

Police des étrangers et garantie des droits fondamentaux

Danièle Lochak

▶ **To cite this version:**

Danièle Lochak. Police des étrangers et garantie des droits fondamentaux. G. Cahin, F. Poirat, S. Szurek. La France et la condition internationale des personnes et des biens, Pedone, pp. 253-299, 2019, 978 2 233009203. hal-03020239

HAL Id: hal-03020239
https://hal.parisnanterre.fr/hal-03020239

Submitted on 30 Nov 2020

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

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

Police des étrangers et garantie des droits fondamentaux

Par Danièle Lochak
Professeur émérite de l'université Paris Nanterre (Credof)

in G. Cahin, F. Poirat, S. Szurek (dir.), *La France et la condition internationale des personnes et des biens,* Pedone, 2019, pp. 253-299

Peut-on concilier les impératifs auxquels obéit la police des étrangers et les modalités de sa mise en œuvre avec le respect des droits de l'Homme ? Pour répondre à la question on ne peut pas se limiter à l'étude du droit français et aux pouvoirs qu'il confère à l'administration en matière d'entrée, de séjour et d'éloignement des étrangers ; il faut nécessairement intégrer dans la réflexion la réglementation européenne et les opérations engagées sous l'égide de l'Union européenne, dont les compétences incluent notamment le contrôle de l'accès au territoire des États membres et, corrélativement, l'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Il faut enfin examiner cette question à la lumière d'une interrogation classique du droit international, qui prend aujourd'hui une intensité et une actualité particulières : jusqu'à quel point les États peuvent-ils invoquer leurs prérogatives souveraines pour faire obstacle à la libre circulation des personnes et entraver ainsi l'exercice d'une série de droits fondamentaux ?

Dans un premier temps, on s'attachera à mettre en lumière un paradoxe : alors même que, tirant les conséquences du caractère universel des droits de l'Homme, on a fini par admettre que leur jouissance devait être assurée sans considération de nationalité, les impératifs de la maîtrise des flux migratoires conduisent non seulement à justifier des restrictions croissantes aux droits fondamentaux des étrangers mais à accepter le risque de violations caractérisées de ces droits.

Dans un second temps, centrant l'analyse sur quelques droits emblématiques, on confrontera le droit et les pratiques de la France avec les principes et les normes posés par les conventions et les instances internationales de protection des droits de l'Homme. On constatera que ces normes et principes ne sont pas aussi protecteurs qu'on pourrait le supposer ou l'espérer.

I. L'universalité des droits de l'Homme à l'épreuve des politiques migratoires

Le contraste entre la reconnaissance théorique de l'universalité des droits de l'Homme et l'acceptation d'entraves croissantes aux droits des migrants existe aussi bien au niveau de la législation française et de son application qu'au niveau de la politique européenne d'immigration et d'asile. Outre que celle-ci a bien évidemment un impact sur la situation des étrangers en France, il est d'autant plus justifié de lui consacrer des développements que la France est étroitement associée à son élaboration et à sa mise en œuvre, comme l'ensemble des États membres, qui en sont donc collectivement comptables et responsables. Le traitement de la « crise » de l'été 2015 – baptisée « crise migratoire » puis « crise de l'asile » – et plus récemment la crise ouverte par l'affaire de l'*Aquarius* à l'été 2018, l'ont amplement démontré.

A. Le droit et la pratique internes

Pendant longtemps, il a paru naturel de priver les étrangers des droits reconnus aux nationaux. Ni le législateur, ni le juge, ni la doctrine ne se préoccupaient donc de justifier les innombrables restrictions apportées aux droits des étrangers. Dans ce contexte, la police des étrangers apparaissait, tout aussi naturellement, comme la prérogative exclusive et souveraine de l'exécutif, guère encadrée par le législateur et à peine contrôlée par le juge.

On a néanmoins pris peu à peu conscience de ce qu'on ne pouvait pas refuser aux étrangers la jouissance de droits proclamés comme universels, que les différences de traitement devaient être justifiées et les restrictions rester compatibles avec les obligations résultant des conventions internationales relatives aux droits de l'Homme et avec les principes à valeur constitutionnelle. Cette prise de conscience relativement récente – on peut la faire remonter à la fin des années 1970 ou au début des années 1980 – a évidemment été favorisée par l'intensification des contrôles internationaux, notamment celui de la Cour européenne des droits de l'Homme, et le développement du contrôle de constitutionnalité. La condition juridique des étrangers s'en est trouvée améliorée et leur statut s'est rapproché de celui des nationaux dans un nombre croissant de domaines.

À titre d'exemple, les étrangers se sont vu reconnaître, au même titre que les nationaux, le droit de « mener une vie familiale normale », sur le fondement du Préambule de 1946, puis le « droit au respect de leur vie privée et familiale », sur le fondement de l'article 8 CEDH. Les droits des travailleurs immigrés dans l'entreprise ont été alignés sur ceux des travailleurs français. La condition de nationalité a été abrogée pour toutes les prestations sociales. La liberté d'expression dans l'espace public, naguère encore entravée par les dispositions sur la presse et les associations étrangères, en amont, par la pratique des expulsions pour motif d'ordre public, incluant le motif politique, en aval, est aujourd'hui bien mieux garantie.

Ces progrès sur le plan des droits substantiels se sont accompagnés de progrès sur le plan de la hiérarchie des normes et du contrôle de l'action publique, avec l'accroissement des garanties procédurales et des possibilités de recours. La situation des étrangers était régie par des règlements, des circulaires, des pratiques administratives, et le juge administratif, soucieux de ne pas s'immiscer dans un domaine dit de « haute police », considéré comme particulièrement sensible, n'exerçait ici qu'un contrôle « minimum ». La situation des étrangers était donc abandonnée au bon vouloir, pour ne pas dire à l'arbitraire du pouvoir exécutif. Désormais, ce sont des lois qui régissent la condition des étrangers et les mesures qui les visent se trouvent placées sous le contrôle du juge administratif et du juge judiciaire, mais aussi du juge constitutionnel et des juges européens – Cour européenne des droits de l'Homme et, dans une moindre mesure, Cour de Justice de l'Union européenne.

La reconnaissance des droits fondamentaux des étrangers, d'un côté, le renforcement du rôle du Parlement et des contrôles juridictionnels, de l'autre, apparaissent *a priori* comme les signes incontestables des progrès de l'État de droit. Mais la politique dite de « maîtrise des flux migratoires », apparue de façon presque concomitante, puisqu'on peut en dater les débuts au milieu des années 1970 – qui ne se limite pas à la lutte contre l'immigration illégale mais s'assigne aussi comme objectif de restreindre l'immigration légale, qu'elle soit de travail ou familiale, voire de limiter l'accueil des demandeurs d'asile –, a contrecarré les effets de cette évolution positive. Elle s'est traduite en effet par des restrictions apportées aux libertés des étrangers, par un accroissement des pouvoirs de la police et de la répression pénale. Elle a aussi une incidence sur la mission assignée au juge et la façon dont il la remplit.

1. Des restrictions croissantes aux droits et libertés

La liberté des étrangers de se marier est en principe entière, mais la crainte de la fraude a conduit à placer le mariage des étrangers sous haute surveillance dès l'instant où il est susceptible d'engendrer un droit au séjour[1]. Le droit au respect de la vie privée et familiale doit se concilier non seulement avec les impératifs de l'ordre public mais aussi avec les exigences de

[1] Ainsi, par exemple, la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration a introduit dans l'article 63 du code civil une disposition prévoyant l'audition des futurs époux par l'officier d'état civil avant la publication des bans pour tester la réalité du consentement, en réalité traquer l'éventuel mariage de complaisance. Le maire peut aussi, dans la même perspective, saisir le procureur de la république afin qu'il ordonne qu'il soit sursis au mariage (art. 175-2 du code civil, issu de la loi du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration).

la maîtrise des flux migratoires, ce qui justifie les restrictions croissantes apportées au regroupement familial ou au droit au séjour des conjoints de Français[2].

Les discriminations fondées sur la nationalité ont été supprimées pour l'accès aux prestations sociales. Mais l'affiliation à la sécurité sociale et le droit aux prestations sont subordonnés depuis 1993 à la détention d'un titre de séjour, parfois même à la détention d'un certain type de titre de séjour – telle la carte de résident – ou à une durée antérieure de détention du titre possédé. Et cela, alors que les réformes successives ont rendu de plus en plus difficile l'obtention titre de séjour, *a fortiori* d'un titre de longue durée. Les dizaines de milliers de personnes qui se retrouvent sans papiers par l'effet d'une législation et de pratiques de plus en plus restrictives se retrouvent aussi privées de la jouissance des droits sociaux fondamentaux.

Si le droit de ne pas être détenu arbitrairement, garanti par l'article 66 de la Constitution et par l'article 5 de la CEDH, s'applique théoriquement aux étrangers comme aux nationaux, l'enfermement, sur simple décision administrative et en dehors de toute procédure pénale, a été généralisé : tant pour ceux à qui l'entrée sur le territoire est refusée et qui sont maintenus en « zone d'attente » que pour ceux qui, en instance d'éloignement forcé, sont placés en rétention. Au fil des réformes la durée de la rétention s'est allongée : elle était à l'origine de sept jours, elle a été portée à dix jours, douze jours, 32 jours, 45 jours – pour atteindre finalement 90 jours en 2018. Parallèlement, les pouvoirs du juge judiciaire, censé être le gardien de la liberté individuelle et appelé à ce titre à contrôler la nécessité et les conditions de l'enfermement, ont été progressivement rognés[3].

2. Le développement des instruments répressifs.

a) La politique de lutte contre l'immigration clandestine a entraîné un **accroissement des pouvoirs de surveillance, de contrôle et de contrainte** conférés à l'administration en général et à la police en particulier, face à des étrangers désormais suspectés d'être non seulement dangereux pour la sécurité publique mais des clandestins ou des fraudeurs en puissance. Parmi les instruments dont on a doté la police on peut citer : – l'extension des possibilités d'interpellation pour vérifier la détention d'un titre de séjour, soit sur le fondement des dispositions générales du code de procédure pénale, soit sur le fondement spécifique du Ceseda (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile), qui laisse finalement beaucoup de latitude à la police pour opérer des contrôles « ciblés », autrement dit au faciès, théoriquement interdits, en vue de repérer les sans papiers ; – la multiplication des fichiers intégrant un nombre croissant de données, y compris biométriques, et de plus en plus souvent interconnectés, dont la finalité va bien au-delà de l'objectif traditionnel de sécurité publique pour inclure le suivi du séjour, la lutte contre la fraude, le repérage et l'éloignement des irréguliers, le maintien à distance ou l'éloignement des étrangers indésirables ; – la possibilité pour les préfectures, là encore sous couvert de lutter contre la fraude, d'exiger d'un certain nombre d'autorités ou personnes privées (état civil, sécurité sociale, pôle emploi, banques, établissements de santé et d'enseignement, fournisseurs d'énergie, etc.), la communication des informations qu'elles détiennent[4] ; – les enquêtes policières au domicile pour repérer la présence de membres de famille en situation irrégulière ou, à l'inverse, vérifier la réalité de la vie commune entre conjoints. Toutes ces pratiques qui font partie, à des degrés divers, de l'environnement quotidien des étrangers, même lorsqu'ils ne sont pas eux-mêmes en situation irrégulière, constituent à l'évidence une atteinte à leur jouissance paisible des libertés individuelles.

[2] Sur le régime du regroupement familial, voir *infra*, 2e partie, les développements consacrés au respect de la vie privée et familiale.

[3] Voir *infra*, 2e partie, les développements consacrés à la privation de liberté.

[4] Cette possibilité a été introduite par la loi du 7 mars 2016 et figure à l'article L. 611-12 du Ceseda.

b) Un autre phénomène frappant est la **place attribuée à l'outil pénal** dans la gestion de l'immigration, qui se traduit par la multiplication des incriminations et la sévérité croissante des peines dont le caractère proportionné est douteux. À titre d'exemple – car la liste des délits est interminable et s'allonge sans cesse –, est punissable d'un an de prison et trois ans d'interdiction du territoire français (ITF) l'entrée irrégulière dans l'espace Schengen ou le maintien irrégulier sur le territoire après une mesure d'éloignement non exécutée ; de trois ans de prison et dix ans d'ITF le fait de se soustraire, de tenter de se soustraire ou de faire obstacle à une mesure d'éloignement, par exemple en refusant de monter dans l'avion ou de présenter ses papiers (art. L. 621-2 et s. du Ceseda) ; de cinq ans de prison l'aide, même bénévole, à l'entrée ou au séjour irrégulier (art. L. 622-1 et s. du Ceseda)[5]. S'y ajoutent les infractions prévues par le code du travail pour l'emploi d'étrangers dépourvus d'autorisation de travail (art. L. 8256-2 du code du travail). L'arsenal pénal implique aussi des immixtions dans la vie privée : le mariage « blanc », le mariage « gris », la « paternité de complaisance » ont été érigés en délits et sont passibles de cinq ans d'emprisonnement[6].

Parallèlement, si le nombre d'expulsions pour motif d'ordre public a considérablement diminué en raison d'un encadrement plus strict par rapport à la situation qui prévalait avant 1981, l'interdiction du territoire français (ITF) s'est substituée à elle : cette peine complémentaire, qui vise par hypothèse exclusivement les étrangers, sanctionne en effet non seulement les infractions à la législation sur le séjour, comme on vient de le rappeler, mais aussi les délits de droit commun (art. L. 131-30 du code pénal). Elle peut être temporaire (trois ans, cinq ans ou dix ans) ou définitive. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, en 1994, son champ d'application, jusque-là cantonné pour l'essentiel aux infractions à la législation sur les stupéfiants, s'est considérablement étendu. Elle peut être prononcée pour une longue série d'infractions dont la gravité est très variable, allant du crime contre l'humanité aux atteintes aux biens commises avec violence. Or si le régime de l'ITF paraît *a priori* plus protecteur que celui de l'expulsion puisqu'elle est prononcée par un juge avec les garanties de la procédure juridictionnelle, la réalité est bien différente : d'abord, parce que le juge pénal a la possibilité – dont il use fréquemment – de prononcer une ITF dès lors qu'elle est prévue par les textes et que la personne condamnée n'entre pas dans les catégories protégées, alors que l'administration, pour prononcer une expulsion, doit justifier que l'étranger représente encore une menace pour l'ordre public une fois qu'il a purgé sa peine ; ensuite parce que, pour obtenir le relèvement d'une ITF, il faut saisir la juridiction qui l'a prononcée, laquelle est généralement réticente à l'accorder, alors que la mesure d'expulsion doit faire l'objet tous les cinq ans d'un réexamen automatique.

3. L'affaiblissement des garanties juridictionnelles.

Si le droit au juge est, sur le papier, parfaitement garanti puisqu'un recours est toujours ouvert contre les mesures prises par l'administration, la protection qui en résulte s'avère souvent

[5] La législation française va au-delà de ce qu'imposent le protocole de Palerme de 2002 et la directive européenne de 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et à la circulation irréguliers qui obligent seulement à sanctionner les actes commis à des fins lucratives. L'article L. 622-4 prévoit des exemptions mais elles ne concernent que certains types d'actes : conseils juridiques, restauration, hébergement, soins médicaux. Les autres actions ne bénéficient d'une immunité que si elles visent à préserver la dignité ou l'intégrité physique des personnes. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 6 juillet 2018 (Décision n° 2018-717/718 QPC), a jugé ces conditions trop restrictives, estimant que l'exemption devait s'appliquer à toute aide apportée à titre humanitaire. En revanche, il a validé l'absence de toute exemption pour l'aide à l'entrée sur le territoire.

[6] La loi du 26 novembre 2003 a érigé en délit « le fait de contracter un mariage aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou une protection contre l'éloignement ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française ». La loi du 24 juillet 2006 a créé l'infraction consistant à reconnaître un enfant dans le même but. La loi du 16 juin 2011, enfin, a prévu de punir « l'étranger qui a contracté mariage en dissimulant ses intentions à son conjoint » (art. L. 623-1 et s. du Ceseda). On relève que ni le « mariage blanc » ni la reconnaissance dite de complaisance d'un enfant qu'on sait ne pas être le sien ne tombent, dans les autres cas, sous le coup de la loi pénale.

illusoire parce que les conditions dans lesquelles les recours sont formés et jugés les rendent souvent ineffectifs.

