



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1959 · 50 · 2009

TROISIÈME SECTION

AFFAIRE GURGUCHIANI c. ESPAGNE

(Requête n° 16012/06)

ARRÊT

STRASBOURG

15 décembre 2009

DÉFINITIF

15/03/2010

Cet arrêt est devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.

En l'affaire Gurguchiani c. Espagne,

La Cour européenne des droits de l'homme (troisième section), siégeant en une chambre composée de :

Josep Casadevall, *président*,

Elisabet Fura,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra,

Ann Power, *juges*,

et de Santiago Quesada, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 24 novembre 2009,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 16012/06) dirigée contre le Royaume d'Espagne et dont un ressortissant géorgien, M. Giorgi Gurguchiani (« le requérant »), a saisi la Cour le 19 avril 2006 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant est représenté par M^e M. Nadal Borrás, avocat à Barcelone. Le gouvernement espagnol (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. I. Blasco Lozano, chef du service juridique des droits de l'homme au ministère de la Justice.

3. Le requérant se plaint d'une violation des articles 6, 13 et 7 de la Convention en raison de l'absence d'une audience publique en appel qui lui aurait permis de s'opposer à son expulsion et de l'application à son égard d'une loi pénale moins favorable.

4. Le 15 septembre 2008, le président de la troisième section a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 3 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond de l'affaire.

5. Le gouvernement géorgien, invité à présenter des observations écrites sur l'affaire, n'a pas manifesté le souhait d'exercer ce droit (articles 36 § 1 de la Convention et 44 § 1 du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Le requérant est né en 1975 et résidait, au moment des faits, à Barcelone.

A. Procédure pénale

7. Le 18 septembre 2002, le requérant fut arrêté par la police à Barcelone. Le lendemain, il fut placé en détention provisoire par une décision du juge d'instruction n° 24 de Barcelone.

8. Par un jugement du 7 octobre 2002, rendu après la tenue d'une audience publique, le juge pénal n° 20 de Barcelone condamna le requérant à une peine de dix-huit mois de prison pour une tentative de vol dans une maison habitée commise en septembre 2002. Le même jour, le requérant fut remis en liberté provisoire.

9. Par un arrêt du 31 janvier 2003 de l'*Audiencia Provincial* de Barcelone, le jugement attaqué en appel fut confirmé.

10. Le requérant saisit le Tribunal constitutionnel d'un recours d'*amparo*, qui fut rejeté comme étant dépourvu de contenu constitutionnel par une décision du 21 juillet 2004.

B. Procédure d'exécution

11. Le 8 juillet 2003, la Direction générale de la police demanda au juge pénal n° 21 de Barcelone, juge responsable de la procédure d'exécution du jugement de condamnation rendu contre le requérant, « l'autorisation de procéder à l'expulsion du requérant hors du territoire national en raison de [la procédure d'exécution en cause] ». A la demande était jointe une décision rendue le 5 décembre 2002 par la sous-délégation du gouvernement central à Barcelone, décrétant l'expulsion administrative du requérant, citoyen géorgien résidant illégalement en Espagne, en vertu de la loi organique du 22 décembre 2000 portant sur les droits et libertés des étrangers en Espagne.

12. Au vu de cette demande, le juge pénal n° 21 cita l'avocat du requérant et le ministère public à comparaître le 11 juillet 2003 pour que le condamné soit entendu aux fins d'un éventuel remplacement de la peine de prison par une mesure d'expulsion, en vertu de l'article 89 du code pénal.

13. Le 11 juillet 2003, lors de la comparution, le ministère public demanda « le remplacement de la peine privative de liberté » infligée au requérant dans le cadre de la procédure pénale entamée à son encontre « par

l'expulsion hors du territoire national à condition que l'intéressé ne revienne pas avant quatre ans », selon les termes de la décision de la sous-délégation du gouvernement remise par la Direction générale de la police. Le requérant, assisté par son avocat, s'opposa à l'expulsion. Par une décision rendue le même jour, le juge pénal décida de ne pas procéder à l'expulsion, estimant plus adéquat de procéder à l'exécution de la peine infligée par le jugement du 7 octobre 2002. Il tint compte du fait que le recours d'*amparo* formé par le requérant se trouvait pendant à ce moment-là, ainsi que de l'attestation de recensement apportée par le requérant, prouvant qu'il résidait à Barcelone.

14. Contre cette décision, le ministère public présenta un recours de *reforma*, dans lequel il précisait ce qui suit :

« La présente affaire remplit toutes les conditions exigées par l'article 89 du code pénal pour procéder au remplacement de la peine privative de liberté infligée [au requérant] par l'expulsion. Il ne peut aucunement être accepté que, parce qu'un recours d'*amparo* contre le jugement de condamnation est pendant, l'expulsion ne puisse pas avoir lieu. L'inscription postérieure dans le registre de recensement de Barcelone du condamné ne peut être acceptée non plus. Toutes les conditions du remplacement sont réunies en vue de l'exécution de la décision administrative [d'expulsion] du 5 décembre 2002, notifiée à la personne condamnée, par laquelle son expulsion a été ordonnée à raison de l'infraction à la loi relative aux droits et libertés des étrangers. La circonstance d'être engagé dans une procédure encore pendante ou, comme en l'espèce, d'avoir déjà été condamné pour avoir commis un délit ne devrait pas avoir un effet profitant au citoyen étranger qui remplit l'un des critères justifiant son expulsion. Il serait en effet paradoxal que, en l'absence de commission d'un délit, aucun obstacle ne s'opposerait à l'expulsion [du requérant] puisque dans ce cas l'autorité administrative n'aurait pas à demander l'autorisation à l'autorité judiciaire pour exécuter une telle décision d'expulsion. »

