'article 19 de l'ordonnance, dès lors que l'identité de l'étranger en situation irrégulière ne sera pas précisément établie par des documents incontestables ... A chaque fois que cela s'avérera nécessaire, le parquet requerra une peine d'emprisonnement ferme et la mise en détention du condamné. La nécessité de faire en sorte que la sanction prononcée puisse être exécutée et qu'il soit mis un terme à une situation irrégulière est, en effet de nature à remédier aux difficultés dans ce domaine".

Cette circulaire a été diversement appliquée. Si elle a été largement suivie d'effet dans certaines juridictions (notamment dans le ressort de la cour d'appel de Lyon) ainsi qu'en témoigne la forte proportion des ITF prononcées à la suite d'une infraction à la législation sur les étrangers, certaines juridictions l'ont délibérément ignorée ce qui a abouti à une dépenalisation de fait des infractions au seul séjour. C'est le cas des juridictions dans le ressort desquelles les infractions au séjour sont fort nombreuses : notamment, Paris où le respect des instructions aurait nécessité la création d'une chambre pour la seule prise en charge des infractions à la législation sur les étrangers par la voie de la comparution immédiate, Versailles ou encore Lille. Les seules infractions au séjour sont classées, de même que des infractions de droit commun connexes de faible gravité dès lors que l'absence de poursuites n'est pas de nature à préjudicier à d'éventuelles victimes, et le soin est laissé à l'autorité administrative de prendre des arrêtés de reconduite à la frontière. Le partage des rôles entre la voie administrative et la voie judiciaire conduit donc, dans de nombreux lieux mais sans qu'un traitement uniforme soit réservé aux infractions à la législation sur les étrangers sur l'ensemble du territoire national, à une dépenalisation de fait des infractions au seul séjour.

La pratique révèle enfin un paradoxe. Dans les contentieux relatifs aux infractions à la législation sur les étrangers, ILS et aux vols et recels aggravés, dès lors que l'infraction est déférée au Parquet, l'interdiction du territoire est quasi-systématiquement prononcée alors même que la mesure est facultative et qu'elle est, la plupart du temps, sans portée pratique. Cette application mécanique qui n'est pas prévue par les textes, qui se bornent à ouvrir la possibilité de prononcer une interdiction du territoire, risque de donner le sentiment d'un pouvoir arbitraire du juge. Elle conduit à faire application de l'interdiction du territoire qui est une peine complémentaire comme s'il s'agissait d'une peine accessoire.

Enfin, le droit communautaire et la jurisprudence de la CJCE s'opposent clairement à ce qu'une mesure d'éloignement soit décidée comme conséquence automatique d'une condamnation pénale. Aux termes de l'article 3 de la directive 64/221 du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique : "1- Les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet. 2- La seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures".

Dans un arrêt Bouchereau du 27 octobre 1977, la CJCE a précisé que cet article doit être compris comme "exigeant des autorités nationales une appréciation spécifique, portée sous l'angle des intérêts inhérents à la sauvegarde de l'ordre public, qui ne coïncide pas nécessairement avec les appréciations qui ont été à la base de la condamnation pénale". On

mesure, sous cet angle, les conséquences de l'approche matérielle évoquée ci-dessus ; la mesure judiciaire d'éloignement comme les mesures de police ne peuvent être la conséquence mécanique de condamnations pénales.

Le droit français est, de ce point de vue, parfaitement compatible avec les normes communautaires. Il serait paradoxal que ce soit la pratique, en faisant d'une faculté un quasi-automatisme, qui fasse question.

2- Propositions

Sous réserve des propositions qu'elle fait ci-dessous, notamment sur le plan des garanties à apporter aux prévenus susceptibles d'en faire l'objet, la commission écarte l'idée de supprimer du dispositif pénal la possibilité de prononcer une interdiction du territoire français pour ce qu'il est convenu d'appeler les infractions de "droit commun". Il s'agit en effet d'une peine appropriée à certaines infractions, comme les atteintes à la Nation, à l'Etat et à la paix publique, les atteintes aux personnes et certaines atteintes graves aux biens. Le maintien d'une mesure d'éloignement de nature judiciaire, alors qu'existe parallèlement la mesure administrative de l'expulsion, peut se justifier à la fois par l'impact de la sanction pénale, c'est-à-dire la finalité répressive de l'éloignement et les modalités de son prononcé, qui est moins lourd que la procédure d'expulsion.

Il n'en apparaît pas moins nécessaire de revoir le champ d'application de l'ITF qui couvre aujourd'hui environ 200 infractions dont certaines ne semblent pas devoir justifier un éventuel éloignement ce que révèle d'ailleurs la pratique des tribunaux qui ne prononcent, pour ces infractions, pratiquement jamais d'ITF.

La complète dépénalisation, de jure, des infractions à la législation sur le séjour pourrait être envisagée. Elle ne serait pas sans portée sur la pratique puisque 2/3 à 3/4 des ITF sont prononcées à la suite d'une infraction à la législation sur les étrangers. La commission ne préconise pas une telle dépénalisation. Deux limites s'y opposent en effet. La première est relative à l'impact d'une telle réforme. Dépénaliser les infractions aux règles du séjour reviendrait nécessairement, en limitant les effets aux seules mesures administratives, à amoindrir l'autorité de la législation sur les étrangers. Un tel signal, alors que le respect de la loi s'impose comme un vecteur essentiel de régulation dans le domaine de l'immigration, n'est pas souhaitable.

La seconde limite, déjà relevée dans le rapport de la mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration de Patrick Weil, est liée à la disparition, du fait de la

dépénalisation, de la possibilité d'une garde à vue en amont du placement en rétention administrative" ⁸. Cette proposition est donc écartée.

Proposition n° 1 : Limiter l'ITF aux cas de récidive en matière d'infractions à la législation sur les étrangers.

Reste à examiner, étant acquis que les infractions aux règles du séjour sont pénalement sanctionnées, la possibilité de supprimer, parmi les peines encourues, la seule mesure d'ITF. L'emprisonnement et l'amende resteraient donc les seules sanctions susceptibles d'être infligées. Cette proposition est parfaitement cohérente avec l'historique rappelé ci-dessus et la vocation d'origine de la mesure : lorsque l'ITF a été créée en 1970, c'était en effet uniquement pour réprimer les infractions à la législation sur les stupéfiants en réponse à des impératifs de sécurité et de santé publiques. Elle se heurte toutefois à deux limites. D'une part, la mesure d'interdiction du territoire apparaît, dans certains cas, particulièrement adaptée aux seules infractions aux règles relatives au séjour des étrangers. D'autre part, elle offre au juge une réelle marge d'appréciation vis-à-vis de certaines catégories d'étrangers sans attaches sur le territoire français, qui n'hésitent pas à demander que l'ITF soit prononcée à titre de peine-principale afin de ne pas se voir infliger une peine d'emprisonnement ⁹.

C'est pourquoi la commission ne recommande pas que l'ITF soit supprimée dans toutes les hypothèses d'infractions à la législation sur les étrangers.

En revanche, la commission propose l'abandon de la possibilité de prononcer une ITF sur le seul fondement des articles 19 et 33 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, sauf en cas de récidive.

Il s'agit d'uniformiser la pratique sur l'ensemble du territoire français en mettant fin à des différences de traitement qui sont difficilement tolérables au regard du respect du principe d'égalité comme de la cohérence de la politique pénale. La commission est sensible à l'existence d'un traitement administratif du séjour irrégulier. La voie de la reconduite à la frontière apparaît parfaitement adaptée au traitement des infractions aux seuls articles 19 et 33 de l'ordonnance. Le fait de réserver à l'administration, sous le contrôle du juge administratif, le soin d'éloigner les étrangers en situation irrégulière implique toutefois le renforcement des moyens de certaines préfectures afin qu'elles soient à même de remplir cette mission. La

⁸ Possibilité par ailleurs critiquée par certains magistrats qui y voient un détournement de la mesure de garde à vue dans la mesure où elle ne constitue, dans cette perspective, que le préliminaire d'une décision administrative.

⁹ Ce peut également constituer un relatif remède au phénomène de surpopulation carcérale.

réserve retenue pour les cas de récidive est motivée par la volonté de sanctionner plus sévèrement le caractère répété des infractions. La sanction pénale apparaît dans ce cas mieux approprié. L'extension, en 1981, de la sanction de l'ITF aux infractions à la législation sur le séjour était d'ailleurs limitée aux cas de récidive. Cette proposition implique que l'action du ministère public et celle de l'administration préfectorale soit coordonnée au plan national. Une concertation en amont avec le ministère de l'intérieur s'impose dans ces conditions.

Comme pour la plupart des propositions qu'elle a retenues, la commission recommande en premier lieu, qu'elle se traduise, à droit constant, par une modification de la pratique du ministère public.

Dans cette perspective, la proposition doit se concrétiser par la rédaction d'une circulaire aux parquets recommandant de limiter les poursuites pénales à l'encontre des seules infractions au séjour irrégulier, y compris lorsqu'elles s'accompagnent d'infractions connexes de faible gravité, aux cas de récidive.

Il convient en conséquence d'abroger la circulaire du 26 septembre 1995 et d'abandonner la pratique des appels formés systématiquement par certains parquets lorsque l'ITF n'est pas prononcée en première instance.

Toutefois, la commission, consciente des limites de la portée de telles instructions, n'entend pas exclure, si la voie de la circulaire s'avérait insuffisante, la nécessité de recourir à la modification de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Quant à l'article 27 de l'ordonnance relatif à la soustraction à l'exécution des mesures d'éloignement, la commission préconise, en tout état de cause, l'abandon de la possibilité de prononcer une nouvelle ITF à l'encontre des étrangers ayant déjà fait l'objet d'une interdiction judiciaire, quel qu'en soit le fondement (infraction à la législation sur les étrangers ou infraction de "droit commun"). Il s'agit, par cette proposition, de mettre un terme aux condamnations en série à des mesures d'éloignement dépourvues de toute portée pratique. La sanction du refus d'exécuter serait, dans cette perspective, l'emprisonnement et l'amende.

La proposition doit se concrétiser, en premier lieu, par la rédaction d'une circulaire en ce sens.

Est également recommandée une clarification des mécanismes et des pratiques suivies à cet égard par les parquets relatifs à la règle du non-cumul des peines. En effet, les peines en

concours ne devraient pas excéder le maximum légal, dans le respect du principe de la légalité des délits et des peines.

En dernier ressort, si les instructions n'entraînaient pas une inflexion de la pratique, devrait être envisagée la modification, sur ce point, de l'article 27 de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Pour les autres cas d'application de l'article 27 de l'ordonnance, la commission préconise la même solution que pour les articles 19 et 33. Il s'agit donc de privilégier systématiquement le traitement, par la voie administrative, des étrangers ayant enfreint les dispositions de l'article 27. De même que pour les articles 19 et 33, la commission entend réserver les cas de récidive. Sur ce point également, la commission se place, en premier lieu, à droit constant, et recommande la rédaction d'une circulaire en ce sens. La modification de l'ordonnance devrait toutefois être envisagée si les modifications de la pratique n'apparaissaient pas suffisantes et que seul un changement de texte se révélait de nature à garantir l'uniformisation des pratiques en la matière.

Cette proposition d'une généralisation de la déjudiciarisation de fait des infractions à la législation sur les étrangers et, le cas échéant, d'une déjudiciarisation de jure est susceptible de heurter ceux qui ne manqueront pas de rappeler que le juge judiciaire est le garant des libertés individuelles. La proposition, dont le champ est au demeurant limité, se situe en effet dans un contexte très particulier.

En effet, au cas d'espèce, la voie administrative apparaît plus favorable aux étrangers concernés que la voie judiciaire. Elle permet ainsi d'éviter la mise en détention. En outre, les effets de la reconduite à la frontière sont seulement instantanés alors que ceux d'une ITF, même prononcée à titre temporaire, emporte une interdiction de revenir sur le territoire français une fois exécutée la mesure d'éloignement. Enfin, la procédure de reconduite à la frontière est entourée, sous le contrôle du juge administratif, de nombreuses garanties de procédure et de fond.

Il faut noter que la plupart des personnes auditionnées par la commission, qu'il s'agisse des associations de défense des droits des étrangers ou des magistrats eux-mêmes, ont préconisé une telle réforme.

Proposition n°2 : Limiter les interdictions définitives aux seules infractions pour lesquelles la réclusion ou la détention perpétuelle est encourue.

La seconde proposition est relative au caractère éventuellement disproportionné des interdictions définitives du territoire français. Alors que le champ des peines définitives se restreint et qu'est mise en avant la fonction de reclassement de la peine, la faculté de prononcer une interdiction définitive n'est pas apparue souhaitable à la commission. C'est pourquoi celle-ci préconise de ne maintenir une telle faculté, sans préjuger de la possibilité de prononcer des ITF temporaires, que pour les infractions qui sont, par ailleurs, sanctionnées par des peines perpétuelles.

Cette proposition doit se traduire, en premier lieu et à droit constant, par une recommandation aux parquets, par voie d'instruction générale, de ne requérir d'interdiction définitive, que dans les cas où une peine d'emprisonnement est encourue. Une modification de textes pourrait intervenir si les juridictions continuaient à prononcer les ITF à titre définitif en dehors de ces cas..

3- Une prise en compte timide du droit au respect de la vie privée et familiale

A) Le risque d'une atteinte à la vie privée et familiale.

Le débat sur la peine d'interdiction du territoire se cristallise principalement autour de la question du droit au respect de la vie privée et familiale des étrangers qui en font l'objet. Certes, l'ensemble des étrangers qui sont condamnés à une mesure judiciaire d'éloignement n'ont pas d'attaches étroites avec la France. Mais lorsque les liens personnels et familiaux de l'étranger en France sont réels et denses, l'interdiction d'entrer et de séjourner sur le territoire français, quelle soit temporaire ou a fortiori définitive, porte une atteinte incontestable au droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est protégé, notamment par l'article 8 de la CEDH (voir supra).

C'est dans cette mesure que l'ITF est parfois perçue et dénoncée comme une "double peine".

En effet si, juridiquement, l'ITF est une peine complémentaire qui peut, dans les cas prévus par les textes, s'ajouter à la peine principale en s'appuyant sur des éléments propres à la personne condamnée (il en va de même pour la suspension du permis de conduire ou l'interdiction des droits civiques par exemple), dès lors que ses conséquences sont appréhendées au plan humain, elle peut apparaître, après la sanction de l'emprisonnement,

comme une autre peine qui ajoute à la peine principale, l'éloignement et la séparation. N'est donc pas en cause la nature juridique de la peine mais sa perception.

Les effets de l'ITF sur la vie familiale de l'étranger condamné sont de plusieurs ordres :

- pendant la détention, l'ITF interdit toute mesure d'aménagement de la peine : placements extérieurs, chantiers extérieurs, permission de sortie ou régime de semi-liberté. Cette interdiction résulte d'une jurisprudence constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui considère que l'ITF signifie l'interdiction de séjourner en dehors du lieu de détention. Le paradoxe est que cette interdiction ne concerne pas les étrangers en séjour irrégulier qui ne sont pas frappés d'une ITF et qui ont été condamnés à un autre titre ;

- après la libération, en cas d'exécution de la mesure d'éloignement, l'ITF provoque la séparation de la cellule familiale ou conduit, dans les cas où l'étranger a résidé en France depuis ou pendant longtemps, à séparer un individu du pays où il a forgé ses racines et construit ses attaches.

L'atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale est donc incontestable. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg est constante sur ce point : il s'agit d'une "ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale" (voir, à propos d'une interdiction définitive du territoire français, la décision *Méhémi c/France* du 26 septembre 1997). Elle n'en poursuit pas moins un but légitime. Toute la question est donc de savoir si cette atteinte est proportionnée ou non aux objectifs en vue desquels la peine a été prononcée. Dans la décision précitée, la Cour de Strasbourg a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 8 : "eu égard à l'absence d'attaches du requérant en Algérie, à l'intensité de ses liens avec la France et surtout au fait que la mesure d'interdiction définitive du territoire prise à son encontre a pour effet de le séparer de ses enfants mineurs et de son épouse, la Cour estime que ladite mesure n'était pas proportionnée aux buts poursuivis".

Conscient des difficultés qu'il y a à concilier politique pénale, impératifs d'ordre public et respect des exigences tirées de l'article 8 de la CEDH, le législateur a prévu, à l'égard de certains étrangers se trouvant dans le champ d'application de cet article, une protection relative. Les exigences, qui découlent du droit au respect de la vie privée et familiale, sont ainsi prises en compte par l'article 131-30 du code pénal qui prévoit, pour six catégories d'étrangers ayant des liens personnels ou familiaux en France d'une particulière intensité, la possibilité de ne prononcer une ITF que par "une décision spécialement motivée au regard de

la gravité de l'infraction et de la situation personnelle et familiale de l'étranger condamné". Cette protection se heurte toutefois à un certain nombre de difficultés.

B) Une détermination délicate du champ d'application de l'article 131-30 du code pénal.

L'application de la loi se heurte en effet aux difficultés pratiques que rencontrent le ministère public et les juridictions pour déterminer si le prévenu se trouve ou non dans le champ d'application de la loi.

L'obstacle principal réside dans l'insuffisance des éléments de personnalité dont disposent les magistrats au moment de requérir ou de prononcer une ITF. Ces difficultés sont de trois ordres.

La première difficulté renvoie aux limites, sur ce point, du caractère contradictoire de la procédure. A aucun moment de la procédure, l'étranger n'est en effet avisé qu'il peut faire l'objet d'une ITF et que celle-ci peut être prononcée sans que le ministère public ne l'ait requise.

Il est certes soutenu que la plupart des intéressés connaissent parfaitement les peines qu'ils encourent, et notamment, l'ITF. Mais on ne saurait se contenter d'une connaissance empirique dans un domaine où est en jeu le respect des droits de la défense. Il s'agit en effet pour les intéressés de la possibilité de se prévaloir d'une garantie (la motivation spéciale) qui a pour objet de protéger leur droit au respect de leur vie privée et familiale. Est également en cause la préparation de la défense qui peut nécessiter, en la matière, le recueil de témoignages et la collecte de documents ou pièces justificatives.

La deuxième difficulté est principalement limitée aux ITF prononcées pour infraction à la législation sur les étrangers. Sont alors en cause les modalités de la procédure de comparution immédiate qui est suivie dans la plupart des cas 8. Il faut en effet souligner que peu de prévenus demandent le renvoi de l'audience afin d'éviter que soit décerné à leur encontre un mandat de dépôt. L'une des difficultés principales soulevée par l'ensemble des personnes auditionnées par la commission réside dans les limites du suivi des affaires par les avocats de permanence. Outre le fait que les étrangers, en cas de renvoi, ne bénéficient pas toujours de la continuité de la défense dans une matière qui nécessite un contact avec la famille ou des proches, une connaissance de l'environnement social du prévenu, le cas échéant, des démarches de l'administration, un manque de formation a été relevé. Nombreux sont les cas dans lesquels est plaidée la condamnation à une ITF, à titre de peine principale, afin

d'éviter toute mise en détention à l'étranger sans que les conséquences (l'impossibilité d'introduire une demande de relèvement), particulièrement lourdes en cas d'attaches familiales en France, aient été prises en compte. Enfin, il apparaît que, dans de nombreux cas, les résultats des enquêtes de personnalité soient insuffisamment exploités par l'étranger et sa défense.

Se pose également, dans le cadre de la procédure de comparution immédiate, la question des enquêtes rapides de personnalité. Aux termes du sixième alinéa de l'article 41 du code de procédure pénale (dans sa version issue de la loi du 6 juillet 1989) : "Le procureur de la République peut également requérir, suivant les cas, le comité de probation et d'assistance aux libérés, le service compétent de l'éducation surveillée ou toute personne habilitée dans les conditions prévues par l'article 81, sixième alinéa, de vérifier la situation matérielle, familiale et sociale d'une personne faisant l'objet d'une enquête et de l'informer sur les mesures propres à favoriser l'insertion sociale de l'intéressé. En cas de poursuites contre un majeur âgé de moins de 21 ans au moment de la commission de l'infraction, lorsque la peine encourue n'excède pas cinq ans d'emprisonnement, ces diligences doivent être prescrites avant toute réquisition de placement en détention provisoire".

Font donc obligatoirement l'objet d'une enquête rapide de personnalité les personnes âgées de 18 à 21 ans. Pour les personnes âgées de 21 ans et plus, une enquête est menée à la demande expresse du procureur.

A ce stade, deux problèmes se posent :

- en dehors de l'obligation légale (concernant les 18/21 ans), les pratiques diffèrent selon les parquets. Certains parquets, comme à Paris, saisissent les services d'enquête de demandes au cas par cas lorsque le recueil d'éléments de personnalité apparaît nécessaire pour l'individualisation de la peine. D'autres parquets estiment en revanche qu'il n'y a pas lieu d'effectuer des enquêtes en dehors du cadre légal ;

- les services mandatés pour effectuer les enquêtes sont constitués soit de fonctionnaires (contrôleurs judiciaires, éducateurs), soit de personnes habilitées (enquêteurs, psychologues) soit d'associations (comme à Paris avec l'association de politique criminelle appliquée et de réinsertion sociale - l'APCARS -). Or, les modalités des enquêtes rapides de personnalité ne sont pas uniformes sur l'ensemble du territoire français.

La difficulté de recueillir des éléments de personnalité susceptibles de vérifier si les prévenus se trouvent ou non dans le champ d'application de l'article 131-30 est donc de deux ordres :

- pour les étrangers situés hors de l'obligation légale, elle s'explique par l'absence, dans la majorité des cas, d'enquête rapide de personnalité. Or, a été souligné, à de nombreuses reprises, le fait que les prévenus n'hésitaient pas à faire de fausses déclarations ou à fournir des renseignements inexacts. Le nombre élevé des "alias" en matière d'infractions à la législation sur les étrangers en témoigne ;

- pour les étrangers devant obligatoirement faire l'objet d'une enquête, elle est liée à l'absence d'uniformisation des modalités de l'enquête, et parfois, aux limites de la collaboration des intéressés à la collecte des renseignements (notamment par souci de protéger familles et proches).

On peut affirmer qu'il résulte parfois de ce qui précède que la loi n'est pas appliquée, faute pour les juridictions de disposer des éléments de personnalité nécessaires à la vérification que le prévenu se trouve dans le champ d'application de l'article 131-30.

La troisième difficulté est liée aux effets de seuil qui surgissent dans l'application des catégories de l'article 131-30 du code pénal. Lorsqu'il est reconnu que l'étranger est susceptible de se trouver dans le champ d'application de l'article 131-30, il reste à établir si tel est le cas. C'est là que les critères objectifs retenus pour certaines catégories (résidence habituelle en France depuis l'âge de dix ans ou depuis plus de quinze ans) conduisent à exclure certains étrangers du champ de l'article de protection alors qu'ils sont à la limite de s'y trouver. Une telle définition, quasi-mécanique, dans un domaine où sont en jeu l'histoire personnelle et les liens familiaux, est parfois ressentie comme illégitime par les intéressés.

La situation se caractérise aujourd'hui par un paradoxe relevé par la plupart des personnes entendues par la commission : la voie administrative offre, en l'état actuel de la pratique, de meilleures garanties que la voie judiciaire. Ceci est particulièrement vrai en matière d'expulsion où la mesure d'éloignement est encadrée par de nombreuses garanties de procédures. Le passage devant la commission d'expulsion, particulièrement contraignant en termes d'organisation comme de délai, permet ainsi à l'étranger de faire valoir ses observations.

Doit être également relevée la différence de position de l'étranger vis-à-vis du juge. Alors que face au juge pénal, il est le prévenu, il se trouve, devant le juge administratif (en cas de recours contre un arrêté de reconduite à la frontière ou un arrêté d'expulsion) en position de demandeur ce qui implique nécessairement, de sa part, la production d'un certain nombre d'informations quant à sa vie privée et familiale.

Il faut enfin noter que le législateur s'est borné à prévoir une protection relative (la motivation spéciale) contre l'ITF alors qu'il a prévu une protection absolue contre les mesures

administratives d'éloignement. L'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 interdit en effet la reconduite ou l'expulsion de catégories d'étrangers qui recourent, depuis la loi du 11 mai 1998, celles de l'article 131-30 du code pénal. L'ordonnance prévoit toutefois la possibilité d'expulser les catégories protégées si l'étranger a été condamné à une peine d'emprisonnement ferme d'au moins cinq ans (dernier alinéa de l'article 25) ou en cas de nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique (article 26).

Il est intéressant de relever que l'article 21 de l'ordonnance qui prévoit la possibilité de prononcer une ITF en cas d'aide à l'entrée et au séjour des étrangers dresse une liste des personnes absolument protégées contre cette mesure d'éloignement. Mais cette interdiction vise moins à traduire le respect des exigences posées par l'article 8 de la CEDH qu'à protéger les membres de la famille proche d'un étranger irrégulier dont on estime que de les condamner à une ITF pour avoir aidé un des leurs serait manifestement disproportionné.