Le contentieux des mesures d'éloignement, régi par une procédure dérogatoire, illustre bien un fonctionnement de la justice conçu avant tout pour ne pas entraver l'action de l'administration : brièveté des délais de saisine, assistance juridique au rabais, procédures accélérées, juge unique, appel non suspensif[7]… À l'issue d'une évolution qui tend à restreindre de plus en plus les garanties accordées à l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement, la législation est aujourd'hui arrivée à un point extrême. Les textes actuellement en vigueur prévoient que l'étranger sous le coup d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) a, dans le meilleur des cas, si le préfet lui a accordé un délai de départ volontaire, trente jours pour saisir un tribunal. Si ce délai lui a été refusé pour l'un des motifs prévus par la loi (menace pour l'ordre public, demande jugée frauduleuse ou manifestement infondée, risque de fuite, etc.), il n'a que quarante-huit heures pour déposer son recours ; et s'il est assigné à résidence ou placé en rétention, cas le plus fréquent, l'affaire est jugée dans un délai de quatre jours, selon une procédure simplifiée, par un juge unique, l'appel n'étant pas suspensif (art. L. 512-1 du Ceseda). Ces délais de traitement des affaires ne peuvent pas ne pas avoir d'incidence sur la qualité de la justice rendue et ne pas laisser planer un doute sur l'équité des décisions prononcées dans ces conditions.

Le commissaire des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe s'en est inquiété lors de sa visite en France en septembre 2014[8]. Il a constaté que :

> 118. […] *Certaines décisions de refus de délivrance ou de renouvellement de titre de séjour sont assorties de délais de recours très brefs, qui rendent leur contestation d'autant plus difficile que celle-ci requiert des compétences juridiques.* [Dans le cas de l'OQTF dite « sans délai »] *la personne concernée dispose de 48 heures pour contester tous les aspects de cette décision, alors même qu'elle peut être placée en rétention dès que l'OQTF lui a été notifiée* […]. *Les conditions de préparation des recours contre les OQTF « sans délai » lui semblent, dans bien des cas, soulever la question de l'accessibilité pratique de ces recours, particulièrement pour les personnes retenues en centres de rétention administrative ou incarcérées.*

Relevons de surcroît que si, en métropole, le recours contre une mesure d'éloignement est suspensif, il n'en va pas de même dans plusieurs départements d'outre-mer. Le dispositif mis en place à la suite de la condamnation de la France dans l'affaire *De Souza Ribeiro*[9] est loin de garantir le droit à un recours effectif[10].

Mais c'est aussi la mission même assignée au juge qui est dénaturée, notamment lorsque la pénalisation du droit de l'immigration débouche sur l'instrumentalisation du juge répressif. Les instructions adressées périodiquement aux parquets par la Chancellerie montrent que le gouvernement entend faire du juge un acteur essentiel de la politique de lutte contre l'immigration irrégulière ; et la propension des tribunaux correctionnels à prononcer des peines sévères, assorties d'interdictions du territoire de longue durée, à l'encontre de personnes dont la seule faute est d'être entrées irrégulièrement sur le territoire ou d'avoir tenté de se soustraire à

---

[7] Voir D. Lochak, « L'efficacité ou la justice ? Réflexions à la lumière du contentieux des étrangers », in R. Matta Duvignau et M. Lavaine (dir.), *L'efficacité de la justice administrative*, Mare et Martin, 2017, p. 241-266 ; « Qualité de la justice administrative et contentieux des étrangers », *Rev. fr. adm. pub.* n° 159/2016, p. 701-713.

[8] CommDH(2015)1, Strasbourg, 17 février 2015.

[9] La Cour a conclu à la violation de l'article 13 combiné avec l'article 8, au motif que, sous le coup d'une mesure d'éloignement, le requérant n'avait pas disposé d'un recours effectif lui permettant faire valoir le bien-fondé du grief tiré de l'article 8 de la Convention.

[10] La loi du 7 mars 2016 prévoit que, dans les départements d'outre-mer concernés, l'intéressé peut assortir son recours contre une OQTF d'une demande de suspension et que, dans le cas où il forme un référé-liberté, l'OQTF ne peut être exécutée avant que le juge des référés n'ait rejeté la requête comme irrecevable ou mal fondée. Mais aucune garantie n'est donnée de pouvoir saisir le juge à temps, d'une part, et les conditions du référé-liberté sont si strictes qu'il a peu de chances d'être considéré comme recevable, d'autre part.

l'exécution d'une mesure d'éloignement, montre que le juge n'est pas insensible aux impératifs de la politique migratoire.

D'une façon générale, confrontés à la radicalisation de cette politique, les juges parviennent de plus en plus difficilement – si tant est qu'ils s'y essaient – à tempérer sa portée attentatoire aux droits et libertés des étrangers. La remarque ne vaut pas seulement pour les juridictions internes – juge administratif, juge judiciaire ou Conseil constitutionnel – mais aussi, comme on le verra plus loin, pour la Cour européenne des droits de l'Homme. Les garanties juridictionnelles, souvent illusoires, comme on l'a dit plus haut, en raison des conditions dans lesquelles le juge exerce son contrôle, peuvent être également privées d'effet lorsque le juge, perméable au discours sur l'ardente obligation de maîtriser des flux migratoires, a tendance à valider les mesures restrictives des droits et libertés des migrants qui en résultent[11].

B. Le droit et la pratique de l'Union européenne

La tendance que l'on vient de décrire au niveau national est perceptible aussi au niveau de l'Union européenne où l'on constate le même contraste entre les principes proclamés et les atteintes aux droits fondamentaux des migrants engendrés par la politique d'immigration et d'asile.

Les compétences de l'Union sont rappelées en ces termes aux articles 77, 78 et 79 du TFUE :

Art. 77 - 1. L'Union développe une politique visant : […] – à assurer le contrôle des personnes et la surveillance efficace du franchissement des frontières extérieures ; – à mettre en place progressivement un système intégré de gestion des frontières extérieures.

Art. 78 - 1. L'Union développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire visant à offrir un statut approprié à tout ressortissant d'un pays tiers nécessitant une protection internationale et à assurer le respect du principe de non-refoulement. […]

Art. 79 - 1. L'Union développe une politique commune de l'immigration visant à assurer, à tous les stades, une gestion efficace des flux migratoires, un traitement équitable des ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans les États membres, ainsi qu'une prévention de l'immigration illégale et de la traite des êtres humains et une lutte renforcée contre celles-ci.

Au sommet de Tampere, en 1999, il avait été affirmé :

– que la possibilité de jouir de la liberté de circuler librement dans toute l'Union ne devait pas être une prérogative des seuls citoyens communautaires ;

– que l'Union se voulait « *ouverte et sûre, pleinement attachée au respect des obligations de la convention de Genève sur les réfugiés et capable de répondre aux besoins humanitaires sur la base de la solidarité* » ;

– qu'il fallait promouvoir « *l'intégration dans nos sociétés des ressortissants des pays tiers qui résident légalement dans l'Union* ».

Dans les faits, aucune initiative de grande ampleur n'a été prise en ce sens. Les quelques directives visant à améliorer la situation des migrants installés légalement sur le territoire de l'Union, soit ne visent que des catégories résiduelles, dont la présence est au demeurant considérée comme profitable aux pays européens[12], soit ne confèrent que des droits très limités,

[11] Pour une analyse de la faible propension du juge à jouer son rôle de garant des droits et libertés des migrants, voir *Faillite de l'État de droit ? L'étranger comme symptôme*, Gisti, coll. Penser l'immigration autrement, 2017.

[12] Directive relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat (*Dir. n° 2004/114/CE, 13 déc. 2004*) ; directive relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique *(Dir. n° 2005/71/CE, 12 oct. 2005)* ; directive relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers

comme la directive relative aux résidents de longue durée ou celle relative au regroupement familial[13]. Cette dernière, en particulier, adoptée après de très longues négociations, ne crée guère d'obligations pour les États et fait prévaloir une approche si restrictive des possibilités d'admission des membres de famille dans les pays d'accueil qu'elle dément l'idée qu'il s'agit d'un « droit »[14].

Mais surtout dès le sommet de Séville, en juin 2002, les États membres ont décidé d'accorder « une priorité absolue » aux mesures contenues dans le Plan global de lutte contre l'immigration clandestine. De fait, la très grande majorité des textes adoptés et des mesures prises par l'Union concernent la lutte contre l'immigration illégale et la politique d'asile est elle-même influencée par l'obsession du contrôle des frontières, comme les crises de 2015 et 2018 en ont encore fait la démonstration tragique. Si un des objectifs fondamentaux de l'Union européenne – rappelé par le traité de Lisbonne signé en 2007 – est d'offrir aux citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, ses frontières externes doivent être encore mieux surveillées, conformément à la logique qui a prévalu dès la mise en place de l'espace Schengen. Les migrants, toutes catégories confondues, sont considérés comme la source de risques auxquels il faut parer, ce qui justifie la radicalité des mesures dissuasives ou répressives prises à leur encontre.

Certes, tous les textes réaffirment l'attachement de l'UE aux droits fondamentaux, y compris ceux qui instaurent les dispositifs potentiellement les plus dangereux pour les droits et libertés des migrants, comme on le montrera plus loin. Pourtant, il ne fait guère de doute que la politique de contrôle des frontières engendre de nombreuses violations de droits aussi fondamentaux que la liberté individuelle, le droit d'asile, le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants et finalement, comme l'actualité nous en apporte désormais chaque jour la preuve, le droit à la vie. Toutes ces violations étaient déjà relevées dans le rapport de François Crépeau, rapporteur spécial pour les droits de l'Homme des migrants, remis en avril 2013, sur « La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne et ses incidences sur les droits de l'Homme des migrants ».

> *20. […] La mort de migrants tentant d'entrer irrégulièrement dans l'Union européenne est un sujet de préoccupation majeure, tout comme les mauvais traitements qui leur sont infligés aux frontières, y compris les pratiques portant atteinte à leur liberté et à leur sécurité, et les régimes de détention qui, de part et d'autre des frontières, ne satisfont pas exactement aux normes minimales relatives aux droits de l'Homme. En outre, avant même de franchir les frontières maritimes ou terrestres de l'Union européenne, les migrants sont souvent exposés à des risques graves de mauvais traitements et d'exploitation au cours de leur voyage, notamment de la part des passeurs*[15].

On peut ajouter qu'en verrouillant l'accès des migrants à leur territoire, les pays européens interdisent à ceux qui ont besoin de protection de trouver une terre d'accueil. Les migrants interceptés en mer sont le plus souvent immédiatement refoulés et, lorsqu'ils parviennent à atteindre le sol d'un pays européen, ils courent le risque d'être renvoyés vers des pays de transit peu soucieux du respect des droits de l'Homme et du droit d'asile puis, finalement, vers les pays qu'ils avaient justement voulu fuir : en violation, par conséquent, du principe de non

---

aux fins d'un emploi hautement qualifié, qui crée une « carte bleue européenne » *(Dir. n° 2009/50/CE, 25 mai 2009)*.

[13] Directive relative au statut des ressortissants des pays tiers résidents de longue durée (*Dir. n° 2003/109/CE, du 25 nov. 2003*) ; directive relative au droit au regroupement familial (*Dir. n° 2003/86/CE du 22 sept. 2003*).

[14] La Cour de justice des Communautés européennes, saisie par le président du Parlement européen d'un recours en annulation de certaines dispositions de la directive a estimé que si le droit au respect de la vie familiale faisait bien partie des droits fondamentaux protégés dans l'ordre juridique communautaire, il n'en résultait pas un droit subjectif pour les membres d'une famille à être admis sur le territoire d'un État (*CJCE, 27 juin 2006, C-540/03, PE c/ Cons. UE*).

[15] Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'Homme des migrants, François Crépeau : « Étude régionale : la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne et ses incidences sur les droits de l'Homme des migrants », 24 avril 2013 (A/HRC/23/46).

refoulement consacré tant par la convention de Genève sur les réfugiés que par la convention des Nations unies contre la torture de 1984 et rappelé par la Charte européenne des droits fondamentaux[16].

Cette politique s'appuie à la fois sur des instruments juridiques – les règlements et directives encadrant la politique des visas ou la politique d'éloignement, les accords de réadmission – et sur des instruments de coopération opérationnelle dont Frontex est la figure emblématique. L'objectif principalement recherché étant de maintenir les migrants à distance, il faut, d'un côté, filtrer en amont l'accès à l'espace européen, notamment grâce à la politique des visas et plus largement à la politique dite de « gestion intégrée des frontières extérieures », de l'autre mettre en place des dispositifs permettant de renvoyer les personnes qui sont entrées ou se sont maintenues irrégulièrement sur le territoire des États membres.

1. Maintenir les migrants à distance

a) Filtrer l'accès au territoire européen

La mise à distance des migrants est d'abord juridique et résulte des règles qui conditionnent l'accès au territoire de l'Union. Celles-ci, aujourd'hui uniformisées pour tous les États de l'espace Schengen, sont consignées dans un « code frontières Schengen »[17]. Les modalités de délivrance des visas de court séjour sont elles aussi prévues par un « code communautaire des visas »[18], et c'est encore un règlement, périodiquement modifié, qui fixe la liste des pays soumis à l'exigence de visa[19].

Le visa n'a plus pour fonction première de protéger les États contre les menaces pour la sécurité publique (ce pour quoi il se révèle au demeurant assez inefficace), mais de tenir à l'écart les étrangers présentant un « risque migratoire », comme en témoigne la liste des pays dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa. Elle est déterminée, précise le règlement, « *sur la base d'une évaluation au cas par cas de divers critère relatifs, entre autres, à l'immigration clandestine, à l'ordre public et à la sécurité* ». Le code communautaire des visas rappelle de son côté que les autorités consulaires doivent notamment vérifier que le demandeur n'est pas inscrit aux fins de non-admission dans le Système d'information Schengen (SIS)[20] et qu'ils doivent accorder une attention particulière « *à l'évaluation du risque d'immigration illégale ou du risque pour la sécurité des États membres que présenterait le demandeur ainsi qu'à sa volonté de quitter le territoire des États membres avant la date d'expiration du visa demandé* » (art. 21-1). Concrètement, le dispositif est donc dirigé contre les personnes originaires de pays présentant un « risque migratoire », dont la liste recouvre en gros les pays du « Sud ».

Il convient aussi d'évoquer la formalité du visa de transit aéroportuaire (VTA) exigée des ressortissants de certains pays tiers qui veulent simplement transiter par un aéroport de

[16] Dans l'arrêt *Hirsi, Jamma et autres c/ Italie* (CEDH, 23 février 2012, n° 27765/09), la Cour a jugé que les interceptions en haute mer ayant pour effet d'empêcher les migrants de rejoindre les frontières de l'État, voire de les refouler vers un autre État, pouvaient également violer l'article 4 du Protocole n° 4 qui interdit les expulsions collectives – interdiction rappelée au demeurant par l'article 19 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

[17] Règlement (CE) n° 562/2006 du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes dit code frontières Schengen, modifié par le règlement (UE) n° 610/2013 du 26 juin 2013.

[18] Règlement (CE) n° 810/2009 du 13 juillet 2009, modifié par le Règlement (UE) n° 154/2012 du 15 février 2012.

[19] Règlement (CE) n° 539/2001, modifié en dernier lieu par le règlement (UE) n° 509/2014 du 15 mai 2014.