15. Par une décision du 19 septembre 2003 du juge pénal n° 21, le recours fut rejeté. Le juge précisa dans sa décision que le remplacement de la peine infligée par une mesure d'expulsion relevait du juge de l'exécution, qui pouvait prendre en compte divers critères non fixés par la loi tels que la dangerosité du sujet ou ses attaches en Espagne. Il souligna que l'article 89 du code pénal indiquait que « les peines [pouvaient] être remplacées par [l']expulsion », selon le critère discrétionnaire du juge. Il se référa à la discussion doctrinale existant quant à la nature de l'expulsion en tant que remplacement de la peine privative de liberté (cette expulsion peut être considérée soit comme une mesure de sûreté, soit comme une peine de remplacement soit comme une mesure mixte entre peine et mesure de sûreté). Le juge confirma dans sa décision « le refus de l'autorisation demandée par le ministère de l'Intérieur [pour procéder à l'expulsion], le refus du remplacement de la peine et la poursuite de l'exécution ordinaire de cette peine ».

16. Le ministère public fit appel. Par une décision du 6 avril 2004, l'*Audiencia Provincial* de Barcelone accueillit le recours et ordonna l'expulsion du requérant hors du territoire espagnol et l'interdiction de son

retour pour une durée de dix ans. L'*Audiencia Provincial* considéra que, à la suite de la nouvelle rédaction de l'article 89 du code pénal (en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2003), une peine de prison inférieure à six ans infligée à un étranger résidant illégalement en Espagne devait obligatoirement, sauf exception, être remplacée par l'expulsion de l'intéressé. Elle précisa que cette nouvelle rédaction de la disposition pénale était applicable en l'espèce dès lors qu'elle constituait la législation en vigueur au moment de la décision en appel. Elle estima également que l'attestation de recensement fournie par le requérant n'empêchait pas son expulsion, la nouvelle rédaction de l'article 89 du code pénal ne tenant pas compte des circonstances personnelles et le requérant ayant en outre déclaré qu'il habitait dans un squat. Elle ajouta que la modification du code pénal intervenue en 2003 à cet égard visait à donner une efficacité plus grande à la mesure d'expulsion, qui serait en tout état de cause applicable par la voie administrative dans la mesure où il s'agit de personnes résidant illégalement en Espagne et ayant commis une infraction. Cette modification avait aussi pour objectif d'éviter que la peine et son accomplissement ne se traduisent en un moyen de rester en Espagne.

17. Invoquant les articles 24 (droit à un procès équitable) et 25 (présomption d'innocence) de la Constitution, le requérant forma à nouveau un recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel. Par une décision notifiée le 25 octobre 2005, la haute juridiction rejeta le recours comme étant dépourvu de contenu constitutionnel. Elle estima que l'*Audiencia Provincial* n'avait pas appliqué de façon rétroactive une loi pénale défavorable, et observa qu'elle avait fondé sa décision sur des motifs concernant les circonstances personnelles du requérant en Espagne, qui étaient valables même à la lumière de l'ancienne version de la disposition pénale objet du litige. Par ailleurs, le Tribunal constitutionnel considéra que la jurisprudence constitutionnelle relative à la tenue d'une audience publique en deuxième instance n'était pas applicable en l'espèce, au motif que l'objet de la procédure en cause n'était pas l'établissement de la culpabilité ou de l'innocence du requérant, mais les conditions de l'exécution de la peine de prison qui lui avait été infligée. En outre, la haute juridiction nota que l'interprétation de la disposition pénale était motivée et qu'elle ne pouvait pas être considérée comme étant déraisonnable ou arbitraire.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

18. La Constitution, dans ses articles pertinents en l'espèce, dispose :

Article 24

« 1. Toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux dans l'exercice de ses droits et intérêts légitimes, sans qu'en aucun cas elle puisse être mise dans l'impossibilité de se défendre. »

(...)

Article 25

« 1. Nul ne peut être condamné ou sanctionné pour des actions ou des omissions qui, lorsqu'elles se sont produites, ne constituaient pas un délit, une faute ou une infraction administrative, au regard de la législation en vigueur à la période considérée.

(...) »

19. L'article 89 du code pénal (selon la rédaction de la loi organique 10/1995 du 23 novembre 1995 portant modification du code pénal) dispose :

« 1. Les peines privatives de liberté inférieures à six ans infligées à un étranger résidant illégalement en Espagne peuvent être remplacées par son expulsion du territoire national. (...) L'étranger devra être entendu.

(...)

2. L'étranger ne pourra pas retourner en Espagne pendant trois à dix ans à compter de la date de son expulsion, en fonction de la durée de la peine infligée. S'il y revient avant la fin du délai imparti, il devra accomplir les peines qui avaient été remplacées. »

20. L'article 89 du code pénal (selon la rédaction de la loi organique n° 11/2003 du 29 septembre 2003 portant sur des mesures concrètes relatives à la sécurité, la violence domestique et à l'intégration sociale des étrangers), entré en vigueur le 1^{er} octobre 2003, dispose :

« 1. Les peines privatives de liberté inférieures à six ans infligées à un étranger résidant illégalement en Espagne seront remplacées dans l'arrêt par son expulsion du territoire national, sauf si le juge ou le tribunal, après avoir entendu le ministère public, estime exceptionnellement et de façon motivée que la nature du délit justifie l'accomplissement de la peine dans un centre pénitentiaire en Espagne.

(...)

2. L'étranger ne pourra pas retourner en Espagne pour une durée de dix ans à compter de la date de son expulsion et, dans tous les cas, tant que la peine n'aura pas été prescrite.

