Droit pénal des étrangers : quand le libre consentement au test PCR (ne) l'emporte (pas) sur l'obligation de se soumettre à la mesure d'éloignement

Julien Fischmeister

Electronic version

URL: <https://journals.openedition.org/revdh/11948>

DOI: 10.4000/revdh.11948

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Julien Fischmeister, "Droit pénal des étrangers : quand le libre consentement au test PCR (ne) l'emporte (pas) sur l'obligation de se soumettre à la mesure d'éloignement", *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 31 May 2021, connection on 06 December 2021. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/11948> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.11948>

This text was automatically generated on 6 December 2021.

Tous droits réservés

Droit pénal des étrangers : quand le libre consentement au test PCR (ne) l'emporte (pas) sur l'obligation de se soumettre à la mesure d'éloignement

Julien Fischmeister

- 1 Aux multiples conséquences néfastes de la crise sanitaire du Covid-19 s'ajoute, au sein des centres de rétention administrative (CRA), une toute autre réalité. Depuis que l'immense majorité des pays exigent la présentation d'un test PCR négatif pour voyager, les personnes retenues faisant l'objet d'une procédure d'éloignement se retrouvent confrontées à une douloureuse alternative : se soumettre au dépistage et participer ainsi à leur propre expulsion, ou s'y refuser au risque de faire l'objet de poursuites pénales. Et pour cause, un tel refus est très fréquemment assimilé à l'infraction prévue par l'article L.824-9 (1°) du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda), qui punit d'une peine de trois ans d'emprisonnement, assortie d'une interdiction du territoire français de dix ans, le fait « de se soustraire ou de tenter de se soustraire à l'exécution d'une interdiction administrative du territoire français, d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une décision d'expulsion ». Le texte précise, au second alinéa, que la même peine est applicable « en cas de refus, par un étranger, de se soumettre aux modalités de transport qui lui sont désignées pour l'exécution d'office de la mesure dont il fait l'objet »¹.
- 2 Aussi, les observateurs attentifs à la condition des personnes retenues constatent-ils de réelles pressions exercées à l'encontre de ces dernières par les autorités de poursuite, dès lors qu'elles s'opposent au dépistage nécessaire pour procéder à leur éloignement². Les placements en garde à vue, suivis de déferrements au parquet puis d'audiences correctionnelles se sont, par voie de conséquence, largement généralisés sur l'ensemble du territoire.

- 3 Concrètement, ce cas de figure fait naître de sérieux questionnements éthico-juridiques emprunts d'une certaine forme d'aporie. D'une part parce qu'il interroge le principe du libre consentement à l'examen médical (en l'espèce un prélèvement nasopharyngé) et à la finalité, potentiellement dévoyée, qui en découle. D'autre part car il mobilise les principes de légalité des délits et des peines et d'interprétation stricte de la loi, du fait que l'article susvisé présente des contours inévitablement imprécis. Dit autrement, tout l'enjeu est de savoir si le refus d'un acte médical, *a fortiori* invasif, permet de caractériser l'infraction établie par le législateur.
- 4 Face à cette question, deux raisonnements frontalement distincts semblent opposer les juges du fond. Et le point de discorde réside visiblement dans la tournure – par nature imparfaite – du texte, expliquant par là même la dualité de son exégèse. Car de fait, si la soustraction, tentée ou consommée, à l'exécution d'une mesure d'éloignement peut juridiquement être invoquée dans de nombreuses situations, force est de constater qu'elle n'est couverte par aucune définition normative – ce que chacun appréciera comme une carence ou une heureuse opportunité. Seules sont spécifiquement prévues, dans une section distincte du Ceseda, les hypothèses où l'intéressé « [ne présente pas] à l'autorité administrative compétente les documents de voyage permettant l'exécution de [sa mesure] ou qui, à défaut de ceux-ci, [ne communique pas] les renseignements permettant cette exécution ou [communique] des renseignements inexacts sur son identité »³. Est également visé le cas où la personne « [refuse] de se soumettre aux opérations de relevé des empreintes digitales et de prise de photographie » en vue de l'exécution de la mesure⁴. Des exemples empiriquement récurrents mais qui ne renvoient pas, à proprement parler, au délit de « soustraction ».
- 5 Quoi qu'il en soit, la circonstance nouvelle du refus de test PCR, en ce qu'elle émane du contexte exceptionnel de la crise sanitaire, ne figure pas parmi les exemples légaux de comportements pénalement répréhensibles. Elle conduit par conséquent à une reconfiguration, par les juges du fond, de l'acception traditionnelle de l'infraction de « soustraction » au regard de l'intention manifestée par un tel refus. Apparaît donc un clivage jurisprudentiel entre un raisonnement punitif (I) et un raisonnement légaliste (II).