[20] Le SIS est une pièce maîtresse du dispositif. Y figurent non seulement les personnes condamnées ou soupçonnées d'avoir commis une infraction qui pourraient représenter un risque pour la sécurité publique, mais aussi celles qui ont fait l'objet d'une mesure d'éloignement, de renvoi ou d'expulsion non abrogée et qui comporte ou est assortie d'une interdiction d'entrée ou de séjour fondée sur le non-respect des règles relatives à l'entrée ou au séjour des ressortissants de pays tiers. L'inscription au SIS fait obstacle à la délivrance du visa uniforme ainsi, du reste, que d'un titre de séjour.

l'espace Schengen à l'occasion d'un vol international. La liste de ces pays (Afghanistan, Bangladesh, Erythrée, Ethiopie, Ghana, Irak, Iran, Nigéria, Pakistan, République démocratique du Congo, Somalie, Sri Lanka), que les États membres ont le droit d'allonger[21], ne laisse aucun doute sur sa finalité : il s'agit bien de bloquer en amont l'arrivée de personnes qui seraient susceptibles de demander l'asile à l'occasion d'une escale aéroportuaire.

L'obligation de produire un visa – et la difficulté pour l'obtenir - voit son « efficacité » renforcée par les obligations pesant sur les transporteurs. Ceux-ci sont tenus de vérifier que les ressortissants des pays tiers sont en possession des documents de voyages requis[22] et, outre qu'ils doivent reprendre en charge ceux qui se sont vu refuser l'entrée sur le territoire, ils s'exposent à des sanctions dissuasives lorsqu'ils acheminent vers les États de l'espace Schengen des étrangers dépourvus de ces documents[23]. Bien que les textes réservent le cas des réfugiés[24], cette réserve est purement théorique : outre les réticences que peut avoir la personne qui cherche à fuir son pays en raison de craintes de persécutions à exposer son cas à un simple agent de la compagnie de transport, on imagine mal que cette compagnie prenne le risque de transporter un demandeur d'asile sans avoir la moindre garantie que sa demande d'asile sera prise en compte, sinon acceptée.

En fermant ainsi les voies légales d'accès à l'Europe aux migrants, demandeurs d'asile inclus, les États les livrent aux passeurs et les contraignent à emprunter des voies illégales infiniment plus coûteuses et, surtout, dangereuses.

b) Assurer l'étanchéité des frontières extérieures

Mais ces routes elles-mêmes doivent être étroitement surveillées pour faire obstacle aux entrées illégales sur le territoire de l'Union : d'où la nécessité d'outils opérationnels et non pas seulement juridiques. Tel est précisément le rôle assigné à Frontex, l'Agence européenne pour la gestion des frontières extérieures, créée en 2004, désormais remplacée par le corps européen des gardes-frontières et de garde-côtes[25], pour coordonner la coopération opérationnelle en matière de surveillance des frontières. Ses attributions couvrent notamment la formation des garde-frontières, l'envoi d'équipes d'agents provenant d'États membres réputés plus expérimentés pour renforcer les effectifs d'un autre pays[26], l'appui aux opérations conjointes d'expulsion de migrants en situation irrégulière, enfin et surtout la coordination d'opérations

[21] La France a ainsi ajouté à cette liste vingt pays, dont le Soudan, le sud-Soudan… et la Syrie.

[22] Ils sont aidés dans cette tâche par des « officiers de liaison immigration » dont la mise en place a été officialisée par un règlement (CE) n° 377/2004 du 19 février 2004 : ce sont des fonctionnaires nationaux des États membres envoyés dans des pays tiers pour contribuer à la prévention de l'immigration illégale et au retour des immigrés illégaux. On les rencontre notamment dans les aéroports des pays considérés comme sensibles où ils assistent les polices locales dans leurs tâches de contrôle.

[23] Ces sanctions, prévues par la convention d'application de l'accord de Schengen de 1990, ont été harmonisées par la directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 qui impose aux États de prévoir des sanctions "dissuasives, effectives et proportionnées".

[24] Lorsqu'elle fait obligation de prévoir des sanctions, la convention de Schengen réserve les engagements des États découlant de la Convention de Genève. L'article L. 625-5 du Ceseda prévoit que la sanction – une amende d'un montant maximum de 10 000 € – n'est pas infligée « lorsque l'étranger a été admis sur le territoire au titre d'une demande d'asile qui n'était pas manifestement infondée ».

[25] Règlement (CE) n° 2007/2004 du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, modifié par le règlement (UE) n° 1168/2011 du 25 octobre 2011 et à nouveau par le règlement (UE) n° 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de gardes-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) n° 2016/399 du Parlement européen et du Conseil. À l'été 2018, la Commission envisageait de renforcer le nombre de garde-côtes européens pour atteindre 10 000 personnes et d'étendre le mandat de Frontex pour créer une véritable police des frontières qui aurait vocation à opérer dans les eaux territoriales des pays de l'Union, afin de pallier le sous-effectif des garde-côtes des États membres.

[26] En cas d'affluence de migrants jugée forte ou démesurée, Frontex peut, sur la base du règlement (CE) 863/2007 du 11 juillet 2007, mobiliser des *Rapid Border Intervention Team* (*Rabit*) : il s'agit de fournir une assistance technique et opérationnelle renforcée pour une période limitée à un État membre confronté à une situation urgente et exceptionnelle résultant d'un afflux massif d'immigrants clandestins.

de surveillance aux frontières extérieures de l'Union en des points jugés particulièrement « à risque » en termes migratoires. Le « système européen de surveillance des frontières » (Eurosur) mis en place en 2013[27] doit fournir aux États membres et à Frontex « *l'infrastructure et les outils nécessaires pour améliorer leur connaissance de la situation et leur capacité de réaction aux frontières extérieures […] aux fins de détecter, de prévenir et de combattre l'immigration illégale* ».

Les textes prennent soin de rappeler que ces missions doivent s'exercer dans le respect des droits fondamentaux. Si, dans le règlement de 2004 créant Frontex, cette obligation n'était évoquée qu'incidemment, dans le 22e considérant (« *le présent règlement respecte les droits fondamentaux* »), les inquiétudes et les critiques exprimées par de nombreuses ONG et relayées par le Parlement européen ont incité à profiter de la révision du règlement, en 2011, pour inscrire cette obligation de façon plus précise, plus solennelle et donc, en principe, plus contraignante dans le corps du texte. Il est notamment indiqué, dès l'article 1er, que « *l'Agence accomplit ses tâches dans le plein respect des dispositions pertinentes du droit de l'Union, y compris de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du droit international applicable, dont la convention [de Genève] relative au statut des réfugiés, de ses obligations relatives à l'accès à la protection internationale, en particulier le principe de non-refoulement, et des droits fondamentaux* ». D'autres dispositions prévoient l'élaboration d'un code de conduite pour toutes les personnes participant aux activités de l'Agence, « *dont l'objectif est de garantir le respect des principes de l'État de droit et des droits fondamentaux* » (art. 2 *bis*), l'obligation pour les gardes-frontières, qui doivent recevoir une formation en ce sens (art. 5), de respecter « *pleinement les droits fondamentaux, y compris l'accès aux procédures d'asile, et la dignité humaine dans l'accomplissement de leurs tâches* » (art. 3 *ter*) ou encore l'obligation pour les États de prévoir des sanctions en cas de violation des droits fondamentaux au cours des opérations conjointes (art. 3).

De même, dans le règlement créant Eurosur, il est rappelé au considérant 11 que ce règlement « *respecte les droits fondamentaux […], en particulier le respect de la dignité humaine, le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de la traite des êtres humains, le droit à la liberté et à la sûreté, le droit à la protection des données à caractère personnel, le droit d'accès aux documents, le droit d'asile et le droit à la protection contre l'éloignement et l'expulsion, le principe de non-refoulement, le principe de non-discrimination et les droits de l'enfant* » ; l'article 2 rappelle, plus succinctement et plus sobrement, que « *les États membres et l'Agence [Frontex] respectent les droits fondamentaux, notamment les principes de non-refoulement et de respect de la dignité humaine* », en précisant par ailleurs que le système doit aussi « *contribuer à assurer la protection de la vie des migrants et à leur sauver la vie* ».

Un règlement adopté en 2014[28] est venu rappeler à son tour les obligations des États et de Frontex dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par Frontex pour la surveillance des frontières maritimes extérieures :

> *Pendant les opérations de surveillance des frontières en mer, les États membres devraient respecter leurs obligations respectives au titre du droit international, en particulier […] la convention des Nations unies relative au statut des réfugiés, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le pacte international relatif aux droits civils et politiques, la convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et d'autres instruments internationaux applicables (cons. 8).*

[27] Règlement (UE) n° 1052/2013 du 22 octobre 2013.

[28] Règlement (UE) n° 656/2014 du 15 mai 2014 « établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne ».

Lorsqu'elle coordonne des opérations de surveillance des frontières en mer, l'Agence devrait accomplir ses tâches dans le plein respect des dispositions pertinentes du droit de l'Union, y compris la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée «charte»), et du droit international applicable, en particulier celui visé au considérant 8 (cons. 9).

Le texte insiste en particulier sur l'importance du principe du non refoulement, rappelé en ces termes puis détaillé dans l'article 4 qui lui est entièrement consacré :

Nul n'est, en violation du principe de non-refoulement, débarqué, forcé à entrer, conduit dans un pays ou autrement remis aux autorités d'un pays où il existe, entre autres, un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture, à la persécution ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou dans lequel sa vie ou sa liberté serait menacée […] ou dans lequel il existe un risque sérieux d'expulsion, d'éloignement ou d'extradition vers un autre pays en violation du principe de non-refoulement.

On peut toutefois émettre quelques doutes quant à la compatibilité des missions imparties à Frontex et des conditions dans lesquelles l'Agence les exerce avec le respect des principes ainsi énoncés[29]. En premier lieu, le rôle de Frontex est de verrouiller les points de passage empruntés par les migrants. Ainsi, sa première intervention, surnommée *Hera*, en 2006, au large des Canaries a permis d'empêcher le débarquement de migrants subsahariens et finalement de tarir durablement cette voie d'accès à l'Europe ; l'opération suivante, *Minerva*, visait à protéger le sud-est de l'Espagne et les Baléares contre les arrivées en provenance d'Algérie et du Maroc ; plus tard encore, en 2008-2009, avant la chute de Kadhafi, l'opération *Nautilus* a été lancée pour barrer l'accès à Lampedusa depuis la Libye. Les flux d'entrées irrégulières se concentrant alors vers la Grèce, Frontex a déclenché une opération maritime de grande ampleur, *Poséidon*, qui a conduit à détourner ces flux vers la frontière terrestre entre la Turquie et la Grèce, etc. Outre que l'efficacité du dispositif n'est donc pas démontrée, puisqu'il a pour effet principal de déplacer les routes migratoires et non de stopper les flux, il oblige les migrants, livrés à des passeurs peu scrupuleux et confrontés au racket des mafias, à emprunter des itinéraires plus longs, plus dangereux, à prendre plus de risques pour échapper aux contrôles lorsqu'ils prennent la mer, à entreprendre la traversée tout aussi dangereuse de zones désertiques ou montagneuses. Les conséquences meurtrières de cette politique, dénoncées depuis longtemps par les ONG, sont désormais officiellement documentées et reconnues. Des milliers de migrants trouvent la mort chaque année en tentant de franchir les obstacles dressés sur leur route : ils meurent noyés dans la Méditerranée – plusieurs milliers de personnes y trouvent la mort chaque année d'après le décompte macabre de l'OIM (Organisation mondiale pour les migrations)[30] – mais aussi de faim, de chaleur ou de soif en traversant le Sahara ; ils meurent de froid en franchissant des montagnes en plein hiver, asphyxiés dans les camions qui les véhiculent clandestinement ; ils meurent en détention dans les camps libyens, ils tombent sous les balles de l'armée ou de la police. À quoi s'ajoutent les mauvais traitements – violences, tortures, viols, esclavage, rançonnage… – dont ils sont couramment victimes tout au long de leur parcours.

En second lieu, Frontex n'a pas seulement pour but de dissuader par la simple présence de ses navires, de ses avions et hélicoptères, de ses outils technologiques avancés de contrôle à distance : ses interventions visent aussi à intercepter, arrêter et refouler les « immigrés clandestins » en détectant les tentatives de franchissements non autorisés des frontières et en interceptant les navires soupçonnés de tenter d'entrer dans l'Union illégalement. Le règlement de 2014, s'il rappelle le principe de non refoulement, n'exclut pas que des personnes interpel-

[29] Voir par exemple : Mouloud Boumghar, « La licéité internationale des opérations menées par Frontex », in L. Dubin (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruylant, 2012, p. 103-163.

[30] Voir le site de l'OIM où sont également répertoriées les autres causes de mort : <http://missingmigrants.iom.int>

lées en haute mer soient renvoyées ou directement débarquées dans le pays tiers d'où le navire est présumé être parti. Cette éventualité est certes subordonnée à une évaluation préalable de la situation générale dans ce pays et à la possibilité offerte aux personnes interceptées d'expliquer les raisons pour lesquelles un débarquement serait contraire au principe de non-refoulement. Mais ces garanties paraissent bien formelles, notamment parce qu'il n'est pas prévu de faire participer aux opérations d'interception ou de sauvetage des agents habilités à examiner la situation personnelle des personnes au regard de leur besoin de protection et formés à cet effet. Les migrants ne disposent de leur côté d'aucun soutien juridique ni d'aucun recours effectif pour contester le résultat de cette « évaluation » dont dépend pourtant leur sort. Les doutes qu'on peut avoir à cet égard sont d'autant plus sérieux que l'ensemble de l'action de Frontex, et notamment les interceptions maritimes pratiquées en haute mer, se déroulent à l'abri de tout regard extérieur[31].

Le Comité européen pour la prévention de la torture a mis en garde contre ces pratiques :

> *94.[…] Le Comité exprime sa vive préoccupation à l'égard de la politique adoptée par certains pays consistant à intercepter, en mer, des navires transportant des étrangers en situation irrégulière, et à renvoyer les intéressés en Afrique du Nord ou du Nord-Ouest. Une pratique aux implications similaires se déroulerait à certaines frontières terrestres européennes.*
> *Les pays qui mettent en œuvre ce genre de politiques ou de pratiques pourraient bien risquer de violer le principe fondamental de « non refoulement », principe qui fait partie intégrante du droit international des droits de l'Homme ainsi que du droit de l'Union européenne. C'est notamment le cas lorsque les pays dans lesquels sont renvoyés des étrangers en situation irrégulière n'ont pas ratifié ou accédé à la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés*[32].

Face à l'hécatombe des morts en Méditerranée, l'obligation de sauvetage – obligation fondamentale du droit de la mer – a été explicitement consignée et ses modalités précisées à l'article 9 du règlement de 2014. Celui-ci rappelle que « *les États membres s'acquittent de leur obligation de prêter assistance à tout navire ou à toute personne en détresse en mer* » et que « *cette assistance est prêtée indépendamment de la nationalité ou du statut d'une telle personne ou des circonstances dans lesquelles cette personne est trouvée* ». Mais si, de fait, les interceptions effectuées dans le cadre de la surveillance des frontières peuvent, à l'occasion, sauver des vies, la lutte contre l'immigration illégale reste l'objectif primordial : les personnes sauvées de la mort n'ont aucune garantie de ne pas être renvoyées vers le pays qu'elles cherchaient à fuir ou un pays de transit. Elles seront donc prêtes, dans ce cas, à se lancer, au péril de leur vie, dans une nouvelle tentative de voyage, en espérant cette fois échapper à la surveillance de Frontex et des polices qui coopèrent avec elle.

c) Délocaliser, externaliser

Par « externalisation » de la politique d'asile et d'immigration on désigne l'ensemble des dispositifs par lesquels les pays européens s'efforcent de repousser toujours plus loin le cordon sanitaire destiné à les protéger des flux de migrants, toutes catégories confondues, et de reporter sur les États tiers la responsabilité de cette politique. Elle inclut donc la délocalisation des contrôles le plus en amont possible des frontières de l'Union et la sous-traitance aux pays tiers des tâches de surveillance et de gestion des flux migratoires, voire de l'accueil des demandeurs d'asile.