C) Une inefficacité, dans l'état actuel de la pratique, de l'exigence de motivation.

Il reste à déterminer quelle est la portée de l'exigence de motivation spéciale posée par le législateur. La logique doit en être rappelée : en principe, les catégories visées par l'article 131-30 du code pénal ne peuvent faire l'objet d'une ITF. Ce n'est que par dérogation à cette interdiction de principe qu'une mesure d'éloignement peut être prononcée à leur encontre. La décision doit être alors spécialement motivée "au regard de la gravité de l'infraction et de la situation personnelle et familiale de l'étranger condamné".

Or, il apparaît qu'en l'état actuel de la pratique, cette exigence de motivation ne remplit pas le rôle de protection relative que le législateur lui a confié.

Cette inefficacité a été constatée à propos de l'application du texte dans sa version antérieure à la loi du 11 mai 1998. Comme il a été dit ci-dessus, la motivation n'était alors exigée qu'au regard de la gravité de l'infraction.

Le ministère public comme les magistrats du siège privilégiaient jusqu'ici quasi-systématiquement, dans la balance qu'ils devaient opérer entre la gravité de l'infraction commise et le trouble à l'ordre public d'une part, et la densité des liens personnels et familiaux d'autre part, le premier élément. Il est trop tôt pour déterminer si ce déséquilibre entre les deux plateaux de la balance perdure depuis l'entrée en vigueur de l'article 131-30 modifié de la loi du 11 mai 1998. En ajoutant les termes "et de la situation personnelle et familiale de l'étranger condamné", le législateur a pris acte du rôle insuffisant que jouait la "motivation spéciale" comme dérogation à une interdiction de principe et a explicité le second critère, qui était déjà implicitement mais nécessairement contenu dans la rédaction antérieure, à l'aune duquel l'opportunité de prononcer une ITF doit être appréciée.

L'efficacité, au regard du respect des exigences tirées de l'article 8 de la CEDH, de cette obligation de motiver rencontre des difficultés de trois ordres :

- par définition, lorsque la protection remplit son office, il n'y a pas de motivation puisque la peine n'est pas prononcée ce qui rend impossible la construction d'une jurisprudence relative aux situations privées et familiales qui s'opposent au prononcé d'une mesure d'éloignement. Il devrait toutefois se trouver, dans les réquisitions du ministère public, une trace des motifs pour lesquels la peine d'ITF n'est pas requise. C'est là en effet que doit être opérée la balance entre l'intérêt public qui s'attache à la condamnation et les intérêts particuliers de l'étranger qui s'y opposent ;

- la deuxième limite est liée à l'absence de motivation des jugements avant le stade de l'appel et, en tout état de cause, lorsque la décision est rendue par une cour d'assises ;

- la dernière limite est liée à la nature du contrôle exercé sur la motivation par la Cour de cassation. Le contrôle de la chambre criminelle est limité au caractère insuffisant ou contradictoire de la motivation dans son ensemble étant observé que la balance opérée entre gravité de l'infraction et vie familiale relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Un renforcement du contrôle de la motivation par la chambre criminelle de la Cour de Cassation apparaît donc souhaitable.

4- Propositions.

Proposition n°3 : Clarifier l'état du droit à l'attention des juridictions.

La commission recommande, en premier lieu, un effort de clarification de l'état du droit à l'attention des juridictions. Cet effort doit porter en priorité sur l'information des magistrats, et notamment des parquets, (textes applicables, intention du législateur, jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) et de formation.

Proposition n°4 : Sensibiliser les barreaux.

Dans le même ordre d'idée, la commission souligne la nécessité de sensibiliser les barreaux à la question de l'interdiction du territoire, ainsi d'ailleurs de manière plus générale, qu'à la législation sur les étrangers.

Comme c'est déjà le cas dans les centres de rétention administrative, une liste d'avocats, établie par le bâtonnier sur la base du volontariat, pourrait utilement être mise à la disposition des étrangers susceptibles de faire l'objet d'une ITF.

Proposition n°5 : Améliorer les modalités de la collecte des éléments de personnalité.

La troisième proposition est relative à la nécessité d'améliorer les modalités de la collecte du recueil des éléments de personnalité, préalable indispensable à une bonne application de la loi. Il s'agit en effet de doter le ministère public et les magistrats du siège des éléments leur permettant, en premier lieu, de vérifier si le prévenu est ou non couvert par la protection de l'article 131-30 du code pénal. Les pistes d'amélioration concernent à la fois les modalités de la réunion des éléments de personnalité et les informations qu'ils doivent contenir.

A ce stade, il n'est pas inutile de souligner que tous les pays, situés dans le champ de l'étude de droit comparé, prennent en considération l'existence de liens forts avec le pays d'accueil, avec des degrés variables de formalisation. Ce sont les conditions de vie de l'étranger qui sont le facteur déterminant de la qualification de ces liens forts.

En Suède, ces conditions constituent l'un des trois critères de l'appréciation des liens avec le pays d'accueil. Sur ce fondement, le juge pénal prend en considération des éléments tels que le passé judiciaire, le comportement social, la stabilité professionnelle, les efforts de réinsertion sociale. Le droit anglais détaille encore plus largement les éléments à prendre en considération : l'âge, la durée de résidence sur le territoire, l'intensité des liens avec le Royaume-Uni, la situation personnelle de l'étranger c'est-à-dire sa réputation, sa conduite et son parcours professionnel, la situation familiale, la nature de l'infraction, le casier judiciaire, les circonstances de convenance personnelles, les témoignages favorables. La liste, bien que seulement indicative, couvre tous les aspects de la vie même de l'étranger. Au Royaume-Uni, cette enquête s'étend même au conjoint. En effet, en prenant en considération les effets de l'éloignement sur les membres de la famille vivant sur le territoire national, le juge, pour décider du bien fondé d'une recommandation d'éloignement, prend aussi en considération les conditions de vie du conjoint.

Dans les autres pays, les éléments à prendre en considération, lorsqu'ils sont formalisés, sont moins nombreux. C'est le cas au Canada où cinq des six critères cherchent à approfondir la situation personnelle de l'étranger.

Ces critères sont :

1) la gravité de l'infraction fondant la décision d'éloignement ;

- 2) la possibilité de réhabilitation ou le risque de récidive. La possibilité de réhabilitation est précisément ce qui fonde l'objectif de la suspension pénale de l'expulsion prévue par l'article 55 du code pénal ;
- 3) la durée du temps passé au Canada et le degré d'intégration ;
- 4) la famille vivant au Canada et la désintégration de la famille qui résulterait de l'éloignement ;
- 5) le soutien dont dispose l'étranger non seulement dans sa famille, mais aussi au sein de la communauté à laquelle il appartient ;
- 6) le degré de souffrance que causerait à l'étranger le retour dans son pays d'origine.

Le droit comparé est donc riche de modèles de systématisation et d'éléments à prendre en considération. Mais, le défaut de systématisation est aussi un obstacle à une appréciation rigoureuse de la situation de l'étranger.

Il ressort de cette étude de droit comparé que les éléments que l'article 131-30 du code pénal impose de prendre en compte correspondent, pour partie, aux critères retenus dans les autres pays étudiés : liens avec un ressortissant du pays d'accueil, résidence sur le territoire national depuis une longue période ou depuis un très jeune âge. En revanche, la loi française ne tient aucun compte de l'existence ou de l'absence d'attaches dans le pays d'origine. Il s'agit pourtant là d'un élément déterminant dans l'appréciation de l'importance de l'atteinte portée, par la mesure d'éloignement, à la vie privée et familiale de l'étranger. On mesure, dès lors, quel est le spectre des éléments de personnalité qui doivent être recueillis afin que la juridiction puisse se prononcer en toute connaissance de cause, dans la perspective du respect des stipulations de l'article 8 de la CEDH.

Il convient en effet d'éviter que la France ne soit condamnée par la cour de Strasbourg au seul motif que les juges du fond n'ont pas disposé des éléments nécessaires à l'appréciation du cas d'espèce. Reste à examiner la question des modalités de collecte de ces éléments de personnalité.

Lorsqu'une information est ouverte, les magistrats disposent du temps et des moyens nécessaires à une juste appréciation de la vie privée et familiale de l'étranger et de ses attaches en France. L'effort d'information et de formation, préconisé ci-dessus, devrait permettre d'améliorer l'efficacité des démarches entreprises en ce sens.

La question se pose différemment en ce qui concerne les étrangers qui font l'objet d'une procédure de comparution immédiate. Certes, il pourrait être envisagé de moduler le recours à la comparution immédiate. Mais cette procédure est particulièrement adaptée aux cas d'infractions à la législation sur les étrangers. En outre, une telle diminution entraînerait un développement des cas de mise en détention provisoire.

La commission s'oriente donc plutôt vers des propositions relatives aux enquêtes rapides de personnalité :

- il est nécessaire d'uniformiser, sur l'ensemble du territoire national, les modalités des enquêtes. A Paris, l'APCARS rédige un rapport après une enquête d'environ une heure et trente minutes. Un formulaire sert de support à l'enquête. Il comprend une rubrique consacrée à la situation personnelle et aux liens familiaux du prévenu. Un entretien semi-directif est conduit par un membre de l'association. Tous les renseignements sont, autant que possible, recoupés auprès de l'entourage de l'intéressé. Les enquêtes sont fournies, détaillées et exhaustives. Elles comportent ainsi une rubrique relative aux perspectives d'insertion. En revanche, elles ne se prononcent pas spécifiquement sur la question de la vie privée et familiale du prévenu en France. Dès lors que l'intéressé collabore, les éléments y ayant trait figurent dans le rapport mais sans être finalisés. C'est ainsi que la question des attaches dans le pays d'origine n'est pas abordée.

Il serait utile que le recueil des éléments de personnalité relatifs à l'existence de liens étroits avec la France soit envisagé de manière systématique tout en veillant à ce que ne soit pas excédée la stricte mission des enquêtes qui est de fournir à la juridiction des éléments de compréhension de la situation personnelle du prévenu dans un but d'individualisation de la peine :

- pour s'en tenir aux seules hypothèses d'étrangers susceptibles de faire l'objet d'une ITF, la situation actuelle est relativement paradoxale. Les critères de vulnérabilité (élément qui a prévalu lors du choix de la tranche d'âge à laquelle est limitée l'obligation légale) et ceux relatifs à la vie privée et familiale sur le territoire français sont loin de se recouper. En effet, la seule catégorie pour laquelle l'enquête est obligatoire (18/21 ans) est celle pour laquelle les enquêtes se révèlent les moins fructueuses et, partant, les moins utiles. De nombreux jeunes majeurs étrangers sont en effet sans attaches particulières avec la France¹⁰. Il en va tout autrement pour les étrangers plus âgés qui sont, plus fréquemment, déjà insérés dans la société française. Or, pour ces catégories, l'enquête qui permettrait de recueillir les éléments relatifs à leurs attaches familiales et leur vie sociale, n'est pas obligatoire. Il est particulièrement regrettable de s'en remettre, pour des situations dans lesquelles une enquête de personnalité

¹⁰ Il en va tout autrement des jeunes majeurs qui ont suivi toute leur scolarité en France.

est susceptible de se révéler fort utile, au fait que le prévenu se prévaut spontanément de sa vie privée et familiale ou à l'appréciation de l'utilité de l'enquête par le seul ministère public, et ce d'autant plus que les pratiques divergent sur le territoire national. Le recours à l'enquête rapide de personnalité doit être systématisé pour les catégories qui ne sont pas couvertes par l'obligation légale.

La commission préconise la rédaction d'une circulaire aux parquets reprenant l'ensemble de ces orientations. Sur la troisième proposition, il convient de recommander aux parquets de saisir systématiquement les services d'enquête rapide d'une enquête de personnalité dès lors qu'un étranger est susceptible de faire l'objet d'une ITF afin de pouvoir préalablement vérifier s'il se trouve dans le champ d'application de l'article 131-30 du code pénal. Une telle modification de la pratique implique un sérieux renforcement des moyens dont disposent les services d'enquête rapide. Si le recours à une circulaire n'était pas suffisamment suivi d'effets, devrait être envisagée l'extension progressive de l'obligation légale de mener une enquête de personnalité aux majeurs de plus de 21 ans. L'exposé des motifs de la loi du 6 juillet 1989 avait d'ailleurs prévu une telle montée en puissance du dispositif des enquêtes rapides de personnalité qui n'a jamais été mise en oeuvre.

Il faut noter que le recours à la voie législative impliquerait une extension du champ de l'obligation légale applicable à tous les prévenus, quelle que soit leur nationalité, ce qui sort du champ de réflexion de la commission.

Proposition n°6 : Favoriser le débat contradictoire dès le début de la procédure.

La commission insiste sur la nécessité de favoriser le débat contradictoire dès le début de la procédure. La sensibilisation des barreaux et l'amélioration des modalités de la collecte des éléments de personnalité participent au premier chef de ce renforcement du caractère contradictoire de la procédure. Le respect des droits de la défense peut également être amélioré au moyen de la remise d'un formulaire aux prévenus.

L'ensemble des prévenus devrait ainsi se voir remettre, au moment de la saisine du tribunal, un formulaire-type, rédigé en plusieurs langues, qui aurait une double utilité. D'une part, il permettrait d'aviser formellement les prévenus qu'ils sont susceptibles de faire l'objet d'une ITF. Dans cette perspective, il serait souhaitable que le formulaire cite l'article 131-30 du code pénal afin de faciliter la défense sur ce point. D'autre part, il aurait vocation à recueillir un certain nombre d'informations relatives à la vie privée et familiale des prévenus. Cette formalité s'avérerait, de ce point de vue, inutile en cas de systématisation de l'enquête de personnalité. Elle ne garde en effet de portée que pour autant qu'elle concerne les personnes qui n'en font pas l'objet. Elle est cependant, à moyen terme, loin d'être inutile dans la mesure

où, en tout état de cause, l'extension de l'obligation de mener une enquête aux étrangers âgés de plus de 21 ans ne pourra être que progressive.

Proposition n°7 : Interdire l'ITF pour les étrangers ayant suivi leur scolarité en France et y résidant habituellement depuis lors.

Reste, après ces propositions relatives à la détermination du champ d'application de la loi, à envisager les pistes susceptibles de garantir un véritable respect de la vie privée et familiale.

La commission entend, en premier lieu, souligner le fait qu'il ne saurait être fait bloc des différentes catégories recensées par l'article 131-30 du code pénal au regard du droit au respect de la vie privée et familiale. Il n'y a en effet aucune commune mesure, au regard de l'intensité des attaches avec la France entre un conjoint de Français, dont le mariage remonte à un an et un étranger arrivé en bas âge.

Les difficultés que pose, au regard du respect dû à la vie privée et familiale, le prononcé d'une ITF concernant, au premier chef, cette catégorie de ressortissants étrangers qui ont passé leur jeunesse en France, y ont été scolarisés et, partant, sont devenus sociologiquement, humainement, culturellement Français sans pour autant le devenir juridiquement. Certes, ni les textes de droit interne ni les engagements internationaux de la France n'établissent une telle distinction entre les différentes catégories d'étrangers.

Mais il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme de celle du Conseil d'Etat, que, sans que cette catégorie ait été expressément dérogée, ces étrangers dont l'histoire personnelle est indissociable de la France à tel point que leurs attaches sont désormais françaises et qu'ils ont perdu tout lien avec leur pays d'origine, bénéficient tout spécialement de la protection tirée des stipulations de l'article 8 de la CEDH.

Il s'agit là d'une approche relativement novatrice par rapport au droit au respect à la vie privée et familiale dont les textes traduisent les exigences sans opérer de distinction entre les différentes catégories d'étrangers protégés. Elle s'explique cependant par la lourdeur des conséquences de la mesure judiciaire d'éloignement par rapport à celles des mesures administratives. Si l'on suit le raisonnement consistant à considérer que pour les étrangers ayant résidé habituellement en France au moins durant la période de l'obligation scolaire (c'est-à-dire entre 6 et 16 ans), la France est devenue le "propre pays", alors la peine d'interdiction du territoire prononcée à leur encontre équivaut à un véritable bannissement.

Une solution consisterait à faciliter, pour les étrangers remplissant ces critères, l'accès à la nationalité française. Pour autant qu'une telle réforme réglerait la question de la compatibilité entre les mesures d'éloignement et le respect des liens personnels et familiaux, elle excède largement le champ de réflexion de la commission.

Dans la mesure où elle estime qu'il est particulièrement délicat, voire impossible, de concilier le prononcé d'une mesure d'ITF avec le droit au respect de la vie privée et familiale des étrangers ayant vécu et ayant été scolarisé en France depuis au moins l'âge de six ans, la commission préconise donc l'interdiction absolue de prononcer une ITF à l'encontre de cette catégorie d'étrangers.

Cette proposition conduit à modifier l'article 131-30 du code pénal. La commission, consciente que le texte a été récemment débattu et modifié au Parlement, estime cependant que l'ampleur des difficultés que pose l'éloignement judiciaire de cette catégorie d'étrangers justifie une modification d'ordre législatif.

La logique de cette proposition implique qu'il s'agisse d'une interdiction à laquelle il n'est pas possible de déroger, quelle que soit la gravité de l'infraction commise par les intéressés. La protection dont ils bénéficient repose en effet sur l'idée que la France est devenue leur "propre pays". Il convient donc de les sanctionner comme s'ils étaient de nationalité française. Dès lors, toute exception apportée à la protection en ruinerait le fondement même. Le nouvel article 131-30 du code pénal devrait donc comporter un alinéa supplémentaire. Il interdirait de prononcer une ITF à l'encontre des étrangers ayant vécu et ayant été scolarisé en France depuis au moins l'âge de six ans et résidant habituellement depuis lors.

Il faut indiquer que, dans une telle hypothèse, le passage de la protection relative de la motivation spéciale à la protection absolue de l'interdiction s'accompagne d'un resserrement des critères : la condition d'âge minimal passe ainsi de 10 à 6 ans et s'y ajoute la condition de la scolarisation.

Proposition n°8 : Renforcer l'efficacité de la protection relative des autres catégories d'étrangers.

Pour les catégories aujourd'hui énumérées à l'article 131-30 du code pénal¹¹, la commission considère en effet qu'il est prématuré de conclure à l'échec de l'exigence de motivation spéciale telle qu'elle est posée par la loi du 11 mai 1998. Elle souligne toutefois

¹¹ Il convient en effet de conserver l'actuel 3° afin d'éviter les effets de seuil.

la nécessité que la motivation cesse d'être une "motivation alibi" et devienne, d'une part, un véritable test de la connaissance des éléments de la personnalité des étrangers et, d'autre part, une véritable justification de la mesure d'éloignement au regard de la vie privée et familiale des intéressés.

La commission préconise donc la rédaction d'une circulaire aux Parquets reprenant l'ensemble de ces orientations :

- il appartiendra aux parquets de ne requérir l'ITF, pour les catégories protégées par l'exigence de "motivation spéciale" que lorsque, compte tenu de la gravité des faits qui sont reprochés au prévenu, cette mesure ne porte pas au droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels elle a été prise ;

- les parquets devront faire appel, d'une part, lorsque l'ITF aura été prononcée alors qu'elle n'avait pas été requise et d'autre part, lorsque la décision prononçant l'ITF, prise à l'encontre de personnes se trouvant dans le champ d'application de l'article 131-10 du code pénal, n'aura pas été motivée.

Toutefois, si les juridictions ne suivaient pas ces nouvelles orientations, fidèles à l'intention du législateur, et que la nouvelle exigence de motivation s'avérait également inopérante, il conviendrait, notamment pour éviter des condamnations de la France à Strasbourg, de modifier l'article 131-30 du code pénal. Il faudrait alors revenir au principe de l'interdiction de prononcer une ITF, interdiction tempérée, pour les catégories autres que celles des étrangers ayant résidé entre 6 et 16 ans en France, par certaines exceptions. Une motivation spéciale serait alors exigée pour déroger à cette interdiction, dans certains cas limitativement énumérés.

Enfin, la commission entend souligner la pertinence qu'il y aurait à confier à deux juges différents le prononcé de la peine principale, d'une part et de l'ITF, d'autre part.

III - LES OBSTACLES A UNE MISE EN OEUVRE COHERENTE DU RELEVEMENT

1 - Un régime restrictif.

La procédure de relèvement est régie par les dispositions des articles 702-1 et 703 du code de procédure pénale.

La requête est adressée, selon les cas, au procureur de la République ou au procureur général qui s'entoure de tous les renseignements utiles, prend s'il y a lieu l'avis du juge de

l'application des peines et saisit la juridiction compétente. Aux termes de l'article 702-1, il s'agit de la juridiction qui a prononcé la condamnation ou, en cas de pluralité de condamnations, de la dernière juridiction qui a statué.

La juridiction saisie statue en chambre du conseil, sur les conclusions du ministère public, le requérant ou son conseil entendus ou dûment convoqués. La décision est signifiée à la requête du parquet lorsqu'elle est rendue hors la présence du requérant ou de son conseil. Elle peut être frappée d'appel.

Elément essentiel du dispositif juridique applicable en matière d'ITF, le relèvement assure - ou devrait assurer - une fonction de rééquilibrage et d'individualisation de cette sanction.

Or, il résulte des travaux de la commission que la pratique en ce domaine est loin d'être conforme aux textes.

En effet, la mise en oeuvre du relèvement est enfermée dans des conditions de recevabilité très restrictives, aboutissant même parfois à une sorte de perversion du système.

Antérieurement régie par les dispositions de l'article 55-1 du nouveau code pénal, cette matière a été remaniée à deux reprises, dans le sens de la sévérité, par la loi du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, puis par la loi du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration.

L'ancien article 55-1 du code pénal ouvrait assez largement la voie du relèvement de l'ITF puisque la présentation de la requête n'était assortie d'aucune condition particulière.

Mais une première exclusion, en pratique importante, avait alors déjà été prévue : le relèvement n'était possible que si l'ITF avait été prononcée à titre de peine complémentaire.

Cette disposition, qui est toujours en vigueur, exclut donc du bénéfice d'un éventuel relèvement, tous ceux qui se sont vus infliger une ITF à titre de peine principale¹² c'est-à-dire ceux que précisément le tribunal n'a pas souhaité sanctionner très sévèrement, le prononcé d'une peine complémentaire à titre de peine principale s'analysant en une peine de substitution à l'emprisonnement, c'est à dire en une mesure de clémence.

À cette première limitation, sont venues s'ajouter deux autres dispositions elles aussi restrictives, qui sont toujours en vigueur :

¹² Aux termes des dispositions combinées des articles 131-10 et 131-11 du code pénal, une peine complémentaire peut être prononcée à titre de peine principale.

- les articles 702-1 et 703 du code de procédure pénale, dans leur rédaction issue de la loi du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal organisent la procédure de relèvement en prévoyant que la requête ne pourra être portée devant la juridiction compétente qu'à l'issue d'un délai de 6 mois après la décision initiale. La loi précise qu'en cas de refus opposé à cette première demande, une autre demande ne peut être présentée que 6 mois après et qu'il en est de même, éventuellement, des demandes ultérieures ;

- l'article 28bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de portée générale, issu de la loi du 24 août 1993 décide qu'il ne peut être fait droit à une demande de relèvement de l'ITF afférente à une condamnation définitive que si le ressortissant étranger réside hors de France. Le texte ajoute cependant que cette disposition ne s'applique pas pendant le temps où le ressortissant étranger subit en France une peine privative de liberté ou s'il fait l'objet d'une assignation à résidence.

La circulaire crim 93-18-F3 du 22 novembre 1993 explique à cet égard : "Auparavant, dans le silence des textes, les requêtes en relèvement présentées par des étrangers résidant en France étaient recevables. Ainsi, l'étranger qui s'était maintenu irrégulièrement sur le territoire était-il susceptible d'arguer de la durée de sa présence en France, de ses liens familiaux, voire de son bon comportement depuis le prononcé à l'interdiction, pour en demander le relèvement alors qu'il s'était soustrait à son exécution".

Cette même circulaire précise que le requérant sera certes avisé de la date à laquelle sa demande sera examinée par la juridiction compétente mais que cette formalité ne vaut pas autorisation de pénétrer sur le territoire français. Aussi, appartient-il au condamné de se faire représenter par un avocat devant la juridiction.

La juxtaposition des conditions de recevabilité qui viennent d'être décrites (et leur combinaison entre elles) alliée à une relative lourdeur de la procédure de l'article 703 du code de procédure pénale ne permettent pas réellement au relèvement de l'ITF d'assurer sa fonction de régulation et de rééquilibrage de cette sanction lorsqu'elle est prononcée contre des étrangers, ayant des liens étroits avec la France.

A géométrie variable, cette recevabilité s'apprécie tantôt à la date d'introduction de la requête pour le délai de 6 mois de l'article 702-1 du code de procédure pénale, tantôt à la date à laquelle le juge statue pour la condition de détention ou d'assignation à résidence de l'article 28bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, d'où un risque non négligeable "d'effet-ciseaux" qui accentue encore le manque de lisibilité de cette législation.