I. Le refus de test comme intention de faire obstacle à l'éloignement, ou la fragilité du raisonnement punitif

- 6 Le premier raisonnement, mobilisé par un certain nombre de tribunaux correctionnels⁵ et au moins une cour d'appel⁶, tend à considérer que tout comportement, actif comme passif, peut suffire à qualifier le délit de soustraction à l'exécution d'une mesure d'éloignement si l'intéressé affiche une volonté de faire obstacle à la mesure. Fondé sur une appréciation subjective de l'élément intentionnel (A), ce raisonnement invoque en outre une analogie jurisprudentielle discutable (B).

A. L'appréciation subjective de l'élément intentionnel

- 7 S'il est vrai que la loi ne précise pas les situations à l'origine desquelles peut être retenue l'infraction de « soustraction » (notamment car il est incontestable que quiconque redouterait d'être reconduit dans son pays d'origine saurait se montrer inventif pour s'y dérober), c'est dans cette absence de définition que se réfugient les

partisans du raisonnement punitif. Au même titre que toute autre action ou inaction prévue ou non par les textes mais traduisant une résistance manifeste, le refus de test PCR peut selon eux être perçu comme un élément constitutif suffisant pour démontrer tant la matérialité que l'intentionnalité de l'infraction. En effet, comme le résume la cour d'appel de Pau, « *le délit est caractérisé dans son élément matériel, le refus du test empêchant la montée [de l'intéressé] dans l'avion, autant que s'il s'était opposé physiquement à celle-ci, et dans son élément intentionnel, dès lors [qu'il] savait que refuser le test empêchait de lui faire prendre le vol* »⁷. Appréhendé comme une manifestation de cette volonté, voire présumé comme telle, le refus du test PCR permet ainsi, à lui seul, de caractériser l'infraction.

- 8 On pourrait légitimement opposer à cette assertion qu'il est impossible de rapporter les raisons qui sous-tendent un refus de soin, même à visée préventive, et donc de prouver qu'il n'a pour seul dessein que de mettre en échec l'éloignement. Pire, la recherche de l'élément moral viendrait doublement annihiler la liberté de chaque individu de disposer de son propre corps : d'un côté car elle impliquerait une ingérence malvenue de la pénalité dans le domaine de l'intime et du rapport strictement personnel à la médecine, de l'autre car elle reviendrait à contraindre un acte médical – de surcroît invasif – par effet de dissuasion.
- 9 Pour les magistrats cependant, l'argument selon lequel une sanction pénale viendrait en somme incriminer l'opposition au dépistage est inopérant car cette opposition ne constitue pas une infraction autonome. En d'autres termes, la condamnation ne viserait pas à sanctionner le refus lui-même mais à traduire pénalement ses effets. À charge pour le justiciable, étranger donc vulnérable, d'en percevoir la nuance et de saisir le sens de sa responsabilité. Il est d'ailleurs étonnant d'observer qu'outre le champ de la comparution immédiate, la portée de ce raisonnement a également trouvé un écho dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁸.
- 10 Au fond, ce raisonnement laisse place à une appréciation toute subjective du refus de test comme affirmation de l'intention délictuelle. Car en dépit du bénéfice du doute quant à l'objectif visé, un tel refus semble tacitement générateur de culpabilité. Il reviendrait donc au justiciable d'expliquer son acte en démontrant qu'il ne visait pas la mise en échec de l'éloignement, et au mieux pourrait-on imaginer que la culpabilité tombe dans l'éventualité d'une contre-indication médicale rendant impossible le prélèvement nasopharyngé. Mais dans tous les autres cas, la sanction pénale se révèle aux juges comme une évidence et ce malgré un défaut indéniable d'éléments tangibles pour traduire ce refus en acte intentionnel – étant entendu qu'une telle recherche d'éléments n'est ni prévue ni souhaitable⁹. Pourtant, alors que toute la subtilité du procès pénal consiste à pouvoir imputer avec certitude à une action – en l'occurrence une inaction – une volonté transgressive non-équivoque, force est de reconnaître qu'une telle entreprise est ici malaisée sinon illusoire.