---

[31] Voir Claire Rodier, « L'action de Frontex : quelle transparence pour quelle légalité ? », in L. Dubin (dir.), *op. cit*., p. 165-186. Ce manque de transparence est critiqué par les ONG européennes et africaines réunies dans la campagne Frontexit, lancée en mars 2013 pour dénoncer les violations des droits fondamentaux résultant de l'action de l'Agence.

[32] Comité européen pour la prévention de la torture, « Les normes du CPT », CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2015. "Garanties pour les étrangers en situation irrégulière privés de liberté - Extrait du 19e rapport général [CPT/Inf (2009) 27]", p. 81.

Emblématique de cette politique est le « processus de Khartoum » lancé à la fin de l'année de 2014 avec pour objectif de convaincre une dizaine de pays africains qui sont des pays de départ ou de transit de retenir chez eux les migrants indésirables et de bloquer ainsi la route migratoire en provenance de la corne de l'Afrique. La coopération avec les pays concernés prévoit entre autres de les aider à créer des centres d'accueil et à offrir sur place un accès aux procédures d'asile : un projet paradoxal si on se rappelle que parmi eux figurent des pays eux-mêmes grands pourvoyeurs de réfugiés, tels l'Érythrée, l'Éthiopie ou le Soudan. Un an plus tard, un agenda commun a été signé entre l'Union et l'Éthiopie, qui occupe une place stratégique en tant que pays de transit pour les 750 000 réfugiés érythréens, somaliens et soudanais présents sur son territoire, par lequel ce pays s'engage à faciliter la réadmission des migrants irréguliers. L'accord prévoit aussi la création d'un système régional de contrôle des frontières au moyen de patrouilles conjointes et la mise en place d'un système de traitement des demandes d'asile.

Ce même objectif d'endiguement a présidé aux négociations menées à partir de novembre 2015 avec la Turquie : moyennant un soutien financier fixé d'abord à trois milliards d'euros annuels, relevé ensuite jusqu'à six milliards, l'Europe lui demande de retenir sur son sol les demandeurs d'asile et d'ouvrir pour eux des centres d'accueil. L'accord passé en mars 2016 est allé plus loin encore, en obligeant la Turquie à reprendre tous les migrants arrivés irrégulièrement en Grèce, sans considération de leur qualité de réfugiés. Comme les commentateurs l'ont relevé, cela revient à sous-traiter à la Turquie la gestion de la crise migratoire et par la même occasion le droit d'asile. Pour légitimer ce refoulement, il a été prétendu que la Turquie était un « pays tiers sûr ». Or, indépendamment même de la dérive dictatoriale du pays, il faut rappeler que la Turquie n'est pas liée par les dispositions de la convention de Genève à l'égard des ressortissants de pays non européens, de sorte que les Syriens ou les Afghans, par exemple, ne peuvent s'en réclamer sur son territoire et qu'ils courent donc le risque – attesté au demeurant par le témoignage des ONG – d'être renvoyés vers leur pays d'origine.

On pourrait aussi mentionner les multiples accords passés avec la Libye depuis les années 2000 avec pour point d'orgue le traité d'amitié signé en 2008 par Silvio Berlusconi et Mouammar Khadafi par lequel la Libye s'engageait, en échange de cinq milliards d'euros sur une période de vingt ans, à empêcher les départs de migrants. Aujourd'hui, la coopération de l'Union européenne avec la Libye consiste notamment à « former » et financer les garde-côtes libyens pour qu'ils interceptent les embarcations avant leur entrée dans les eaux territoriales italiennes ou maltaises. 20 000 personnes ont ainsi été interceptées en 2017, faisant effectivement chuter le nombre d'arrivées en Europe. Une étape supplémentaire a été franchie en 2018, lorsque les États ont entrepris d'entraver le travail des ONG qui font du sauvetage en mer, prétendant confier aux agents libyens l'exclusivité de cette mission alors même qu'on connaît le sort qui attend les personnes ainsi « sauvées » lorsqu'elles sont refoulées vers la Libye.

Autre aspect de la politique d'externalisation, qui s'inscrit cette fois clairement dans une stratégie de contournement de la convention de Genève : les projets de délocalisation dans les pays tiers des procédures d'examen des demandes d'asile, voire de la protection des réfugiés. De très nombreuses propositions en ce sens ont fleuri à partir des années 2000. Les « programmes de protection régionale » imaginés par la Commission pour assurer une « protection au plus près des régions d'origine » ont été présentés comme bénéfiques pour les réfugiés qui se verraient ouvrir une voie d'accès légal et sécurisé depuis leurs pays d'origine vers les pays d'accueil, leur évitant de risquer leur vie dans des traversées clandestines. Des propositions analogues ont ressurgi dans le contexte de la « crise migratoire » de 2015 et sont à nouveau à l'ordre du jour. Ainsi, à la suite de l'épisode de l'*Aquarius*, le Conseil européen est parvenu le 29 juin 2018 à un semblant d'accord appelant à explorer l'idée de « plateformes régionales de débarquement » situées hors d'Europe où seraient placés les migrants secourus en mer. Indé-

pendamment de sa faisabilité douteuse[33], on voit bien que l'objectif primordial du projet est de maintenir les migrants à distance dans des camps externalisés, sur le modèle des « hotspots » expérimentés en Grèce et en Italie mais placés cette fois hors des frontières de l'Union[34], où se ferait la sélection entre ceux qui sont éligibles à une protection et les autres, qu'il conviendrait de renvoyer[35].

2. Garantir l'efficacité des mesures d'éloignement

Aucun des dispositifs que l'on vient de décrire n'étant en mesure d'assurer l'étanchéité des frontières extérieures de l'Europe, l'autre volet de la politique européenne d'immigration vise à rendre plus efficace le dispositif d'éloignement de ceux qui ont réussi à pénétrer ou à se maintenir illégalement sur le territoire de l'Union.

Une des premières mesures adoptées dans le cadre de la politique commune a été une directive du 28 mai 2001 sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement entre les États membres[36], afin de lever les obstacles à l'expulsion d'un étranger par les autorités d'un pays autre que celui qui l'a ordonnée. Il a fallu plus de temps pour élaborer des normes communes en matière d'éloignement des étrangers en séjour irrégulier : ces normes figurent dans la directive du 16 décembre 2008, dite « directive retour » [37], qui est la pièce maîtresse du dispositif normatif.

Le régime prévu par la directive, qui pose plusieurs règles de fond et de procédure contraignantes pour les États, s'avère particulièrement rigoureux pour les étrangers. Elle oblige en premier lieu les États membres à prendre une décision de retour à l'encontre des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. Un délai de sept à trente jours doit être laissé à l'intéressé pour partir volontairement mais, s'il existe un risque de fuite, si une demande frauduleuse a été déposée ou s'il constitue un danger pour la sécurité publique ou nationale, l'État peut décider de raccourcir le délai de départ volontaire ou de n'accorder aucun délai : il doit alors procéder immédiatement à son éloignement.

La décision de retour peut être accompagnée d'une interdiction d'entrée sur le territoire (transposée dans la législation française sous le nom d'« interdiction de retour sur le territoire français » ou IRTF), qui interdit en pratique le retour dans n'importe quel État de l'espace Schengen ; cette interdiction doit être prononcée dans l'hypothèse où aucun délai de départ volontaire n'est accordé ou en cas de non respect de la décision de retour. En principe, sa durée ne peut pas dépasser cinq ans, à moins que le ressortissant d'un pays tiers ne constitue une menace à la sécurité publique ou nationale.

La directive retour prévoit aussi l'enfermement des personnes faisant l'objet d'une décision d'éloignement. Elle pose certes en principe que le recours à la rétention doit être « *limité et subordonné au respect du principe de proportionnalité »,* qu'elle n'est justifiée que *« si l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas* » et qu'elle doit être « *aussi brève que possible* ». Mais si sa durée ne peut en principe dépasser six mois, la directive admet que

---

[33] Outre son caractère très flou, les pays tiers susceptibles d'être concernés ont tous rejeté l'idée d'héberger de telles « plateformes ».

[34] Les *hotspots*, mis en place comme une réponse à la « crise migratoire » de la fin de l'année 2015, étaient destinés à accueillir les migrants qui pénètrent sur le territoire européen en vue de les enregistrer puis, soit de les orienter vers les procédures d'asile, soit de les renvoyer chez eux. Voir Claire Rodier, « Le faux semblant des *hotspots* », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], 13 | 2017, http://revdh.revues.org/3375

[35] Du côté français, Emmanuel Macron a repris à son compte l'idée en juillet 2017 en annonçant que des « missions de l'Ofpra » seraient envoyées sur le sol africain, dans les pays sûrs, pour traiter les demandes d'asile. L'Ofpra a effectivement délégué au Tchad, en octobre de la même année, une mission qui a sélectionné 175 Soudanais et de Centrafricains éligibles à une protection en France.

[36] Directive 2001/40/CE du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers.

[37] Directive 2008/115/C du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JOUE L 348, 24 décembre 2008, p. 98 et s.

les états puissent prolonger cette période pour douze mois supplémentaires, soit au total dix-huit mois, dès lors que certaines conditions sont remplies : qu'il y ait encore une « *perspective raisonnable d'éloignement* » et que, « *malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération dure plus longtemps en raison soit du manque de coopération de l'intéressé, soit de retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires* ».

La Cour de Justice a été amenée à interpréter certaines dispositions de la directive dans un sens plutôt libéral. Elle a par exemple précisé que, pour qu'il y ait une « *perspective raisonnable d'éloignement* », il fallait que la possibilité de reconduite à la frontière soit « réelle » au regard de la durée maximale de rétention de dix-huit mois[38]. Elle a également jugé qu'il fallait respecter une gradation dans les mesures à prendre et que la privation de liberté ne devait intervenir que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision d'éloignement risquait d'être compromise par le comportement de l'intéressé. Elle en a déduit qu'était incompatible avec la directive une disposition législative prévoyant une peine d'emprisonnement pour le seul fait de s'être maintenu irrégulièrement sur le territoire[39]. Mais ce qui guide l'interprétation de la Cour, ce n'est pas l'atteinte excessive portée aux droits de l'étranger… mais le fait que l'incarcération au cours de la procédure de retour retarde la réalisation de l'éloignement plus qu'elle n'y contribue.

Si la directive retour et surtout son interprétation par la Cour ont conduit à censurer certaines pratiques des États membres, son inspiration purement répressive instaure un régime globalement attentatoire aux droits et libertés des étrangers. L'interdiction du territoire européen, prononcée en routine à l'encontre de personnes qui, en règle générale, ne représentent pas une menace pour l'ordre public, s'apparente à une mesure de bannissement, susceptible de surcroît de porter atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale. La rétention reste, en dépit des précautions formelles sur le papier pour en limiter l'utilisation, l'élément clé visant à assurer l'efficacité du dispositif d'éloignement ; et sa systématisation signe une fois de plus la banalisation de l'enfermement des étrangers.

Ces pratiques ont fait l'objet de constats critiques de la part du rapporteur spécial pour les droits de l'Homme des migrants[40] :

> *49. Pour ne pas violer le droit des droits de l'Homme, la détention doit être prescrite par la loi et nécessaire, raisonnable et proportionnelle aux objectifs visés. Or, dans le cadre de ses visites de pays et ses travaux de recherche, le Rapporteur spécial a constaté que […] la détention systématique des migrants en situation irrégulière est aujourd'hui considérée comme un outil légitime de gestion des migrations par l'Union européenne. En effet, l'accroissement notable du recours à la détention comme outil de contrôle des frontières de l'Union européenne au cours des dix dernières années correspond à l'évolution du droit européen dans ce domaine. Dans un certain sens, on peut dire que l'harmonisation du droit européen, et en particulier l'adoption de la directive sur le retour, a institutionnalisé la détention au sein de l'Union européenne comme outil viable de gestion des migrations*
>
> *50. Une autre préoccupation est que la détention de migrants en situation irrégulière semble être de plus en plus pratiquée non seulement dans les États membres de l'Union européenne mais aussi dans les pays voisins, souvent à l'instigation ou avec l'encouragement de celle-ci. En effet, le Rapporteur spécial a noté que la détention semble être de plus en plus encouragée, financée et promue par l'Union européenne dans les pays qui lui sont limitrophes pour faire en sorte que les migrants en situation irrégulière dans les pays tiers soient arrêtés avant d'entrer dans l'Union.*

[38] CJUE, 30 novembre 2009, *Kadzoev* (C-357/09 PPU).
[39] CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi* (C-61/11 PPU) ; CJUE, 6 décembre 2011, *Achughbabian* (C-329/11). Dans un arrêt postérieur, elle a jugé qu'était également incompatible avec la directive la possibilité de punir d'une peine de prison l'entrée irrégulière par une frontière intérieure à l'espace Schengen (CJUE, 7 juin 2016, *Affum*, C-47/15).
[40] Rapport Crépeau précité, § 49-50.

Les accords de réadmission passés avec les pays tiers, qu'on peut aussi appréhender comme une modalité de la politique d'externalisation, complètent le dispositif[41]. Moyennant des compensations, notamment financières, ces pays s'engagent à reprendre en charge les étrangers qui ont pénétré irrégulièrement sur le territoire européen, qu'ils aient la nationalité du pays de renvoi, soit qu'ils aient simplement transité par ce pays. Ces accords, passés soit par les États membres eux-mêmes soit par l'UE, s'inscrivent dans le cadre de l'externalisation de la politique migratoire européenne décrite plus haut, qui vise à reporter la responsabilité du contrôle des frontières sur les États tiers. C'est là la source potentielle de graves atteintes aux droits des personnes concernées. Les pays tiers sont en effet fortement incités à contrôler la sortie du territoire de leurs ressortissants, éventuellement en érigeant en délit l'émigration clandestine, comme l'ont fait le Maroc et l'Algérie, en violation du droit de toute personne à quitter tout pays, y compris le sien, et du droit de demander l'asile dans un autre pays. Quant aux migrants qui n'ont pas la nationalité du pays de renvoi, ils sont souvent placés en détention et, lorsqu'ils sont demandeurs d'asile, ils bénéficient rarement de la protection à laquelle ils auraient droit, courant notamment le risque d'être renvoyés vers le pays qu'ils cherchaient à fuir.

On citera là encore le rapport de François Crépeau :

> *Le rapporteur spécial […] constate que des accords de réadmission ont été conclus avec des pays tiers malgré l'absence de régime d'asile efficace ou le manque de ressources ou d'infrastructures pour gérer d'importants afflux de migrants de manière à garantir une protection adéquate des droits fondamentaux des migrants. Pire encore, ces accords ont pour effet d'obliger les pays signataires à reprendre non seulement leurs propres ressortissants mais également les ressortissants de pays tiers, ce qui peut susciter des préoccupations concernant les droits fondamentaux de ces personnes*[42].

Il faut enfin, à côté de ces instruments juridiques, mentionner la possibilité d'organiser des vols communs, autrement dit des charters, officialisée par une décision du 29 avril 2004[43]. Un des objectifs est de réaliser des économies importantes par rapport aux renvois effectués sur les lignes régulières, mais le procédé induit une série de risques non négligeables de violation des droits fondamentaux. Car pour remplir un avion il faut en avoir les passagers à disposition, donc les maintenir sous contrôle le temps de l'organisation matérielle du départ, il faut aussi avoir pu en rassembler un nombre suffisant, ce qui constitue une incitation à effectuer des arrestations dans des quartiers fréquentés par certaines communautés, avec les risques de bavures qu'elles comportent. L'urgence et le grand nombre de personnes concernées sont incompatibles avec un examen individualisé de la situation des personnes renvoyées et des risques encourus dans le pays de renvoi[44]. Les risques inhérents aux « vols groupés » sont nécessairement amplifiés lorsque les avions sont affrétés conjointement par plusieurs pays de l'Union.

---

[41] Christel Cournil, « La politique de réadmission de l'UE avec les pays tiers : diversification et expansion de l'externalisation des contrôles migratoires », in L. Dubin, *op. cit.*, p. 187-251.

[42] Rapport précité, § 63.

[43] Décision 2004/573/CE du 29 avril 2004, relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus.