(...) »

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 6 ET 7 DE LA CONVENTION

21. Le requérant se plaint de l'absence d'une audience publique en appel devant l'*Audiencia Provincial* de Barcelone, qui lui aurait permis d'être entendu en personne pour s'opposer à son expulsion. Il estime en outre qu'au moment où l'infraction avait été commise, la législation pénale en vigueur était plus favorable que celle qui a été ensuite appliquée par la juridiction d'appel dans le cadre de l'exécution de la peine. Il se plaint de surcroît de l'application rétroactive de l'article 89 du code pénal. Il invoque les articles 6 et 7 de la Convention, ainsi libellés :

Article 6

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) »

Article 7

« 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

(...) »

A. Sur la recevabilité

22. Le Gouvernement fait valoir que le requérant a fait l'objet, en décembre 2002, d'une mesure administrative d'expulsion. Selon lui, l'expulsion a été décrétée par l'autorité administrative en application de l'article 53 a) de la loi organique portant sur les droits et libertés des étrangers en Espagne, et non pas par le juge. Il ne s'agirait donc pas du « remplacement » d'une peine mais d'une autorisation judiciaire à procéder à une expulsion.

23. Le requérant estime que l'article 6 de la Convention trouve à s'appliquer en l'espèce dans la mesure où le ministère public a demandé le remplacement de la peine de prison par son expulsion hors du territoire national, « peines » qui seraient toutes les deux prévues par le code pénal.

24. La Cour rappelle que l'article 6 de la Convention n'est en principe pas applicable à des procédures portant sur des questions qui touchent à l'exécution des peines (*Grava c. Italie* (déc.), n° 43522/98, 5 décembre 2002, *Montcornet de Caumont c. France* (déc.), n° 59290/00, CEDH 2003-VII, et *Sannino c. Italie* (déc.), n° 30961/03, 24 février 2005). En revanche, l'article 6 § 1 couvre, dans sa branche pénale, l'ensemble de la procédure en cause, y compris les voies de recours et la détermination de la peine (*Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, §§ 76-77, série A n° 51, *T. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24724/94, § 108, 16 décembre 1999, *Phillips c. Royaume-Uni*, n° 41087/98, §§ 32 et 39, CEDH 2001-VII, et *Saccoccia c. Autriche* (déc.), n° 69917/01, 5 juillet 2007). La Cour doit examiner, d'une part, si la mesure d'expulsion litigieuse constitue une peine dans la mesure où elle se mettrait en lieu et place de la peine infligée, et tomberait par conséquent dans le champ d'application de l'article 7 de la Convention (voir, *a contrario*, *Maaouia c. France* [GC], n° 39652/98, § 39, CEDH 2000-X, où l'interdiction du territoire constituait une mesure complémentaire, et non substitutive, comme en l'espèce, de la peine privative de liberté) et, d'autre part, si la procédure d'exécution du jugement de condamnation prononcée contre le requérant équivaut à déterminer une peine et tombe sous le coup de l'article 6 § 1.

25. En l'espèce, la Cour relève que le juge pénal n° 21 de Barcelone, chargé de l'exécution du jugement de condamnation rendu par le juge pénal n° 20, n'était en principe pas appelé à fixer une peine pour l'infraction commise par le requérant, mais simplement à appliquer les règles internes pour l'accomplissement de ladite peine. Compte tenu toutefois de l'application de l'article 89 du code pénal au cas d'espèce, et notamment de la modification introduite par la loi organique n° 11/2003 du 29 de septembre 2003, qui contraint le juge de l'exécution à ordonner l'expulsion de l'étranger condamné à une peine inférieure à six ans de prison en remplacement de cette dernière, sans tenir compte – sauf cas exceptionnel – des circonstances personnelles de la personne condamnée, la Cour estime que cette question est étroitement liée à la substance des griefs énoncés par le requérant sur le terrain des articles 6 et 7 de la Convention qui sont intimement liés entre eux, et décide de la joindre au fond. Elle relève que ces griefs ne sont pas manifestement mal fondés au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et qu'ils ne se heurtent par ailleurs à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de les déclarer recevables.

B. Sur le fond du grief tiré de l'article 7 de la Convention

26. Le requérant allègue qu'au moment de la commission de l'infraction, la législation pénale en vigueur était plus favorable que celle qui a ensuite été appliquée par l'*Audiencia provincial* dans le cadre de l'exécution de la peine, à savoir l'expulsion hors du territoire espagnol et l'interdiction de

retour pour une durée de dix ans, ainsi que le prévoit l'article 89 du code pénal. Il fait valoir que la loi n° 11/2003 portant modification de l'article 89 du code pénal n'était pas en vigueur au moment de la commission de l'infraction pour laquelle il a été condamné. Selon lui, la disposition citée a donc été appliquée rétroactivement.

27. Le Gouvernement combat cette thèse. Il se réfère à la décision du Tribunal constitutionnel rendue en l'espèce et estime que la juridiction d'appel n'a pas appliqué rétroactivement une loi pénale défavorable, l'expulsion décrétée ne constituant pas selon lui une peine mais une mesure administrative, non contestée par le requérant.

1. Principes généraux

28. La Cour rappelle d'abord que la garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation même en temps de guerre ou autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires (*S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 35, série A n° 335-B).

29. La Cour rappelle ensuite que, suivant sa jurisprudence, l'article 7 de la Convention ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé : il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) (*Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 52, série A n° 260-A) et, partant, celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive en défaveur de l'accusé, par exemple par analogie (*Coëme et autres c. Belgique*, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 145, CEDH 2000-VII, et *Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, § 138, CEDH 2008-...). Il en résulte qu'une infraction ainsi que la peine que celle-ci implique doivent être clairement définies par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine sera prononcée pour l'acte commis et/ou l'omission (*Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, § 29, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, et *Kafkaris*, précité, § 140).