B. Une analogie jurisprudentielle discutable

- 11 Pour assoir leur argumentation, les défenseurs du raisonnement punitif s'appuient par ailleurs sur un positionnement constant de la cour d'appel de Paris visant à considérer que refuser un test PCR est constitutif d'une « obstruction volontaire » à l'éloignement, au sens des articles L.742-4 et L.742-5 du Cesda – lesquels permettent la prolongation

de la rétention administrative par le juge des libertés et de la détention (JLD) au-delà de trente jours dans une série de cas¹⁰. Or les divergences d'interprétation quant aux conséquences d'un refus de test semblent à l'évidence pénétrer l'ensemble des procédures en contentieux des étrangers. Car d'autres juridictions, à l'instar de la cour d'appel de Colmar, arguent au contraire que *« l'obligation [faite à l'intéressé] de se soumettre à un test PCR ne constitue pas une simple modalité de transport mais relève de l'exercice de son droit fondamental au respect de son intégrité corporelle, de sorte que son refus ne peut être assimilé à un acte d'obstruction volontaire »*¹¹.

- 12 Parallèlement, si certains JLD soutiennent qu'en tant qu'obstruction à l'exécution de la mesure d'éloignement, l'opposition au dépistage est également une infraction pénale¹², d'autres distinguent les finalités juridiques de ce comportement omissif. Tel est par exemple le cas de la cour d'appel de Bordeaux, pour qui le refus de test, *« même s'il peut ne pas être considéré par la justice pénale comme étant une soustraction à l'exécution de la mesure d'éloignement car cet examen médical préalable n'est pas expressément prévu par les dispositions de l'article L624-1-1 du CESEDA¹³ ; [...] relève de l'article L552-7 du CESEDA¹⁴ et s'analyse comme étant une obstruction volontaire faite à son éloignement »*¹⁵.
- 13 En résumé, la dynamique tâtonnante des JLD pour appréhender le refus de test dans le cadre de la rétention administrative devrait logiquement conduire le juge pénal à un minimum de prudence. À contre-courant de ces précautions, l'effort de justification de la sanction sur la base d'une jurisprudence, certes connexe, mais non établie, est donc à tout le moins hasardeux. Surtout, il revient à nier l'inadéquation manifeste entre ces deux cas de figure : alors que l'« obstruction volontaire » n'est qu'un motif de prolongation de la rétention, la « soustraction » est une infraction. Singulières en tant qu'objets (d'ordre administratif pour l'une, pénal pour l'autre), il apparaît contestable qu'elles se retrouvent au sein d'une appréciation univoque. Autrement dit, maintenir un individu le temps de son éloignement est une chose, le punir en est une autre.
- 14 Pour conclure sur ce premier axe interprétatif, il doit être rappelé que la condamnation d'une personne étrangère à une peine d'emprisonnement, même de très courte durée, entraîne d'autres formes de conséquences que celles inhérentes à la seule privation de liberté. Le placement sous écrou implique en effet le déclenchement d'une coordination interministérielle d'une redoutable efficacité, visant à permettre son éloignement du territoire dès la sortie de détention¹⁶. Ce risque est depuis plusieurs années renforcé par une focalisation croissante envers les délinquants étrangers, ou plus concrètement par le spectre de la menace pour l'ordre public, mobilisable à l'envi par des préfets toujours plus obstinés à lutter contre l'immigration irrégulière (et ce nonobstant la gravité de l'infraction)¹⁷. Plus largement, la fermeté affichée par certains parquetiers et juges du siège révèle ainsi une confusion avec des objectifs traditionnellement dévolus au ministère de l'Intérieur. Derrière ces constats, c'est l'esprit même de la séparation des pouvoirs qui s'en trouve fragilisé.