Parties prenantes du processus de relèvement puisqu'ils instruisent les requêtes, saisissent la juridiction compétente et prennent des réquisitions, les parquets font bien évidemment leur

propre analyse juridique de la recevabilité des demandes qui leur sont adressées en ce sens : d'où parfois certains refus d'enregistrer des requêtes et de suivre le cheminement compliqué prévu par l'article 703 du code de procédure pénale à l'égard de recours qu'ils estiment manifestement irrecevables alors que l'appréciation de cette recevabilité ressortit, bien évidemment, de la seule compétence de la juridiction de jugement.

Le caractère très restrictif de cette législation et les lourdeurs qu'elle induit en pratique étouffent peu à peu la signification et la portée réelles du recours en relèvement et ne lui permettent plus de s'exercer de manière efficace.

On doit dès lors s'interroger sur la compatibilité de cette législation avec les principes de la Convention européenne des droits de l'homme relatifs à la notion de recours effectif.

Aux termes d'un arrêt *Dalia contre France* rendu le 19 février 1998, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet estimé que pour présenter un caractère d'effectivité, le recours devait exister à un degré suffisant de certitude non seulement en théorie mais aussi en pratique. Elle a ainsi décidé que le pourvoi en cassation qu'une étrangère aurait pu, à l'époque, former contre l'arrêt de la cour d'appel refusant de la relever de son interdiction définitive du territoire français ne satisfait pas à cette condition.

Outre les réserves d'ordre juridique qu'elle estime devoir formuler à l'encontre de la procédure de relèvement, la commission constate que ce système aboutit, bien souvent, à une sorte de perversion du système.

Ainsi, pour conserver la possibilité d'un relèvement, les étrangers cherchent souvent à tout prix à éviter le prononcé d'une ITF à titre de peine principale (mesure plus clémente mais qui leur ferme la porte du recours) et, paradoxalement, acceptent comme moins sévère leur condamnation à une peine de prison assortie d'une ITF à titre de peine complémentaire.

De même, pour satisfaire à la condition des 6 mois sans avoir à quitter le territoire français, l'étranger détenu renonce fréquemment au bénéfice des réductions de peine afin de ne pas être libéré avant ce seuil.

2 - PROPOSITIONS :

Proposition n°9 : Elargir les possibilités de relèvement

L'assouplissement des conditions de recevabilité de la demande en relèvement restituerait à cette voie de droit son caractère d'effectivité et assurerait sur ce point, sans nul doute, une

meilleure compatibilité de la législation française avec la Convention européenne des droits de l'homme.

Mais parmi les trois conditions posées, l'une (exigence du séjour hors de France de l'étranger concerné) a été expressément maintenue dans la loi du 11 mai 1998 : la volonté du législateur s'est donc, à cet égard, clairement exprimée et la commission ne saurait donc, formuler une quelconque proposition.

En revanche, elle est d'avis d'élargir les possibilités de relèvement aux interdictions du territoire français prononcées à titre de peine principale, ce qui implique de modifier l'article 702-1 du code de procédure pénale.

Proposition n°10 : Définir une politique en matière de requêtes en relèvement

En ce domaine, comme cela a déjà été indiqué précédemment, les parquets procèdent à un examen a priori des conditions de recevabilité des requêtes en relèvement et, parfois en omettent d'enregistrer et de porter devant le tribunal celles qui, à l'issue de cet examen paraissent irrecevables en l'état.

La commission estime que cette pratique contrevient aux dispositions de l'article 703 du code de procédure pénale dont les termes sont très généraux ("toute demande présentée par un condamné...").

Elle propose en conséquence que les parquets soient invités :

- à instruire avec célérité les requêtes en relèvement des étrangers condamnés à l'ITF et, dans le cas où le requérant invoque des liens forts avec la France, de faire recueillir dans les meilleurs délais par les services compétents (police, services d'enquêtes rapides) tous renseignements utiles à cet égard ;

- à soumettre le plus rapidement possible l'ensemble des requêtes en relèvement à la juridiction compétente ;

- à prendre, lors de l'audience en chambre du conseil, des conclusions qui, sous réserve de leur pouvoir d'appréciation, intégreraient dans une plus juste mesure les exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'égard des étrangers concernés ou susceptibles d'être concernés par ces dispositions.

Proposition n°11 : Motiver les jugements rendus en matière de relèvement de l'ITF

La commission souhaite que, dans toute la mesure du possible, la phase procédurale de l'audience de relèvement soit en quelque sorte revivifiée et davantage recentrée, à l'égard de l'étranger invoquant des liens étroits avec la France, sur les questions relatives à l'application de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette audience doit être l'occasion d'un réel débat contradictoire, dans le cadre duquel l'étranger condamné aura été en mesure de fournir tous éléments utiles pour justifier du bien fondé de sa demande.

Dans cette perspective, la commission estime souhaitable que le jugement rendu à l'issue de ce débat judiciaire soit motivé, notamment au regard des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (cette motivation n'est actuellement pas expressément exigée par les dispositions de l'article 703 du code de procédure pénale).

Enfin, la commission s'est interrogée sur l'intérêt qu'il y aurait à attribuer compétence, en matière de contentieux du relèvement, à un juge ou à une formation de jugement qui n'aurait pas connu de la condamnation initiale.

Les dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme relative à l'exigence d'un tribunal impartial militent en ce sens.

Sans méconnaître les difficultés juridiques et pratiques d'une telle innovation qui suppose une modification législative, la commission souligne qu'elle constituerait une réelle avancée.

IV- RECAPITULATIF DES PROPOSITIONS DE LA COMMISSION

Proposition n°1 : Limiter l'interdiction du territoire français (ITF) aux cas de récidive pour les infractions à la seule législation sur les étrangers.

Modalités de mise en oeuvre : Instructions aux parquets par voie de circulaire.

Si la proposition n'était pas suivie d'effet, il conviendrait d'envisager la modification des articles 19, 27 et 33 de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Proposition n°2 : Limiter l'interdiction définitive du territoire français aux seules infractions pour lesquelles la réclusion ou la détention perpétuelle est encourue.

Modalités de mise en oeuvre : Instructions aux parquets par voie de circulaire.

Si la proposition n'était pas suivie d'effet, il conviendrait d'envisager sur ce point la modification du code pénal.

Proposition n°3 : Clarifier l'état du droit à l'attention des juridictions

Modalités de mise en oeuvre : Information des parquets par voie de circulaire.
Mise en place de formations.

Proposition n°4 : Sensibiliser les barreaux

Modalités de mise en oeuvre : Recommandations aux instances représentatives des barreaux de France

Proposition n°5 : Améliorer les modalités de la collecte des éléments de personnalité

Modalités de mise en oeuvre : Uniformisation des modalités des enquêtes de personnalité
Recommandations aux parquets d'étendre le recours à l'enquête.

Si la proposition n'était pas suivie d'effet, il conviendrait d'envisager la modification de l'article 41 du code de procédure pénale.

Proposition n°6 : Favoriser le débat contradictoire dès le début de la procédure.

Modalités de mise en oeuvre : Etablissement d'un formulaire en plusieurs langues avisant les prévenus qu'ils encourent une ITF et permettant de recueillir certains éléments de personnalité.

Proposition n°7 : Interdire l'ITF pour les étrangers ayant suivi leur scolarité en France et y résidant habituellement depuis lors

Modalités de mise en oeuvre : Modification de l'article 131-30 du code pénal.

Proposition n°8 : Renforcer l'efficacité de la protection pour les autres catégories d'étrangers protégés par l'article 131-30 du code pénal

Modalités de mise en oeuvre : Instructions aux parquets par voie de circulaire.

Si la proposition n'était pas suivie d'effet, il conviendrait d'envisager la modification de l'article 131-30 du code pénal.

Proposition n°9 : Elargir les possibilités de relèvement

Modalités de mise en oeuvre : Modification de l'article 702-1 du code de procédure pénale

Proposition n°10 : Définir une politique en matière de requêtes en relèvement

Modalités de mise en oeuvre : Instructions aux parquets par voie de circulaire.

Proposition n°11 : Motiver les jugements rendus en matière de relèvement

Modalités de mise en oeuvre : Instructions aux parquets par voie de circulaire d'interjeter appel en cas de non motivation.

Si la proposition n'était pas suivie d'effet, il conviendrait d'envisager de compléter la modification de l'article 703 du code de procédure pénale.

ANNEXES

1. Personnalités et membres d'associations entendus par la commission de réflexion sur l'interdiction du territoire

2. Etude de droit comparé sur : L'éloignement des étrangers condamnés pour infraction pénale, par Monsieur Christian JACQ

ANNEXE 1

*Personnalités et membres d'associations
entendus par la commission de réflexion
sur l'interdiction du territoire*

15 septembre 1998

- M. COTTE, Avocat général à la Cour de cassation,
- M. DINTILHAC, Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris

18 septembre 1998

- M. FELLOUS, Secrétaire général de la commission nationale consultative des droits de l'Homme
- M. LYON-CAEN, Avocat général à la Cour de cassation

21 septembre 1998

- Mme COSSON, Chef du bureau des grâces de la direction des affaires criminelles et des grâces
- Mme BARBARIN, Président de la 12^{eme} chambre de la Cour d'appel de Paris

22 septembre 1998

(visite de Mme CHANET, M. BOUCAULT, M. MATHON, Mme VALDES-BOULOUQUE et M. GUYOMAR au parquet de Bobigny)

23 septembre 1998

- M. ABRAHAM, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, directeur des affaires juridiques au ministère des affaires étrangères

28 septembre 1998

- M. MAUGENDRE et Mme RODIER, membres du GISTI
- M. GALABERT, Conseiller d'Etat

30 septembre 1998

- Me LYON-CAEN, avocat aux Conseils
- M. AMARA, M. FOOT et Mme PEYRE, membres de l'association DROIT DEVANT,
- Mme PISK, Mme ETIER et M. KHENNICHE, membres du MRAP

2 octobre 1998

- M. GOMEZ, Président de la chambre criminelle de la Cour de Cassation

5 octobre 1998

- Mme VANNIER, membre du Syndicat de la magistrature,
- M. MOINARD, Directeur des affaires criminelles et des grâces
- Mme TADZAÏT, membre du JALB

7 octobre 1998

- M. NUNEZ, M. COSTIL, membres de la CIMADE,
- M. DELARUE, Directeur des libertés publiques,
- M. COMBARNOUS, Président de la commission de recours des réfugiés, président honoraire de la section du contentieux du Conseil d'Etat

12 octobre 1998

- Me Henri LECLERC, Président de la ligue des droits de l'Homme
- M. KRAFT, Directeur de la police générale

15 octobre 1998

- M. AZIBERT, Directeur de l'administration pénitentiaire,
- M. LE GUNEHEC, Président de la Cour de justice de la République,
- M. WEIL,
- Mme DAMICHE, M. IZNASNI et M. KAWATARI (membre du comité de la double peine)

26 octobre 1998

- (Visite de M. GUYOMAR aux magistrats du parquet de Paris, (Mme BERNARD - REQUIN et ses collègues),
- M. GUYOMAR a également assisté à une audience de comparution immédiate (23ème chambre-Paris)
- et rencontré des membres de l'APCARS, service d'enquêtes sociales rapides du tribunal de grande instance de paris (Mme SANTERRE)

ANNEXE 2

Etude de droit comparé

sur :

L'éloignement des étrangers condamnés pour infraction pénale

par

Christian JACQ

L'interdiction du territoire, en droit français, est une peine. Au regard du droit comparé, cette qualification juridique et linguistique a pour effet de circonscrire l'objet de cette étude à l'éloignement du territoire des étrangers condamnés pour une infraction pénale.

La formulation de cet objet appelle quelques précisions. "Eloignement" au lieu de "interdiction du territoire" ou "expulsion" afin d'utiliser un terme générique qui permet de dépasser les catégories, classifications et distinctions juridiques nationales. Si tous les pays se réfèrent à la notion "d'expulsion", certains la réservent à une catégorie particulière d'étrangers (en Belgique, seuls les étrangers établis font l'objet d'une expulsion ; les étrangers non-établis font l'objet d'un renvoi). La notion d'éloignement est seulement un dénominateur juridique commun pour appréhender la diversité des droits étudiés et éviter toute confusion dans l'emploi et l'usage des termes propres à chaque droit interne. "Etranger" désigne les personnes qui, d'une part, ne possèdent pas la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel elles résident et, d'autre part, ne bénéficient pas d'une protection spécifique tenant à un statut particulier tel que les ressortissants de l'Union européenne, les réfugiés et apatrides. Le régime de ces statuts résulte de textes internationaux ou européens communs à tous les pays étudiés ¹.

Dans ce cadre, l'objectif de cette étude n'est pas d'être une présentation exhaustive de la matière de l'éloignement des étrangers condamnés pour une infraction pénale. Il vise seulement à indiquer les principes qui fondent ou, au contraire, excluent l'éloignement. Dans ce dernier cas, l'existence de liens étroits avec le pays d'accueil peut s'avérer un élément déterminant. En conséquence, cette étude a un double objectif : a) décrire les principes applicables à la procédure d'éloignement ; b) identifier les critères de l'opportunité de la décision d'éloignement et analyser, autant qu'il est possible, le raisonnement des instances compétentes au regard de la notion de liens étroits avec le pays d'accueil.

Le choix des pays étudiés appelle aussi des explications. Il s'est, d'abord, porté sur les pays de l'Union européenne qui ont, avec la France, une proportion comparable d'étrangers dans la population nationale. Selon une enquête de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique publiée par les Semaines Sociales de France ², concernant l'année 1994, la proportion des étrangers était égale à 6,3% de la population nationale. La France appartient donc à un segment de grandeur de 5 à 10%. Un segment auquel appartiennent aussi : les Pays-Bas (5,1%), la Suède (5,8%), l'Allemagne (8,5%), l'Autriche (8,6%) et la Belgique (9,1%). Ce critère a pour effet d'écarter cinq des sept pays avec lesquels la France a une frontière terrestre commune. Puisque l'éloignement peut intervenir aussi vers ces pays, il est apparu utile de les intégrer à l'étude. Du nord au sud, et avec des proportions d'étrangers extrêmement variables, ont été ajoutés à l'étude les pays suivants : le Royaume-Uni (3,5 %), le Luxembourg (31,1%), la Suisse (18%) ³, l'Italie (1,7%) et l'Espagne (1,3%). Enfin, l'application récente du droit international conduit à étudier un dernier pays : le Canada. En

¹ Etant observé que le Canada fait exception à ce constat pour les ressortissants de l'Union européenne.

² *L'immigration, défis et richesses*, Bayard Editions Centurion, 1998, p. 231.

³ Pour la Suisse, la source et l'année du pourcentage sont différentes. Ce chiffre, d'une part, est extrait d'un document de l'Institut National des Etudes Démographiques, *Statistiques en bref, Population et conditions sociales*, 1996, et, d'autre part, vaut pour l'année 1993.

effet, le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies a conclu⁴ à l'absence de violation des articles 12 § 4 (droit d'entrer sur le territoire de son propre pays), 17 (notamment, droit au respect de la vie privée et familiale) et 23 (notamment, droit à la protection de la famille) du Pacte international sur les droits civils et politiques⁵ à propos de l'éloignement d'étrangers condamnés pénalement. Dès lors, il est intéressant d'examiner un dispositif d'éloignement reconnu, avec des opinions dissidentes, comme conforme à la protection internationale dont bénéficie les étrangers. Le Canada offre, de surcroît, l'intérêt, d'abord, d'étendre l'étude à un pays non-européen et, ensuite, de présenter une proportion d'étrangers comparable à la France (5,5%)⁶.

C'est donc sur un total de dix pays⁷ que porte cette étude de droit comparé.

Au regard des deux objectifs poursuivis, il ressort principalement de cette étude une multiplicité des approches tant en ce qui concerne les autorités compétentes (I) que pour les éléments pris en considération pour caractériser les liens étroits avec le pays d'accueil (II).

I. Les autorités compétentes

Elles varient selon les pays. C'est ainsi que l'éloignement relève de la compétence du Ministre de la justice (Luxembourg, Pays-Bas), du Ministre de l'intérieur (Belgique, Royaume-Uni), du Secrétaire d'Etat à la sécurité (Espagne), d'une autorité administrative telle que l'Office pour les étrangers (Allemagne) ou la Commission de l'immigration et du statut des réfugiés décidant de manière quasi-juridictionnelle (Canada) et du juge pénal (Italie, Suède et Suisse). Il en résulte deux modèles principaux de compétence. L'un administratif au sens large pour englober les autorités exécutives ; l'autre pénal qui montre que la compétence pénale française n'est donc pas isolée.

Mais cette classification organique de l'éloignement ne saurait masquer une possible coexistence des compétences. Celle-ci résulte, pour le modèle administratif, de l'intervention du juge pénal dans la procédure administrative (A) et, pour le modèle pénal, de la concurrence entre éloignement pénal et éloignement administratif (B).

A. L'intervention du juge pénal dans la procédure administrative

Dans le modèle administratif, la décision de condamnation du juge pénal est, en pratique, un élément déterminant de l'engagement d'une procédure d'éloignement. Au moment où il condamne, le juge pénal est le mieux placé pour apprécier la gravité de l'infraction et la dangerosité de l'étranger. Et il arrive, comme au Canada, qu'il réclame *obiter dictum* son éloignement alors même qu'il n'est pas légalement fondé à le faire. Certains pays tiennent compte de cette situation en associant, à des degrés divers, le juge pénal à la procédure administrative. C'est le cas au Royaume-Uni et en Espagne.

⁴ Communications *Stewart* n° 538/1993, en novembre 1996 ; et *Canepa* n° 558/1993, 3 avril 1997.

⁵ Du 16 décembre 1966 entré en vigueur le 23 mars 1976.

⁶ Chiffre de la Direction des informations statistiques du Canada consécutif au recensement de 1996.

⁷ Dix et non onze car une erreur dans la transmission des dispositions applicables en Autriche a eu pour effet d'empêcher l'étude du droit de ce pays dans les délais impartis.

Au Royaume-Uni, aux termes de l'article 3 (6) de la loi sur l'immigration de 1971, il appartient au juge pénal qui vient de condamner un étranger à une peine d'emprisonnement de recommander son éloignement au Ministre de l'intérieur. Cette recommandation doit contenir les raisons détaillées qui motivent cet éloignement. Mais, elle ne lie pas le Ministre qui décide librement des suites à donner à cette recommandation. On peut aussi noter que le Ministre peut décider de l'éloignement d'un étranger condamné même si le juge n'a pas fait de recommandation en ce sens, s'il estime, sur le fondement de l'article 3 (5) de la loi que l'éloignement est nécessaire à l'intérêt général.

En Espagne, l'intervention du juge aboutit à une autorisation d'éloignement. Normalement, l'éloignement relève de la compétence du Secrétaire d'Etat à la sécurité. Mais pour les infractions peu graves, c'est-à-dire celles pour lesquelles la peine d'emprisonnement encourue est inférieure ou égale à un an, le juge peut autoriser l'administration à expulser l'étranger. Après condamnation, il peut aussi prononcer lui-même l'expulsion comme substitut à la peine d'emprisonnement ferme (fiche, point 4.1).

B. La concurrence du modèle administratif avec le modèle pénal

Dans le modèle pénal italien, suédois et suisse, il convient de noter que si le juge pénal n'assortit pas sa condamnation d'une mesure d'éloignement, l'autorité administrative peut, cependant, l'ordonner. L'éloignement est alors le résultat d'une procédure administrative. En Suède, l'éloignement intervient pour des raisons de sécurité nationale ou à cause de la crainte d'activité criminelle (art. 11 du chap. 4 de la loi sur les étrangers). En Italie, elle intervient sur le fondement de l'ordre public ou de la sécurité nationale (art. 11 de la loi du 6 mars 1998). En Suisse, il intervient sur le fondement même de la condamnation pénale (art. 10. 1. a. de la loi fédérale du 26 mars 1931).

En Suisse, en se fondant directement sur l'existence d'une condamnation, l'autorité administrative entre en conflit avec l'autorité judiciaire car elle remet en cause l'étendue de l'autorité du jugement pénal (fiche, point 4.2.). Les travaux préparatoires du code pénal avaient noté cette éventuelle opposition entre éloignement administratif et éloignement pénal. Déjà en 1908, il avait été question de supprimer l'éloignement pénal (voir Gabuzzi, P.V. 2ème com. d'exp., I, p. 325 cité par Georges Foëx, Revue de droit pénal suisse, 1958, p. 131 (135)). Cette proposition n'avait pas été reprise à l'époque. Mais depuis, l'idée d'une modification ou d'une abrogation de l'article 55 du code pénal, qui fonde la compétence du juge pénal, revient périodiquement pour assurer une meilleure cohérence juridique de l'éloignement. C'est dans ce but que le Gouvernement a déposé le 28 septembre 1998 devant le Parlement un projet visant à abroger purement et simplement l'article 55 du code pénal. Si ce projet venait à être adopté, l'éloignement relèverait de la compétence exclusive de l'autorité administrative.

Pourtant, la coexistence d'un éloignement pénal et administratif paraît bien fonctionner dans les autres pays. Certes, l'exemple suisse souligne que leur concurrence peut être source de conflit. Mais, dans ce cas, les compétences des deux autorités ne s'équilibrent pas. Alors que le juge pénal prend sa décision indépendamment des règles administratives concernant la police des étrangers, l'autorité administrative peut remettre en cause la portée de la décision pénale. Il en résulte une confusion du but répressif et celui d'ordre public de l'éloignement administratif qui altère sa logique et sa finalité juridiques. La nécessité d'un équilibre entre les autorités compétentes ressort aussi de l'exemple luxembourgeois. Mais dans ce cas, il s'agissait d'un déséquilibre, non entre les pouvoirs des autorités compétentes, mais entre les garanties que les procédures concurrentes devaient offrir à l'étranger. De 1973 à 1985, l'article 15 de la loi du 19 février 1973 autorisait le juge pénal à prononcer une mesure d'éloignement en matière de lutte contre la toxicomanie. Cette compétence était restreinte à cette seule infraction. Pour toutes les autres, le Ministre de la justice était compétent. Après plus de dix ans d'application, il est apparu que l'éloignement pénal offrait moins de garanties et de sûreté juridique à l'étranger (fiche, point 2). Plutôt que de procéder à des modifications techniques du droit pénal, le

Gouvernement luxembourgeois a préféré abroger, purement et simplement, l'éloignement pénal. Le Ministre de la justice a ainsi recouvré la plénitude de ses pouvoirs en matière d'éloignement.

Les règles relatives à la compétence déterminent aussi les modalités des procédures applicables (fiches, points 4, 6 à 8). Bien qu'elles soient organisées de manière différente selon les pays, ces procédures ont en commun de prendre en compte, de manière diverse, les liens de l'étranger avec le pays d'accueil.

II - Les liens avec le pays d'accueil

Tous les pays les prennent en considération. Ils le font de deux manières : soit à titre catégoriel, soit à titre individuel.

A titre catégoriel, l'éloignement est interdit ou restreint en raison de l'appartenance de l'étranger à une catégorie de personnes protégées. Certaines protections se fondent sur l'existence des liens avec le pays d'accueil. Elles prennent aussi différentes formes. L'interdiction peut être absolue. C'est, notamment, le cas en Italie où l'article 17 b) et c) de la loi du 6 mars 1998 interdit l'éloignement des étrangers en possession d'une carte de séjour ou des étrangers vivant avec des personnes parentes jusqu'au quatrième degré ou avec un conjoint dès lors que ceux-ci ont la nationalité italienne. L'interdiction peut être seulement relative lorsqu'elle est subordonnée à une condition de délai de séjour. Ainsi, en Espagne, sous réserve de l'absence de récidive dans un délai d'un an, les étrangers condamnés qui résident légalement sur le territoire depuis cinq ans ou qui ont le statut de résident permanent ne peuvent être éloignés. Enfin, il ne peut s'agir que d'une restriction. C'est le cas, par exemple, en Suède où les étrangers titulaires d'une carte de résident depuis moins de quatre ans, les résidents légaux depuis au moins cinq ans et les citoyens des autres pays nordiques domiciliés en Suède depuis au moins deux ans ne peuvent être éloignés que pour des "motifs exceptionnels". Dans un cadre catégoriel, la prise en considération de tels liens ne pose pas de problème particulier car elle fait appel à des critères objectifs.

A titre individuel, la prise en compte des liens avec le pays d'accueil permet de soustraire à l'éloignement un étranger qui n'entre dans aucune des catégories protégées. Dans ce cadre, la notion de lien n'a pas un contenu fixe car ce sont les autorités compétentes qui en déterminent le contenu. Il en résulte différentes modalités de prise en considération (A). De surcroît, les éléments qui caractérisent ces liens doivent être dotés, en eux-mêmes ou dans leur combinaison, d'un poids important pour écarter l'éloignement car ils sont mis en balance avec d'autres éléments qui, eux, sont en faveur de l'éloignement (B).