30. La tâche qui incombe à la Cour est donc de s'assurer que, au moment où un accusé a commis l'acte qui a donné lieu aux poursuites et à la condamnation, il existait une disposition légale rendant l'acte punissable et que la peine imposée n'a pas excédé les limites fixées par cette disposition (*Murphy c. Royaume-Uni*, n° 4681/70, décision de la Commission des 3 et 4 octobre 1972, *Recueil de décisions* 43 ; *Coëme et autres*, précité, § 145).

31. Quant à la notion de « peine » au sens de l'article 7, elle possède, comme celles de « droits et obligations de caractère civil » et d'« accusation en matière pénale » à l'article 6 § 1 de la Convention, une portée autonome. Pour rendre effective la protection offerte par l'article 7, la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une « peine » au sens de cette clause (*Welch c. Royaume-Uni*, 9 février 1995, § 27, série A n° 307-A, et *Jamil c. France*, 8 juin 1995, § 30, série A n° 317-B). Le libellé de l'article 7 § 1, seconde phrase, indique que le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une « peine » consiste à déterminer si la mesure en question a été imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction pénale. D'autres éléments peuvent être jugés pertinents à cet égard : la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité (*Welch*, précité, § 28, et *Jamil*, précité, § 31). A cette fin, la Commission comme la Cour ont établi dans leur jurisprudence une distinction entre une mesure constituant en substance une « peine » et une mesure relative à l'« exécution » ou à l'« application » de la « peine ». En conséquence, lorsque la nature et le but d'une mesure concernent la remise d'une peine ou un changement dans le système de libération conditionnelle, cette mesure ne fait pas partie intégrante de la « peine » au sens de l'article 7 (voir, entre autres, *Hosein c. Royaume-Uni*, n° 262, décision de la Commission du 28 février 1996, et *Grava*, décision précitée, § 51). Cependant, la distinction entre les deux n'est peut-être pas toujours nette en pratique.

2. Application de ces principes en l'espèce

32. En l'espèce, la Cour relève d'emblée que la reconnaissance de la culpabilité du requérant et la peine de prison à laquelle il a été condamné avaient pour base légale le droit pénal applicable à l'époque des faits et que la peine de prison correspondait à celle que prévoyaient les dispositions pertinentes du code pénal. Quant à la disposition pénale en vigueur relative à l'exécution de la peine infligée, la Cour observe que l'article 89 du code pénal prévoyait effectivement la possibilité pour le juge pénal responsable de l'exécution du jugement de condamnation, en l'espèce le juge n° 21, de remplacer la peine de dix-huit mois de prison par l'expulsion du requérant hors du territoire national et l'interdiction de son retour pour une durée de trois à dix ans, en fonction de la peine infligée. Le juge de l'exécution avait donc la possibilité, qu'il a utilisée, de décider, compte tenu des circonstances de la cause, soit de ne pas expulser le requérant soit de l'expulser en fonction de la gravité de la peine. Il disposait donc de la marge d'appréciation nécessaire pour décider au cas par cas ce qui lui semblait le plus juste.

33. Il est vrai, comme le Gouvernement le souligne, que la Direction générale de la police a demandé au juge pénal n° 21 l'autorisation de procéder à l'expulsion du requérant, un citoyen géorgien résidant illégalement en Espagne, hors du territoire national, expulsion qui avait été décidée par la sous-délégation du gouvernement central à Barcelone le 5 décembre 2002. La Cour observe toutefois qu'une telle demande devant le juge était liée à la procédure d'exécution de la peine en cause. A l'issue de la comparution prévue par l'article 89 du code pénal, le juge n° 21 a décidé de ne pas autoriser l'expulsion du requérant, estimant plus adéquat de procéder à l'exécution de la peine infligée par le jugement du 7 octobre 2002, compte tenu, entre autres, de l'attestation de recensement fournie par l'intéressé. Dans sa décision du 19 septembre 2003 rendue sur recours du ministère public, le juge n° 21 a souligné entre autres que, selon l'article 89 du code pénal, les peines pouvaient être remplacées par l'expulsion selon le critère discrétionnaire du juge ; il s'est référé à cet égard à la discussion doctrinale quant à la nature de l'expulsion en tant que remplacement de la peine privative de liberté.

34. La Cour note toutefois que l'expulsion du requérant et l'interdiction de territoire espagnol pour une durée de dix ans a été autorisée par une décision du 6 avril 2004 rendue par l'*Audiencia Provincial* de Barcelone, en application d'une nouvelle rédaction de l'article 89 du code pénal en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2003. Selon la nouvelle version, une peine de prison inférieure à six ans infligée à un étranger résidant illégalement en Espagne devait être remplacée par l'expulsion du condamné, sauf cas exceptionnel. La Cour observe que, par le biais de cette modification législative, l'expulsion est devenue la règle et que l'appréciation du juge n'entre plus en ligne de compte, sauf circonstances exceptionnelles que le requérant ne peut plus faire valoir lors d'une comparution devant le tribunal.

35. La Cour est donc appelée à rechercher ce que la « peine » de prison infligée au requérant en 2002 impliquait en droit interne à l'époque considérée. Elle doit en particulier se demander si le texte de la loi, combiné à la jurisprudence interprétative dont il s'accompagnait, remplissait les conditions d'accessibilité et de prévisibilité. Ce faisant, elle doit avoir en vue le droit interne dans son ensemble et la manière dont il était appliqué à cette époque.

36. Certes, lorsque le requérant, un étranger résidant illégalement en Espagne, a commis l'infraction, en septembre 2002, le code pénal prévoyait clairement la possibilité de remplacer une peine de prison inférieure à six ans par l'expulsion hors du territoire. La peine de prison pouvait donc équivaloir à l'expulsion, selon l'estimation du juge de l'exécution.