II. Le refus de test comme expression d'un consentement libre, ou l'avènement du raisonnement légaliste

- 15 Un second raisonnement, audacieusement initié par plusieurs juridictions de première instance¹⁸ et récemment validé en appel¹⁹, oppose une lecture toute autre de la

situation. Il conduit cette fois à l'option inévitable de la relaxe, motivée par une démonstration efficacement structurée qui convoque le principe de légalité et son corollaire (A) ainsi que le libre consentement à l'acte médical (B).

A. La « soustraction », action nécessairement positive

- 16 D'abord, le principe de légalité des délits et des peines comme celui d'interprétation stricte de la loi pénale viendraient s'opposer à ce que tous les actes non expressément prévus par la loi puissent être sanctionnés. Pour la cour d'appel de Douai, le fait que l'article du Ceseda réprimant le délit de « soustraction » ne comporte pas de liste limitative de comportements obstructifs à l'éloignement signifie « *qu'il est nécessaire de caractériser une action positive à la mise en œuvre de la mesure concernée* »²⁰. Et d'ajouter que « *[ledit] comportement doit être volontaire et adopté à dessein de mettre en échec ou d'empêcher l'exécution de la décision* ». Une analyse qui ne rejoint donc que partiellement celle de la jurisprudence adverse. Car il n'est ici pas suffisant que l'intéressé témoigne d'une volonté de faire obstacle à la mesure. Il doit également lui être imputé un acte positif.
- 17 C'est en réalité dans cette assertion que réside toute la fécondité du raisonnement légaliste. Elle suffit presque, à elle-seule, à écarter l'opposition au dépistage du spectre infractionnel : dès lors que la « soustraction » implique un comportement proactif, elle exclurait nécessairement l'hypothèse d'un refus (quel qu'il soit).
- 18 Bien sûr, les détracteurs de ce cadre conceptuel rétorqueront que le choix de ne qualifier l'infraction qu'en présence d'une action positive d'opposition à l'éloignement est contraire à l'esprit de la loi (le droit pénal réprimant tant les infractions par commission que par omission). Il exclurait en outre d'autres cas de figure analogues où la réalisation d'une démarche active par l'individu serait nécessaire pour exécuter une décision – et donc où une attitude d'inertie constituerait une entrave.
- 19 Pourtant, de l'avis des juges, le périmètre de la loi est plus exhaustif qu'il n'y paraît et tous les actes d'abstention y sont bien limitativement énumérés. Et de fait, il apparaît à bien y regarder que chaque comportement passivement réfractaire à l'éloignement, à l'exception du refus de test PCR, peut être rattaché à une autre disposition du Ceseda que celle visant la « soustraction »²¹ – dispositions qui ne définissent donc pas ladite « soustraction » mais sanctionnent d'autres formes de comportement répréhensibles. Toutefois l'absence de référence légale au refus de test ne saurait être interprétée comme une fatalité circonstancielle : en effet, alors que le législateur a su définir, à l'occasion de la crise sanitaire, de nouvelles infractions en lien avec l'épidémie de Covid-19²², aucune de ces dispositions n'est venue encadrer l'opposition au dépistage en vue d'un éloignement du territoire. Dès lors, cette occasion manquée empêcherait d'étendre le champ d'application du texte au-delà de sa portée répressive initiale.
- 20 Par ailleurs, à la question de savoir si le délit de « soustraction » peut être entendu dans une dimension autre que positive, rappelons simplement que le droit pénal français ne punit pas la tentative d'omission. Or si c'est bien au fait « *de se soustraire ou de tenter de se soustraire à l'exécution* » d'une mesure d'éloignement qu'est apparenté le refus de dépistage par les magistrats qui, résolus à y voir une infraction, souhaitent lui accoler un élément légal, il apparaît cependant difficile d'imaginer à quoi ressemblerait une tentative de refus de test PCR (et encore plus d'envisager sérieusement une sanction). Serait-ce précisément pour éviter une telle impasse rationnelle que le code distingue,

dans sa structure comme dans sa formulation, les abstentions punissables du délit plus général de « soustraction », tout en réservant à ce dernier le monopole de la tentative ? Il est permis de le croire.