A - Les différentes modalités de prise en considération des liens avec le pays d'accueil

D'une manière générale, cette prise en considération résulte de l'empirisme des autorités compétentes (1). Toutefois, certains pays s'efforcent de systématiser les éléments à prendre en considération (2).

1.- L'empirisme des autorités

Il se caractérise d'abord par l'absence de liste des éléments à prendre en considération. Dès lors, les autorités compétentes se réfèrent à de multiples éléments. C'est le cas en Belgique, Espagne et Luxembourg. En Belgique, l'absence de liste obéit à une volonté politique délibérée. Il s'agit d'éviter que le Ministre ou ses services se trouvent liés par une liste au contenu trop strict qui pourrait donner lieu à contentieux.

Dans ce pays, une étude de six avis rendus par la Commission consultative des étrangers a permis le recensement des éléments suivants : la durée du séjour, l'âge auquel l'étranger est arrivé sur le territoire, sa situation de famille (mariage, enfants, personnes à charge ...), situation professionnelle, relations avec le voisinage, réputation dans le quartier ... Une telle approche laisse aux autorités compétentes une grande marge d'appréciation puisqu'elles sont libres des éléments à retenir. Toutefois, la décision résulte toujours d'un cumul de circonstances tenant à la situation particulière de chaque étranger. Cette approche au cas par cas, qui est commune à celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, n'aide pas à assurer l'uniformité des décisions, ni à permettre une présentation rationnelle des moyens de défense de l'étranger.

Certains pays comme l'Allemagne, l'Italie et le Royaume-Uni ont cherché à dresser une liste de ces éléments. Ainsi en Allemagne, le paragraphe 45 (2) de la loi sur les étrangers prévoit que dans la décision d'éloignement sont à prendre en considération : "la durée du séjour et les mesures de protection personnelle et professionnelle dont bénéficient l'étranger ainsi que les conséquences de l'éloignement pour les membres de sa famille qui séjournent régulièrement sur le territoire et qui ont avec lui une communauté de vie". Mais ces éléments ne sont pas contraignants pour les autorités compétentes car ils sont seulement donnés à titre indicatif. Pour donner un cadre plus rigide à leur autorité, certains pays ont cherché à systématiser ces éléments.

2. La systématisation des éléments

Elle est l'oeuvre soit du législateur (Pays-Bas, Suède, Suisse), soit de la jurisprudence (Canada). Mais le degré de systématisation varie d'un pays à l'autre comme en témoignent, par exemple, les critères législatifs retenus aux Pays-Bas et en Suède.

Aux Pays-Bas, l'opportunité d'un éloignement se fonde sur la durée cumulée du titre de séjour sur le territoire avec la durée de l'emprisonnement, c'est-à-dire, deux éléments qui sont quantitatifs. Il en résulte une échelle mobile de proportionnalité qui se fonde sur le principe suivant : plus l'étranger a résidé habituellement, continuellement et régulièrement sur le territoire, plus la durée de la peine d'emprisonnement autorisant l'éloignement doit être élevée. Cette règle de proportionnalité est posée par l'article 21 de la loi sur les étrangers. En conséquence, pour être éloignable du territoire, un étranger titulaire d'un titre de séjour dont la durée est inférieure ou égale à trois ans doit avoir été condamné à une peine d'emprisonnement au moins égale à neuf mois. Lorsque la durée du titre de séjour est comprise entre trois et quatre ans, la durée de l'emprisonnement doit être égale à dix-huit mois, etc ... La fiche des Pays-Bas détaille le contenu de cette échelle mobile (point 3.1). L'intérêt de cette échelle est de donner aux autorités compétentes et à l'étranger concerné un critère précis et objectif d'appréciation. Elle limite aussi formellement les liens avec le pays d'accueil à un critère unique : la durée effective du séjour. Une objection naît, toutefois, du fait qu'un lien étroit avec le pays d'accueil ne se réduit pas nécessairement à la seule durée du séjour. Un étranger peut résider sur le territoire d'un pays depuis longtemps sans y avoir fondé de famille ou mené une vie sociale active, notamment, s'il continue à entretenir des relations régulières avec son pays d'origine. A l'inverse, un étranger arrivé depuis une courte période peut avoir rapidement établi des liens professionnels et sociaux déterminants pour son mode de vie. Le Ministre prend en considération ce type de lien, mais dans ce cas, sa décision ne résulte pas du droit interne, mais des engagements internationaux des Pays-Bas, notamment ceux prescrits par la Convention européenne des droits de l'homme.

Rien de tel en Suède où la notion de lien avec la société suédoise est une exigence légale pour apprécier l'opportunité d'un éloignement. Les liens avec le pays d'accueil sont donc ici une notion juridique propre. Une notion dont l'article 10 § 1 précise aussi les critères d'appréciation. Dans l'exercice de son pouvoir, le juge "doit accorder une importance particulière aux conditions de vie de l'étranger, à sa situation familiale et à la durée du séjour

sur le territoire". La Suède combine donc un critère objectif (durée du séjour - mais aucune durée minimale n'est requise -) avec deux critères subjectifs (conditions de vie et situation familiale). A la différence des autres pays, les trois critères cités ne le sont pas à titre indicatif. Ils sont les éléments de la notion de "liens avec la société suédoise". Ces trois critères s'imposent donc au juge qui est tenu de les contrôler. Certes, le juge est libre du choix des éléments qui composent chacun des critères, mais son pouvoir d'appréciation se trouve, néanmoins, encadré par la loi. C'est ce qui permet un contrôle, à la fois, formel et matériel de la motivation par les juridictions supérieures. Mais cet encadrement n'empêche pas une certaine relativité, même en Suède, de la notion de liens avec le pays d'accueil. En effet, la seule existence de ces liens ne suffit pas à écarter l'éloignement car ils sont en balance avec des éléments qui sont en faveur de l'éloignement.

B. La mise en balance

Elle fait apparaître la nécessité de liens véritablement étroits (1) et la prédominance de certains éléments (2).

1. La nécessité de liens véritablement étroits

En premier lieu, il existe des éléments familiaux ou privés de l'étranger qui affaiblissent ses liens avec le pays d'accueil. Il n'est pas possible d'en dresser une liste exhaustive. Mais, il est évident qu'une brève durée du séjour sur le territoire est un obstacle à la constitution de liens solides avec le pays d'accueil. Il en va de même de l'âge auquel l'étranger est arrivé sur le territoire car plus il est arrivé âgé, plus les liens qu'il a pu établir avec son pays d'origine sont déterminants pour son mode de vie. Néanmoins, quelques exemples empruntés à des décisions d'éloignement permettent de souligner quelques particularités.

Ainsi en Suisse, il ressort de la jurisprudence pénale que le mariage avec une Suissesse n'est pas en lui-même déterminant pour écarter l'éloignement. Il s'agit d'éviter que le mariage ne devienne un expédient facile pour échapper à la mesure. En conséquence, le juge exige que l'étranger ait avec la Suisse d'autres liens sociaux notamment professionnels.

Autre élément défavorable : la nature familiale de l'infraction. En Belgique, dans les affaires d'inceste, la Commission consultative relève que l'éloignement est alors la seule solution pour protéger la victime. Dans un de ses avis, il est significatif de noter qu'elle refuse de tenir compte d'une lettre de pardon de la victime au motif qu'elle témoigne, d'une part, de l'emprise que peut encore exercer le condamné sur sa famille en général et sa victime en particulier, et, d'autre part, de la carence des autres membres de la famille à assurer sa protection.

En second lieu, même si l'étranger a pu créer des liens tangibles avec le pays d'accueil, l'Etat lui oppose d'autres éléments en faveur de l'éloignement. Il s'agit généralement : de la gravité de l'infraction, du passé pénal chargé, du risque de récidive, de la dangerosité, de la nécessité de protéger les victimes ... Il en résulte une mise en balance de l'ensemble des éléments alors en présence qui aboutit à une évaluation du degré d'intensité des liens avec le pays d'accueil.

Quel que soit le degré de systématisation des éléments d'appréciation de l'opportunité d'un éloignement, tous les pays utilisent le même raisonnement. Schématiquement, il consiste à : 1° recenser l'ensemble des éléments en faveur de l'éloignement et du non-éloignement ; 2° pondérer ces éléments en leur attribuant, en fonction de la situation personnelle de l'étranger, une valeur positive ou négative ; et, 3° additionner les valeurs positives et négatives. Si les valeurs négatives ont plus de poids que les valeurs positives, l'éloignement est prononcé. Cette démarche est particulièrement claire dans une décision suédoise *Tadele W.* (fiche, point 5.1).

Le champ d'application de l'éloignement étant par nature circonscrit à des infractions graves (voir fiches, point 3), le poids des liens avec le pays d'accueil doit donc être particulièrement élevé pour pouvoir écarter l'éloignement.

2. Les éléments prépondérants

Certains éléments apparaissent dotés en eux-mêmes d'un poids suffisant pour pouvoir faire pencher la balance en faveur de l'étranger condamné. Il s'agit : de la durée importante du séjour qui est une constante de l'appréciation de l'opportunité de l'éloignement dans tous les pays étudiés, des efforts entrepris par le condamné en vue de sa réinsertion sociale (Belgique, point 4.3 ; Canada, point 5.1 ; Suisse, point 7.2) et l'absence de tous liens avec le pays d'origine qui, par exemple, au Luxembourg, a justifié, pour partie, l'abrogation de la compétence pénale en matière d'éloignement (fiche, point 2). Mais souvent, l'existence de liens familiaux et sociaux avec le pays d'origine est plus un facteur qui renforce la justification de l'éloignement qu'un facteur qui détermine le prononcé d'un éloignement. En conséquence, le maintien de liens avec le pays d'origine n'empêche pas de tisser des liens étroits avec le pays d'accueil. Au Canada, l'intensité des liens avec le pays d'origine n'est d'ailleurs pris en considération que pour évaluer le degré de souffrance que provoquerait l'éloignement. Le plus haut degré de souffrance résultant de l'absence de tous liens avec le pays d'origine ou le pays de destination. Mais, il n'est pas possible d'affirmer qu'en elle-même, cette souffrance serait suffisante pour écarter l'éloignement.

En pratique, l'élément prépondérant de l'éloignement serait plutôt les conditions de vie. Certes, ce critère n'est pris en compte en tant quel qu'en Suède, mais dans tous les autres pays, les éléments de vie tels que la stabilité professionnelle, le succès ou l'échec des formations scolaires ou professionnelles, les aptitudes et capacités psychologiques, le caractère isolé de l'infraction ... sont des éléments qui qualifient ces conditions de vie. Et ce sont ces conditions qui, finalement, confèrent aux liens avec le pays d'accueil une intensité suffisante pour qu'ils prévalent sur la gravité de l'infraction. Selon qu'elles témoignent d'une intégration sociale ou, à l'inverse, d'un détachement durable à l'égard des modes ou règles de vie légalement admis, les conditions de vie affecteront positivement ou négativement les acquis humains, sociologiques et culturels résultant de la durée du séjour et de l'établissement d'une vie familiale. En Suède, dans l'affaire *Tadele W.*, le comportement associatif et criminel durable a fondé l'éloignement alors que l'étranger était arrivé sur le territoire à l'âge de quinze ans, y séjournait régulièrement depuis plus de dix ans et parlait correctement le suédois. A l'inverse, au Canada, dans l'affaire *O'Connor*, le caractère isolé de l'infraction et les efforts entrepris depuis lors par l'étranger pour se réintégrer socialement ont prévalu sur la gravité de l'infraction de meurtre commis sous l'empire combiné de l'absorption de drogue et d'alcool. De surcroît, on peut aussi noter que la prépondérance de cet élément correspond directement à la logique, souvent implicite, de l'éloignement : se débarrasser d'une personne devenue socialement indésirable.

En conclusion de cette étude de droit comparé, il faut insister, encore une fois, sur la diversité des systèmes existants. Cette note de présentation ne saurait en souligner tous les aspects. C'est pourquoi il a été décidé d'y joindre les fiches descriptives qui ont été établies pour chaque pays. Chaque fiche précise : 1° le fondement ; 2° l'autorité compétente ; 3° le champ d'application ; 4° le déroulement de la procédure ; 5° la décision ; 6° la durée ; 7° l'exécution de la décision ; 8° les droits reconnus à l'étranger ; et, 9° la fréquence de l'application de la mesure d'éloignement.

ALLEMAGNE

1. FONDEMENT

Ce sont, essentiellement, les paragraphes 45 à 48 de la loi sur les étrangers [Ausländergesetz] du 9 juillet 1990 qui régissent l'éloignement. Cette loi fédérale est appliquée par les autorités administratives des seize Länders qui ont aussi leur propre réglementation en matière d'éloignement. Seules seront mentionnées, dans cette fiche, les dispositions fédérales.

Particularité : aux termes du paragraphe 45 (1) de la loi "un étranger peut être expulsé lorsque son séjour sur le territoire nuit à la sécurité et à l'ordre public (...) ou à d'autres intérêts fondamentaux de l'Etat". En conséquence, c'est moins la condamnation pénale que le comportement délictueux de l'étranger qui est la raison déterminante de l'éloignement. D'où un champ d'application de l'éloignement qui est délimité à partir d'une très longue énumération des conduites ou situations répréhensibles.

2. AUTORITE COMPETENTE

La décision d'éloignement relève de la compétence des offices pour les étrangers établis dans les Länders (§63 (1)).

3. CHAMP D'APPLICATION

Les paragraphes 45 à 47 dressent une liste indicative des motifs d'éloignement. La loi de 1990 a établi une gradation de ces motifs. Le paragraphe 45 recense des motifs généraux d'éloignement [Ausweisung]. Le paragraphe 46 énumère les raisons spéciales d'éloignement [Einzeine Ausweisungsgründe]. Le paragraphe 47 détaille les motifs de "particulière dangerosité" qui justifient l'éloignement [Ausweisung wegen besonderer Gefährlichkeit]. Mais, l'éloignement consécutif à une condamnation pénale résulte de certaines dispositions du seul paragraphe 47. En conséquence, l'éloignement des étrangers condamnés pour une infraction pénale est délimité par la notion de "particulière dangerosité". Le paragraphe 48 restreint aussi le champ d'application de l'éloignement en fonction des catégories auxquelles peut appartenir un étranger.

3.1. La particulière dangerosité

Cette expression forme le titre du paragraphe 47. Les différents alinéas de cet article énumèrent les situations qui révèlent cette dangerosité. Ces situations se réfèrent de manière combinée à la sévérité de la peine prononcée et à la nature même de l'infraction.

Aux termes du paragraphe 47 (1), l'office doit, sans exception, ordonner l'éloignement :

"1. Lorsqu'en raison d'une ou plusieurs infractions commises à l'âge adulte, ou alors qu'il était mineur, il a été condamné à trois ans au moins de peine privative de liberté ou qui, à l'intérieur d'une période de cinq ans et plus, en raison de délits commis alors qu'il était mineur et majeur, a été condamné à plusieurs peines privatives de liberté dont la durée cumulée atteint trois ans au moins, ou qui pour la dernière peine ferme, a fait l'objet d'une mesure de sûreté".

C'est une loi du 4 juillet 1997 qui a abaissé la durée de la peine d'emprisonnement de cinq à trois ans.

"2. Lorsqu'en raison d'une infraction à la législation sur les stupéfiants, il a violé la sécurité publique, selon les dispositions du paragraphe 125 a) phrase 2 du code pénal ; lorsqu'il a tenu une réunion publique officiellement interdite par le ministère de l'intérieur ; lorsqu'il a participé à une manifestation interdite de la même façon ; lorsque, pour les faits précités, il a été condamné en tant que mineur à une peine privative de liberté de deux ans au moins ou à une peine privative de liberté non assortie du sursis" (§ 125 du code pénal).

Aux termes du paragraphe 47 (2), l'office doit, sauf dans des cas exceptionnels, ordonner l'éloignement :

"1. Lorsqu'en raison d'une ou plusieurs infractions, il a été condamné à une peine privative de liberté d'au moins deux ans s'il était mineur ou à une peine privative de liberté non assortie du sursis".

"2. Lorsque au mépris des prescriptions de la législation sur les stupéfiants, il cultive, importe, fait transiter, exporte, transforme, remet à des tiers des substances vénéneuses sans autorisation, lorsqu'il contribue de toutes les manières à leur circulation, lorsqu'il en fait commerce, lorsqu'il est l'instigateur d'un tel commerce ou lui apporte son concours".

"3. Lorsqu'il a participé à une réunion publique officiellement interdite ou dissoute, à une manifestation officiellement interdite ou dissoute pour violences envers les personnes et les biens, à un rassemblement de masse avec de graves atteintes à la sécurité publique qu'il en soit l'instigateur ou un simple membre".

Ce dernier alinéa a été introduit par la loi de 1997 pour répondre aux actions violentes des organisations kurdes.

Les actes décrits par ces deux derniers alinéas ne se réfèrent pas à la nécessité d'une condamnation. Mais aux termes du paragraphe 47 (3) renvoyant au paragraphe 48 (2), ces actes, s'ils sont commis par un mineur de quatorze - dix-huit ans, ne peuvent entraîner son éloignement qu'après un jugement par l'office.

3.2. Les catégories d'étrangers

Il n'existe pas d'interdictions absolues, mais seulement des restrictions à l'éloignement.

Aux termes du paragraphe 48 (1), ne peut être éloigné du territoire que pour des raisons sérieuses figurant, de manière générale au paragraphe 47 (1), l'étranger qui :

"1. possède un titre de séjour",

"2. possède un permis de séjour prolongé et qui est né en Allemagne (La loi emploie le terme R.F.A.) ou qui y est entré alors qu'il était mineur",

"3. possède un permis de séjour prolongé et qui vit avec une personne appartenant à l'une des catégories d'étrangers, énumérées aux points 1 et 2 de ce paragraphe, dans le cadre d'une communauté conjugale",

"4. a une communauté de vie avec des parents allemands",

"5. (concerne les réfugiés)",

"6. possède une autorisation de séjour accordé selon le paragraphe 32 de la loi sur les étrangers".

Aux termes du paragraphe 48 (2), "un mineur étranger de dix-huit ans [Minderjähriger], dont les parents ou l'un des parents séjournent régulièrement en Allemagne, ne sera pas éloigné, à moins que, en raison d'un crime passible d'une peine déjà importante, il ait été condamné à une peine plus lourde ou d'une particulière sévérité. Si l'étranger est âgé de dix-huit à vingt et un ans [Heranwachsender], a grandi sur le territoire de l'Allemagne et vit avec ses parents, il ne sera éloigné que sur le fondement des règles du paragraphe 47 (1), (2) 1. et (3)".

4. PROCEDURE

Elle est régie par la loi sur la réglementation de l'administration [Verwaltungsverfahrensgesetz].

L'initiative et la décision relèvent de la compétence des offices pour les étrangers (il y en a plus de six cent soixante). Une ordonnance appelée "Mistra" régit l'échange des informations entre la Justice et les offices. Sur ce fondement, ils engagent la procédure dès que le jugement de condamnation pénale est devenu définitif à partir des registres de condamnation. Sans entrer dans le détail de la réglementation sur la procédure administrative, il apparaît que l'étranger est informé de l'ouverture de la procédure. Avant de statuer, l'office entend l'étranger qui peut être assisté d'un avocat et/ou d'un interprète. La procédure est, cependant, écrite. La décision de l'office est motivée. Cette décision lui est notifiée. La notification l'informe des possibilités de recours et des délais dans lesquels ils doivent être exercés.

5. DECISION

5.1. Eléments d'appréciation

Ils sont énumérés, de manière indicative, par le paragraphe 45 (2). Dans la décision d'éloignement sont à prendre en considération :

1. la durée du séjour régulier, les relations personnelles et professionnelles qui sont susceptibles d'une protection ainsi que ses attaches sur le territoire national ;

2. les conséquences de l'éloignement pour les membres de sa famille qui séjournent régulièrement sur le territoire et qui ont avec lui une communauté de vie ;

3. les motifs de tolérance décrit au paragraphe 55 (2), c'est à dire lorsque son éloignement est impossible pour des raisons juridiques ou effectives ou s'il doit être suspendu conformément au paragraphe 53 (6) ou ajourné conformément au paragraphe 54 (voir infra point 7.).

5.2. Forme

C'est une mesure administrative qui prend la forme d'un mandat d'expulsion [Ausweisungverfügung]. Il vaut obligation de quitter le territoire et interdiction d'y revenir.

6. DUREE

Elle est à durée indéterminée (§8 (2)). L'office apprécie la durée de manière souveraine. Elle peut être à temps ou définitive.

7. EXECUTION

Elle intervient à l'expiration de la moitié de la peine [Halbstrafenzeitpunkt] conformément au paragraphe 456 a) du code de procédure pénale [Strafprozeßordnung]. L'étranger est éloigné vers son pays d'origine ou, à défaut, vers le pays de son choix. Si l'étranger revient avant l'expiration du délai prévu dans le mandat d'expulsion, il doit exécuter le reliquat de sa peine.

Le paragraphe 53 énumère les empêchements à exécution. Il en résulte qu'un étranger ne peut être éloigné vers un pays où il risque concrètement de subir la torture (§53 (1)), la peine capitale (§53 (2)), s'il apparaît que cet éloignement est incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme (§53 (4)) ou s'il existe un danger concret pour sa vie, son intégrité physique ou sa liberté (§53 (6)). En revanche, le risque général qu'un étranger soit menacé de poursuite pénale ou de peine dans le pays de destination n'est pas en soi un empêchement à l'éloignement (§53 (5)).

Le paragraphe 54 prévoit que l'administration régionale suprême peut ajourner l'éloignement pour des raisons de droit international public et humanitaires ou pour la sauvegarde d'intérêts publics. L'ajournement est prononcé pour un délai de six mois au plus. Si l'éloignement intervient après plus de six mois, la décision doit être prise en accord avec le ministère de l'intérieur.

8. DROITS RECONNUS AUX ETRANGERS

8.1. Recours

Devant l'office pour les étrangers, l'étranger dispose d'un recours en révision. En cas d'insuccès, un recours en annulation est possible devant les juridictions administratives. Ces recours doivent être exercés dans un délai d'un mois à compter de la notification. Ces recours sont normalement suspensifs, mais en pratique les autorités ordonnent l'exécution immédiate. Dans ce cas, l'étranger doit demander aux autorités administratives la suspension de l'exécution.

8.2. Levée

Il n'existe pas une procédure autorisant un recours général en relèvement. Mais l'article de la loi prévoit que les autorités des Länders peuvent autoriser l'étranger à revenir sur le territoire pour des raisons humanitaires ou dans l'intérêt de l'Etat [Betretenserlaubnis] (§9 (3)).

9. DONNEES STATISTIQUES

Inexistantes compte tenu de l'application décentralisée de la loi sur les étrangers.

BELGIQUE

1. FONDEMENT

La procédure est organisée par les articles 20 à 39 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Particularité : la procédure obéit à des règles différentes selon le statut de l'étranger. A cet égard, le droit belge fait une distinction entre les étrangers non-établis et les étrangers établis. L'établissement résulte d'une autorisation du Ministre ou de l'Office des étrangers à résider sur le territoire qui est accordée à l'étranger préalablement autorisé ou admis au séjour pour une durée illimitée (art. 14 de la loi).

2. AUTORITE COMPETENTE

L'initiative et le prononcé d'une mesure d'éloignement relèvent de la compétence du "Ministre qui a l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers dans ses compétences" (art. 1. 2° de la loi). Depuis le 1er janvier 1994, il s'agit du Ministre de l'intérieur. Avant cette date, il s'agissait du Ministre de la justice. Le parquet peut donner un avis sur l'éloignement, mais cet acte n'est pas requis par la loi.

3. CHAMP D'APPLICATION

Il est délimité par les infractions commises et les catégories d'étrangers.

3.1. Infractions commises

Il n'existe pas de liste précise et exhaustive. Mais le champ est large car l'article 20 §1 vise toutes les atteintes à l'ordre public et la sécurité publique ainsi que le non-respect des conditions relatives au séjour.

Toutefois, il existe une limitation tenant au statut de l'étranger. Selon le paragraphe 2 de l'article 20, les étrangers établis ne peuvent être éloignés qu'en cas d'atteinte grave à l'ordre public ou à la sécurité nationale.

3.2. Catégories d'étrangers

Tous les étrangers peuvent, en principe, faire l'objet d'une mesure d'éloignement. Mais, il existe des exceptions tenant à la non-gravité de l'infraction.