[44] Prenant en compte ces risques, la Cour européenne des droits de l'Homme, saisie en urgence, avait sommé la France, en 2008, de renoncer à organiser un charter franco-britannique pour rapatrier 43 Afghans vers leur pays, faute de garanties sur le sort qui leur serait réservé (CEDH, 17 novembre 2008, req. n° 54026/08).

II. Le sort de quelques droits emblématiques. La faiblesse des outils de protection internationale

Prologue : la primauté de la souveraineté étatique sur les droits fondamentaux

La première prérogative des État souverains, c'est la maîtrise de leur territoire. Au regard du droit international, y compris des conventions relatives aux droits de l'Homme, aucun État n'est tenu d'accepter l'entrée et la présence sur son territoire d'un individu qui n'est pas son national. La Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé à plusieurs reprises que ni la Convention ni le Protocole n° 4 – dont l'article 3 dispose que : « *Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant* » – ne garantissait le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays déterminé et que « *les États contractants ont le droit indéniable de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire* ». Ce principe « bien établi » est présenté comme une norme antérieure et supérieure aux droits de l'Homme, même si ceux-ci viennent limiter le pouvoir discrétionnaire des États. La Cour considère, par ailleurs, que l'objectif de maîtrise des flux migratoires est un impératif étatique légitime qui peut justifie des restrictions éventuellement importantes aux droits et libertés garantis par la Convention.

La souveraineté des États ne cède même pas lorsqu'est en cause le droit d'asile. La Déclaration universelle de 1948 proclame que « *devant la persécution toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays* » (art. 14). Mais elle ne reconnaît pas un véritable droit à l'asile puisque chaque État reste maître de décider s'il entend ou non accepter sur son territoire l'étranger qui réclame protection, sous réserve de ne pas le renvoyer vers son pays d'origine. La Convention de Genève n'oblige pas non plus les États à accueillir les réfugiés sur leur territoire, se bornant à énoncer un principe de non-refoulement.

Reste que, si la liberté de circulation transfrontières n'est pas garantie en tant que telle par le droit international conventionnel ou coutumier, les restrictions apportées à l'exercice de cette liberté ne sauraient aboutir à priver d'effet les droits fondamentaux dont les migrants sont titulaires et qui sont bel et bien garantis par des principes généraux ou des règles précises du droit international.

Dans son observation générale n° 15 sur la situation des étrangers au regard du Pacte[45], le Comité des droits de l'Homme rappelle :

> *7. Les étrangers ont ainsi un droit inhérent à la vie qui est juridiquement protégé, et ne peuvent être privés arbitrairement de la vie. Ils ne doivent pas être soumis à la torture, ni à des traitements ou peines inhumains ou dégradants; ils ne peuvent pas non plus être réduits en esclavage ou en servitude. Les étrangers ont droit sans réserve à la liberté et à la sécurité de la personne. S'ils sont légalement privés de leur liberté, ils doivent être traités avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à leur personne. […]. Ces droits des étrangers ne peuvent faire l'objet que des limitations qui peuvent être légalement imposées conformément au Pacte.*

Et si le Pacte ne reconnaît pas aux étrangers le droit d'entrer sur le territoire d'un État partie ou d'y séjourner, il n'en reste pas moins que :

> *« dans certaines situations, un étranger peut bénéficier de la protection du Pacte même en ce qui concerne l'entrée ou le séjour : tel est le cas si des considérations relatives à la non-discrimination, à l'interdiction des traitements inhumains et au respect de la vie familiale entrent en jeu ».*

Or, précisément, les barrières qu'on dresse devant les migrants dans le cadre des politiques migratoires fondées sur la fermeture des frontières ne menacent pas seulement la liberté de

[45] Comité des droits de l'Homme, Observation générale n° 15, Situation des étrangers au regard du Pacte, 1986.

circulation mais aussi, comme on l'a montré plus haut, d'autres droits et libertés dont la liberté de circulation est la condition d'exercice : le droit de vivre en famille, le droit de quitter son pays, le droit de chercher asile pour échapper à la persécution, la liberté individuelle qui implique le droit de ne pas être arbitrairement détenu ou encore le droit à la vie.

La souveraineté étatique doit se concilier avec le respect des droits fondamentaux, *a fortiori* lorsque ceux-ci sont proclamés « indérogeables ». Force est pourtant de constater que cette conciliation est souvent plus théorique que réelle et qu'elle penche plus souvent du côté des intérêts des États que des droits des individus, comme le montre l'analyse de quelques droits emblématiques.

Les droits analysés ici[46] sont en principe particulièrement bien protégés par le droit international des droits de l'Homme. Pour autant, trois choses frappent, lorsqu'on examine l'état du droit international dans ce domaine. La première, c'est que les seules normes véritablement contraignantes aux yeux des États sont celles dont le respect est imposé la Cour européenne des droits de l'Homme. Les rapports des comités ou des experts onusiens, du comité européen pour la prévention de la torture ou du commissaire des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, souvent très critiques par rapports aux pratiques des États, ne sont même pas considérés comme du droit « mou » : ils satisfont les défenseurs des droits des migrants auxquels ils donnent des arguments pour dénoncer les pratiques des États, mais ceux-ci n'en ont cure. La deuxième, c'est que les normes internationales, même réinterprétées par ces différents organes aux statuts divers, ont moins pour objet d'interdire telle ou telle pratique que de l'encadrer par des garanties formelles : à titre d'exemple, le droit international n'interdit ni l'enfermement de migrants qui n'ont commis aucun délit, ni même l'enfermement des enfants, ni le refoulement ou les expulsions, qui sont un droit inaliénable des États, ni l'utilisation de la force ; il oblige seulement à faire un usage « raisonnable » et « proportionné » de ces prérogatives et à respecter certaines règles procédurales. La troisième observation, c'est que même la Cour de Strasbourg, considérée comme une instance protectrice, se montre perméable au discours dominant et admet l'intérêt prééminent des États à contrôler les flux migratoires, fût-ce au prix d'un abaissement du degré de protection des droits fondamentaux des migrants.

A. Le droit au respect de la vie privée et familiale

1. Les principes posés par la Convention et la Cour européenne des droits de l'Homme

La Cour a, dès 1988, dans un arrêt *Berrehab c/ Pays-Bas*, considéré que l'obligation faite à un étranger de quitter le pays dans lequel il résidait pouvait engendrer une violation de l'article 8 lorsqu'il avait noué des liens familiaux dans ce pays[47].

Mais le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, n'est pas absolu et peut être mis en balance avec les impératifs d'ordre public et d'autres objectifs d'intérêt général. La lutte contre l'immigration clandestine et le contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers sur le territoire font précisément partie, aux yeux de la Cour, des objectifs légitimes qui justifient une ingérence dans le

[46] Cette revue n'est bien entendu pas exhaustive. Le droit d'asile n'est abordé ici qu'incidemment, dans la mesure où il fait l'objet d'une contribution spécifique dans cet ouvrage. Sur les retombées des politiques migratoires sur le droit d'asile, on se permet de renvoyer à : D. Lochak, « Protéger ou refouler : le droit d'asile à l'épreuve des politiques migratoires », in P. Boucheron (dir.), *Migrations, réfugiés, exil*, Collège de France, Odile Jacob, 2017, p. 289-316 ; D. Lochak, « Refouler les étrangers, hier et aujourd'hui », in *Réciprocité et universalité, Mélanges en l'honneur du professeur Emmanuel Decaux*, Pedone, 2017, p. 825-839. On aurait pu évoquer également l'interdiction des expulsions collectives par l'article 4 du Protocole n° 4 à la CEDH. La Cour a reconnu la violation de cette disposition dans deux arrêts cités plus loin : CEDH, 5 février 2002, *Conka c/ Belgique,* n° 51564/99*,* et CEDH, 23 février 2012, *Hirsi, Jamma et autres c/ Italie,* n° 27765/09.

[47] CEDH, 21 juin 1988, *Berrehab c/ Pays-Bas*, n° 10730/84. Était ici en cause le refus de renouveler le titre de séjour d'un Marocain à la suite de son divorce d'avec une ressortissante néerlandaise, alors qu'un enfant était né de leur mariage.

droit au respect de la vie familiale, sous réserve que les mesures prises soient nécessaires à la réalisation de cet objectif et proportionnées.

– En matière d'**éloignement pour des motif d'ordre public** la Cour prend en considération, d'un côté la nature et la gravité de l'infraction commise, de l'autre la réalité de la vie familiale et l'intérêt de l'enfant, la solidité des liens avec le pays hôte, la difficulté pour le conjoint et les enfants de vivre dans le pays d'origine de l'étranger dans le cas où celui-ci y serait renvoyé. Si la Cour s'est efforcée de systématiser ses critères d'appréciation, notamment dans l'arrêt *Boultif c/ Suisse* de 2001[48], l'application de ces critères reste très contingente et la jurisprudence casuistique.

La jurisprudence, précisée par une série d'arrêts rendus au début des années 1990[49], est apparue au départ plutôt libérale, notamment à l'égard des « quasi-nationaux, nés ou élevés dans le pays hôte ». Sensible aux critiques que lui ont valu ce libéralisme, la Cour a par la suite pris plus nettement en compte les intérêts des l'États. Dans l'affaire *Üner c/ Pays-Bas*, en 2006, elle a pris ouvertement le contrepied de la recommandation n° 1504 (2001) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 14 novembre 2002 sur la non-expulsion des immigrés de longue durée[50], affirmant que la situation d'un étranger, même ayant atteint un haut degré d'intégration, ne pouvait être mise sur le même pied que celle d'un ressortissant de l'État et qu'on ne pouvait pas faire dériver de l'article 8 un droit aussi absolu à la non-expulsion. Elle a néanmoins réaffirmé ultérieurement qu'il fallait de très solides raisons – telles que la commission d'infractions à caractère très violent – pour justifier l'expulsion d'un immigré qui avait passé légalement la majeure partie, sinon l'intégralité, de son enfance et de sa jeunesse dans le pays d'accueil[51].

– L'invocation du droit au respect de la vie privée familiale est par ailleurs rarement couronnée de succès lorsqu'est contesté le refus d'accorder le **regroupement familial**. Pour la Cour, en effet, l'article 8 « *ne garantit pas le droit de choisir le lieu le plus approprié pour développer une vie familiale* » et « *ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État contractant l'obligation générale d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays* » au détriment de leur intérêt à contrôler l'immigration[52]. Pour la même raison, un État peut refuser à un enfant mineur le droit de venir rejoindre ses parents, dès lors qu'il existe d'autres moyens pour eux de développer une vie familiale avec cet enfant, notamment en retournant vivre dans leur pays d'origine[53]. La Cour a toutefois reconnu la violation de l'article 8 dans une espèce où il existait un obstacle majeur au retour de la famille dans le pays d'origine où résidait leur fille aînée[54].

2. L'application des principes par la France

La législation et la jurisprudence françaises prennent en compte la protection de la vie familiale de plusieurs façons : d'une part, en proclamant comme un droit – même si son exercice est soumis à conditions – le regroupement familial ; d'autre part, en reconnaissant un droit au séjour à certaines catégories d'étrangers sur le fondement de leurs attaches familiales ou personnelles en France et en les protégeant contre l'éloignement. La protection apportée

[48] CEDH, 2 août 2001, *Boultif c/ Suisse*, n° 54273/00.
[49] Voir notamment : CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c/ Belgique*, n° 12313/86.
[50] CEDH, Gde Ch., 18 octobre 2006, *Üner c/ Pays-Bas*, n° 46410/99. Ce qui l'a conduit à avaliser la mesure d'expulsion contestée qui visait un ressortissant turc, arrivé en Suisse à l'âge de 12 ans. À ses yeux, les deux enfants mineurs et l'épouse néerlandaise pouvaient s'accommoder d'une interdiction du territoire qui ne leur laissait pourtant d'autre issue, pour poursuivre leur vie familiale, que de s'établir en Turquie.
[51] CEDH, Gde Ch., 23 juin 2008, *Maslov c/ Autriche*, n°1638/03.
[52] CEDH, plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz c/ RU*, 9214/80.
[53] CEDH, 19 février 1996, *Gül c/ Suisse*, n° 23218/94 ; 28 novembre 1996, *Ahmut c/ Pays-Bas*, n° 21702/93.
[54] CEDH, 21 décembre 2001*, Sen c/ Pays-Bas*, n° 31465/96.

par les textes ne coïncide pas exactement avec celle qui résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Elle va sur certains points au-delà et reste sur d'autres points en deçà, sachant que, dans ce dernier cas, la législation doit théoriquement s'interpréter à la lumière de l'article 8 de la Convention, qui prévaut sur la loi interne, et de la jurisprudence de la Cour.

a) En ce qui concerne **la jurisprudence et la législation**, on peut noter que, dès 1978, dans un arrêt *Gisti* resté célèbre[55], le Conseil d'État a inféré du Préambule de 1946 un principe général du droit invocable par les étrangers au même titre que par les Français : le droit de mener une vie familiale normale. Le Conseil constitutionnel, quinze ans plus tard, a conféré valeur constitutionnelle à ce droit[56] qui, tant aux yeux du Conseil d'État que du Conseil constitutionnel, implique la garantie du droit au *regroupement familial*. Le droit interne est donc ici, sur le plan des principes, plus protecteur que la jurisprudence de la Cour européenne.

Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel n'en ont pas moins avalisé par la suite la plupart des restrictions apportées au droit au regroupement familial au nom de la maîtrise des flux migratoires : allongement de la durée de séjour préalable avant de pouvoir présenter une demande ; interdiction du regroupement familial sur place ; appréciation de plus en plus stricte des conditions de logement et de ressources, et même, en 2007, obligation pour les membres de famille de passer un test sur leur connaissance de la langue française et des valeurs de la République et de suivre le cas échéant une formation pour pouvoir obtenir un visa, obligation finalement supprimée, faute de pouvoir être mise en œuvre, par la loi du 7 mars 2016.

C'est en 1991 que le Conseil d'État a, pour la première fois, fait référence à l'article 8 de la Convention, tel qu'interprété par la Cour dans l'arrêt *Moustaquim*, pour vérifier la légalité de mesures d'éloignement[57]. Par la suite, il a jugé que, dans le cadre de la délivrance des visas et des titres de séjour, d'une part, pour statuer sur une demande d'abrogation d'une mesure d'expulsion d'autre part, l'administration devait tenir compte des conséquences d'un éventuel refus sur le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale et veiller à ce que l'atteinte portée à ce droit ne soit pas disproportionnée aux buts en vue desquels le refus est opposé[58]. Mais quand il s'agit d'apprécier au cas par cas si l'atteinte est ou non disproportionnée, le juge a tendance à entériner les décisions d'une administration logiquement plus préoccupée par la maîtrise des flux migratoires que par le respect de la vie privée et familiale des étrangers.

S'agissant du droit au séjour, la loi du 11 mai 1998 a consacré le principe jurisprudentiel en prévoyant la délivrance de plein droit d'une carte de séjour temporaire portant, précisément, la mention « vie privée et familiale », à l'étranger *« dont les liens personnels et familiaux en France [...] sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus »*[59].

En ce qui concerne l'éloignement, le législateur a, dès 1981, établi une liste de personnes qui, en raison de leurs attaches personnelles ou familiales en France (arrivée en France à un

[55] CE, 8 décembre 1978, *Gisti et autres*, GAJA. Sur le fondement du principe ainsi dégagé, le Conseil d'État annule le décret qui subordonnait le regroupement familial à l'engagement pris par le conjoint rejoignant de ne pas travailler.

[56] Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993. Le Conseil fait figurer le droit de mener une vie familiale normale parmi les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République.

[57] CE, 19 avr. 1991, *Belgacem et Babas*, *RFDA* 1991, p. 496, concl. Abraham.

[58] CE, 10 avr. 1992*, Aykan, Marzini, Mimin*, *RFDA* 1993, p. 541, concl. Denis-Linton.