- 21 Enfin, s'il est vrai que le deuxième alinéa de l'article L.824-9 du Ceseda prévoit que la peine prévue en cas de « soustraction » est également applicable « *en cas de refus, par un étranger, de se soumettre aux modalités de transport qui lui sont désignées pour l'exécution d'office de la mesure dont il fait l'objet* », il se révèle tout aussi inopérant pour qualifier les faits d'espèce. Introduite dans la loi en 2018²³, cette disposition cherchait en effet à faire entrer dans le champ du droit pénal le refus d'embarquement – ce que le cadre légal antérieur ne permettait pas²⁴. Il était donc nécessaire, aux yeux du ministre de l'Intérieur à l'origine du projet de loi, de remédier à cette impasse juridique en intégrant au spectre répressif les cas d'obstruction évidents (et parfois violents) à l'éloignement²⁵. Néanmoins, le choix du législateur d'inscrire dans un article commun ces deux dispositions est un indice manifeste de leur connexité. Il induit par conséquent que l'impératif d'une « action positive d'opposition » ne concerne pas seulement la « soustraction » mais vaut également pour caractériser un « refus de se soumettre aux modalités de transport ».

B. Le refus de test, « expression libre d'un choix »

- 22 Mais les juges ne s'arrêtent pas en si bon chemin et prolongent leur argumentation sur le terrain du libre consentement à l'acte médical. L'article L.1111-4 du code de la santé publique dispose en effet qu'« [aucun] acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et [que] ce consentement peut être retiré à tout moment ». Corollairement, il est établi qu'aucune forme de pression ou d'incrimination ne peut être exercée à l'encontre d'une personne refusant un tel acte. Par suite, dès lors que le libre consentement est un principe de portée absolue qui ne dépend que de la volonté du patient (ici sujet de soin et non de droit), « [le] refus relève en conséquence de l'expression libre d'un choix ». Et de poursuivre : « *en refusant ce test, [l'intéressé] a donc exercé un droit à un moment où il était attendu de lui qu'il le fasse* ».
- 23 Bien que la cour d'appel s'accorde avec ses contradicteurs pour reconnaître que le refus de test PCR n'est pas réprimé de façon autonome, elle en tire toutefois des conséquences distinctes. Pour les magistrats de Douai, il n'est pas envisageable de justifier une sanction pénale sur la base des effets produits par un tel refus, peu importe l'intention manifestée par l'intéressé. Ils affirment par cela l'impérieuse de liberté du consentement à l'acte, laquelle ne peut souffrir d'aucune forme de « chantage ». Par ce postulat, la juridiction entend dissocier la finalité sanitaire – l'éradication de l'épidémie de Covid-19 – de la finalité juridique – l'éloignement – du dépistage, regrettant leur confusion dans le cadre du procès pénal. Il s'agit donc pour les juges, afin d'asseoir leur raisonnement, d'évacuer le bien-fondé d'une condamnation en réponse aux effets produits par un refus de test, tant sur le plan sanitaire que juridique.
- 24 Sur le plan sanitaire, la cour d'appel semble vouloir balayer l'argument selon lequel le contexte de pandémie mondiale astreindrait chacun à une forme d'obligation face à l'acte de dépistage – et qui voudrait que celui-ci ne soit pas tant assimilable à un examen médical qu'à une manière d'éviter la propagation du virus dans le but collectif de l'éradiquer. La cour estime au contraire que « *les circonstances ne [permettent] pas de*

passer outre le refus, la réalisation dudit test n'étant nécessaire ni à la santé du prévenu ni à celle d'autrui »²⁶. Rappelons à cet égard que si la loi française²⁷ comme la Cour européenne des droits de l'homme²⁸ consacrent le caractère obligatoire de certains vaccins, tel n'est aucunement le cas s'agissant des tests de dépistage (du Covid-19 comme des autres pathologies). De plus, le Code civil ne permet de porter atteinte à l'intégrité du corps humain « qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui »²⁹. Surtout, si d'ordinaire la réalisation d'un test PCR peut être perçue – à raison – comme un moyen de répondre à un intérêt général légitime, dans le cas d'espèce elle n'est qu'une condition d'exécution d'une mesure de police administrative. Partant, toute entreprise de sanction pénale fondée sur une justification sanitaire ne peut qu'être écartée.