37. Le 1^{er} octobre 2003 est entré en vigueur le nouvel article 89 du code pénal, selon la rédaction de la loi organique n° 11/2003 du 29 septembre 2003. Par la suite, le 6 avril 2004, lorsqu'elle a décidé d'expulser le requérant et de l'interdire de territoire pendant dix ans, l'*Audiencia*

provincial de Barcelone a appliqué ce nouveau texte légal, qui rendait l'expulsion du condamné quasi automatique dans la mesure où l'accomplissement de la peine dans un centre pénitentiaire en Espagne devenait exceptionnel et n'intervenait que si la nature de l'infraction le justifiait, et ce après que seul le ministère public eut été entendu.

38. La Cour prend note de l'argument du Gouvernement selon lequel le requérant avait fait l'objet, en décembre 2002, c'est-à-dire après le jugement de condamnation rendu par le juge pénal n° 20, d'une mesure d'expulsion décrétée par l'autorité administrative et non pas par le juge. Elle relève toutefois que même le ministère public a insisté auprès des juridictions internes sur le caractère de remplacement de la peine que revêtait l'expulsion en cause. Elle estime qu'il s'agit donc de deux choses différentes et qu'en l'espèce seule la question du remplacement de la peine en vertu de l'article 89 du code pénal en vigueur en 2003 est en jeu.

39. La Cour note que le nouvel article 89 du code pénal indiquait que le remplacement de la peine par l'expulsion devait figurer dans l'arrêt, ce qui n'a pas été pris en compte par l'*Audiencia provincial* de Barcelone, responsable en appel de l'exécution du jugement de condamnation rendu en octobre 2002, dont le jugement de condamnation ne prévoyait aucunement un tel remplacement. Seul le texte de l'article 89 du code pénal dans sa rédaction applicable en 2002 établissait la possibilité – mais non l'obligation – pour le juge d'un tel remplacement. Par ailleurs, alors que le ministère public n'avait demandé l'expulsion du requérant et l'interdiction de territoire que pour une durée de quatre ans, l'*Audiencia provincial* a décidé une interdiction de territoire pour une durée de dix ans, ainsi que le fixait le texte légal susvisé dans sa rédaction selon la loi organique n° 11/2003.

40. Eu égard à ce qui précède la Cour ne peut que conclure que le remplacement de la peine de prison de dix-huit mois infligée au requérant par son expulsion et l'interdiction de territoire pour une durée de dix ans, sans qu'il ait été entendu et sans qu'il ait été tenu compte des circonstances autres que l'application quasi automatique de la nouvelle rédaction de l'article 89 du code pénal en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2003, doit s'analyser en une peine au même titre que celle fixée lors de la condamnation de l'intéressé (voir, *a contrario*, *Guizani c. France*, n° 15393/89, décision de la Commission du 9 mars 1990).

41. De l'avis du requérant, on ne saurait, compte tenu des dispositions matérielles du code pénal, prétendre qu'au moment où l'infraction a été commise, le remplacement d'une peine de prison par une expulsion et une interdiction de territoire pour une durée de dix ans pouvait être considéré comme établi. L'intéressé allègue dès lors qu'une peine plus forte lui a été imposée rétroactivement.

42. La Cour relève à cet égard que le juge de l'exécution (le juge pénal n° 21) avait refusé d'autoriser l'expulsion du requérant en remplacement de

la peine de prison qui lui avait été infligée, refus qu'il a confirmé le 19 septembre 2003, en application de l'article 89 du code pénal en vigueur au moment des faits. Lorsque le ministère public a fait appel, le 6 avril 2004, l'*Audiencia provincial* a toutefois décidé d'autoriser l'expulsion du requérant en vertu de la nouvelle rédaction de l'article 89 du code pénal.

43. La Cour se doit de constater à cet égard que le nouvel article 89 du code pénal (paragraphe 19 ci-dessus) prive le juge de l'exécution de la possibilité de choisir soit d'autoriser, au vu des circonstances de l'espèce, l'expulsion de l'étranger condamné soit de maintenir la peine de prison infligée dans le jugement de condamnation. Elle observe que la nouvelle disposition a également empêché le requérant de comparaître devant le juge au même titre que le ministère public, pour éventuellement s'opposer à l'expulsion. Elle relève enfin que la disposition en cause impose, dans sa version de 2003, l'expulsion de la personne condamnée et l'interdiction de retour pour une durée de dix ans, peine bien plus sévère que celle prévue par l'ancienne version de la même disposition du code pénal, qui prévoyait l'expulsion et une interdiction de territoire de trois à dix ans, selon le critère du juge.

44. Au vu de ce qui précède, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention en ce que le requérant s'est vu infliger une peine plus lourde que celle qu'il encourait pour l'infraction dont il a été reconnu coupable.

C. Sur le fond du grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention

1. Arguments des parties

45. Dans la mesure où il s'agit d'une décision judiciaire prise par l'*Audiencia provincial* de Barcelone dans le cadre de l'exécution du jugement de condamnation, qui a infirmé une autre décision judiciaire rendue auparavant dans le cadre de la même procédure, le requérant estime qu'une audience publique aurait dû avoir lieu, ce qui n'a pas été le cas.

46. Pour le Gouvernement, aucun remplacement d'une peine par une mesure d'expulsion n'a eu lieu, l'expulsion ayant déjà été ordonnée auparavant par l'autorité administrative. Par ailleurs, le requérant n'aurait aucunement contesté cette mesure d'expulsion ni saisi la juridiction contentieuse administrative d'un recours contre l'ordre d'expulsion prononcé à son encontre. Le Gouvernement estime paradoxal que l'expulsion n'ait pas été autorisée par le juge alors que le condamné aurait été expulsé s'il n'avait pas été condamné au pénal.