Aux termes de l'article 21 de la loi, six catégories d'étrangers sont concernées :

- "1° les étrangers séjournant d'une manière régulière et ininterrompue depuis dix ans au moins" ;
- "2° l'étranger qui remplit les conditions légales pour acquérir la nationalité belge par option, ou par une déclaration de nationalité, ou pour recouvrer cette nationalité" ;
- "3° la femme qui, par son mariage ou à la suite de l'acquisition par son mari d'une nationalité étrangère a perdu la nationalité belge" ;
- "4° l'étranger, époux non séparé de corps d'un belge ou d'une belge" ;
- "5° l'étranger établi dans le royaume et devenant incapable de travailler au sens de l'article 56 de la loi du 9 août 1963 instituant et organisant un régime d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité";

"6° le travailleur étranger frappé d'une incapacité permanente de travail au sens de l'article 24 de la loi du 10 avril 1971 ou de l'article 35 des lois relatives à la réparation des dommages résultant des maladies professionnelles, coordonnées le 3 juin 1970 lorsque l'accident du travail a eu lieu ou que la maladie professionnelle a été contractée dans l'exécution de prestation de travail d'un étranger résidant régulièrement en Belgique".

La gravité de l'atteinte lève cette interdiction et rend donc l'éloignement possible.

4. PROCEDURE

4.1. Déroulement

La saisine du Ministre appartient à l'Office pour les étrangers à partir de l'examen des registres d'écrous.

Les modalités de l'examen dépendent du statut de l'étranger.

- Si l'éloignement concerne un étranger établi, le Ministre doit saisir la Commission consultative des étrangers (art. 20§2 de la loi).

- Si l'éloignement concerne un étranger non-établi, la saisine de cette Commission n'est pas requise par la loi. Elle est une simple faculté offerte au Ministre (art. 20 et 32 de la loi), sauf les cas où en vertu d'un traité international l'étranger doit être entendu préalablement à son expulsion (art. 20 §1 in fine). C'est, par exemple, le cas des étrangers qui ont le statut de réfugié (art. 56 de la loi).

La Commission rend un avis motivé (art. 8 de l'arrêté). Cet avis ne lie pas le Ministre.

4.2. Organisation et fonctionnement de la Commission consultative

Ils sont prévus par les articles 32 à 39 de la loi du 15 décembre 1980 et l'arrêté royal du 28 juillet 1981 relatif à la Commission consultative.

Indépendamment des principes liés au respect du bilinguisme, la Commission est, en séance, composée d'un magistrat, d'un avocat et d'une personne s'occupant de la défense des intérêts des étrangers au sein d'une structure collective d'entraide (art. 33 de la loi). Les membres sont nommés par le roi. Ils doivent être de nationalité belge. Ils disposent d'un mandat de 3 ans renouvelable sans limitation. Le magistrat assure la présidence (art. 34 de la loi). Il fixe les audiences et leur ordre du jour (art. 3 de l'arrêté royal).

Quinze jours ouvrables avant la date d'audience, l'étranger est invité à comparaître, y compris s'il est détenu (art. 6 de l'arrêté). Toutefois, sa présence à l'audience n'est pas obligatoire. Huit jours ouvrables avant la date de l'audience, il reçoit communication du dossier le concernant contenant les motifs de son expulsion ainsi que tous les éléments relatifs à sa personnalité, sa situation personnelle et professionnelle (art. 7 de l'arrêté).

La procédure est orale (art. 37 de la loi) et la Commission peut entendre les témoins (art. 38 de la loi). Mais l'audience n'est pas publique. Le fonctionnaire dirigeant l'Office pour les étrangers participe aux débats, mais il ne prend pas part au délibéré.

L'avis est porté à la connaissance du Ministre et de l'étranger ainsi qu'à son avocat dans un délai de quinze jours (art. 9 de l'arrêté). Mais le respect de ce délai n'est pas prescrit à peine de nullité.

4.3. De quelques exemples d'éléments d'appréciation de l'opportunité de l'éloignement

Il n'existe pas de critères généraux. La Commission examine l'opportunité de l'éloignement au cas par cas. Dans ce but, elle se réfère à une multiplicité d'éléments dont le nombre, la nature et la combinaison dépendent de la situation particulière de l'étranger. A partir d'une étude de six avis, ces éléments peuvent être regroupés autour de quatre constantes d'appréciation : le degré d'intégration sociale avec le pays d'accueil, le degré de persistance de la capacité criminelle, la protection des victimes et l'existence de liens avec le pays d'origine.

- Le degré d'intégration sociale avec le pays d'accueil

Il se détermine à partir de la durée du séjour, l'âge auquel l'étranger est entré sur le territoire, sa situation de famille (mariage, enfants, personne à charge...), sa situation professionnelle (travail, aptitude à occuper et à conserver un emploi, chance de réinsertion professionnelle...), relation avec le voisinage, réputation dans le quartier...

- Le degré de persistance de la capacité criminelle

Elle s'apprécie à partir de la gravité de l'infraction commise et des formes de manifestation de la personnalité criminelle.

Il n'existe pas une liste des infractions qui seraient graves par nature. En pratique, le critère de la gravité reposerait, en premier lieu, sur le degré de vulnérabilité des victimes : mineurs (viol), personnes âgées (homicides, tortures), personnes sur lesquelles le condamné exerce une autorité (inceste), personnes

en état de dépendance psychologique (trafic de stupéfiants)... Dans ces cas, la légèreté de la peine prononcée importe peu. Une peine d'emprisonnement de cinq ans, pour réprimer des viols incestueux répétés sur deux filles mineures, ne fait pas obstacle à l'éloignement. En second lieu, la gravité peut aussi tenir à la qualité de la victime, par exemple, un représentant des forces de gendarmerie.

La prise en compte de la personnalité criminelle s'effectue à partir du rapport des experts psychiatres au regard, en particulier, de la réalité de l'existence des sens moral et affectif, l'importance du casier judiciaire, les aptitudes intellectuelles, les conditions de réalisation de l'infraction, la sévérité de l'exécution de la peine (absence de sursis, refus d'une libération conditionnelle...), le repentir ou la prise de conscience de la gravité de l'acte, par exemple, en se soumettant à des soins thérapeutiques...

En fait, la diminution pendant la détention de la capacité criminelle permet d'éviter l'éloignement même si les liens avec le pays d'accueil sont faibles. Dans une affaire, examinée en septembre 1997, de viol de mineure de cinq ans enfant de la concubine, la Commission a rendu un avis négatif à l'éloignement en retenant comme éléments déterminants : l'intention du condamné de se soumettre à un traitement psychiatrique, le fait que le condamné soit un délinquant primaire et l'avis favorable du personnel de la prison à une libération conditionnelle. La Commission a aussi retenu l'effet négatif de l'éloignement en matière d'emploi car compte tenu de l'âge du condamné - 51 ans -, il lui serait plus difficile de retrouver un emploi dans son pays d'origine qu'en Belgique. En définitive, l'éloignement ne paraît pas opportun lorsqu'il fait obstacle aux efforts entrepris par le condamné pour se réinsérer dans la société belge.

- La protection des victimes

Elle est déterminante en matière d'inceste, spécialement si le condamné a conservé une emprise intellectuelle et morale sur sa famille. L'éloignement soustrait la victime à son violeur. A cet égard, une lettre de pardon de la victime est sans effet. Elle aurait même un effet contraire à celui recherché par les défenseurs du condamné car elle témoigne d'une carence de la protection de la victime par les autres membres de sa famille et du maintien de l'emprise morale du condamné.

Plus généralement, la protection des victimes est le critère déterminant lorsque l'éloignement apparaît comme le seul moyen efficace pour éviter la récidive. C'est le cas, par exemple, en matière de lutte contre le trafic de stupéfiants. Dès lors, ce critère prendra le pas sur tout autre élément d'appréciation.

- L'existence de liens avec le pays d'origine

Curieusement, ce critère n'est pas examiné systématiquement. Il semble n'être pris en compte que lorsqu'il renforce la justification de l'éloignement en raison de l'existence d'une famille, de la maîtrise de la langue, de la fréquence des séjours, de la possibilité pour la famille du condamné de le rejoindre...

5. DECISION

5.1. Eléments d'appréciation

L'arrêté doit être fondé exclusivement sur le comportement personnel de l'étranger (art. 20§3 de la loi), ce qui implique qu'il indique les faits justifiant la décision (art. 23 de la loi). Le cas échéant, ces arrêtés peuvent faire mention des conclusions de la Commission consultative. Il n'existe, actuellement, aucun texte qui systématise les éléments à prendre en considération. Le Ministre précédent refusait de prendre une circulaire en ce sens afin de conserver une liberté pleine et entière dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Mais, en pratique, les éléments d'appréciation prioritaires sont la gravité de l'infraction et la protection des victimes.

5.2. Forme

La décision est prise par le Ministre. Mais, lorsque la mesure d'éloignement est fondée sur une activité politique, elle doit être délibérée en Conseil des Ministres (art. 20§2 de la loi).

Elle prend la forme d'un arrêté de renvoi pour l'étranger non-établi signé par le Ministre, et d'un arrêté royal d'expulsion pour l'étranger établi.

6. DUREE DE L'ELOIGNEMENT

Durée unique de 10 ans (art. 26 de la loi). Mais les arrêtés peuvent être levés ou suspendus.

7. EXECUTION DE LA DECISION

L'arrêté d'éloignement est notifié à l'étranger. Il est fait mention du délai dans lequel il doit quitter le territoire. Ce délai ne peut pas être inférieur à quinze jours à compter de la notification pour l'étranger non-établi et à un mois pour l'étranger établi (art. 25§1 de la loi). Pour des motifs graves, ce délai peut être réduit à huit jours (art. 25§2 de la loi).

L'arrêté d'éloignement est une mesure d'injonction. Le départ de l'étranger est donc, en principe, volontaire. Mais dans des circonstances exceptionnellement graves liées à la sauvegarde de l'ordre public ou à la sécurité nationale, le départ peut faire l'objet d'une reconduite policière à la frontière (art. 25§3 de la loi). Dans ce cadre, l'étranger peut être détenu pendant le temps nécessaire à l'exécution de la mesure selon les modalités de l'article 25§4 à §6 de la loi.

Le contrôle volontaire du départ est confié à l'administration communale qui fait une enquête de résidence. Si l'étranger se soustrait à l'arrêté, il est ramené par la contrainte à la frontière de son choix (art. 27 de la loi) à condition qu'il soit en possession des documents requis pour y entrer (art. 28§1 de la loi). Si tel n'est pas le cas, c'est le Ministre ou l'Office des étrangers qui indique alors la frontière par laquelle l'étranger va quitter le pays (art. 28§2 de la loi).

Le retour sur le territoire avant le terme de la mesure ou avant qu'elle ait été rapportée ou suspendue constitue une infraction pénale (art. 76 de la loi) punissable d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cent à mille francs ou à une de ces deux peines seulement. Mais, le Ministre ou l'Office des étrangers peut aussi décider de lui donner l'ordre de quitter le territoire (art. 7§1 11° de la loi).

8. DROITS RECONNUS A L'ETRANGER

8.1. Garanties devant la Commission consultative

L'étranger :

- 1) est averti de l'audience quinze jours ouvrables avant sa tenue (art. 6 de l'arrêté) ;
- 2) choisit le membre siégeant au titre de la défense des intérêts (art. 34§1 de la loi) - à défaut d'exercice de ce choix, c'est le Ministre qui procède à la désignation (art. 34§2 de la loi) - ;
- 3) reçoit communication de son dossier huit jours ouvrables avant l'audience (art. 36 de la loi) ;
- 4) a la faculté de comparaître personnellement à l'audience (art. 6 de l'arrêté) ;
- 5) peut être assisté d'un avocat et, dans ce cadre bénéficiaire de l'aide légale (art. 35 de la loi) ;
- 6) peut bénéficier de l'assistance gratuite d'un interprète (art. 37 de la loi) ;
- 7) peut faire citer des témoins (art. 38 de la loi) ;
- 8) reçoit notification de l'avis dans les quinze jours ouvrables de l'audience (art. 9 de l'arrêté) ;

En outre, l'avis doit être motivé au regard du comportement personnel de l'étranger au jour où statue la Commission (art. 20§3 de la loi).

8.2. Recours

Il faut faire une distinction entre l'arrêté d'expulsion des étrangers établis et l'arrêté de renvoi des étrangers non-établis.

- L'arrêté royal d'expulsion peut faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat (art. 69 de la loi) dans un délai de deux mois. Il n'a pas d'effet suspensif, sauf à être accompagné d'une demande de suspension d'exécution de la mesure. Cette demande n'a pas en elle-même d'effet suspensif. Seul un arrêt favorable à cette demande suspend effectivement l'exécution de la mesure. L'arrêt du Conseil d'Etat est définitif. Il ne peut faire l'objet ni d'opposition, ni de tierce opposition, ni même de révision (art. 70 de la loi).

- L'arrêté ministériel de renvoi peut, en plus, d'un recours en annulation faire l'objet d'une demande en révision auprès du Ministre (art. 64 2° de la loi) qui est un recours suspensif de l'exécution de la mesure (art. 67§1 de la loi). Les recours peuvent être exercés cumulativement. Dans ce cas, l'examen du recours en annulation est suspendu jusqu'à ce que le Ministre ait statué sur la recevabilité de la demande (art. 69

§3 de la loi). La demande en révision doit être introduite dans les huit jours ouvrables de la notification de l'arrêté de renvoi (art. 65 de la loi). Le Ministre doit avant de statuer demander l'avis de la Commission consultative, sauf si celle-ci a déjà statué. La motivation est obligatoire si le Ministre maintient sa décision (art. 66 de la loi). En cas de rejet, la notification doit mentionner qu'un recours en annulation à exercer dans un délai de deux mois est possible (art. 66 de la loi).

8.3. Levée de la mesure d'éloignement

Elle doit être demandée au Ministre de l'intérieur sous la forme d'un recours gracieux. Ce recours peut être exercé à tout moment, mais la levée est à la libre appréciation du Ministre.

9. DONNEES STATISTIQUES

En 1997, 195 mesures d'éloignement ont été notifiées (chiffre communiqué par l'Office pour les étrangers).

CANADA

1. FONDEMENT

L'éloignement est régi par l'article 27 de la loi sur l'immigration d'avril 1978 et les règles régissant les travaux, la procédure et la pratique de la section d'arbitrage de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du 28 janvier 1993.

Particularité : les critères de l'appréciation de l'opportunité de l'éloignement ont été systématisés par l'autorité administrative.

2. AUTORITES COMPETENTES

Trois autorités administratives interviennent successivement.

1) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix - qui est un policier - a l'obligation, sitôt la condamnation définitive, d'informer le sous-Ministre de l'Immigration, par un rapport écrit et circonstancié, qu'un étranger résident permanent (art. 27 (1)) ou non (art. 27 (2)) a fait l'objet d'une condamnation pénale. L'information se fait à partir du registre des condamnations.

2) Le sous-Ministre ou son délégué peut alors décider, de manière discrétionnaire, de saisir par requête la section d'arbitrage de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) afin de demander une enquête administrative pour vérifier le contenu du rapport.

3) Un arbitre, qui est un fonctionnaire de cette Commission, effectue une enquête administrative dont l'objet est de vérifier que les conditions légales de l'éloignement sont réunies. Il rend une décision qui peut faire l'objet d'un appel devant la section d'appel de la Commission laquelle examine alors l'opportunité de l'éloignement.

3. CHAMP D'APPLICATION

Son étendue varie selon que l'étranger a le statut de résident permanent ou non. Ce statut dépend, non de la durée du séjour sur le territoire canadien, mais de la "qualité" de la demande fondée, par exemple, sur un regroupement familial, des compétences professionnelles particulières...

- S'il a le statut de résident permanent, il faut distinguer selon que les autorités ont eu connaissance de l'infraction avant l'octroi ou après l'octroi du statut de résident permanent.

Avant l'octroi, l'étranger est éloignable à condition 1) d'avoir été déclaré coupable d'une infraction qui soit qualifiée d'acte criminel ou d'une infraction dont l'auteur peut être poursuivi par mise en accusation - les infractions concernées sont énumérées par le code pénal - ou par procédure sommaire - réservée aux infractions de moindre importance - et 2) pour laquelle la peine encourue est égale à un emprisonnement dont la durée maximale est inférieure à dix ans (art. 27 (1) a. 2). Ces conditions valent aussi pour les infractions commises en dehors du territoire canadien. En conséquence, l'étranger encourt un éloignement dès lors qu'il a été condamné sauf à "justifier auprès du Ministre (de l'immigration) de sa réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de la peine lui ayant été infligée pour l'infraction" (art. 27 (1) a. 3).

Après l'octroi, l'étranger encourt l'éloignement à condition d'avoir été déclaré coupable d'une infraction prévue par une loi fédérale, autre qu'une infraction qualifiée de contravention, pour laquelle il a été condamné à une peine d'emprisonnement de plus de six mois ou pour laquelle il encourt une peine d'emprisonnement maximal égal ou supérieur à cinq ans (art. 27 (1) d.).

- S'il n'a pas le statut de résident permanent, il est éloignable s'il a été déclaré coupable soit d'une infraction au code criminel, soit d'un acte criminel en vertu d'une loi fédérale autre que le code criminel, soit encore d'une infraction qualifiée autrement que contravention dont il a été poursuivi par mise en examen ou par procédure sommaire en vertu d'une loi fédérale autre que le code criminel ou la présente loi (art. 27 (2) d.).

4. PROCEDURE

Elle est régie par la loi du 28 janvier 1993. Elle comporte éventuellement deux étapes. La première, obligatoire, vise à s'assurer de la légalité de l'éloignement. La seconde, facultative car résultant d'un éventuel appel, s'attachera, en plus, à vérifier l'opportunité de cet éloignement.

Le contrôle de la légalité débute avec la requête du sous-Ministre qui demande à la section d'arbitrage - généralement composé d'un seul arbitre - une enquête sur la réunion des conditions légales de l'éloignement. Cette requête est signifiée à l'étranger (art. 20 (3)) qui dispose de sept jours pour déposer au greffe de la section une réplique (art. 20 (6)). Dès lors, la section procède à une instruction approfondie de sa situation. Au cours de celle-ci, l'étranger présente sa défense en bénéficiant de l'assistance d'un conseil et/ou d'un interprète. Il a aussi la possibilité de faire entendre des témoins. Au cours de l'enquête, la section d'arbitrage peut éventuellement convoquer l'étranger à une conférence ou à une audience pour répondre à toute question relative à l'enquête. Un représentant du sous-Ministre est présent à la conférence ou à l'audience pour présenter les éléments qui motivent le contenu du rapport de l'agent d'immigration. Lorsqu'il est détenu, l'étranger peut, sous garde, être amené à l'audience (art. 18). L'enquête doit être menée de manière "expéditive" (art. 7 (3)), c'est à dire dans un délai raisonnable. Mais aucun délai préfixe n'est imposé à la section d'arbitrage pour statuer. A la fin de l'enquête, l'arbitre peut décider de prendre contre l'étranger une mesure d'éloignement laquelle peut être conditionnelle (art. 21 (1)). Il mentionne les motifs de la mesure au regard de la loi (art. 21 (1) a. et 21 (3)). Dans les plus brefs délais, l'étranger est informé de la décision de l'arbitre et de son droit de faire appel devant la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut des étrangers. Cet appel est réservé aux étrangers ayant le statut de résidents permanents. L'appel doit être interjeté dans les quinze jours de la notification.

Si un appel est introduit, le contrôle de légalité est alors doublé d'un contrôle de l'opportunité. La section d'appel est collégiale. Elle vérifie que les conditions de l'éloignement sont réunies au regard du droit et aussi de la situation personnelle de l'étranger. Au final, la section infirme ou confirme la mesure d'éloignement.

5. DECISION

5.1. Eléments d'appréciation de l'opportunité de l'éloignement

La loi sur l'immigration ne donne aucune précision quant aux éléments à prendre en considération. Cependant, la section d'appel de la commission de l'immigration, dans sa décision relative à l'affaire *Marida RIBIC* du 20 août 1985 (aff. n° T64 - 9623), a posé six critères d'appréciation. Posés en matière de police des étrangers, ces critères ont, par la suite, été étendus à l'appréciation de l'opportunité de l'éloignement des étrangers condamnés pour une infraction pénale. Ces critères sont :

- 1) la gravité de l'infraction fondant la décision d'éloignement ;
- 2) la possibilité de réhabilitation et de récidive ;
- 3) la durée du temps passé au Canada et le degré d'intégration [the degree to which the appellant is established here] ;
- 4) la famille vivant au Canada et la désagrégation [dislocation] de la famille résultant de l'éloignement ;
- 5) le soutien dont dispose l'étranger non seulement dans sa famille, mais aussi au sein de la communauté dont il fait partie ;
- 6) le degré de souffrance [hardship] que causerait à l'étranger le retour dans son pays d'origine.

Dans des décisions ultérieures, la section d'appel a précisé que "ces critères ne sont pas exhaustifs et le poids attaché à chacun d'eux dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation dépend de toutes les circonstances de l'espèce" (voir, notamment, *Stephen Paul O'CONNOR c/ Canada*, 19 oct. 1992, 21 Immigration Law Reporter (2d) p. 64). En conséquence, ces critères restent aussi évolutifs.

De son côté, la cour fédérale d'appel a posé le principe selon lequel le but de l'éloignement n'est pas de redresser le dommage [wrong] causé à la société et de dissuader les autres. Ces buts ont été atteints à travers la condamnation pénale. Le but de l'éloignement est de faire partir du Canada une personne devenue indésirable (en particulier, *HURD c/ Canada*, 1988, [1989] 2 F.C., p. 594).

En pratique, tous ces critères ne sont pas systématiquement examinés. Il arrive que la section d'appel ne retienne que ceux qui sont les plus pertinents au regard de la situation personnelle de l'étranger. Par exemple, dans l'affaire *Stephen Paul O'CONNOR* précitée concernant l'éloignement d'un étranger condamné pour un meurtre qu'il avait commis sous l'empire conjugué de la drogue et de l'alcool, la section a confirmé un sursis à éloignement en n'examinant que les trois premiers critères. A cet égard, elle

a fondé sa décision sur le fait que 1) cet acte était isolé, 2) l'intéressé n'avait que dix-huit ans au moment des faits, 3) depuis sa condamnation il avait suivi avec succès une cure de désintoxication et 4) il était pleinement intégré à la société canadienne depuis son mariage et son engagement personnel et social en faveur de la lutte contre l'alcoolisme et la consommation de drogues.

Sous réserve d'une étude plus approfondie, il semblerait que ces six critères soient systématiquement examinés lorsque aucun d'entre eux n'apparaît déterminant pour éviter l'éloignement. Ainsi dans une affaire *Canada c/ LIEDTKE* du 26 novembre 1992 (Carswell Immigration Law Partner, 1998-release 2), la section d'appel a pris soin de justifier l'éloignement au regard de chacun de ces critères.

5.2. Forme

La décision prend la forme d'une mesure de renvoi.

6. DUREE

Elle est, par principe, définitive mais la mesure peut être levée.

7. EXECUTION

Elle s'effectue normalement à l'expiration de la peine (art. 50 (2) de la loi sur l'immigration). Mais l'éloignement peut intervenir avant ce terme lorsque l'éloignement est une des conditions de l'obtention d'une libération conditionnelle. Là aussi, il n'existe pas de ligne directrice. Le choix d'assujettir le bénéficiaire d'une libération à l'éloignement du territoire relève de la libre appréciation de la Commission de libération.

L'étranger peut être éloigné, au choix, vers le pays d'où il est arrivé, le pays où il avait sa résidence permanente avant de venir au Canada, le pays dont il est le ressortissant ou encore son pays natal (art. 52 (2) de la loi). Si aucun de ces pays ne veut le recevoir, l'étranger peut, avec l'agrément du Ministre de l'immigration, choisir un autre pays de destination disposé à le recevoir dans un délai raisonnable (art. 53 (3) de la loi).

L'article 53 (1) de la loi interdit l'éloignement d'un étranger vers un pays où sa vie et liberté seraient menacées sauf si la personne est condamnée pour un grave délit - c'est à dire emportant une peine d'emprisonnement minimal de 10 ans - et qu'il est considéré par le Ministre de l'immigration comme un danger pour le public.

En matière d'exécution, le pénal tient l'administration en état. En effet, les autorités ne peuvent procéder à l'exécution si elle va à l'encontre d'une autre décision judiciaire ou si la présence de l'étranger est requise dans le cadre d'une procédure pénale (art. 50 (1) de la loi).

8. DROITS RECONNUS A L'ETRANGER

Selon la Constitution "chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale". C'est ce droit qui fonde les recours juridiques contre la mesure d'éloignement.