- 25 Sur le plan juridique, les juges rejettent l'idée que le refus de test, protégé nous l'avons vu comme « expression libre d'un choix », puisse à lui seul constituer l'intentionnalité délictuelle. Rejoignant sa première intuition, la cour d'appel de Douai estime ainsi que « ce seul comportement ne peut être assimilé à un acte positif d'opposition » à l'éloignement. En outre, les magistrats soutiennent que « si le contexte actuel de pandémie mondiale impose pour un déplacement international, la réalisation d'un tel test, ce test n'est qu'un acte préparatoire au déplacement, réalisé en amont de celui-ci. » Or, en l'espèce, le refus ne concerne pas tant la mesure d'éloignement en elle-même qu'une condition établie pour son exécution. Selon la cour, « la loi pénale est d'interprétation stricte et le législateur n'a entendu sanctionner que la soustraction à l'exécution de la mesure et non aux actes préparatoires à celle-ci ». Pour ces raisons, l'application de l'article L.824-9 (1°) du Ceseda réprimant la soustraction à une mesure d'éloignement doit être exclue. Seul subsiste alors la voie, inévitable, de la relaxe.
- 26 Le parquet général de Douai s'étant pourvu en cassation, il faudra donc attendre que les juges de la haute juridiction viennent trancher le débat. Il serait souhaitable qu'une solution de portée générale soit retenue, évitant l'écueil d'une appréciation au cas par cas de l'intention manifestée par un refus de test. Car une telle appréciation, fondée sur la notion floue et par nature interprétative du « faisceau d'indices », ne permettrait probablement pas de garantir la sécurité juridique des personnes retenues. Cela étant, il est à craindre que la longueur des délais d'audiencement devant la Cour de cassation vienne rendre la décision déjà obsolète le jour de son prononcé.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Il est à noter que les articles cités dans cette contribution sont issus de la nouvelle codification du Ceseda, résultant de l'ordonnance n°2020-1733 du 16 décembre 2020 et entrée en vigueur le 1^{er} mai 2021. Le Gouvernement s'étant engagé à entreprendre cette recodification « à droit constant », elle n'inclut – en tous les cas sur ce sujet – aucune disposition nouvelle.
2. Lire sur ce point la tribune publiée dans *Le Journal du Dimanche* 1^{er} mai 2021 : « L'alerte de médecins et d'universitaires : "Les tests Covid ne sont pas des outils de police administrative" » [<https://www.lejdd.fr/Societe/lalerte-de-medecins-et-duniversitaires-les-tests-covid-ne-sont-pas-des-outils-de-police-administrative-4042159>].
3. Article L.824-1 du Ceseda.
4. Article L.824-2 du Ceseda. Cette infraction est alors punie d'un an d'emprisonnement, de 3 750 euros d'amende et de trois ans d'interdiction du territoire français, en application de l'article L. 822-1 du Ceseda.
5. Voir not. : TC Paris, 25 fév. 2021 ; TC Meaux, 17 fév. 2021.
6. CA Pau, 11 fév. 2021, n°21/00026.
7. *Op. cit.*
8. Comme en témoigne, par exemple, la condamnation à une peine de quatre mois d'emprisonnement proposée par le procureur de la République de Rennes à une personne retenue s'étant opposée à un dépistage, puis immédiatement homologuée par le siège (TJ Rennes, 2 nov. 2020).
9. Relevons que dans un jugement du 17 février 2021 (précit.), le tribunal judiciaire de Meaux reprenait à son compte un argumentaire développé par sa propre juridiction le 20 janvier 2021, qui concluait ainsi : « *Le refus de test PCR par [l'intéressé] apparaît donc comme une instrumentalisation des risques sanitaires collectifs actuels au profit d'un objectif individuel de mise en échec de la décision [d'éloignement]* ».
10. Voir not. : CA Paris, 4 déc. 2020, n°20/02961 ; CA Paris, 11 fév. 2021, n°21/00425 ; CA Paris, 9 avr. 2021, n°21/00980. S'agissant de la prolongation du maintien en zone d'attente, voir, *mutatis mutandis* : CA Paris, 5 mai 2021, n°21/01213. Lire également : C. Pouly, « Covid-19 : le refus de se soumettre à un "test PCR" justifie la prolongation de la rétention », *La veille permanente*, Éditions législatives, 3 déc. 2020.
11. CA Colmar, 26 fév. 2021, n°21/00880.
12. Voir not. : CA Lyon, 10 nov. 2020, n°20/06198 ; CA Rouen, 1^{er} déc. 2020, n°20/03879.
13. Ancien article L.824-9.
14. Ancien article regroupant les articles L.742-4 et L.742-5.
15. CA Bordeaux, 8 mars 2021, n°21/00042.
16. J. Fischmeister, « La reconduite à la frontière comme seule ambition pénale : architecture d'une justice de réciprocité », in Isabelle Fouchard, Jean-Manuel Larralde, Benjamin Lévy et Anne Simon (dir.), *Les frontières de la privation de liberté*, Actes du 5^e colloque Jeunes chercheurs sur la privation de liberté, Mare & Martin, Paris, 2021, p. 241-251.
17. Voir notamment l'instruction INTK17018905 du 16 octobre 2017 relative à l'éloignement des personnes représentant une menace pour l'ordre public et des sortants de prison, ou plus récemment l'instruction INTK2106630J du 12 avril 2021 relative au suivi des étrangers incarcérés.
18. Voir not. : TC Nîmes, 28 août 2020 ; TC Rennes, 29 mars 2021.
19. CA Douai, 22 avr. 2021, n°21/00102
20. *Op. cit.*
21. Comme nous l'avons vu, l'article L.824-1 du Ceseda sanctionne le fait, pour un étranger, « *de ne pas présenter à l'autorité administrative compétente les documents de voyage permettant l'exécution*