2. *Appréciation de la Cour*

47. La Cour a déjà conclu, au paragraphe 40 ci-dessus, que le remplacement de la peine infligée au requérant par une expulsion et une interdiction de territoire pour une durée de dix ans constituait une peine au sens de l'article 7 de la Convention. Elle rappelle par ailleurs qu'en cas de condamnation il n'a pas été « décidé » du « bien-fondé d'une accusation en matière pénale, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, aussi longtemps que la peine ne se trouve pas déterminée définitivement » (*Eckle*, précité, § 77).

48. Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure à l'applicabilité de l'article 6 § 1 à la présente espèce.

49. La Cour estime toutefois que, eu égard aux motifs qui l'ont amenée à conclure à la violation de l'article 7 de la Convention, il n'y a pas lieu d'examiner séparément le présent grief.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

50. Le requérant se plaint d'une violation de son droit à un procès équitable et allègue qu'il s'est vu infliger une peine d'expulsion sans avoir été entendu à cet égard. Il invoque l'article 13 de la Convention, qui prévoit ce qui suit :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

51. La Cour considère que ce grief doit être déclaré recevable. Toutefois, eu égard à la conclusion à laquelle elle est parvenue sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, elle est d'avis qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 13.

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

52. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. **Domage**

53. Le requérant réclame 50 000 euros (EUR) pour préjudice moral.

54. Le Gouvernement estime que le préjudice moral allégué est excessif et non étayé.

55. La Cour considère que le requérant a vraisemblablement subi une frustration à raison de la violation constatée. Statuant en équité, comme le veut l'article 41 de la Convention, elle lui octroie 5 000 EUR au titre du dommage moral.

B. Frais et dépens

56. Le requérant demande également 6 000 EUR pour frais et dépens, sans soumettre de pièces justificatives à l'appui de sa demande.

57. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. Compte tenu de l'absence de justificatifs et des critères susmentionnés, la Cour rejette la demande du requérant.

C. Intérêts moratoires

58. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Joint au fond*, à l'unanimité, les questions portant sur l'applicabilité des articles 6 § 1 et 7 de la Convention ;
2. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention ;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner au fond le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention ;
5. *Dit*, à l'unanimité, qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 13 de la Convention ;

6. *Dit*, par quatre voix contre trois,
- a) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention, 5 000 EUR (cinq mille euros), pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
7. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 15 décembre 2009, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Santiago Quesada
Greffier

Josep Casadevall
Président

Au présent arrêt se trouvent joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion en partie dissidente du juge Zupančič ;
- opinion en partie concordante et en partie dissidente du juge Myjer, à laquelle se rallie la juge Fura pour la partie dissidente.

J.C.M.
S.Q.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

Je regrette de ne pas pouvoir souscrire aux conclusions de la majorité en ce qui concerne les points 6a et 6b du dispositif de l'arrêt. J'ai un avis divergent quant au caractère approprié de la réparation accordée au titre du préjudice moral, en l'occurrence une somme de 5 000 euros, dans une situation dans laquelle la seule réparation adéquate aurait été la réouverture du procès.

Une violation de l'article 7, c'est-à-dire du principe de légalité, est une affaire sérieuse.

En droit pénal continental, la protection contre l'arbitraire d'une condamnation tient pour l'essentiel à l'application stricte de ce principe. Ce n'est pas un hasard si la totalité du droit pénal matériel dans la Convention européenne des droits de l'homme est couverte par le premier paragraphe de son article 7, qui en réalité ne fait que renvoyer au principe de légalité. Le célèbre théoricien allemand Franz von Liszt a désigné le principe de légalité comme la *Magna Carta Libertatum* du défenseur à une action pénale. Dans les droits continentaux, la protection contre l'arbitraire dans une procédure pénale découle dans une large mesure de l'application scrupuleuse, logique, cohérente et concise du principe de légalité.

Il est clair qu'en l'espèce c'est à bon droit que la majorité a conclu à la violation de ce principe. Par conséquent je souscris totalement aux paragraphes 28 à 42 de l'arrêt. Je n'adhère plus au raisonnement à partir du paragraphe 55, où la majorité a recours à la formule habituelle selon laquelle le requérant a probablement éprouvé un sentiment de frustration du fait du non-respect des droits que lui garantit l'article 7 de la Convention. Sans plus de précision, la majorité octroie ensuite 5 000 euros au titre du dommage moral qui découlerait d'un stress pour le moins abstrait, pour ne pas dire imaginaire, causé par la violation. Or, *in abstracto*, je doute qu'une violation du principe de légalité puisse engendrer en elle-même et par elle-même des sentiments de stress et de frustration, même chez le professeur de droit pénal matériel le plus doctrinalement engagé.

Je pars d'un principe que j'ai exposé il y a de nombreuses années dans l'affaire *Luca c. Italie*, selon lequel il n'y a absolument aucun lien entre ces sentiments fictifs de stress et de frustration d'une part, et la violation du principe de légalité d'autre part. Certes, ce genre de formule incantatoire selon laquelle cette abstraction qu'est la « violation des droits garantis par l'article 7 de la Convention » a provoqué chez le requérant des sentiments de stress a été utilisée par l'ancienne Cour pendant de nombreuses années, mais son absurdité a été amplement dénoncée dans notre propre jurisprudence, par exemple dans les affaires *Scozzari et Giunta c. Italie* et *Luca c. Italie*. L'interprétation simpliste de l'article 41, c'est-à-dire l'octroi

de dommages-intérêts en compensation de sentiments de stress et de frustration, est censée avoir été dépassée ; la Cour a reconnu que la *restitutio in integrum* fait partie intégrante de l'article 41 et peut être appliquée de manière adéquate dans les affaires qui le demandent.