8.1. Droit de recours judiciaire contre la décision définitive de la Commission de l'immigration.

Conformément au droit public, toute décision administrative peut faire l'objet d'un recours judiciaire. En première instance, il est porté devant la cour fédérale, en appel devant la cour fédérale d'appel et, en dernier ressort, devant la cour suprême. Les recours doivent être exercés dans les trente jours de la signification de la décision contestée. Les instances judiciaires examinent la légalité de l'éloignement et son opportunité au regard des libertés constitutionnelles. Elles n'ont pas le pouvoir d'annuler la décision d'éloignement. En revanche, elles peuvent renvoyer l'affaire devant la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié composée autrement pour une réévaluation de sa situation. En théorie, aucune disposition n'oblige la section à infirmer sa décision. En pratique, elle statue dans le sens de la décision de l'instance judiciaire car, si elle ne le faisait pas, l'instance judiciaire aurait toujours le pouvoir de renvoyer l'affaire pour réexamen devant une section d'appel de la Commission composée

autrement.

8.2. Recours en révision devant le Ministre de l'immigration

En pratique, ce recours est exercé par l'étranger quelque temps avant l'expiration de sa peine. Le Ministre statue en tenant compte de la gravité du motif de l'éloignement, de l'évolution de la situation personnelle de l'étranger depuis sa condamnation en particulier le rattachement de l'intéressé au Canada (conjoint canadien ou enfant né au Canada) et la possibilité de menaces contre la vie ou la liberté de l'étranger dans le pays d'accueil. Toutefois, ces éléments d'appréciation ne sont pas exhaustifs.

8.3. Levée

Elle peut être demandée au Ministre de l'immigration sous la forme d'un consentement. Il réexamine alors les motifs de l'éloignement. Mais l'obtention de cette mesure relève de l'exercice du pouvoir souverain du Ministre.

9. DONNEES STATISTIQUES

En 1997, 1446 condamnés ont été éloignés du territoire (chiffre communiqué par le Ministère de l'immigration).

ESPAGNE

1. FONDEMENT

L'éloignement est régi par les articles 21, 26 à 36 de la loi organique [ley organica] 7/1985 du 1er juillet 1985 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne, et les articles 98 à 113 du règlement de l'exécution de la loi organique 7/1985 approuvé par le décret royal [Real Decreto] 155/1996 du 2 février 1996.

Particularité : L'éloignement est de nature administrative, mais, pour les infractions peu graves [delitos menos graves], le juge pénal peut être compétent pour décider d'une telle mesure.

2. AUTORITES COMPETENTES

La compétence générale de l'éloignement relève du Secrétaire d'Etat à la sécurité [Secretario de Estado de Seguridad] et les délégués ou sous-délégués du gouvernement [Los Delegados y Subdelegados del Gobierno]. Mais le juge pénal peut aussi autoriser l'éloignement en cas d'infractions peu graves (art. 21. 2 de la loi).

3. CHAMP D'APPLICATION

Il est délimité par la peine encourue et les catégories d'étrangers.

3.1. La peine encourue

Peuvent être éloignés du territoire tous les étrangers qui encourent une peine d'emprisonnement. Cette délimitation résulte de l'application de deux articles distincts : l'article 21. 2 et l'article 26. 1. d) de la loi.

L'article 21.1 vise les infractions peu graves qui sont définies comme étant punies d'une peine privative de liberté inférieure ou égale à un an. L'article 26. 1. énumère, de manière limitative, les causes d'éloignement. Parmi celles-ci, l'alinéa d) vise les conduites dolosives [conducta dolosa] qui sont définies comme des infractions punissables d'une peine d'emprisonnement dont la durée est supérieure à un an. Au-delà des différents types d'infractions auxquels la loi se réfère, c'est donc la sévérité de la sanction encourue qui est le critère de délimitation de l'applicabilité de l'éloignement.

Toutefois, la distinction entre les types d'infraction présente un intérêt pour déterminer la compétence du juge pénal car elle est limitée aux infractions peu graves. Un autre intérêt de la distinction tient au lieu de la commission de l'infraction. A la différence des infractions peu graves, les conduites dolosives peuvent aussi entraîner un éloignement alors même qu'elles ont été commises hors du territoire espagnol.

3.2. les catégories d'étrangers

En principe, tout étranger condamné peut faire l'objet d'un éloignement. Il existe, toutefois, aux termes de l'article 99. 3 du Règlement une série d'exceptions en faveur des étrangers condamnés résidant légalement sur le territoire à condition qu'ils soient :

- a) nés en Espagne ou qu'ils y aient résidé légalement au cours des cinq dernières années ; ou,
- b) résidants permanents ; ou,
- c) espagnols d'origine ayant changé de nationalité ; ou,
- d) bénéficiaires d'une rente d'accident du travail ou de maladie professionnelle ayant provoqué une incapacité permanente.

Toutefois, les étrangers protégés perdent le bénéfice de cette protection en cas de récidive dans un délai d'un an à condition que l'infraction commise soit punissable d'un éloignement.

L'article 99. 4 étend cette protection aux conjoints, enfants mineurs et personnes à charge [incapacitados a su cargo] des étrangers à condition qu'ils résident légalement sur le territoire depuis plus de 2 ans.

4. PROCEDURE

Il faut faire une distinction entre les infractions peu graves et les conduites dolosives. Il faut aussi mentionner la possibilité pour l'autorité compétente de substituer une peine amende à l'éloignement

4.1. Les infractions peu graves

La procédure est pénale (art. 21. 2 de la loi). L'éloignement peut alors intervenir comme alternative au procès ou à la peine. Dans le premier cas, le ministère public peut autoriser l'éloignement en lieu et place du procès s'il estime, en particulier que cette mesure est la mieux à même de satisfaire à l'intérêt général (art. 106. 1 du règlement). Dans le second cas, lorsque l'étranger a été condamné à une peine d'emprisonnement ferme inférieure ou égale à un an, le ministère public peut solliciter du juge pénal moyennant la preuve de son insolvabilité ou l'acquiescement des réparations civiles son éloignement du territoire.

Dans ces cas, les autorités judiciaires communiquent les autorisations d'éloignement aux services compétents du ministère de l'intérieur afin qu'ils exécutent la mesure (art. 21. 3 de la loi). Cependant, par décision motivée, le Ministre peut s'opposer aux décisions du juge s'il estime que le maintien sur le territoire est nécessaire à la protection de la sécurité nationale, l'ordre public ou la santé publique et les libertés des espagnols (art. 21. 4 de la loi).

4.2. Les conduites dolosives

La procédure est administrative (art. 102 du règlement). Elle est engagée par les gouverneurs civils [Gobernadores civiles], les délégués du gouvernement à Ceuta et Melilla, le commissaire général des étrangers et de la documentation [Comisario general de Extranjera y Documentacion], le directeur de la police [Jefe superior de Policia] et les commissaires provinciaux et locaux (art. 103 du règlement). Elle se déroule conformément aux articles 30 à 36 de la loi 7/85 et la loi 30/92 du 26 novembre 1992 sur le régime juridique des administrations publiques et de la procédure administrative de droit commun.

Aux termes des dispositions de la loi 7/85, l'étranger doit, notamment, être entendu (art. 29. 2 de la loi), la décision d'éloignement doit être motivée et notifiée par écrit à l'intéressé dans les quarante-huit heures (art. 30. 2 de la loi).

4.3. La peine d'amende comme substitut à l'éloignement

L'article 99. 5 du règlement offre alors au juge ou à l'autorité administrative une alternative entre l'éloignement et l'amende. Pour déterminer la sanction applicable, l'autorité tient compte, aux termes de l'article 99. 6 in fine des circonstances de l'établissement [de arraigo] et de la situation personnelle et familiale de l'accusé [infractor]. Pour fixer le montant de l'amende, le juge prend en considération la situation économique de l'étranger, son degré de participation à la commission de l'infraction [el grado de voluntariedad del infractor] et le fait qu'il soit ou non un récidiviste. Le montant maximum de l'amende ne peut dépasser 500 000 pesetas.

5. DECISION

5.1. Eléments d'appréciation

L'autorité compétente prend en considération toutes les circonstances et, en particulier, la satisfaction de l'intérêt général. La loi ne prévoit pas expressément de tenir compte du degré d'intégration sociale de l'étranger dans la société espagnole, mais cette prise en considération résulte des engagements internationaux pris par l'Espagne en particulier la Convention européenne des droits de l'homme qui, aux termes de l'article 96§1 de la Constitution de 1978, est intégrée au droit interne avec une valeur supra législative.

5.2. Forme

Pour les délits peu graves, la décision, lorsqu'elle constitue une alternative au procès, prend la forme d'une mesure de sortie [salida] du territoire (art. 21.2 de la loi). Dans les autres cas, l'éloignement consiste en une expulsion. Ces mesures valent interdiction de retour sur le territoire (art. 33 de la loi).

6. DUREE

La loi organique avait fixé la durée minimum à trois ans (art. 36. 1). Le règlement a ajouté un maximum égal à cinq ans (art. 99. 1. a)). Mais, une durée plus élevée peut être fixée en fonction de la durée de la peine pénale infligée.

7. EXECUTION

L'éloignement intervient à l'expiration de la peine. Il a lieu en principe vers le pays d'origine de l'étranger sauf danger pour sa vie et liberté.

8. DROITS RECONNUS A L'ETRANGER

Aux termes de l'article 29. 1 de la loi organique, les étrangers jouissent de la protection et des garanties contenues dans la constitution.

8.1. Recours

Il s'agit des recours ordinaires du droit administratif ou pénal (art. 35 de la loi).

8.2. Levée

Il n'existe pas de procédure spécifique en la matière.

9. DONNEES STATISTIQUES

En 1997, 3898 éloignements ont été prononcés et 560 exécutées sur le fondement de l'article 21.2 de la loi organique (chiffre communiqué par le ministère de l'intérieur). Il n'y a pas de statistiques disponibles sur les éloignements intervenus sur la base du seul alinéa d) de l'article 26. 1 de la loi.

ITALIE

1. FONDEMENT

Il est constitué par les articles 235 et 312 du code pénal et les articles 11 à 14 et 17 de la loi du 6 mars 1998 sur la réglementation de l'immigration et des normes sur la condition de l'étranger [Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero].

Particularité : diversité des régimes applicables selon les types de peines et d'infractions.

2. AUTORITE COMPETENTE

Aux termes des articles 235 et 312 du code pénal et de l'article 13 de la loi du 6 mars 1998, l'initiative et la décision d'éloigner des étrangers condamnés pénalement relèvent de la compétence du juge pénal. Il n'existe pas de contrôle de sa décision hormis ceux attachés à l'exercice des recours judiciaires prévus par le code de procédure pénale. Si le juge pénal refuse d'éloigner l'étranger condamné, le Ministre de l'intérieur peut, à l'expiration de la peine, décider de son éloignement sur le fondement de l'ordre public ou de la sécurité de l'Etat (art. 11. 1 de la loi).

3. CHAMP D'APPLICATION

Selon l'article applicable, il est délimité par différents critères tenant soit à la peine prononcée considérée d'une manière isolée, soit la peine prononcée combinée avec le type d'infractions, ou encore le type d'infractions combiné avec le degré de dangerosité sociale. Le statut de l'étranger restreint aussi le champ d'application.

3.1. Sévérité de la peine prononcée

C'est le critère unique de l'article 235 du code pénal. Sont éloignables du territoire tout étranger condamné à une peine privative de liberté [reclusione] supérieure ou égale à 10 ans.

3.2. Infraction et peine prononcée

L'article 312 du code pénal renvoie aux soixante infractions contre la personnalité de l'Etat énumérées par les articles 241 à 307 du code pénal. A titre d'exemple, peuvent être cités : les attentats contre l'intégrité, l'indépendance et l'unité de l'Etat (art. 241), l'espionnage politique et militaire (art. 257), l'attentat contre le Président de la république (art. 371), les outrages à la nation italienne (art. 291), les atteintes aux droits politiques des citoyens (art. 294), les attentats contre les chefs d'Etat étranger (art. 295)

Pour l'ensemble des infractions ainsi énumérées, l'article 312 n'exige plus qu'une peine restrictive de liberté [pena restrittiva della libertà]. Aucune durée minimale de la peine n'est plus prescrite.

3.3. Infraction et dangerosité sociale

L'article 13 de la loi du 6 mars 1998 renvoie aux infractions énumérées aux articles 380 et 381 du code de procédure pénale concernant l'arrestation en flagrance [arresto in flagranza] des infractions intentionnelles [delitti non colposi], consommées ou tentées. Ces deux articles renvoient à leur tour à vingt-trois d'infractions définies dans le code pénal. A titre d'exemple, peuvent être cités le délit de dévastation et de saccage (art. 419), les délits contre l'intégrité publique (art. 422 et suivants), le vol (art. 624 et 628), l'extorsion (art. 629)...

Pour ces infractions, l'éloignement ne peut être prononcé qu'après une appréciation rigoureuse de la dangerosité sociale de l'étranger condamné.

3.4. Statut de l'étranger

Aux termes de l'article 17 de la loi, aucun éloignement ne peut être prononcé à l'encontre :

- a) des étrangers mineurs de 18 ans ;
- b) des étrangers en possession d'une carte de séjour ;
- c) des étrangers vivant avec des personnes parentes jusqu'au 4ème degré ou avec un conjoint dès lors qu'ils ont la nationalité italienne ;
- d) des femmes enceintes ou ayant donné naissance à un enfant depuis moins de 6 mois.

4. PROCEDURE

Elle est régie par les règles de la procédure pénale.

Le prononcé de l'éloignement est tantôt obligatoire, tantôt subordonné à la constatation d'une dangerosité sociale.

Il est obligatoire au regard des articles 235 et 312 du code pénal. Dès lors que les conditions d'application de ces articles sont réunies, le juge est tenu de prononcer l'éloignement.

En revanche, l'article 13 de la loi impose au juge de vérifier que l'étranger condamné représente véritablement un danger social avant de décider de son éloignement.

L'article 14 de la loi prévoit que le juge peut aussi, pour les infractions intentionnelles, prononcer un éloignement comme alternative à la condamnation. La loi du 6 mars 1998 a considérablement réduit le domaine d'application de cette faculté en posant trois nouvelles conditions : 1) que la peine à infliger soit inférieure à deux ans de privation de liberté, 2) que la peine ne puisse faire l'objet d'une suspension conditionnelle, et, 3) qu'il n'existe aucune cause d'empêchement de quitter le territoire au sens de l'article 12§1 de la loi. Dans ce cas, l'éloignement ne peut pas être prononcé pour une durée inférieure à cinq ans.

5. DECISION

5.1. les éléments d'appréciation

En ce qui concerne l'application des articles 235 et 312 du code pénal, aucun élément d'appréciation spécifique à l'éloignement n'est précisé par la loi. L'éloignement obéit donc aux principes généraux du droit pénal concernant la fixation de la peine prévus, notamment, aux articles 132 et 133 du code pénal. Aux termes de l'article 132, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'application de la peine mais il doit motiver sa décision. Aux termes de l'article 133, la fixation de la peine doit, cependant, tenir compte de la gravité de l'infraction. Il n'existe pas de disposition qui lui impose de tenir compte des intérêts de la situation de l'étranger. Néanmoins, celle-ci est prise en considération sur le fondement des instruments internationaux de protection dont la Convention européenne des droits de l'homme qui, en vertu de l'article 80 de la Constitution, a, au moins, un rang égal aux lois nationales.

En ce qui concerne l'application de l'article 13 de la loi, la notion de dangerosité sociale est définie par l'article 203 du code pénal. Pour apprécier cette dangerosité, cet article renvoie aux éléments énumérés par l'article 133 du code pénal concernant la gravité de l'infraction. Cet article 133 distingue deux sortes d'éléments. Il s'agit, d'abord, de ceux concernant la gravité même de l'infraction appréciée à partir, notamment, de l'importance du dommage, du lieu et du moment de l'infraction... Il s'agit, ensuite, de la capacité criminelle [capacità a delinquere] de l'étranger. L'article 133§2 énumèrent les éléments qui témoignent de cette capacité tels le mode de vie de l'étranger, sa conduite depuis la commission de l'infraction, ses conditions de vie individuelle, familiale et sociale...

5.2. Forme

L'éloignement prend la forme d'une reconduite à la frontière. Il vaut interdiction du territoire. Il s'analyse en une mesure de sûreté personnelle [misura di sicurezza personale] (art. 215§3 4) du code pénal). Elle est ordonnée par le juge dans son jugement ou arrêt de condamnation.

6. DUREE

Faute d'indication expresse contenue dans le code pénal ou la loi de 1998 - à l'exception du délai

minimum de cinq ans de l'article 14 -, la durée est laissée à l'appréciation du juge.

7. EXECUTION

L'éloignement intervient, normalement, à l'expiration de la peine. L'exécution est assurée par les forces de police.

L'étranger est éloigné vers son pays d'origine ou quand cela n'est pas possible vers le pays d'arrivée (art. 11. 12 de la loi). Mais aux termes de l'article 17§1 de la loi reprenant l'article 3 de la Constitution du 27 décembre 1947, l'éloignement ne peut en aucun cas avoir lieu vers un Etat où l'étranger peut être l'objet de persécutions pour des motifs de race, de sexe, de langue, de citoyenneté, de religion, d'opinions politiques, de statut [condizioni] personnel ou social. Cette interdiction vaut aussi pour les pays où il y a un risque qu'il soit renvoyé vers un pays pratiquant ces types de persécutions.

S'il n'est pas possible de déférer immédiatement à l'exécution de l'éloignement, l'étranger peut faire l'objet d'une rétention conformément aux modalités prévues par l'article 12 de la loi.

L'étranger éloigné qui revient sur le territoire sans autorisation encourt une privation de liberté de deux à six mois. A l'expiration de cette mesure il est à nouveau éloigné avec reconduite immédiate à la frontière [espulso con accompagnamento immediato] (art. 11. 13 de la loi).

8. DROITS RECONNUS A L'ETRANGER

8.1 Recours

Ce sont les recours propres à toute décision pénale.

8.2 Levée

Il n'existe pas de procédure juridique spécifique au relèvement de l'éloignement, mais il peut demander une autorisation de retour au Ministre de l'intérieur (art. 11. 13 de la loi).

9. DONNEES STATISTIQUES

Non communiquées.

LUXEMBOURG

1. FONDEMENT

L'éloignement est régi par la loi du 28 mars 1972 concernant, notamment, l'entrée et le séjour des étrangers et le règlement grand-ducal du 28 mars 1972 relatif à la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Commission consultative en matière de police des étrangers. Ces textes ont, cependant, été amendés à plusieurs reprises.

Particularité : l'éloignement des étrangers condamnés pour une infraction pénale ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique. En droit, l'éloignement intervient sur le fondement plus large, car non exclusivement pénal, des conduites compromettant la tranquillité, l'ordre et la sécurité publics (art. 9 et 6 2) de la loi). Une condamnation pénale n'entraîne pas de plein droit un éloignement, mais elle le justifie lorsque, de part la teneur et la gravité des faits sanctionnés, elle révèle une atteinte grave et actuelle à l'ordre public.

2. AUTORITE COMPETENTE

La décision est prise par le Ministre de la justice. Si la décision est motivée par des raisons de santé publique, elle ne peut être prise que sur proposition du Ministre de la santé (art. 11 de la loi).

De 1973 à 1985, par exception à cette règle de compétence ministérielle, l'article 15 de la loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie autorisait le juge pénal à prononcer une mesure d'éloignement à l'encontre des étrangers condamnés pour trafic de stupéfiants. Cette disposition a été abrogée par une loi du 7 juillet 1989 en raison de difficultés d'exécution. D'une part, l'étranger éloigné pénalement ne pouvait, en droit, bénéficier du congé pénal, ni de sauf-conduit d'entrée pour de brèves visites liées, par exemple, à un décès. D'autre part, des dérives dans l'application avaient eu pour effet, dans de rares cas, d'éloigner des étrangers nés au Luxembourg et n'ayant plus aucun lien avec des pays étrangers. Cette abrogation a été adoptée en dépit des avis contraires des autorités judiciaires qui proposaient, au contraire, des corrections techniques du droit pénal (voir Projet de loi, 31 oct. 1989, N° 3009(4)).

3. CHAMP D'APPLICATION

Il est délimité par les effets de l'infraction et le statut des étrangers.

3.1. Les effets de l'infraction

Puisque l'éloignement peut seulement intervenir à la condition qu'un comportement criminel porte atteinte à la tranquillité, l'ordre et la sécurité publics, il incombe, donc, aux autorités compétentes de se prononcer sur la légalité et l'opportunité de l'éloignement en analysant les effets de l'infraction. Théoriquement, le champ apparaît extrêmement large car l'éloignement peut intervenir indépendamment de la qualification juridique de l'infraction, de la sévérité de la peine ou de toute récidive. En pratique, cependant, seuls les comportements révélant une atteinte grave et actuelle à la tranquillité, l'ordre et la sécurité publics sont susceptibles d'entraîner un éloignement. Ainsi, la détention d'une arme prohibée ne saurait à elle seule justifier une telle mesure. En revanche, une seule condamnation sanctionnant un trafic de stupéfiants apparaît comme suffisant.

Une exception à ce principe général de délimitation est prévue en ce qui concerne les vagabonds et ceux qui auront été trouvés mendiants. S'ils sont étrangers, l'article 563 6° du code pénal prévoit, expressément, que le gouvernement pourra les faire reconduire à la frontière. C'est donc, dans ce cas, la qualification même de l'infraction qui fonde l'éloignement lequel reste, toutefois, facultatif.

3.2. Le statut des étrangers

Ce champ est restreint pour les ressortissants des Etats parties à la Convention européenne

d'établissement. En vertu du règlement grand-ducal du 3 juin 1996, s'ils résident régulièrement sur le territoire depuis plus de dix ans, ils ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement que s'ils constituent un danger pour la sécurité publique alors même qu'ils ne sont pas ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat ayant adhéré à l'Accord sur l'espace économique européen (art. 17 de la loi).

4. PROCEDURE

4.1. Déroulement

Le Ministre est saisi par le service des étrangers à partir de l'examen des registres de condamnations. S'il considère que l'infraction commise révèle une conduite qui doit être sanctionnée d'une mesure d'éloignement, il demande, sauf urgence, un avis à la Commission consultative en matière de police des étrangers (art. 1er 3° du règlement). La Commission rend un avis motivé (art. 8 du règlement) qui ne lie pas le Ministre. En pratique, le Ministre suit l'avis de la Commission.

4.2. Organisation et fonctionnement de la Commission

Ils sont précisés par le règlement grand-ducal du 28 mars 1972 amendé, en grande partie, par un règlement du 3 juin 1996.

La Commission est composée de trois membres : un magistrat qui assume la présidence, un avocat inscrit au barreau depuis au moins 5 ans et une personne désignée par le Ministre à partir d'une liste de trois candidats proposée par le Conseil national pour les étrangers (art. 3). Jusqu'à présent, cette personne a toujours été de nationalité luxembourgeoise. Les membres sont nommés pour trois ans. Leur mandat est renouvelable (art. 4).

Une fois saisie, la Commission invite, par lettre recommandée, l'étranger à se présenter devant elle et l'informe des motifs que le Ministre entend invoquer à son encontre (art. 6). Dès réception de la convocation, l'étranger - ou son conseil - a le droit de prendre connaissance du dossier au secrétariat de la Commission (art. 7). Avant toute comparution, il dispose d'un délai d'au moins quinze jours pour présenter sa défense par écrit (ibid.). A défaut de réponse, il perd son droit d'être entendu. Devant la Commission, la procédure est orale. L'étranger a le droit de se faire assister par un avocat et de bénéficier de l'assistance d'un interprète (art. 5). Un délégué du Ministre de la justice participe aux débats, mais il ne prend pas part au délibéré (art. 3§2).

L'avis est porté à la connaissance du Ministre dans les huit jours de la décision (art. 9).

Cette Commission ne s'est pas réunie depuis environ un an en raison d'un changement de composition ce qui a limité le champ d'application de l'éloignement aux cas où l'avis de la Commission n'est pas requis par la loi.

4.3. Eléments d'appréciation de la Commission

Il n'existe, actuellement, aucun texte formalisant les éléments à prendre en considération. La Commission a demandé au Ministre qu'une enquête sociale soit prévue avant tout éloignement. Pour le moment, faute d'indication expresse, la Commission statue donc au cas par cas.

5. DECISION

Elle incombe donc au Ministre de la justice.

5.1. Eléments d'appréciation du Ministre

Il n'existe pas de textes juridiques les précisant. Le Conseil d'Etat a, toutefois, fixé un cadre jurisprudentiel. L'éloignement d'un étranger touchant aux libertés publiques et aux droits de l'homme, "les décisions en la matière doivent donc plus particulièrement se fonder sur des faits actuels et précis et se justifier, par ailleurs, par des motifs circonstanciés de nature à permettre le contrôle de leur légalité par le juge administratif" (en particulier, *Pejkovic*, 3 mai 1995, n° 9239). Il en résulte pour le Ministre une obligation de motivation qui ne soit pas uniquement fondée sur la condamnation pénale mais, aussi et

surtout, sur le comportement personnel de l'étranger.

A cet égard, le Ministre est libre des éléments à prendre en considération : la personnalité de l'étranger ; ses antécédents pénaux ; son comportement postérieurement à l'infraction ou à la condamnation, notamment, pour l'indemnisation des victimes ; son attitude devant la Commission consultative, en particulier, son refus à répondre aux convocations...