[59] La disposition figure aujourd'hui à l'article L. 313-11, 7° du Ceseda qui précise que les liens personnels et familiaux en France sont "appréciés notamment au regard de leur intensité, de leur ancienneté et de leur stabilité, des conditions d'existence de l'intéressé, de son insertion dans la société française ainsi que de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine".

jeune âge, durée du séjour antérieur, conjoint d'un Français, parent d'enfants français…) ne pourraient être en principe éloignées ni pour motif d'ordre public ni pour séjour irrégulier. Les textes aujourd'hui en vigueur, quoique rédigés de façon beaucoup plus restrictive, ont conservé le principe et énumèrent une dizaine de catégories d'étrangers qui ne peuvent faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) (art. L. 511-4 du Ceseda). S'agissant de l'expulsion pour motif d'ordre public, les étrangers bénéficient d'une protection indexée sur l'intensité de leurs attaches en France. Certains d'entre eux sont protégés contre l'expulsion aussi longtemps qu'ils n'ont pas été condamnés à une peine de prison ferme de cinq ans, et sous réserve qu'on ne puisse invoquer une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique (art. L. 521-2 du Ceseda)[60]. D'autres bénéficient d'une protection presque absolue, qui ne cède qu'en cas de « *comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence* » (art. L. 521-3 du Ceseda)[61] ; le juge ne peut par ailleurs prononcer à leur encontre la peine d'interdiction du territoire français que pour les infractions les plus graves, tombant sous la qualification d'actes de terrorisme ou d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation(art. 131-30-2 du code pénal).

Même lorsque l'étranger ne fait pas partie des catégories protégées par la loi, l'administration doit prendre en compte, sous le contrôle du juge, lorsqu'elle envisage de prononcer une mesure d'éloignement, le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Ici comme au niveau de la Cour européenne l'examen d'une jurisprudence par essence casuistique fait apparaître des solutions d'une sévérité variable d'une juridiction à l'autre, voire d'une espèce à l'autre, mais globalement peu favorables à l'étranger.

b) L'examen des **affaires dans lesquelles la France a été mise en cause devant la Cour européenne** sur le fondement d'une violation alléguée de l'article 8 – dont la plupart concernent des cas d'expulsion ou d'interdiction du territoire français (ITF) – ne permet guère de tirer des conclusions tranchées sur le point de savoir si, globalement, aux yeux de la Cour, la France respecte ou non ses obligations. Un décompte exhaustif ferait sans doute apparaître que les décisions de condamnation sont minoritaires dans l'ensemble des décisions rendues, mais les affaires qui remontent jusqu'à la Cour ne constituent pas un échantillon représentatif. On les mentionnera néanmoins parce qu'elles sont révélatrices du caractère casuistique et aléatoire de la jurisprudence de la Cour, déjà relevé plus haut. Elles confirment par ailleurs la fragilité du filet de protection que constitue l'article 8 pour les étrangers menacés d'éloignement.

Dans la foulée de l'arrêt *Moustaquim*, la Cour a constaté la violation de l'article 8 dans une affaire concernant un Algérien né en France, marié avec une Française, qui avait été condamné à six reprises et avait purgé sept années de prison, pour des délits de gravité variable. Le Conseil d'État avait, quant à lui, jugé que la mesure n'était pas disproportionnée[62]. La France a été condamnée encore dans une affaire plus complexe puisque l'intéressé avait été notamment condamné pour viol en réunion ; mais des circonstances atténuantes lui avaient été reconnues, il était par ailleurs arrivé en France à l'âge de cinq ans et n'avait aucune attache avec l'Algérie, et surtout son handicap – il était sourd-muet – faisait que seule sa famille pouvait lui offrir un minimum d'équilibre psychologique et social[63].

La Cour a remis en cause l'appréciation des autorités et des juridictions françaises dans plusieurs affaires où les intéressés soit étaient nés en France soit y étaient arrivés à un très

[60]Sont notamment concernés, sous certaines conditions, les parents d'enfants français, les conjoints de Français, les personnes qui ont résidé régulièrement en France pendant plus de dix ans.

[61] Sont concernés les étrangers entrés en France avant l'âge de treize ans, ceux qui résident régulièrement en France depuis plus de vingt ans ou qui, résidant en France depuis plus de dix ans sont conjoints de Français ou parents d'enfants français, les étrangers malades, enfin.

[62] CEDH, 25 mars 1992, *Beldjoudi c/ France*, n° 12083/86.

[63] CEDH, 13 juillet 1995, *Nasri c/ France*, n° 19465/92.

jeune âge ; or, même si elle n'a pas fait sienne, on l'a vu, la thèse de la non-expulsabilité des « quasi-nationaux », elle n'en reste pas moins fidèle à l'idée, clairement réaffirmé dans l'arrêt *Maslov,* qu'une protection particulièrement forte leur est due. Elle a ainsi constaté la violation de l'article 8 : – dans le cas d'un ressortissant algérien condamné à six ans de prison et à une interdiction définitive du territoire français pour trafic de stupéfiants, alors qu'il était né en France, y avait toujours vécu, et était père de trois enfants français[64] ; – dans le cas d'un ressortissant marocain ayant fait l'objet lui aussi d'une interdiction définitive du territoire accompagnant une peine de deux ans d'emprisonnement pour des infractions à la législation sur les stupéfiants essentiellement liés à des faits d'usage et de consommation, qui était arrivé en France très jeune et n'avait pas conservé de liens avec le Maroc[65] ; – dans le cas d'un Algérien expulsé après une condamnation à quatre ans d'emprisonnement pour trafic d'héroïne, mais né en France, y vivant depuis toujours avec ses parents et ses six frères et sœurs dont plusieurs avaient la nationalité française et marié avec une Française avec qui il avait un enfant[66] ; – dans le cas d'un Marocain expulsé à la suite d'une condamnation à une peine de cinq ans d'emprisonnement pour trafic de stupéfiants, alors qu'il était arrivé à l'âge de quatre mois en France, où vivaient tous ses proches, et ne parlait que le français[67].

Mais, dans les nombreuses affaires où la Cour a écarté l'allégation de violation de l'article 8, les intéressés avaient aussi des attaches très fortes avec la France, la Cour s'attachant toutefois ici à souligner que l'intéressé avait conservé des liens – fussent-ils ténus – avec son pays d'origine. Ainsi d'un Tunisien condamné à quatre ans de prison ferme dont trois pour proxénétisme aggravé mais qui résidait en France depuis l'âge de huit ans avec ses parents et ses dix frères et sœurs[68]. De même, s'agissant d'un jeune Algérien arrivé en France à l'âge de deux ans, condamné alors qu'il était mineur pour viol aggravé à cinq ans de réclusion, la cour d'assises des mineurs ayant retenu les circonstances atténuantes, et libéré au bout de trois ans grâce à des remises de peine, mais célibataire et sans enfants et qui ne pouvait pas prétendre ne plus entretenir aucun lien avec son pays d'origine où résidaient encore quelques proches parents[69]. On peut citer aussi le cas d'un Marocain arrivé en France à l'âge de sept ans et qui y avait vécu sans interruption avec ses parents et ses trois frères et sœurs ; ici, outre la lourdeur du passé pénal – l'intéressé avait été condamné à trente mois d'emprisonnement pour vente d'héroïne puis six ans d'emprisonnement et interdiction du territoire définitive pour usage et trafic de drogue –, c'est encore le fait qu'il n'avait pas perdu toute attache avec son pays d'origine que la Cour retient[70]. L'interdiction du territoire français pour une période de dix ans d'un jeune Algérien, arrivé en France à l'âge de deux ans, en raison d'une condamnation pour « trafic de drogue » qui ne lui avait pourtant valu qu'une condamnation à trois ans de prison dont deux avec sursis, est également jugée compatible avec l'article 8, dès lors notamment qu'il a effectué son service militaire en Algérie[71]. C'est la gravité des infractions commises – trafic de stupéfiants, extorsion de fonds, séquestration de personnes et port d'armes prohibé – qui justifie de même aux yeux de la Cour l'interdiction temporaire du territoire français d'un jeune homme marocain, arrivé en France à l'âge de trois semaines et qui a vécu toute son enfance en France, dont la Cour relève de surcroît qu'il est célibataire et sans enfant[72], ou encore l'interdiction du territoire définitive pour trafic d'héroïne d'un jeune

[64] CEDH, 26 septembre 1997, *Mehemi c/ France*, n° 85/1996/704/896.
[65] CEDH, 13 février 2001, *Ezouhdi c/ France*, n° 47160/99.
[66] CEDH 15 juillet 2003, *Mokrani c/ France*, n° 52206/99.
[67] CEDH, 23 septembre 2010, *Bousarra c/ France*, n° 25672/07.
[68] CEDH, 24 avril 1996, *Boughanemi c/ France,* n° 22070/93. On peut s'étonner que la Cour ait pris en compte le fait qu'il n'aurait jamais manifesté la volonté de devenir français… alors que les condamnations pénales font obstacle à l'acquisition de la nationalité française.
[69] CEDH, 29 janvier 1997, *Bouchelkia c/ France,* n° 23078/93.
[70] CEDH, 26 septembre 1997*, El Boujaïdi c/ France,* n° 25613/94
[71] CEDH, 30 novembre 1999*, Baghli c/ France,* n° 34374/97.
[72] CEDH 10 juillet 2003, *Benhebba c/ France,* n° 53441/99.

homme arrivé en France à l'âge de quatre ans avec ses parents, dont les six frères et sœurs ont la nationalité française, qui est père d'une fille de seize ans au moment de son expulsion[73].

Dans certains cas, ce sont les conditions de l'éloignement, indépendamment de la mesure elle-même, qui ont été jugées contraires à l'article 8. Ainsi, dans l'affaire *Popov c/ France*, la Cour a jugé que le placement en rétention d'une famille entière pouvait emporter violation de l'article 8, alors même que parents et enfants n'avaient pas été séparés[74]. En l'espèce la Cour a considéré que la rétention d'une famille pendant quinze jours, durant lesquels ses membres ont été soumis à la vie carcérale inhérente à ce type d'établissement, s'analysait comme une ingérence disproportionnée dans la vie familiale des requérants et que les autorités auraient donc dû rechercher des solutions alternatives à la rétention[75]. Dans l'affaire *De Souza Reibero c/ France*, la Cour a conclu à la violation de l'article 13 combiné avec l'article 8, au motif que, sous le coup d'une mesure d'éloignement, le requérant n'avait pas disposé d'un recours effectif lui permettant faire valoir le bien-fondé du grief tiré de l'article 8 de la Convention[76].

B. L'interdiction des traitements inhumains et dégradants

Les étrangers sont particulièrement exposés à subir des traitements contraires à la dignité humaine : l'enfermement, l'éloignement forcé et plus généralement la vulnérabilité engendrée par la clandestinité ou la crainte de persécutions constituent en effet le terreau sur lequel ce type de pratiques prohibées peut facilement prospérer.

1. Les normes internationales

a) La **Convention des Nations unies contre la torture** de 1984 oblige les États non seulement à prévenir la survenance d'actes de torture ou constituant des traitements cruels, inhumains ou dégradants mais prohibe aussi de manière spécifique l'éloignement d'une personne *« vers un État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture »* (art. 3, § 1). Cette disposition, qui prévoit explicitement la protection « par ricochet », a inspiré l'interprétation par la Cour de Strasbourg de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Pour déterminer la réalité de ces motifs, l'État doit tenir compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence dans l'État de destination d'un « ensemble de violations systématiques des droits de l'Homme graves, flagrantes ou massives » (art. 3, § 2).

Les communications soumises au Comité contre la torture émanent dans leur très grande majorité de ressortissants étrangers qui contestent la mesure d'éloignement qui les vise. Le Comité a donc été amené à adopter une « observation générale » destinée à guider les États Parties et les auteurs de communications[77] d'où il ressort : – d'une part, qu'il incombe à l'auteur de la communication de prouver qu'il existe un risque sérieux et actuel qu'il soit soumis à la torture (§ 297), mais qu'il n'est pas nécessaire pour autant de montrer que le risque encouru est hautement probable (§299) ; – d'autre part, que la protection joue aussi bien vis-à-vis de l'État vers lequel la personne concernée va être expulsée, refoulée ou extradée que de celui vers lequel elle peut l'être ultérieurement (§ 295).

b) L'article 7 du Pacte international sur les droits civils et politiques prohibe la torture et les traitements inhumains ou dégradants. Dans son observation générale n° 20 relative à

---

[73] CEDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c/ France*, n° 50278/99.

[74] La violation de l'article 8 avait été jusque-là retenue en cas d'enfermement de mineurs non accompagnés qui avaient été ainsi séparés de leurs parents ou empêchés de les rejoindre (CEDH, 12 octobre 2006*, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique,* n° 13178/03).

[75] CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c/ France*, n° 39472/07.

[76] CEDH, 13 décembre 2012, *De Souza Reibero*, n° 22689/07. Sur les autres aspects de cette affaire, voir *supra*, note 9.

[77] Comité contre la torture, Observation générale n° 1 : application de l'article 3 de la Convention (Refoulement) : *Doc. NU A/53/44, ann. IX (1997)*.

l'article 7 de 1992 le Comité des droits de l'Homme rappelle que « les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement »[78]. Dans l'observation n° 31 de 2004 relative aux obligations des États, le Comité insiste à nouveau sur cette protection par ricochet :

> *12. […] l'obligation faite à l'article 2 aux États parties de respecter et garantir à toutes les personnes se trouvant sur leur territoire et à toutes les personnes soumises à leur contrôle les droits énoncés dans le Pacte entraîne l'obligation de ne pas extrader, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite, tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte*[79].

c) L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme est principalement invoqué, dans le champ qui nous concerne, lorsqu'une mesure d'éloignement forcé ou une privation de liberté s'accompagne de traitements prohibés par l'article 3, mais aussi dans des cas d'expulsion ou de refoulement, lorsqu'il y a des motifs sérieux de craindre que l'intéressé serait soumis à de tels traitements dans le pays de renvoi.

1. Les traitements inhumains et dégradants liés à l'enfermement. – Selon la Cour, si les États sont autorisés à placer en détention des immigrés potentiels, comme le permet au demeurant l'article 5 §1 (f) de la Convention en vertu de leur « *droit indéniable de contrôler l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire* » (voir *infra*), cette faculté doit s'exercer en conformité avec les dispositions de la Convention et notamment son article 3. La jurisprudence est ici abondante et les condamnations sont fréquentes[80]. Parmi les atteintes à la dignité humaine constitutives de violations de l'article 3 figurent bien sûr les humiliations ou les actes de violence physique infligés aux personnes retenues, mais ce sont plus souvent les conditions matérielles qui sont mises en cause : l'espace exigu et confiné sans possibilité de sortir à l'extérieur ni aucune activité récréative, le surpeuplement, les conditions d'hygiène déplorables, etc. Emblématique à cet égard est l'arrêt *MSS c/ Belgique et Grèce* de 2011, rendu à la requête d'un demandeur d'asile afghan : particulièrement vulnérable en raison des expériences traumatisantes qu'il avait vécues, il avait été détenu dans des conditions propres à susciter des sentiments d'arbitraire, d'infériorité, d'angoisse et de profonde atteinte à sa dignité, et donc constitutives d'un traitement dégradant[81]. Cette notion de vulnérabilité est centrale dans les appréciations de la Cour, comme le montre l'affaire *Khlaifia c/ Italie* : la Cour avait dans un premier temps condamné l'Italie sur le fondement de l'article 3 en raison des conditions dans lesquelles des migrants tunisiens avaient été placés en rétention sur l'île de Lampedusa avant d'être refoulés collectivement vers la Tunisie en 2011. Elle avait estimé que ces conditions – sanitaires et douches dénués de portes, surpeuplement, couchage à même le sol et distribution limitée d'eau courante, interdiction de tout contact avec l'extérieur… – avaient porté atteinte à la dignité des requérants. La Grande Chambre, saisie sur renvoi, a en revanche

---

[78] Comité des droits de l'Homme, Observation générale n° 20 : article 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants,1992.

[79] Comité des droits de l'Homme, Observations générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add13, 2004.