En outre, la Cour a commencé il y a de nombreuses années à utiliser la « formule *Gençel* », par laquelle elle invite la Turquie à prévoir la réouverture des procédures litigieuses. La Turquie a fini par s'exécuter, de sorte que l'utilisation de la formule n'est plus utile. Il importe de souligner que la Cour a eu recours à la formule *Gençel* bien avant que la Turquie ne prévoit effectivement, comme dans tant d'autres États, la possibilité de rouvrir la procédure. En d'autres termes, le fait que l'Espagne ne ménage pas cette possibilité appelle *a fortiori* la même approche que celle qui a été adoptée dans le passé à l'égard de la Turquie.

A l'évidence, le droit et la réparation devraient être interdépendants. En fait, sur un plan strictement juridique, qu'est-ce qu'un droit sinon le pendant de la réparation, que l'ordonnance juridique peut tout à fait offrir sous la forme d'un rétablissement du *statu quo ante* – pour autant que cela est possible dans un cas particulier ? Étant donné que la Cour a cessé il y a bien longtemps d'offrir des réparations inappropriées dans des affaires où l'État défendeur s'est rendu coupable d'injustices procédurales ou matérielles, le débat doctrinal concernant l'interdépendance du droit et de la réparation n'a plus lieu d'être.

Cependant, de même que dans l'affaire *Luca c. Italie*, il est absurde d'offrir 5 000 euros pour une violation du principe de légalité sous l'angle de l'article 7 d'une part, et de laisser les effets de la violation perdurer d'autre part.

Le bon remède – bien que l'Espagne soit l'un des rares États contractants qui n'offrent pas encore la possibilité de rouvrir une procédure pénale sur la base d'un constat de violation par la Cour – consisterait au moins à inciter, à défaut d'obliger, l'Espagne à introduire ce recours de bon sens. La Suisse, par exemple, a été l'un des premiers États contractants à offrir ce type de recours contre des décisions judiciaires et administratives sinon définitives dans pratiquement tous les domaines.

En pareille situation, la question se pose alors de savoir dans quelle mesure l'État défendeur est par la suite tenu de suivre l'avis de la Cour. Il y a eu des affaires de Grande Chambre concernant la Suisse, dans lesquelles le requérant n'était pas satisfait – à l'issue de la procédure de réouverture en Suisse –, avec la façon dont les juridictions helvétiques avaient compris, interprété et suivi l'intégralité de l'arrêt rendu par la Cour. Manifestement, ce sont là de nouvelles et réelles questions, qui touchent au problème plus général du caractère contraignant des arrêts de la Cour dans les ordres juridiques nationaux. Ces intéressantes questions n'auraient cependant jamais été soulevées sans le revirement de jurisprudence, souvent ignoré, auquel l'arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie* a donné lieu.

Eu égard à ce qui précède, j'estime qu'il est tout à fait possible que le requérant en l'espèce a réellement subi une forme de dommage moral, bien que le paragraphe 55 de l'arrêt de la majorité soit par trop assertorique pour expliciter le lien de causalité entre la violation et le dommage moral allégué. Je ne fais quant à moi que souligner qu'on ne peut faire état d'un préjudice moral imaginaire dans ce type d'affaires. Une véritable réparation ne peut que prendre la forme d'une réévaluation procédurale de la faute logique ayant emporté violation de l'article 25 de la Constitution d'une part et de l'article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme d'autre part.

OPINION EN PARTIE CONCORDANTE ET EN PARTIE
DISSIDENTE DU JUGE MYJER,
À LAQUELLE SE RALLIE LA JUGE FURA POUR LA
PARTIE DISSIDENTE

(Traduction)

1. Je conclus comme la majorité à la violation en l'espèce de l'article 7 de la Convention.

Bien que le raisonnement ayant conduit à cette conclusion soit exposé de manière rigoureuse et détaillée, je souhaiterais formuler quelques remarques complémentaires, dans le but également de distinguer cette affaire espagnole d'autres cas d'expulsions consécutives à des condamnations pénales.

La Cour a récemment examiné des affaires dans lesquelles un condamné qui ne possédait pas la nationalité de l'État défendeur, qu'il réside ou pas sur le territoire de cet État, s'est vu signifier, au terme de sa peine, une ordonnance d'expulsion.

Ces affaires portaient sur des questions telles que l'applicabilité de l'article 6 § 1 à des procédures d'expulsion d'étrangers (*Maaouia c. France* [GC], arrêt du 5 octobre 2000), la relation entre une ordonnance d'expulsion et l'article 8 (affaire *Üner c. Pays-Bas* [GC], arrêt du 18 octobre 2006) ou le point de savoir si une ordonnance d'expulsion rendue après une peine constitue une double peine au sens de l'article 4 du Protocole n° 7 (il y eut des opinions dissidentes dans ces deux affaires). Dans d'autres affaires, l'enjeu portait sur le fait de savoir si l'exécution d'une ordonnance d'expulsion pouvait donner lieu à un risque réel pour la vie du requérant, donc à une violation de l'article 3 (*Saadi c. Italie* [GC], arrêt du 28 février 2008).