Mais, il faut pour que la décision ne soit pas annulée par les juridictions administratives que ces éléments témoignent d'un danger réel pour l'ordre public. D'où la nécessité pour le Ministre de prendre aussi en compte les attaches que l'étranger possède avec le pays : durée du séjour, stabilité familiale et professionnelle... Pour avoir omis de le faire, le tribunal administratif a, par exemple dans un arrêt *Dos Santos Fonseca* du 30 juillet 1997, annulé la décision d'éloignement du Ministre.

En pratique, en effet, c'est à l'aune de ces attaches que s'apprécie la proportionnalité de l'éloignement au danger existant pour l'ordre public. Pour reprendre l'affaire *Dos Santos Fonseca*, le tribunal fait valoir que face à un séjour de seize ans sur le territoire, l'absence de toute condamnation durant ces années et la stabilité de sa situation professionnelle, la condamnation, pour coups et blessures volontaires avec couteau au cours d'une rixe entre automobilistes, ne dénote pas un caractère dangereux tel qu'il constituerait un danger pour l'ordre public (arrêt n° 10042).

5.2 Forme

Elle prend la forme d'un arrêté d'expulsion.

6. DUREE

Aucune durée n'est fixée par la loi. Elle est donc, en principe, prononcée pour une durée indéterminée. Toutefois, la mesure peut être levée.

7. EXECUTION

La mesure d'éloignement est notifiée à l'étranger par les autorités administratives et copie en est remise aux intéressés (art. 11§2 de la loi).

Si l'étranger se trouve en détention, l'éloignement intervient à l'expiration de celle-ci. Elle peut aussi intervenir, avant ce terme, dans le cadre d'une libération conditionnelle. Le départ du territoire est alors une des modalités de l'obtention de la libération. Si l'exécution de la mesure d'éloignement apparaît impossible, l'étranger peut, sur décision du Ministre de la Justice faire l'objet d'une privation de liberté selon les modalités de l'article 15 de la loi.

L'étranger est éloigné, normalement, vers le pays dont il a la nationalité ou tout autre pays dans lequel il est légalement admissible. Toutefois, il ne peut être éloigné vers un pays pour lequel il a rapporté la preuve que son existence ou sa vie seraient gravement menacées ou qu'il serait exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ou aux articles 1 et 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 14 de la loi).

Un retour non autorisé sur le territoire constitue une infraction pénale punissable d'un emprisonnement de quinze jours à six mois et d'une amende de 10 000 à 50 000 francs ou d'une de ces deux peines seulement. A l'expiration de cette peine, l'étranger est à nouveau éloigné du territoire (art. 31 de la loi).

8. DROITS RECONNUS A L'ETRANGER

8.1 Recours

Contre la décision d'éloignement du Ministre, l'étranger dispose d'un recours devant le tribunal administratif. En appel, le recours est porté devant la cour administrative. Ces instances ne sont pas compétentes pour apprécier l'opportunité de l'éloignement. En revanche, elles sont compétentes pour en vérifier le caractère légal et l'exactitude des motifs invoqués à son appui. Le recours doit être exercé dans les trois mois de la notification. Il n'a pas d'effet suspensif. Mais, en pratique, les autorités préfèrent attendre la décision du tribunal avant d'exécuter la mesure d'éloignement.

8.2 Levée

Elle est demandée au Ministre sous la forme d'un recours en révision. Il n'existe pas de délai pour introduire ce recours, mais en pratique, il ne sera examiné qu'à l'expiration d'un délai de six mois après l'exécution de la mesure.

9. DONNEES STATISTIQUES

Non communiquées.

PAYS-BAS

1. FONDEMENT

La procédure est régie par l'article 21 de la loi de 1965 sur les étrangers (Vreemdelingen wet) ainsi que les circulaires d'application (Vreemdelingen circulaire) s'y rapportant.

Particularité : la décision d'éloignement se fonde, principalement, sur une échelle mobile de proportionnalité entre la durée de l'emprisonnement et celle du titre de séjour.

2. AUTORITES COMPETENTES

Le prononcé relève de la compétence du Ministre de la justice saisi par le Commissaire de police (Korpschef) qui est un mandataire du Ministre.

3. CHAMP D'APPLICATION DE L'ELOIGNEMENT

Il est délimité par la durée de l'emprisonnement prononcée et les catégories d'étrangers.

3.1. Durée de l'emprisonnement

Elle est prise en considération avec la durée du ou des titres de séjour sur le territoire. L'éloignement n'est autorisé qu'à condition que chacune de ces deux durées ait atteint un certain seuil. La décision d'éloignement repose sur une échelle mobile de proportionnalité entre les deux durées. Le principe est le suivant : plus l'étranger a résidé habituellement, continuellement et régulièrement sur le territoire, plus la durée de la peine d'emprisonnement infligée à l'étranger doit être élevée pour autoriser l'éloignement. L'article 21 énumère dix cas de figure.

- pour les titres de séjour dont la durée est inférieure ou égale à 3 ans, l'emprisonnement doit au moins être égal à 9 mois pour autoriser l'éloignement ;
- pour les titres de séjour dont la durée est comprise entre 3 et 4 ans, l'emprisonnement doit être au moins égal à 18 mois ;
- pour les titres de séjour dont la durée est comprise entre 4 et 5 ans, l'emprisonnement doit être au moins égal à 21 mois ;
- pour les titres de séjour dont la durée est comprise entre 5 et 6 ans, l'emprisonnement doit être au moins égal à 24 mois ;
- pour les titres de séjour dont la durée est comprise entre 6 et 7 ans, l'emprisonnement doit être au moins égal à 30 mois ;
- pour les titres de séjour dont la durée est comprise entre 7 et 8 ans, l'emprisonnement doit être au moins égal à 36 mois ;
- pour les titres de séjour dont la durée est comprise entre 8 et 9 ans, l'emprisonnement doit être au moins égal à 45 mois ;
- pour les titres de séjour dont la durée est comprise entre 9 et 10 ans, l'emprisonnement doit être au moins égal à 54 mois ;
- pour les titres de séjour dont la durée est comprise entre 10 et 15 ans, l'emprisonnement doit être au moins égal à 60 mois ;
- pour les titres de séjour dont la durée est comprise entre 15 et 20 ans, l'emprisonnement doit être au moins égal à 96 mois.

Au-delà de 20 ans de séjour, l'éloignement est interdit.

En cas de cumul de peine, le Ministre prend en compte l'addition de toutes les peines.

3.2. Catégories d'étrangers

Tous les étrangers peuvent, en principe, être éloignés du territoire. Toutefois, il existe des exceptions tenant à la situation personnelle de l'étranger. Ainsi, ne peuvent pas être éloignés :

- les mineurs dont l'un des parents possède la nationalité néerlandaise et qui réside aux Pays-Bas ;
- les étrangers nés aux Pays-Bas ;
- les étrangers arrivés aux Pays-Bas avant l'âge de dix ans et résidants depuis au moins quinze ans sur le territoire.

A ces trois exceptions absolues, s'ajoute une exception relative. Elle concerne :

- les étrangers arrivés aux Pays-Bas avant l'âge de dix ans et résidants depuis une période de dix à quinze ans sur le territoire à condition qu'ils n'aient pas été condamnés pour une infraction grave. Il n'existe pas de liste de ces infractions, mais il est admis en pratique que relèvent de cette catégorie les violences exercées contre les personnes, le trafic de stupéfiants

4. PROCEDURE

Le Commissaire, à partir du registre des condamnations, s'assure que l'étranger est éloignable au regard des critères de l'échelle mobile. Avant de saisir le Ministre, le Commissaire de police entend l'étranger. Dans ce but, il est informé de la procédure. Lors de l'audition, il peut être assisté d'un avocat et d'un interprète. C'est à ce stade qu'il peut faire valoir les raisons légales et d'opportunité qui peuvent exclure son éloignement. Aucune audition supplémentaire n'est prévue devant le Ministre. Si l'étranger est éloignable, le Commissaire saisit le Ministre d'une demande d'éloignement.

La décision relève alors de la libre appréciation du Ministre. Il n'est tenu de saisir aucune instance de contrôle. La décision du Ministre est notifiée à l'intéressé.

5. DECISION

5.1 Eléments d'appréciation

Ce sont ceux de l'échelle mobile de proportionnalité : durée de la peine d'emprisonnement et durée du titre de séjour. L'opportunité de l'éloignement est donc, d'abord, le résultat d'une application mécanique de l'article 21 de la loi. Mais en dehors de ces deux critères quantitatifs, il arrive que le Ministre tienne aussi compte de la situation personnelle de l'étranger au regard de critères subjectifs tels que la situation familiale ou professionnelle pour écarter l'éloignement. Toutefois, la prise en considération de tels critères ne résulte pas du droit interne, mais des articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En droit néerlandais, la Convention a un statut supra-constitutionnel aux termes des articles 93 et 94 de la Constitution modifiée en 1983. Ce sont donc les éléments d'appréciation du droit de la Convention qui sont donc ici déterminants pour apprécier l'intensité des liens d'attache de l'étranger avec les Pays-Bas.

5.2 Forme

Il s'agit d'un arrêté d'expulsion qui prend la forme d'une "déclaration d'indésirabilité" [ongewenstverklaring]. Cet arrêté appartient à la catégorie des actes "voor beroep vatbare beslissing", c'est à dire susceptibles d'un recours administratif. Il fait aussi l'objet d'une publication au Journal Officiel.

6. DUREE DE L'ELOIGNEMENT

La loi ne mentionne aucune durée. Elle est donc, en principe, définitive. Mais l'éloignement peut faire l'objet d'un recours en révision et en relèvement.

7. EXECUTION DE LA DECISION

L'éloignement intervient normalement à l'expiration de la peine. L'exécution est assurée par les forces de police.

En principe, l'étranger est éloigné vers son pays d'origine. Toutefois, il peut être éloigné vers un autre pays de son choix à condition que celui ci accepte de l'accueillir.

8. DROITS RECONNUS A L'ETRANGER

8.1. Recours

L'étranger dispose d'un double recours contre l'arrêté d'éloignement :

1- une demande de révision [bezwaar] devant le Ministre de la justice. Ce recours doit être introduit dans un délai de quatre semaines à compter de la notification. Le Ministre dispose alors de dix semaines pour prendre sa décision. S'il décide de porter le recours devant la Commission de révision, ce délai est étendu à quatorze semaines. La compétence de cette Commission est de droit dès lors que l'étranger a séjourné depuis plus de cinq ans sur le territoire. L'affaire est alors déférée à une chambre qui est composée de trois membres - un juge qui préside et deux membres de la société civile nommés par le Ministre -. Elle apprécie la légalité et l'opportunité de la mesure. Elle rend un avis dans les dix semaines de sa saisine pour laisser au Ministre le temps de statuer définitivement. Cet avis ne lie pas le Ministre. Mais s'il passe outre l'avis de la Commission, il doit motiver sa décision au regard de la gravité de l'infraction et de la situation personnelle de l'étranger.

En cas de confirmation de la décision d'éloignement, l'étranger peut alors introduire :

2- un recours en annulation [beroep] devant le tribunal administratif. Ce recours doit être introduit dans un délai de quatre semaines à compter de la notification de la confirmation du Ministre. Le tribunal apprécie la légalité et le caractère raisonnable des motifs de l'éloignement. La procédure est contradictoire. La décision est définitive. Dans ce cadre, il existe par la suite la possibilité d'un recours en cassation dans l'intérêt de la loi. Mais ce recours est sans effet pour l'étranger.

Sauf mention expresse dans l'arrêté d'éloignement, ces deux recours n'ont pas d'effet suspensif. Toutefois, un recours en référé contre l'exécution de l'arrêté est possible devant le juge civil. Ce recours est suspensif. Le juge statue aussitôt que possible sur le caractère raisonnable de l'éloignement. S'il décide de suspendre l'éloignement, il appartient au Ministre de le confirmer.

8.2. Levée de la mesure d'éloignement

Après l'exécution de l'éloignement, l'étranger peut demander au Ministre de la justice, le relèvement de la mesure. Toutefois, le délai d'exercice de cette demande dépend de la gravité de l'infraction. En principe, elle ne peut être présentée avant l'expiration d'un délai de cinq ans. Mais ce délai est porté à dix ans en cas d'infractions graves. Là encore, il n'existe pas pour cette procédure de critères d'appréciation de cette gravité. Mais il est admis que les infractions graves justifiant l'éloignement des étrangers résidents sur le territoire depuis dix à quinze ans sont concernées.

9. DONNEES STATISTIQUES

En 1997, 934 "déclarations d'indésirabilité" ont été prononcées sur le fondement de l'article 21 (chiffre communiqué par le ministère de la justice).

ROYAUME-UNI

1. FONDEMENT

L'éloignement est régi par les articles 3§5, 3§6, 5§1, 5§2, 5§6, 6, 7 de la loi sur l'immigration de 1971 [Immigration Act 1971] et la Déclaration de changements des règles sur l'immigration [Statement of Changes in Immigration Rules, Houses of Commons Paper, 1989-1990].

Particularité : la loi prévoit et organise une collaboration entre le juge pénal et le Ministre de l'intérieur.

2. AUTORITES COMPETENTES

L'initiative appartient au juge pénal qui peut recommander au Ministre de l'intérieur [Secretary of State] l'éloignement de l'étranger qu'il vient de condamner (art. 6§1 de la loi). Mais le Ministre peut aussi prendre l'initiative de l'éloignement en cas de silence du juge pénal s'il estime que cette mesure est "nécessaire à l'intérêt général" [conducive to the public good] (art. 3§5 b) de la loi).

3. CHAMP D'APPLICATION

Il est délimité par la peine prononcée et les catégories d'étrangers.

3.1. La peine prononcée

Peuvent être éloignés les étrangers condamnés à une peine d'emprisonnement (art. 3§6 de la loi). Aucune durée minimale n'est exigée.

3.2. Les étrangers

Tous les étrangers peuvent, en principe, être éloignés du territoire. Toutefois, il existe des exceptions tenant au statut de l'étranger. Ainsi, ne peuvent pas être éloignés :

- les mineurs âgés de moins de dix-sept ans au moment du prononcé de la condamnation (art. 3§6 de la loi) ;
- les étrangers citoyens d'un Etat du Commonwealth ou de la République d'Irlande qui, habituellement et normalement, résident légalement sur le territoire du Royaume-Uni depuis plus de cinq ans au moment du prononcé de leur condamnation (art. 7§1 c) de la loi). Le temps passé en détention n'est pas pris en compte (art. 7§3 de la loi).

4. PROCEDURE

4.1. Déroulement

Avant de recommander l'éloignement, le juge s'assure que l'étranger condamné ne possède pas la nationalité britannique. Dans ce but, sept jours avant la prise sa décision de recommandation, il adresse au condamné un avis [notice] d'intention d'éloignement dont le contenu doit :

- 1) préciser que seuls les citoyens britanniques ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement ;
- 2) donner une liste des catégories de personnes considérées comme citoyens britanniques ;
- 3) spécifier les règles relatives aux preuves de la citoyenneté britannique ;
- 4) énumérer les catégories de citoyens non-britanniques pour lesquelles l'éloignement est interdit.

La preuve de l'appartenance à une des catégories d'étrangers non-éloignables incombe à l'étranger condamné. A défaut de preuve et après examen de la situation personnelle de l'étranger, le juge peut recommander l'éloignement. La recommandation doit alors contenir les raisons détaillées qui fondent l'éloignement. Cette obligation de motivation serait, en principe, prescrite à peine de nullité (voir, par exemple, Court of Appeal, *Radcliff Rodney*, 18 janvier 1996, [1996] 2 Cr. App. R. (S), p. 230). Mais

plutôt que prononcer la nullité, la cour d'appel préfère confirmer l'éloignement en motivant elle-même la recommandation (en ce sens, voir notamment, Court of Appeal, *R. v. Hikmet Bozat and others*, 25 juillet 1996, [1997] 1 Cr. App. R. (S). p. 270).

La recommandation a la nature juridique d'une peine [sentence] ce qui autorise le condamné à interjeter appel soit de la recommandation elle-même, soit de la condamnation sur laquelle est fondée la recommandation.

Il appartient au Ministre de donner effet à la recommandation. Le Ministre apprécie librement l'opportunité de la mesure.

4.2 Eléments d'appréciation de l'opportunité de la recommandation

Pour apprécier si l'éloignement doit être recommandé, le juge doit examiner l'intérêt public à la lumière de circonstances personnelles de l'étranger. Il n'existe pas de textes, mais la Court of Appeal a posé quatre principes dans l'affaire *R. v. Nazari and other cases* du 14 mars 1980 ([1980] 3 All ER, p. 880).

1) Le juge doit, en premier lieu, s'interroger sur le point de savoir si la présence continue de l'étranger sur le territoire serait ou non nuisible [detrimental] au pays. Dans ce but, le juge prend, d'abord, en considération la gravité de l'infraction et le passé judiciaire du condamné. Plus l'infraction est grave et plus le passé judiciaire de l'étranger condamné est chargé, plus il est évident qu'une recommandation d'éloignement s'imposera. La gravité de l'infraction s'apprécie à partir des circonstances mêmes de l'infraction. A cet égard, raisonnant sur le vol à l'étalage qui est, dans le "Grand Londres", une infraction souvent commise par les étrangers, la cour fait observer, dans cette affaire *Nazari and other cases*, que cette infraction ne mérite pas en elle-même un éloignement. Mais il en va autrement en cas de récidive ou si elle venait à être commise par un délinquant, même primaire, appartenant à un gang qui a mené un raid, de manière organisée, sur un grand magasin [a planned raid on a departmental store].

2) Le juge n'a pas à se préoccuper du système politique du pays vers lequel l'étranger condamné doit être renvoyé. Cette question relève de la compétence du Ministre de l'intérieur qui à la différence du juge pénal a les moyens d'obtenir toute information pertinente en la matière.

3) Le juge doit prendre en considération les effets de l'éloignement sur les membres de la famille du condamné. Dans l'affaire *Fernandez*, un des autres cas de l'affaire *Nazari*, ce critère a été déterminant pour refuser l'éloignement d'un étranger malgré son lourd passé judiciaire pour des infractions telles que des agressions à main armée. Parce que l'éloignement aurait eu des conséquences douloureuses pour la famille du condamné, en particulier pour sa femme qualifiée par les juges - et cela bien qu'elle n'ait pas la nationalité britannique! - de personne admirable, de bonne épouse, de mère dévouée et soucieuse de l'éducation de ses deux enfants devenus anglophones, la cour d'appel a cassé [quashed] la recommandation du juge de première instance.

4) Le juge ne doit pas accorder trop d'importance aux déclarations du condamné selon lesquelles il aurait l'intention de retourner volontairement dans son pays à la fin de sa peine.

Mais ces principes ne sont que des lignes directrices. Elles ne constituent pas des règles strictes d'appréciation. En pratique, le juge continue à se déterminer à partir des éléments du dossier.

5. DECISION

5.1. Eléments d'appréciation de la décision

Depuis 1983, l'article 156 de la Déclaration sur les changements des règles sur l'immigration dresse une liste indicative des éléments que le Ministre doit prendre en considération. Il s'agit de "tous les éléments pertinents connus de lui comprenant l'âge ; la durée de résidence sur le territoire ; l'intensité [strength] des liens avec le Royaume-Uni ; la situation personnelle de l'étranger c'est à dire sa réputation [character], sa conduite et son parcours professionnel ; la situation familiale ; la nature de l'infraction ; le casier judiciaire ; les circonstances de convenances personnelles ; les témoignages favorables". Cet article ajoute que dans certaines circonstances, en particulier pour les jeunes délinquants ou délinquants primaires, un départ sous surveillance [supervised departure], mais volontaire, avec interdiction de retour sur le territoire peut être une alternative à l'expulsion recommandée par la cour.

Mais cet article ne fixe qu'un cadre d'appréciation.

5.2. Forme

C'est un ordre d'expulsion [Deportation Order]. L'ordre vaut obligation de quitter le territoire et interdiction d'y revenir (art. 5§1 de la loi).

6. DUREE

La loi ne fixe pas de délai. L'éloignement est donc définitif. Toutefois, le mandat peut être révoqué à tout moment (art. 5§2 de la loi).

7. EXECUTION DE LA DECISION

Elle intervient à l'expiration de la peine. Le Ministre peut indiquer le pays vers lequel l'éloignement doit avoir lieu soit le pays d'origine, soit le pays dont l'étranger a la nationalité ou encore un pays vers lequel il y a des raisons de croire qu'il sera admis.

Un retour sur le territoire sans y avoir été autorisé constitue une infraction pénale punissable d'une peine d'amende ou d'emprisonnement d'un maximum de six mois ou des deux peines à la fois (art. 24§1 a) de la loi).

8. DROITS RECONNUS A L'ETRANGER

8.1. Garanties de procédure

Elles sont double.

- Avis informant l'étranger qu'une recommandation d'éloignement est envisagée. Il dispose d'un délai de sept jours pour faire la preuve qu'il appartient à une catégorie d'étrangers pour laquelle l'éloignement est interdit (art. 6§2 de la loi).

- Aucun ordre d'éloignement ne peut être délivré tant que la décision de condamnation n'est pas devenue définitive (vingt-huit jours à compter de la date de condamnation si l'appel est porté devant la chambre criminelle [Criminal Division] de la cour d'appel ou vingt et un jours si l'appel est porté devant la Crown Court).

8.2. Recours

Il faut distinguer trois types d'acte.

1) Contre la recommandation du juge, un appel est possible soit contre la recommandation elle-même, soit contre le jugement de condamnation qui la fonde.

2) Contre le mandat d'éloignement pris par le Ministre, il n'existe pas de recours lorsque le mandat a été pris sur le fondement de l'article 3§6. En revanche, il existe un recours pour le mandat fondé sur l'article 3§5 (voir supra point 2.), sauf si celui-ci a été pris pour des motifs liés à "l'intérêt général" pour des raisons de sécurité nationale ou de relations entre le Royaume-Uni et un autre pays ou pour toutes autres raisons politiques (art. 15§3 de la loi).

3) Contre la décision de refus du Ministre de révoquer le mandat, un appel est possible mais seulement à condition que le mandat n'ait pas été pris pour des raisons d'"intérêt général" ou si le refus de révocation se fonde sur ce motif. Le recours est introduit devant un adjudicateur.

8.3. Levée

Elle prend la forme d'une révocation. Elle peut intervenir à tout moment (art. 5§2 de la loi). La demande est adressée soit à l'officier de contrôle des entrées sur le territoire, soit au Ministre lui-même. L'autorité saisie examine alors les motifs qui ont fondé l'éloignement. La révocation dépend de la gravité des antécédents judiciaires. Plus le dossier est chargé, plus l'éloignement doit durer longtemps. En matière de délinquance, aucune révocation n'intervient, en pratique, avant un délai de trois ans. Pour les autres cas, la révocation est autorisée s'il y a eu changement de statut, par exemple, lorsque l'étranger a acquis la nationalité britannique.

9. DONNEES STATISTIQUES

En 1997, le juge pénal a recommandé 380 éloignements. 280 mandats d'éloignement ont été décidés par le Ministre. 240 ont été exécutés sur le fondement de l'article 3§6 (chiffres ministère de l'intérieur, statistiques sur le contrôle de l'immigration, table 7.4, 1997).

SUEDE

1. FONDEMENT

L'éloignement est régi par la loi sur les étrangers de 1989 [Aliens Act] révisée en octobre 1997. Sont applicables à l'éloignement des étrangers condamnés pour une infraction pénale les articles 7 à 10 et 14 et 15 du chapitre 4, l'article 8 et 16 du chapitre 7, les articles 1 et 2, 5, 7, et 13 à 16 du chapitre 8 et l'article 4 du chapitre 9.

Particularité : la notion de lien avec le pays d'accueil [alien's links to Swedish society] est une exigence légale pour apprécier l'opportunité de l'éloignement.

2. AUTORITE COMPETENTE

L'éloignement relève de la compétence du juge pénal qui réprime l'infraction (chap. 4, art. 8).

3. CHAMP D'APPLICATION

Il est délimité par, d'une part, la sévérité de la peine prononcée considérée isolément ou avec l'infraction et, d'autre part, les catégories d'étrangers.

3.1. Peine prononcée

L'éloignement peut intervenir lorsqu'une peine d'emprisonnement est infligée. Il peut aussi être prononcé si le juge décide de révoquer une peine conditionnelle [conditional sentence] ou retirer le bénéfice du sursis avec mise à l'épreuve [probation] (chap. 4, art. 7§1).