[de sa mesure] ou, à défaut de ceux-ci, de ne pas communiquer les renseignements permettant cette exécution ou de communiquer des renseignements inexacts sur son identité » et l'article L.824-2 le fait « de refuser de se soumettre aux opérations de relevé des empreintes digitales et de prise de photographie ».

22. Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

23. Article 36 de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

24. Une jurisprudence constante, initiée par la Cour de cassation (Cass. Crim., 1^{er} avr. 2015, n°13-86.418), considérait qu'un tel comportement ne pouvait à lui seul caractériser le délit de « soustraction ».

25. L'instruction INTV1824378J du 11 septembre 2018 ne cache d'ailleurs pas cette intention : « Toutefois, ces dispositions [...] ne permettaient pas de pénaliser efficacement les comportements d'obstruction, et notamment les refus d'embarquer. Le caractère dissuasif du dispositif pénal n'était donc pas pleinement assuré. C'est la raison pour laquelle l'article 36 de la loi réécrit l'article L.624-1-1 pour expliciter la possibilité de sanctionner pénalement les comportements d'obstruction à l'exécution d'office des mesures d'éloignement, et notamment des refus d'embarquer. »

26. Notons qu'il existe, sur ce point encore, des avis divergents. Ainsi le tribunal judiciaire de Meaux arguait-il, dans son jugement du 20 janvier 2021 (voir note n°9), « que l'exigence sanitaire mondiale [implique] notoirement de tout un chacun, face au Covid-19, un minimum de responsabilité individuelle et de coopération ».

27. Article L.3111-2 du Code de la santé publique.

28. CEDH [GC], 8 avr. 2021, Vavříčka et autres c. République tchèque, n°47621/13 et al.

29. Article 16-3 du Code civil.

ABSTRACTS

Face à la question de savoir si le refus d'un test PCR par une personne placée en centre de rétention peut suffire à caractériser le délit de soustraction à l'exécution d'une mesure d'éloignement, et ainsi justifier une sanction pénale, deux raisonnements opposent les juges. Alors que certains n'hésitent pas à prononcer des peines d'emprisonnement ferme, d'autres soutiennent l'inévitabilité de la relaxe en vertu des principes de légalité des délits et des peines, d'interprétation stricte de la loi et du libre consentement à l'acte médical. Il appartiendra à la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi fin avril 2021, de trancher le sujet. Quoi qu'il en soit, ce débat jurisprudentiel offre de précieux éclairages pour affiner la définition du délit de « soustraction ».

AUTHOR

JULIEN FISCHMEISTER

Doctorant en droit pénal (Université Grenoble Alpes – Université libre de Bruxelles)