Dans son arrêt en l'affaire *Maaouia c. France*, la Cour s'est exprimée ainsi (§ 39) :

(...) La Cour considère en outre que la mesure d'interdiction du territoire français ne porte pas davantage sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. A cet égard, elle constate que la qualification d'une telle mesure dans l'ordre juridique interne se prête à des interprétations divergentes. Au demeurant, la qualification d'une sanction dans l'ordre juridique interne ne saurait être, à elle seule, décisive pour conclure à son caractère pénal. En effet, il convient de tenir compte d'autres éléments et notamment de la nature de la sanction encourue (*Tyler c. Royaume-Uni*, requête n° 21283/93, décision de la Commission du 5 avril 1994, DR 77). Or, sur ce point, la Cour constate que l'interdiction du territoire ne revêt pas en général un caractère pénal dans les États membres du Conseil de l'Europe. Cette mesure qui, dans la plupart des États, peut également être prise par l'autorité administrative, constitue, de par sa nature, une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers et ne porte pas sur le bien-fondé d'une accusation pénale dirigée contre le requérant, au sens de l'article 6 § 1. Le fait qu'elle est prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ne saurait changer son caractère essentiellement préventif. Il en découle que la procédure

en relèvement de cette mesure ne saurait davantage relever du domaine pénal (voir, *mutatis mutandis*, *Renna c. France*, requête n° 32809/96, décision de la Commission du 26 février 1997, non publiée).

Dans son arrêt en l'affaire *Üner c. Pays-Bas*, la Cour a formulé les considérations suivantes au paragraphe 54 :

La Cour réaffirme d'emblée que, d'après un principe de droit international bien établi, les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol (voir, parmi beaucoup d'autres, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, § 67, série A n° 94, *Boujlifa c. France*, arrêt du 21 octobre 1997, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI). La Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier, et, lorsqu'ils assument leur mission de maintien de l'ordre public, les États contractants ont la faculté d'expulser un étranger délinquant. Toutefois, leurs décision en la matière, dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8, doivent se révéler nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi (*Dalia c. France*, arrêt du 19 février 1998, § 52, *Recueil* 1998-I, *Mehemi c. France*, arrêt du 26 septembre 1997, § 34, *Recueil* 1997-VI, *Boultif c. Suisse*, précité, § 46, et *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, § 113, CEDH 2003-X).

Enfin, dans l'arrêt *Saadi c. Italie* (§ 125), la Cour a estimé que :

Cependant, l'expulsion par un État contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, et donc engager la responsabilité de l'État en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays (*Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, §§ 90-91, série A n° 161, *Vilvarajah et autres* précité, § 103, *Ahmed* précité, § 39, *H.L.R. c. France*, arrêt du 29 avril 1997, § 34, *Recueil* 1997-III, *Jabari c. Turquie*, n° 40035/98, § 38, CEDH 2000-VIII, et *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, § 135, 11 janvier 2007).

La Cour a donc admis dans sa jurisprudence que, même au terme d'une peine d'emprisonnement, on peut imposer et exécuter une ordonnance d'expulsion dès lors que les effets de celle-ci ne sont pas contraires aux articles 8 ou 3 de la Convention.

Le raisonnement en l'espèce ne se heurte pas à la jurisprudence existante.

Dans le système espagnol, une ordonnance d'expulsion peut être rendue en remplacement d'une peine d'emprisonnement (paragraphe 19-20 de l'arrêt). Dans ce cas, il semble que la personne condamnée est simplement renvoyée dans son pays d'origine sans avoir à terminer sa peine. Ce n'est que si elle revient en Espagne avant le terme fixé par l'ordonnance qu'elle doit alors purger le restant de sa peine.

Pour autant que je sache, une ordonnance d'expulsion ne peut être émise à titre de peine accessoire dans le système espagnol.

Il ressort des observations du gouvernement espagnol qu'il est également possible qu'une ordonnance d'expulsion soit imposée par les autorités espagnoles conformément à l'article 53 a) de la loi organique sur les droits

et libertés des étrangers en Espagne. Cependant, je souscris pleinement au raisonnement exposé au paragraphe 38 de l'arrêt selon lequel ce qui était en jeu en l'espèce n'était pas une mesure administrative de renvoi mais une ordonnance d'expulsion qui remplaçait la peine d'emprisonnement.

Même si cette ordonnance d'expulsion est seulement conçue comme une solution de *remplacement* d'une peine de prison – et n'est pas désignée comme une peine en soi –, je peux aussi admettre qu'aux fins de l'article 7 elle puisse être vue comme une peine. Je souscris donc à la conclusion selon laquelle, dans les circonstances particulières de l'espèce, s'est vu infliger une peine *plus lourde* que celle qu'il encourait.

2. Le fait que j'ai voté en faveur d'un constat de violation ne signifie pas que je suis d'accord avec l'octroi d'une somme de 5 000 euros à titre de réparation au requérant. Bien au contraire.

Eu égard aux faits particuliers de la cause, je ne vois aucune raison d'accorder une quelconque réparation. Examinons les faits : le requérant, un ressortissant géorgien, résidait illégalement en Espagne. Il a été reconnu coupable d'une grave infraction et condamné à dix-huit mois d'emprisonnement. Il n'a été privé de sa liberté qu'entre la date de son arrestation (18 septembre 2002) et la date du prononcé de sa peine (7 octobre 2002), soit dix-neuf jours en tout. Il n'a pas dû purger sa peine de dix-huit mois mais, à titre de remplacement, s'est vu imposer une ordonnance d'interdiction du territoire de dix ans. La Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de séjourner dans un pays particulier et, dans le cadre de sa fonction de maintien de l'ordre public, tout État contractant – comme l'Espagne – a le pouvoir d'expulser un étranger condamné pour des infractions pénales. En tant que résident illégal en Espagne, le requérant aurait pu aussi faire l'objet d'une ordonnance d'expulsion administrative. Eu égard aux circonstances de la cause, j'estime que le constat de violation aurait constitué une réparation plus que suffisante.