3.2. Peine et infraction

De surcroît, bien qu'il n'ait pas été condamné à une peine d'emprisonnement ferme, un étranger peut être éloigné si, dans l'échelle des peines, la peine infligée est plus sévère qu'une amende (prison avec sursis, liberté surveillée). Mais dans ce cas, l'éloignement ne peut être prononcé que s'il existe un risque de récidive (chap. 4, art. 7§2 1.) ou si l'infraction commise est particulièrement grave [so serious] (chap. 4, art. 7§2 2.). Le risque de récidive s'apprécie en fonction de la nature de l'infraction [crime] et d'autres circonstances. La gravité est estimée à partir du dommage, danger ou violation causés aux personnes et aux intérêts publics. Il n'existe donc aucune liste d'infractions graves par nature.

Le critère de la gravité doit être recherché dans les travaux préparatoires de la loi. Ils précisent que peuvent être considérées comme graves les infractions passibles d'une peine égale au moins à un an d'emprisonnement. Cette définition permet d'englober, aux côtés des infractions traditionnellement graves comme les infractions de violences ou à caractère sexuel ou en relation avec les stupéfiants, les infractions soit à forte valeur punitive telles les coups et blessures ou les atteintes à la santé, soit à but axiologique élevé telles les atteintes à l'ordre économique et patrimonial.

3.3. Les catégories d'étrangers

Le principe est que tout étranger peut être éloigné. Toutefois, ce principe comporte des restrictions et des exceptions.

Les restrictions concernent les étrangers titulaires d'une carte de résident depuis au moins quatre ans, les résidents légaux depuis au moins cinq ans et les citoyens d'autres pays nordiques domiciliés en Suède depuis au moins deux ans (chap. 4, art. 10§2). Ces différentes durées sont appréciées au jour où une procédure criminelle a été engagée à leur encontre. A l'égard de ces étrangers, l'éloignement du territoire n'est pas interdit, mais il ne peut être prononcé que des motifs exceptionnels [exceptional grounds] tels que la répétition d'infractions graves.

L'interdiction d'éloignement concerne les étrangers arrivés sur le territoire avant l'âge de quinze ans

et qui, au moment où les poursuites pénales ont été engagées, résidaient sur le territoire depuis au moins cinq ans (chap. 4, art. 10§4).

4. PROCEDURE

Le juge prend sa décision sans contrôle particulier autre que celui résultant des voies de recours judiciaires. La décision prend normalement effet au jour de l'expiration de la peine. Mais le juge a toujours la possibilité de revenir sur sa décision si, par exemple, il révisé la condamnation (chap. 4, art. 9). Si le juge ne prononce pas l'éloignement, l'Office pour l'immigration [Immigration Board] peut prononcer un éloignement pour des raisons de sécurité nationale ou de craintes d'activité criminelle (chap. 4, art. 11).

5. DECISION

5.1. Eléments d'appréciation

L'article 10§1 du chapitre 4 prévoit expressément que le juge doit apprécier l'opportunité d'un éloignement en tenant dûment compte des liens tissés par l'étranger avec la société suédoise. A cet égard, cet article ajoute que le juge doit accorder une importance particulière [should pay particular attention] aux conditions de vie de l'étranger, à sa situation familiale et à la durée de son séjour sur le territoire.

En pratique, la seule constatation de l'existence de liens ne suffit pas pour écarter l'éloignement. Il faut que ces liens témoignent d'une adaptation sociale à la vie suédoise. C'est le degré d'adaptation que le juge s'efforce de vérifier en examinant chacun de ces trois critères. Sa démarche est théoriquement simple. Elle consiste, à partir des éléments propres à chaque affaire, 1) à relever, pour chacun des trois critères, les éléments positifs et négatifs de la situation personnelle de l'étranger quant à son adaptation et 2) à pondérer ces éléments entre eux pour déterminer une valeur positive ou négative. Chaque critère se retrouve ainsi affecté d'un poids globalement négatif ou positif. A l'ultime étape de sa démarche, le juge évalue le poids des différents critères pour déterminer le degré d'adaptation de l'étranger. S'il est faible en raison d'un poids prépondérant des éléments négatifs, il prononce l'éloignement.

Pour illustrer la démarche du juge, il peut être fait référence au résumé d'une décision rendue en 1983 par la cour suprême suédoise dans une affaire *Tadele W.* La décision d'éloignement avait été prise à son encontre pour, notamment, tentative d'homicide.

Au titre des conditions de vie, la cour suprême a pris en considération : le passé judiciaire, le comportement asocial, l'alcoolisme, l'échec des traitements de réinsertion, la difficulté à occuper un emploi et à suivre une formation.

Au titre de la vie familiale, la cour n'a examiné aucun élément spécifique sans doute parce que le condamné n'avait fondé ni en droit, ni en fait une famille. Cependant, elle n'a pas tiré argument de cette absence de famille pour fonder l'éloignement.

Au titre de la durée du séjour, la cour observe qu'il est important de noter que "plus le séjour de l'étranger a été long, plus il est probable qu'il s'est adapté à la vie suédoise et que les contacts avec son pays d'origine se sont affaiblis ou ont cessé". Bien que l'échec de l'adaptation soit patent au regard du critère relatif aux conditions de vie, la cour n'en relève pas moins en faveur de l'étranger qu'il est arrivé sur le territoire à l'âge de quinze ans, qu'il y réside depuis plus de dix ans et qu'il parle suédois correctement.

En conclusion, elle fait la balance entre les éléments négatifs du premier critère et les éléments positifs du troisième. La cour constate que "les circonstances négatives doivent être considérées comme ayant un tel poids, qu'il existe des raisons particulièrement importantes pour que *Tadele W.* soit expulsé".

5.2 Forme

L'éloignement prend la forme d'un mandat d'expulsion [expulsion order]. Il vaut interdiction de revenir sur le territoire.

6. DUREE

Elle est laissée à la libre appréciation du juge. L'éloignement peut être à temps ou définitif. S'il est temporaire, l'étranger doit être informé du jour où l'interdiction est levée et la peine encourue en cas de non-respect de cette interdiction (chap. 4, art. 14§2). Toutefois, il lui est possible, durant la période d'interdiction, de demander à l'Office de l'immigration des permissions d'entrer sur le territoire pour de brèves visites (chap. 4, art. 15). En pratique, l'Office accorde des visas d'entrée à des étrangers expulsés pour, par exemple, rendre visite à des proches gravement malades ou assister à leur enterrement.

7. EXECUTION

L'éloignement intervient, normalement, à l'expiration de la peine. Le condamné est reconduit à la frontière [convey to a country] par les forces de police.

En principe, il est éloigné vers son pays d'origine ou le pays d'arrivée (chap. 8, art. 5). Mais, il ne peut être dirigé vers un pays où il y a des motifs raisonnables de croire qu'il y aurait un risque qu'il soit soumis à la peine capitale, à une peine corporelle ou encore à une peine ou traitement inhumain ou dégradant. Cette interdiction est étendue aux pays qui ne le protégeraient pas contre un éloignement vers un pays où de tels risques existent (chap. 8, art. 1). Une seconde interdiction vaut aussi pour les pays où l'étranger encourt des risques de persécutions (chap. 8, art. 2). Elle est absolue si ces persécutions venaient à menacer sa vie ou seraient d'une nature particulièrement grave. Hormis ces deux types de persécutions, l'interdiction n'est plus que relative car l'éloignement devient possible vers ces pays lorsque, notamment, l'infraction à l'origine de l'éloignement révèle que l'ordre public serait sérieusement mis en danger [seriously endangered] par le maintien de l'étranger sur le territoire.

Si la police constate un empêchement à exécution, elle informe l'Office pour l'immigration qui saisit alors le gouvernement pour qu'il statue sur les suites à donner à l'éloignement (chap. 8, art. 13§2).

Le retour sur le territoire avant le terme de la mesure d'éloignement est susceptible d'une peine d'emprisonnement dont le maximum peut atteindre un an (chap. 10, art. 4). Condamné ou non pour ce motif, l'étranger sera, de toute façon éloigné, du territoire (chap. 8, art. 16).

8. DROITS RECONNUS AUX ETRANGERS

8.1. Recours

L'article 8 du chapitre 8 renvoie aux recours du droit pénal

8.2. Levée

Il n'existe pas de procédure judiciaire de levée de l'éloignement. Toutefois, l'article 16 du chapitre 7 de la loi prévoit que le gouvernement peut annuler l'ordre d'expulsion si, pour des raisons spéciales, il ne trouverait plus à s'appliquer.

9. DONNEES STATISTIQUES

En 1997, 385 mesures d'éloignement ont été exécutées (chiffre extrait des statistiques de la Direction nationale des établissements pénitentiaires).

SUISSE

1. FONDEMENT

L'éloignement est régi par l'article 55 du code pénal, les articles 10 et 11 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 et article 16 du règlement de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 1er mars 1949.

Particularité : l'exécution de l'éloignement peut être suspendu parce que l'étranger est le bénéficiaire, soit d'un éloignement prononcé avec sursis, soit d'une libération conditionnelle. L'éloignement est ainsi une véritable mesure de politique criminelle puisque l'autorité pénale peut, lors du prononcé ou lors de l'exécution de la peine, mettre à l'épreuve les chances de réinsertion sociale de l'étranger. Mais l'autorité administrative peut remettre en cause le bénéfice de ces mesures pénales en prononçant un éloignement. Elle peut aussi décider d'un éloignement sur le fondement de la condamnation pénale si le juge pénal a renoncé à le prononcer.

2. AUTORITES COMPETENTES

L'initiative et le prononcé de l'éloignement relève de la compétence du juge pénal qui sanctionne l'infraction. Si le juge se refuse à le prononcer, l'autorité fédérale ou cantonale devient compétente.

Le 21 septembre 1998, le gouvernement a déposé devant le Parlement un projet de loi visant à abroger purement et simplement l'article 55. Cette abrogation, qui fait l'objet de contestations, s'inscrit dans le contexte plus large de la suppression générale des peines accessoires. L'abrogation a pour objet de simplifier la procédure applicable en confiant à la seule autorité administrative la compétence de prononcer l'éloignement. Partant, elle mettra fin à la concurrence entre autorité pénale et autorité administrative. Elle assurera à l'éloignement une meilleure cohérence juridique puisqu'il perdra son caractère répressif pour ne conserver que son but de sécurité public. Enfin, l'abrogation étendra le champ d'application de l'éloignement au regard des étrangers condamnés car, pour l'administration, les critères de maintien de l'ordre et de sécurité publique sont prépondérants sur celui de chances de réinsertion sociale expressément pris en compte par le juge pénal.

3. CHAMP D'APPLICATION DE L'ELOIGNEMENT

Il est délimité par la sévérité de la peine prononcée : réclusion ou emprisonnement (art. 55§1). Mais le champ reste large car 1) l'éloignement est applicable aux peines d'emprisonnement ou de réclusion assorties du sursis et 2) l'article 104 alinéa 2 autorise l'éloignement en matière de répression des contraventions alors que, par principe, elles ne sont punissables que d'une peine d'amende ou d'une peine d'arrêt. Mais, dans ce dernier cas, l'éloignement ne peut être prononcé que s'il est spécialement prévu par la loi pénale réprimant la contravention.

L'exigence d'une peine interdit aussi l'éloignement des étrangers dangereux qui ont été acquittés sur le fondement d'une cause d'irresponsabilité. Avant 1971, cette possibilité était prévue dans le code.

La qualité d'étranger s'apprécie au moment, non de la commission de l'infraction, mais du jugement. Si entre-temps, l'étranger a obtenu la nationalité suisse, il ne peut être éloigné du territoire.

4. PROCEDURE

Elle est pénale. Mais si à l'issue de cette procédure, l'étranger n'est pas éloigné, l'autorité, tant cantonale que fédérale, peut décider d'un éloignement administratif ou, tout au moins, menacer l'étranger d'un éloignement.

4.1. La procédure pénale

Si le juge décide d'assortir la condamnation pénale d'une mesure d'éloignement, il prend sa décision sans contrôle particulier hormis les recours judiciaires prévus par le code de procédure pénale. Si le juge pénal prononce l'éloignement, aucune autorité administrative ne peut plus révoquer la mesure.

4.2. La procédure administrative éventuellement subséquente à la condamnation

Si le juge pénal ne prononce pas l'éloignement, les autorités administratives de la confédération ou des cantons peuvent engager et prononcer un éloignement lorsque l'étranger "a été condamné par une autorité judiciaire pour crime ou délit" (art. 10. 1. a) de la loi). Cette compétence administrative peut également s'appliquer si le juge pénal a prononcé l'éloignement en l'assortissant du sursis ou si l'autorité compétente a différé l'éloignement dans le cadre d'une libération conditionnelle. Dans ce cadre, la procédure d'éloignement doit obéir aux règles administratives applicables aux infractions à la législation sur les étrangers. L'opportunité de l'éloignement est appréciée en fonction de la gravité de la faute, de la durée de son séjour et du préjudice qu'il aurait à subir avec sa famille du fait de son éloignement (art. 16.3 du règlement). Au regard des infractions pénales, l'article 10.1 a) de la loi subordonne l'éloignement à une condamnation pour un crime ou un délit. En conséquence, la compétence administrative est plus large que la compétence pénale. En effet, un éloignement administratif peut sanctionner un délit pour lequel l'étranger n'a été condamné qu'à une amende.

4.3. L'existence d'une procédure administrative de menace d'éloignement

Si l'éloignement administratif n'apparaît pas opportun bien qu'il soit fondé au regard de l'article 10.1. alinéa a), l'autorité compétente du canton de résidence ou celle où a été commise l'infraction peut adresser à l'étranger condamné une menace d'expulsion (art. 16.3. du règlement). Cette menace est notifiée sous forme de décision écrite et motivée qui précise le comportement qui est attendu de l'étranger. La non-modification de sa conduite déclenche alors, à la discrétion de l'autorité compétente, l'engagement d'une procédure administrative d'éloignement.

5. DECISION

5.1. Eléments d'appréciation de l'opportunité de l'éloignement

Il faut distinguer les éléments d'appréciation retenus par le juge pénal et l'autorité administrative. En effet, même si l'éloignement pénal et l'éloignement administratif se fondent sur l'existence d'une même condamnation pénale, ils poursuivent, néanmoins, des objectifs différents qui appellent des éléments d'appréciation distincts.

- Les éléments retenus par le juge pénal.

En tant que peine accessoire, l'éloignement est prononcé selon les critères qui déterminent en général la mesure de la peine c'est à dire, aux termes de l'article 63 du code pénal, "d'après la culpabilité du délinquant en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle". Pour accorder, le sursis, il tient aussi compte des chances de réinsertion sociale.

Sur ce fondement, la jurisprudence a posé les critères de l'éloignement. Dans un arrêt *Suarez* du 8 octobre 1980, la Cour de cassation pénale a posé le principe selon lequel l'éloignement étant une sanction qui touche aux libertés individuelles et qui peut avoir de graves conséquences, le juge doit "parfois faire preuve d'une certaine retenue". Et cet arrêt ajoute : "c'est le cas, notamment, lorsque le condamné vit depuis longtemps en Suisse, qu'il y a de la famille et qu'il n'a plus conservé de liens étroits avec son pays d'origine" (revue de Jurisprudence Neuchâteloise, 1980-81, p. 106).

Par la suite, la jurisprudence a précisé le contenu de ces trois critères. Par exemple, en ce qui concerne la famille, il ressort que le mariage avec une suisse n'est pas un élément déterminant à lui seul pour écarter l'éloignement. Il faut que l'étranger, de surcroît, ait avec le pays d'autres liens appréciables soit professionnels, soit personnels. Il s'agit d'éviter que le mariage ne devienne un expédient pour perpétuer une présence indésirable du point de vue de l'ordre public (en ce sens voir, notamment, Bulletin de

Jurisprudence Pénale [BJP], 1983, n° 544 et BJP, 1986, n° 149).

Mais ces éléments ne sont pas exhaustifs. Ils fixent seulement un cadre de référence pour le juge qui conserve une grande marge de manoeuvre pour les combiner entre eux en fonction des cas d'espèce.

- Les éléments retenus par l'autorité administrative.

L'éloignement ne sera prononcé que s'il paraît approprié à l'ensemble des circonstances (art. 11.3. de la loi). Dans ce but, l'autorité administrative met en balance les intérêts en présence et examine si la mesure respecte le principe de la proportionnalité. Pour en juger, elle tient compte de la gravité de la faute commise par l'étranger, de la durée de son séjour et du préjudice qu'il aurait à subir avec sa famille du fait de son éloignement (art. 11.3 du règlement).

En pratique, l'autorité administrative fait prévaloir la gravité des faits sur les intérêts privés de l'étranger alors même que ceux-ci apparaissent comme "très importants". Par exemple, le tribunal fédéral a rejeté le recours d'un étranger arrivé sur le territoire à l'âge de onze ans et y vivant depuis plus de vingt ans en faisant prévaloir la gravité de l'infraction de trafic de stupéfiants et la dangerosité de l'étranger compte tenu de ses multiples condamnations antérieures (arrêt 2A.528/1996 du 20 janvier 1997, p. 5). De la sorte, l'éloignement administratif apparaît plus facile à prononcer que l'éloignement pénal.

5.2. Forme

L'éloignement prend la forme d'une expulsion. En droit pénal, cette mesure a la nature juridique d'une peine accessoire - cette qualification correspond en droit français à une peine complémentaire puisque l'expulsion, en droit suisse, n'a pas un caractère automatique - à la peine principale. En droit administratif, il s'agit d'une mesure de sûreté. Dans les deux cas, l'éloignement vaut ordre de quitter le territoire avec interdiction d'y revenir.

6. DUREE DE L'ELOIGNEMENT

Elle peut être à temps ou définitive. Mais les règles sont différentes selon que l'éloignement est pénal ou administratif.

L'éloignement pénal peut être prononcé pour une durée de trois à quinze ans (art. 55§1). La loi ne précise pas les critères du choix du juge. Mais la jurisprudence considère que la durée de l'éloignement doit être proportionnée à la durée de la peine principale. En conséquence, une durée d'éloignement de quinze ans devrait être réservée à des peines privatives de liberté de trois ans au moins. Il ne peut être prononcé à titre définitif qu'en cas de récidive (art. 55§1 in fine). Pour apprécier la récidive, le juge ne prend en considération que les infractions commises sur le territoire suisse.

L'éloignement administratif intervenant sur le fondement de la condamnation pénale peut être prononcé pour une durée déterminée non inférieure à deux ans, ou pour une durée indéterminée (art. 11.1 de la loi).

La durée court au jour où l'étranger a quitté le territoire.

7. EXECUTION DE LA DECISION

7.1. Modalités de l'éloignement

Il prend effet à l'expiration de la peine privative de liberté. En principe, l'étranger est éloigné vers son pays d'origine. En cas de refus, il est renvoyé vers le pays de son choix dans la mesure du possible.

Très exceptionnellement, il est admis que l'éloignement ne peut concerner le territoire que d'un seul canton.

La décision judiciaire est exécutée par une autorité administrative. Cette exécution relève de la compétence des cantons. Mais l'autorité chargée de cette exécution n'a aucun pouvoir pour en apprécier l'opportunité. Ainsi, elle n'est pas habilitée à prononcer un sursis à exécution.

7.2. Le sursis pénal à exécution

Il faut distinguer entre la suspension qui intervient dans le cadre d'un éloignement prononcé avec sursis

et celle résultant d'une libération conditionnelle.

- L'éloignement prononcé avec sursis

Bien que peine accessoire, l'éloignement peut être assorti du sursis si la condamnation de l'étranger répond aux conditions de l'article 41 du code pénal. Aux termes de cet article, le principe de l'octroi du sursis dépend des antécédents et du caractère du condamné. Ces critères doivent faire prévoir que cette mesure le détournera de commettre d'autres crimes ou délits dès lors qu'il a réparé, autant qu'on pouvait l'attendre de lui, le dommage fixé judiciairement ou par accord avec le lésé. Il n'est pas nécessaire que la peine principale ait été, elle aussi, assortie du sursis.

- La libération conditionnelle

Dans ce cadre, le sursis à exécution n'est pas un droit reconnu à l'étranger car il appartient à l'autorité compétente de décider librement si le sursis doit être accordé et, en cas de réponse positive, de préciser les conditions en vertu desquelles l'éloignement sera différé à titre d'essai (art. 55§2). S'il n'est pas accordé, l'étranger est éloigné. S'il est accordé, dans un premier temps, l'éloignement est suspendu. Dans un deuxième temps, si le libéré conditionnel s'est bien conduit pendant toute la durée de l'épreuve, l'éloignement n'est plus exécutoire (art. 55§3).

La décision de suspendre l'éloignement est subordonnée aux conditions générales de la libération conditionnelle. Comme tout condamné, l'étranger doit présenter des gages de réadaptation sociale. Mais dans le cas particulier d'un étranger condamné, cela implique, en plus, que ses chances de réinsertion soient plus grandes en Suisse que dans un autre pays. Pour évaluer ces chances, l'autorité compétente tient compte de la situation personnelle de l'étranger, de l'intensité de ces liens avec la Suisse et avec son pays d'origine, de sa situation familiale et des possibilités de travail. Ces critères sont appréciés à l'aune de la menace que représente l'étranger pour la sécurité publique. Dans ce cadre, les principes liés à l'interprétation de l'article 8§2 de la Convention européenne des droits de l'homme sont pris en considération.

Si la libération conditionnelle est révoquée, l'éloignement est exécuté le jour où la peine privative de liberté vient à expiration (art. 55§3 in fine).

8. DROITS RECONNUS A L'ETRANGER

8.1. Recours

Ce sont les recours ordinaires propres à toutes décisions pénales ou administratives.

8.2. La levée de la mesure

Il n'existe pas de procédure spécifique. Mais elle peut être obtenue soit par voie de grâce conformément aux articles 394 à 396 du code pénal, soit au moyen de l'exercice d'un recours en révision sur le fondement de l'article 397 du code pénal.

9. DONNEES STATISTIQUES

Le nombre des éloignements du territoire en application de l'article 55 du code pénal s'élève en : 1996 à 2211 dont 346 avec sursis (chiffre fourni par l'Office fédéral de la statistique). Il n'a pas été possible d'obtenir de chiffres sur le nombre d'éloignements administratifs intervenus sur le seul fondement de l'article 10.1. a) de la loi.

REMERCIEMENTS

Cette étude de droit comparé n'aurait pu être réalisée sans la participation des personnes suivantes :

ALLEMAGNE

M. S. BEICHEL, Rechtsreferendar am Landgericht Francfort-sur-le-Main.
Mme D. CIAVATTI, Chargée de mission, Ministère de la justice, DACG (Direction des Affaires Criminelles et des Grâces), Paris.
M. J. GOLDSMICH, Premier conseiller, Ambassade d'Allemagne, Paris.
M. G. KUNTZE-KAUFHOLD, Rechtsreferendar am Landgericht Wiesbaden.
M. H. SCHILLER, Officier de liaison allemand, Ministère de l'intérieur, DICCILEC (Direction Centrale du Contrôle de l'Immigration et de la Lutte contre l'Emploi des Clandestins), Paris.

BELGIQUE

M. Ph. DEFOSSEZ, Conseiller-adjoint, Office pour les étrangers, Bruxelles.
Mme N. RENIERS, Conseiller-adjoint, Office pour les étrangers, Bruxelles.

CANADA

M. M.S. McCAFFREY, Conseiller (Immigration), Ambassade du Canada, Paris.
Mme. M. RAIZENNE, Consul du Canada, Paris.

ESPAGNE

M. A. GOMEZ, Officier de liaison espagnol, Ministère de l'intérieur, DICCILEC (Direction Centrale du Contrôle de l'Immigration et de la Lutte contre l'Emploi des Clandestins), Paris.

ITALIE

Mme P. CAPOZZI, Commissaire de police, Gênes.
M. F. CARRER, Chercheur, Unité d'analyse et de recherche, Gênes,
M. V. MARINELLI, Magistrat de liaison italien, Ministère de la justice, SAEI (Service des Affaires Européennes et Internationales), Paris.

LUXEMBOURG

M. C. NICOLAY, Premier avocat général, Parquet général, Luxembourg.
M. M. PETERS, Inspecteur principal, Ministère de la justice, Luxembourg.
M. G. SCHLEDER, Premier conseiller du gouvernement, Ministère de la justice, Luxembourg.

PAYS-BAS

M. P. KORTENHORST, Magistrat de liaison néerlandais, Ministère de la justice, SAEI (Service des Affaires Européennes et Internationales), Paris.

ROYAUME-UNI

M. M.PETERS, Officier de liaison britannique, Ministère de l'intérieur, UCLAT (Unité de Coordination de Lutte Anti-Terroriste), Paris.

SUEDE

Mme C. HAMMASTRAND, Attachée, Ambassade de Suède, Paris.
Mme U. ODQVIST, Conseiller, Ambassade de Suède, Paris.

SUISSE

M. W. DEPLAZES, Consul de Suisse, Paris.
M. C. HAYOZ, Office fédéral pour les étrangers, Berne.
Mme C. MERCIER, Office fédéral de la justice, Berne.

Qu'elles trouvent ici l'expression de ma profonde gratitude pour leur aide, assistance et diligence.