[80] La Grèce a ainsi été condamnée à plusieurs reprises : CEDH, 11 juin 2009, *S. D. c/ Grèce*, n° 53541/07 ; 26 novembre 2009, *Tabesh c/ Grèce*, n° 8256/07 ; *A.A. c/ Grèce*, 22 juillet 2010, n° 12186/08,

[81] CEDH, Gde Ch., 21 janvier 2011, *MSS c/ Belgique et Grèce*, n° 30996/09. Ont été également retenues en l'espèce les allégations relatives aux brutalités et insultes subies de la part des policiers, allégations confortées par les nombreux témoignages recueillis par des organisations internationales. La Cour a condamné ici également la Belgique pour avoir accepté de transférer le requérant vers la Grèce, sur le fondement du règlement Dublin, alors qu'il était patent que celle-ci ne remplissait pas ses obligations au regard de la Convention (voir *infra*).

estimé que si les migrants étaient affaiblis physiquement et psychologiquement par leur dangereuse traversée de la Méditerranée, ils n'avaient pas subi de traumatismes dans leur pays d'origine, n'étant pas demandeurs d'asile, de sorte qu'en l'absence de vulnérabilité spécifique le seuil de gravité n'était pas atteint[82].

S'agissant de la détention des mineurs, la Cour en accepte le principe, dès lors qu'elle a pour but de permettre aux États de combattre l'immigration clandestine, à condition que ceux-ci respectent leurs engagements internationaux, notamment la Convention de 1989 sur les droits de l'enfant. Concrètement, cela implique de prendre en compte « l'extrême vulnérabilité » qui caractérise la situation des enfants pour déterminer s'il y a eu ou non violation de l'article 3, de sorte que ce grief peut être retenu pour les enfants sans l'être pour les parents, alors même qu'ils seraient détenus ensemble[83]. La violation est *a fortiori* caractérisée s'agissant d'une enfant de cinq ans détenue seule, pendant deux mois, parmi des adultes, puis renvoyée, seule également, vers le Congo[84]. Dans cinq arrêts rendus contre la France en 2016[85], la Cour a systématisé les facteurs qu'elle entend prendre en compte pour apprécier si le traitement infligé atteint le seuil de gravité amenant à conclure à la violation de l'article 3 : le bas âge des enfants, la durée de leur rétention, le caractère inadapté des locaux concernés à la présence d'enfants. Ce troisième critère est à son tour apprécié sur la base d'éléments tels que la séparation des familles d'avec les autres retenus, la fourniture d'équipements spéciaux, la mise à disposition d'un matériel de puériculture adapté.

2. La protection par ricochet. – Le principe en a été posé pour la première fois en 1989 dans un arrêt *Soering c/ Royaume-Uni,* à propos de l'extradition vers les États-Unis d'une personne qui risquait de subir dans les « couloirs de la mort » des conditions d'incarcération constitutives d'un traitement inhumain et dégradant. Il a été réaffirmé à plusieurs reprises par la suite[86]. La Cour a également rappelé que, compte tenu du caractère « indérogeable » de l'interdiction formulée par l'article 3, la protection devait jouer quel qu'ait été le comportement de l'intéressé et quel que soit le danger qu'il représente pour l'ordre public[87].

Dès lors que l'exécution de la mesure d'éloignement est susceptible d'avoir des conséquences irréversibles, l'existence d'un recours effectif revêt ici une importance primordiale.

---

[82] CEDH, 1er septembre 2015, *Khlaifia et autres c/ Italie*, n° 16483/12 ; Gde Ch., 15 décembre 2016.

[83] CEDH, 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique,* n° 41442/07 ; CEDH, 13 décembre 2011, *Kanagaratnam et autres c/ Belgique*, n° 15297/09 ; CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c/ France,* n° 39472/07. Dans la première affaires, les quatre enfants avaient été détenus plus d'un mois dans un centre fermé dont l'infrastructure était inadaptée à l'accueil d'enfants et il était attesté par des certificats médicaux que les enfans montraient des symptômes psychiques et psychosomatiques graves. Dans la seconde affaire, les enfants étaient restés enfermés quatre mois et leur vulnérabilité devait être présumée tant en raison de leur qualité d'enfants que de leur histoire personnelle : leur père avait été arrêté et ils avaient quitté le Congo en proie à une guerre civile "dans un contexte d'angoisse de représailles". Dans la troisième affaire la Cour relève également que la privation de liberté a été un facteur "d'angoisse, de perturbation psychologique et de dégradation de l'image parentale pour les enfants" avec des conséquences particulièrement traumatisantes sur leur psychisme.

[84] CEDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga* c/ Belgique, n° 13178/03.

[85] CEDH, 12 juillet 2016, *R.M. et autres c/ France*, n° 33201/11 ; *A.B. et autres c/France*, n° 11593/11 ; *A.M. c/ France*, n° 56324/13 ; *R.K. et autres c/ France*, n° 68264/14 et *R.C. et V.C. c/ France*, n° 76491/14. Pour un commentaire de ces arrêts, voir aussi *infra*.

[86] L'allégation de violation de l'article 3 a été examinée – sans être toujours admise - à propos du refoulement vers le Sri Lanka de demandeurs d'asile tamouls *(*CEDH, 30 octobre 1991*, Vilvarajah et a. c/ Royaume-Uni*, n° 13163/87), de l'expulsion vers l'Inde d'un séparatiste sikh (CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, n° 22414/93*)*, de l'expulsion d'un Somalien (CEDH, 17 décembre 1996*, Ahmed c/ Autriche,* n° 25964/94) ou encore du renvoi d'un ressortissant tchadien qui avait pris position en faveur de la rébellion du Darfour (CEDH, 18 avril 2013*, MO.M c/ France, 18372/10*).

[87] Dans l'arrêt *Chahal c/ Royaume-Uni*, précité, la Cour a estimé que les raisons de sécurité nationale invoquées par le Royaume-Uni expulser vers l'Inde un séparatiste sikh ne pouvaient priver celui-ci de la protection prévue par l'article 3.

Si l'effectivité du recours prévue à l'article 13 n'exige pas nécessairement qu'il soit suspensif, c'est en revanche le cas ici[88].

Lorsque l'État décide de refouler un étranger vers un pays de transit, il doit s'assurer que le pays en question offre des garanties suffisantes permettant d'éviter que la personne concernée ne soit ensuite expulsée vers son pays d'origine. L'Italie a été ainsi condamnée pour avoir renvoyé vers la Libye des Erythréens et des Somaliens interceptés en mer, alors que les autorités italiennes que les intéressés couraient le risque d'être renvoyés arbitrairement dans leurs pays d'origine, compte tenu notamment de l'absence d'une procédure d'asile et de l'impossibilité de faire reconnaître par les autorités libyennes le statut de refugié octroyé par le HCR[89].

Cette décision est de nature à faire peser un doute sur la conformité à la Convention des interceptions opérées sous l'égide Frontex, dont beaucoup sont réalisées dans des conditions analogues à celles que la Cour a condamnées (voir *supra*).

Les États ne sauraient se dégager de leur responsabilité en invoquant les contraintes découlant de leur appartenance à l'Union européenne. En dépit de l'obligation – susceptible au demeurant de dérogation – faite aux pays membres de renvoyer un demandeur d'asile vers le pays responsable de la demande sur la base du règlement Dublin, la Cour a condamné la Belgique, puis ultérieurement l'Italie, pour avoir renvoyé un demandeur d'asile vers la Grèce, l'exposant ainsi, en pleine connaissance de cause, à des conditions de détention et d'existence contraires à l'article 3, les défaillances de la procédure d'asile en Grèce étant connues des autorités belges et italiennes[90].

On peut encore parler de protection par ricochet lorsque l'éventualité de traitements contraires à l'article 3 liés à l'expulsion résulte de facteurs objectifs qui ne mettent pas directement en cause l'État de destination : tel est le cas lorsque la mesure d'éloignement est susceptible d'avoir des conséquences graves sur l'état de santé du requérant. Le sort des étrangers malades mérite qu'on s'y arrête car il illustre le recul de la Cour quant au caractère indérogeable de l'interdiction formulée à l'article 3, dès lors qu'elle accepte de la mettre en balance avec d'autres intérêts étatiques.

En 1997, la Cour avait reconnu que « *la décision d'expulser un étranger atteint d'une maladie physique ou mentale grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie sont inférieurs à ceux disponibles dans l'État contractant est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3* »*,* tout en ajoutant qu'il n'en allait ainsi que « *dans des cas très exceptionnels, lorsque les considérations humanitaires militant contre l'expulsion sont impérieuses* » [91]. Saisie par la suite d'affaires analogues, la Cour n'a plus reconnu la violation de l'article 3. L'arrêt de Grande Chambre rendu en 2008[92] paraissait même fermer la porte pour l'avenir à de telles requêtes puisque, inversant son raisonnement, la Cour y posait en principe que la perspective d'une dégradation majeure de l'état de santé d'un étranger malade n'était

[88] CEDH, 26 avril 2007*, Gebremedhin c/ France,* n° 25389/05. La Cour estime que le requérant, demandeur d'asile érythréen, qui n'a pas eu accès en « zone d'attente » à un recours de plein droit suspensif, n'a pas disposé d'un « recours effectif » pour faire valoir son grief tiré de l'article 3 de la Convention. Il y a donc eu violation de l'article 13 combiné avec cette disposition.

[89] CEDH, Gde Chambre, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c/ Italie,* n° 27765/09. La Cour a constaté également la violation de l'article 4 du Protocole n° 4 qui prohibe les expulsions collectives, posant ainsi en principe qu'entraient dans le champ d'application de cette disposition les mesures prises dans le cadre d'interceptions en haute mer par les autorités d'un État ayant pour effet d'empêcher les migrants de rejoindre les frontières de l'État, voire de les refouler vers un autre État.

[90] CEDH, Gde Ch., 21 janvier 2011, *MSS c/ Belgique et Grèce*, précité ; CEDH, 21 octobre 2014, *Sharifi et autres c/ Italie et Grèce*, n° 16643/09.

[91] CEDH, 2 mai 1997, *D. c/ Royaume-Uni,* n° 30240/96. En l'espèce, la Cour avait jugé que ces conditions étaient réunies, et qu'il y aurait violation de l'article 3 si la Grande-Bretagne expulsait vers l'île des Caraïbes dont il était originaire un trafiquant de drogue qui avait purgé sa peine de prison : l'intéressé était atteint du sida en phase terminale, et l'arrêt brutal des soins qu'il recevait aurait eu pour effet de réduire encore son espérance de vie et de lui causer des souffrances physiques et morales extrêmes.

[92] CEDH, Gde Ch., 27 mai 2008, *N. c/ Royaume-Uni*, n° 26565/05.

pas en soi suffisante, sauf circonstances très exceptionnelles, pour emporter violation de l'article 3. En l'espèce la Cour avait rejeté la requête par une motivation particulièrement cynique : elle reconnaissait que le retour de la requérante en Ouganda entraînerait « *une dégradation importante de sa situation, et notamment une réduction significative de son espérance de vie* » car elle aurait de grandes difficultés à trouver et acquérir les médicaments nécessaires en raison de leur coût (de fait, la requérante est décédée peu de temps après son retour), mais cette circonstance ne suffisait pas à emporter violation de l'article 3 dès lors que son état était actuellement stable. Et surtout, la Cour a cru bon d'ajouter que « *l'article 3 ne fait pas obligation à l'État contractant de* [fournir] *des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. Conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants* »[93]. On voit comment les impératifs de maîtrise des flux migratoires, d'un côté, le souci des dépenses de protection sociale, de l'autre, ont eu ici raison du caractère prétendument indérogeable de l'article 3.

La Cour a toutefois, dans une décision plus récente, assoupli sa position en jugeant, de façon encore très restrictive, que ne devait pas être renvoyée une personne qui, « *même ne courant pas de risque imminent de mourir, ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie* »[94].

d) Les normes du **Comité européen pour la prévention de la torture** contiennent d'abord des directives générales sur les caractéristiques que devraient observer les lieux de rétention :

> *29. […] A l'évidence, de tels centres devraient disposer de locaux d'hébergement équipés de manière adéquate, propres et en bon état d'entretien et qui puissent offrir un espace de vie suffisant au nombre de personnes susceptibles d'y être placées. De plus, il y aurait lieu d'éviter autant que possible, dans la conception et l'agencement des lieux, toute impression d'environnement carcéral. En ce qui concerne les programmes d'activités, ceux-ci devraient comprendre l'exercice en plein air, l'accès à une salle de séjour, à la radio/télévision, à des journaux/revues, ainsi qu'à d'autres formes d'activités récréatives appropriées (par exemple, jeux de société, tennis de table). Les activités à proposer devraient être d'autant plus diversifiées que la période de rétention se prolonge*[95].

Le CPT rappelle aussi l'obligation de non-refoulement en cas de risque de mauvais traitements dans le pays de renvoi. On a rappelé plus haut les inquiétudes qu'il a émises à propos des interceptions en mer. Plus généralement, il insiste sur le fait que le processus de prise de décision doit offrir aux personnes concernées une véritable opportunité de présenter leur cas, que les fonctionnaires chargés de traiter ces cas doivent avoir reçu une formation appropriée. Vu la gravité potentielle des intérêts en jeu, le Comité estime qu'une décision impliquant l'éloignement d'une personne du territoire d'un État, devrait pouvoir faire l'objet d'un recours devant un organe à caractère indépendant avant l'exécution de la mesure

Le Comité se préoccupe aussi des moyens de contrainte utilisés dans le cadre de procédures d'éloignement, compte tenu des informations qu'il reçoit à ce sujet : allégations de

---

[93] Cette solution a été confirmée à propos de l'éloignement vers le Cameroun d'une jeune femme atteinte par le VIH. La Cour a jugé que la Belgique n'avait pas violé l'article 3, bien qu'il fût établi que l'accès aux traitements médicaux adéquats était très aléatoire dans le pays de renvoi et que « *priver la requérante de ces médicaments aura[it] pour conséquence de détériorer son état de santé et d'engager son pronostic vital à court ou moyen terme* » (CEDH, 20 décembre 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c/ Belgique,* n° 10486/10).

[94] CEDH, Gde ch., 16 décembre 2016, *Paposhvili c/ Belgique*, aff. 41738/10

[95] CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2015, précité : "Personnes retenues en vertu de législations relatives à l'entrée et au séjour des étrangers - Extrait du 7e rapport général [CPT/Inf (97) 10]". Voir aussi la fiche thématique « Rétention des migrants » éditée en mars 2017 (CPT/INF(2017)3.

coups, de ligotage, de bâillonnement, ainsi que d'administration de calmants contre la volonté de la personne concernée :

> *74. Le CPT reconnaît que faire quitter le territoire d'un Etat à un étranger qui fait l'objet d'un ordre d'éloignement et qui est déterminé à rester se révélera souvent une tâche difficile. Les membres des forces de l'ordre peuvent, à l'occasion, être contraints de recourir à la force pour procéder à un tel éloignement. Toutefois, la force employée devrait être limitée à ce qui est strictement nécessaire. Plus particulièrement, il serait totalement inacceptable que des personnes faisant l'objet d'un ordre d'éloignement soient agressées physiquement pour les persuader de monter à bord d'un moyen de transport ou pour les punir de ne pas l'avoir fait. De plus, le CPT se doit de souligner que bâillonner une personne est une mesure éminemment dangereuse.*
> *Le CPT souhaite également souligner que toute administration de médicaments à des personnes faisant l'objet d'un ordre d'éloignement ne pourrait être effectuée que sur la base d'une décision médicale et conformément à l'éthique médicale*[96].

2. L'application des principes par la France

a) En ce qui concerne **la législation et la jurisprudence.**

– L'article 3 est parfois invoqué pour contester les *conditions de l'enfermement* dans les centres de rétention, compte tenu, soit des conditions matérielles, notamment sanitaires, soit de la présence de très jeunes enfants. Il est arrivé que des juges des libertés et de la détention (JLD), à qui il appartient de prolonger la rétention ou le maintien en zone d'attente au-delà d'un certain délai, refusent cette prolongation sur le fondement de l'article 3 mais ces décisions sont rares et la Cour de cassation ne semble pas prête à les suivre dans cette voie. Elle a ainsi pris le contrepied de la décision d'un JLD, approuvée par le juge d'appel, qui avait estimé que le maintien en rétention d'un couple et de leur bébé de deux mois et demi constituait un traitement inhumain en raison, d'une part, des conditions de vie anormales imposées à ce très jeune enfant, et, d'autre part, de la grande souffrance morale et psychique infligée à la mère et au père par cet enfermement. La Cour de cassation a estimé qu'en l'absence de toute atteinte caractérisée à l'intégrité physique ou à la dignité des personnes, et compte tenu de ce qu'un espace du centre de rétention était réservé aux familles, le maintien en rétention ne pouvait pas être considéré comme constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant[97].

Les textes étaient à l'époque muets sur la question[98]. Et, ne pouvant pas faire l'objet d'une mesure d'éloignement, les enfants ne peuvent pas non plus faire l'objet d'une décision de placement en rétention. Ils sont donc de simples accompagnants de leurs parents, sur une base formellement volontaire. Si la loi prévoyait bien des alternatives à la rétention, c'était sans faire référence à la présence éventuelle d'enfants, sauf dans un cas : l'étranger qui ne remplit pas les conditions – notamment des garanties de représentation suffisantes – pour être assigné

---

[96] Ces recommandations, comme les précédentes, sont extraites du 7e rapport général [CPT/Inf (97) 10] et reprises dans « Les normes du CPT », précitées. On retrouve ces recommandations, sous une forme beaucoup plus détaillée, dans un chapitre du 13e rapport général [CPT/Inf (2003) 35] consacré spécifiquement à « l'éloignement des étrangers par voie aérienne » : le CPT y fait l'inventaire des moyens de contrainte couramment utilisés en distinguant ceux qui sont tolérables et ceux qui doivent être absolument prohibés.

[97] Cass. 1e civ., 10 décembre 2009, n° 08-14141. La Cour fait grief à la cour d'appel ne n'avoir pas relevé "en quoi les conditions précises de la rétention, tant matérielles qu'humaines, organisées dans l'espace réservé aux familles dans le centre considéré seraient attentatoires ou contraires à la dignité humaine" : elle semble donc malgré tout laisser ouverte l'hypothèse de circonstances particulières où les conditions de la rétention tomberaient sous le coup de l'article 3.

[98] La directive « retour » de 2008 admet en revanche explicitement, sous certaines réserves, la rétention des mineurs. Elle prévoit dans son article 17 que « les mineurs non accompagnés et *les familles comportant des mineurs ne sont placés en rétention qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible* ». Elle ajoute que les familles doivent disposer d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate, que les mineurs ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs adaptés à leur âge… et finalement que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale (Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 précitée).

à résidence plutôt que placé en rétention, mais qui est père ou mère d'un enfant mineur pouvait, « à titre exceptionnel », être assigné à résidence avec surveillance électronique (art. L. 562-1 du Ceseda dans sa rédaction issue de la loi du 16 juin 2011). La loi du 7 mars 2016 a prévu, d'une façon générale, que l'assignation à résidence doit être le principe et la rétention l'exception. Lorsque des parents sont accompagnés d'enfants mineurs, les textes prévoient même l'interdiction du placement en rétention – mais en l'accompagnant de nombreuses dérogations sur lesquelles on reviendra plus loin.

– S'agissant de la *protection par ricochet*, certains des principes posés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ont été incorporés au droit français : d'abord par le Conseil d'État, qui a obligé l'administration, lorsqu'elle procède à l'éloignement d'un étranger, à tenir compte des risques encourus dans le pays de destination ; ensuite par le législateur, qui a retranscrit cette jurisprudence dans les textes et inséré d'autres dispositions protectrices concernant les étrangers malades.

Dès 1987, le Conseil d'État a jugé que la décision fixant le pays de destination en cas d'éloignement du territoire était une décision distincte de l'arrêté d'expulsion ou de reconduite à la frontière, sur laquelle il lui revenait d'exercer un contrôle non pas « restreint », c'est-à-dire limité à la censure de l'erreur manifeste d'appréciation, mais « normal », de façon à vérifier que n'étaient violés ni le principe de non-refoulement posé par la Convention de Genève, ni l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme[99]. L'obligation pour l'administration de tenir compte des risques encourus dans le pays de destination a été consacrée par le législateur : la loi du 24 août 1993 a en effet introduit dans les textes une disposition selon laquelle *« un étranger ne peut être éloigné à destination d'un pays s'il établit que sa vie ou sa liberté y sont menacées ou qu'il y est exposé à des traitements contraires* [à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme] » (art. L. 513-2 du Ceseda).

Dans la pratique, cependant, les annulations prononcées sur le fondement des risques encourus dans le pays de destination sont rares : la plupart des recours – qui émanent en général de demandeurs d'asile qui n'ont pas obtenu le statut de réfugié ou la protection subsidiaire – sont rejetés au motif que le requérant n'établit pas la réalité des risques auxquels il serait exposé en cas de retour dans son pays.

Par ailleurs, à la suite de la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Gebremedhin*, en 2007, un recours suspensif a été instauré pour les demandeurs d'asile qui se voient opposer un refus d'entrée sur le territoire français. L'intéressé a 48 h pour saisir le tribunal administratif, qui doit lui-même statuer dans les 72 heures de sa saisine (art. L. 213-9 du Ceseda). Son caractère « effectif », au regard des critères auxquels se réfère habituellement la Cour, peut toutefois être contesté, dans la mesure où l'intéressé ne peut disposer d'aucune assistance juridique gratuite et a difficilement accès à un avocat, alors qu'il lui faut préparer dan un délai très bref une requête rédigée en français, motivée en droit et en fait.

La loi du 24 avril 1997 a par ailleurs interdit d'éloigner les étrangers atteints d'une pathologie grave et qui ne pourraient pas bénéficier des soins nécessaires dans le pays de renvoi. La loi du 11 mai 1998 a été plus loin en leur conférant un droit au séjour sous la forme de la délivrance d'une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » qui autorise l'accès au travail et à la sécurité sociale (art. L. 313-11, 11° du Ceseda). La loi du 16 juin 2011 avait considérablement restreint la portée de cette protection en modifiant la formulation du texte : le droit au séjour n'était plus subordonné à la condition que l'étranger « *ne puisse* effectivement *bénéficier d'un traitement approprié* » mais à l'*absence* d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire, sans qu'il y ait à vérifier si l'intéressé pourrait véritablement recevoir les soins dont il a impérativement besoin. Par cette nouvelle rédaction, le législateur, encouragé par le recul de la jurisprudence de la Cour européenne mentionné plus haut, avait entendu faire pièce à la jurisprudence du Conseil d'État qui avait fini par admettre, après beaucoup de tergiversations, que l'administration devait tenir compte de l'ensemble des

[99] CE, Ass., 6 novembre 1987, *Buayi*, *RFDA* 1998, p. 86, concl. Vigouroux.

circonstances pouvant faire obstacle à un accès effectif aux traitements (coût, absence de prise en charge adaptée, éloignement géographique, etc.) alors même qu'ils seraient disponibles dans le pays[100]. La loi du 7 mars 2016 est revenue à une formulation plus protectrice : le titre de séjour est délivré à l'étranger et l'éloignement ne peut avoir lieu « *si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié* ». Mais l'évaluation médicale, pivot du dispositif, a été parallèlement ôtée aux médecins rattachés à des organismes sous tutelle du ministère de la Santé pour la confier à des médecins de l'OFII, sous tutelle du ministère de l'intérieur, laissant ainsi planer un doute sur l'indépendance et l'équité de cette évaluation.

b) Si la législation française est globalement compatible avec les normes contenues dans les instruments internationaux, **des pratiques contraires à l'article 3** imputables aux autorités françaises n'en ont pas moins été constatées à plusieurs reprises par différentes instances internationales.

1. En ce qui concerne les *mauvais traitements directement liés à l'enfermement*, on rappellera ici que la Cour européenne des droits de l'Homme a conclu à la violation de l'article 3 dans l'arrêt *Popov c/ France*, précité, rendu en 2012 à propos de la rétention d'enfants dans des locaux qui, quoique spécialement prévus pour accueillir des familles, n'étaient manifestement pas adaptés à la présence d'enfants. Elle a jugé que, compte tenu de ce que l'enfermement avait duré quinze jours, de la forte présence policière, de l'absence d'activité et de la détresse des parents, cette situation ne pouvait que les placer dans une situation de particulière vulnérabilité et engendrer une situation de stress et d'angoisse aux conséquences particulièrement traumatisantes sur leur psychisme[101]. La France a été à nouveau condamnée en 2016 pour violation de l'article 3 dans cinq affaires concernant l'enfermement des enfants[102]. La Cour constate que, même si les conditions matérielles des centres habilités à accueillir les familles sont correctes, *« les contraintes inhérentes à un lieu privatif de liberté, particulièrement lourdes pour un jeune enfant, ainsi que les conditions d'organisation du centre avaient nécessairement eu un effet anxiogène sur l'enfant* », encore aggravé par la durée de la rétention : sept, neuf et dix-huit jours respectivement. Concernant deux des CRA, construits à proximité d'un aéroport, elle relève l'existence de nuisances sonores permanente d'une intensité excessive ou encore le fait que la zone famille n'est séparée du reste que par un grillage permettant de voir tout ce qui se passe en rétention.

D'une façon générale, les rapports émanant d'organismes officiels ou d'ONG attestent l'existence de traitements inhumains ou dégradants imputables à l'enfermement et à l'éloignement. De la lecture des rapports périodiques du Comité européen pour la prévention de la torture[103], on retire l'impression que la situation s'est plutôt améliorée en ce qui concerne les aspects matériels de la rétention et les allégations, moins nombreuses, de mauvais traitements. Mais cette amélioration n'est que relative : elle ne concerne pas tous les centres de rétention et elle ne vaut ni pour les « locaux de rétention », ni pour les zones d'attente. Elle ne vaut pas, surtout, pour les centres situés outre-mer, dont la situation est régulièrement dénoncée sans qu'il y soit porté remède[104].

---

[100] CE, 7 avril 2010, *Min. de l'Immigration c/ Mme Kadidia A., ép. B*, n° 316625.

[101] CEDH, 19 janvier 2012*, Popov c/ France*, précité.

[102] CEDH, 12 juillet 2016, *A.B. et autres c/ France*, n° 11593/12 ; *R.M. et M. M. c/ France*, n° 33201/11 ; *A.M. et autres c/ France*, n° 24587/12 ; *R. K. c. France*, n° 68264/14 ; *R.C. c/ France*, n° 76491/14.

[103] Les derniers rapports en dates sont : Rapport relatif à la visite effectuée en France par le CPT du 17 au 21 juin 2002, CPT/inf (2003) 40, Strasbourg, 16 déc. 2003 ; Rapport relatif à la visite effectuée du 27 septembre au 9 octobre 2006, CPT/Inf (2007) 44), Strasbourg, 10 décembre 2007 ; Rapport relatif à la visite effectuée du 28 novembre au 10 décembre 2010 CPT/Inf (2012) 13, Strasbourg, 19 avril 2012.

[104] La situation du CRA de Pamandzi, à Mayotte avait conduit le Contrôleur général des lieux de privation de liberté à rendre publiques ses « recommandations » (*JO*, 25 juillet 2010). Un nouveau centre a été mis en service

Dans son rapport annuel de 2017, le Contrôleur Général des lieux de privation de liberté (CGLPL) réitère les observations déjà faites précédemment et rappelle les points faibles de la prise en charge : hygiène déplorable, exiguïté des locaux, sécurisation de type carcéral, absence de respect de l'intimité, absence d'accès à l'air libre, graves insuffisances de l'accès aux services de santé, prise en charge inexistantes pour les soins psychiatriques, absence d'activités. La situation dans les zones d'attente est sur ce point pire encore, car rien n'est prévu pour égayer le quotidien ou tromper l'ennui (TV, radio, magazines, jeux divers, etc.) et il n'existe aucun espace pour s'aérer. Or le maintien en zone d'attente peut durer jusqu'à vingt jours.

Le Comité des droits de l'Homme, dans ses observations finales sur le 4e rapport périodique de la France adoptées le 22 juillet 2008[105], se préoccupait de ce que

> *de très nombreux étrangers sans papiers et demandeurs d'asile sont retenus dans des locaux inappropriés − zones d'attente dans les aéroports et centres et locaux de rétention administrative. Le Comité est également préoccupé par des informations faisant état d'une situation d'entassement et d'insuffisance des installations sanitaires, et de la nourriture et des soins médicaux inadéquats, en particulier dans les départements et territoires d'outre-mer. Le Comité note avec inquiétude la situation des mineurs non accompagnés placés dans de tels centres de rétention et les informations signalant l'absence de dispositifs garantissant la protection de leurs droits, et le retour en toute sécurité dans leur communauté d'origine.*

2. Sur le terrain de la *protection par ricochet*, la Cour a mis en cause les conditions dans lesquelles les demandes d'asile étaient traitées à la frontière ou dans les centres de rétention et l'insuffisance des garanties contre le refoulement qui en résultait. Dans l'arrêt *Gebremedhin*, déjà cité, la Cour a critiqué l'absence de recours suspensif contre le refus d'accès au territoire opposé aux demandeurs d'asile – que le législateur a donc institué dans la foulée de cette condamnation. Les modalités d'examen des demandes d'asile déposées en rétention, systématiquement examinées selon la « procédure prioritaire », ont également valu à la France d'être condamnée. Le dispositif est le suivant : la personne dispose d'un délai de cinq jours pour déposer sa demande, qui doit être rédigée en français ; un agent de l'OFPRA examine la demande et, s'il l'estime nécessaire, peut procéder à l'audition du demandeur ; la décision doit être rendue dans un délai de 96 heures ; le recours devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) est possible mais n'est pas suspensif. Aux yeux de la Cour, la brièveté des délais de recours et les difficultés matérielles et procédurales d'apporter les preuves dans un contexte de privation de liberté confèrent à l'examen de la demande d'asile un caractère sommaire qui la conduit à conclure que le requérant n'a pas disposé des garanties procédurales suffisantes contre un refoulement arbitraire vers le Soudan. Elle a donc conclu à la violation de l'article 13 combiné avec l'article 3[106].

Le Comité des droits de l'Homme, dans ses observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, adoptées le 21 juillet 2015[107], pointait de son côté les inconvénients de la procédure prioritaire :

> *18. Le comité est préoccupé par le classement automatique en procédure prioritaire de certaines demandes d'asile, effectuées notamment par des personnes venant de pays dits «pays d'origine sûrs». Il s'inquiète de ce que cette procédure prive le demandeur du droit à un recours suspensif contre un refus initial de l'Office français*

---

en 2015, ce qui a permis d'instaurer des conditions d'hébergement moins indignes que celles qui étaient dénoncées, mais sans mettre fin aux multiples violations des droits régulièrement pointées par les organes de contrôle et dénoncées par les ONG.

[105] CCPR/C/FRA/CO/4, 31 juillet 2008.

[106] CEDH, 2 février 2012*, I.M. c/ France,* n° 9152/09.

[107] CCPR/C/FRA/CO/5, 17 août 2015.

de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) et offre des garanties procédurales moindres, l'exposant ainsi à un risque de refoulement. Tout en saluant l'extension du recours juridictionnel suspensif à tous les demandeurs d'asile, prévue par le projet de loi de réforme du droit d'asile [il s'agit de la loi du 29 juillet 2015]*, le Comité s'inquiète des exceptions qui persisteront, notamment pour les demandeurs d'asile en outre-mer.*

C. La privation de liberté

On l'a rappelé plus haut, l'enfermement des étrangers est devenu un élément constitutif des politiques migratoires, qu'il s'agisse d'empêcher les étrangers de franchir illégalement les frontières ou de faciliter leur éloignement lorsqu'ils se sont maintenus illégalement sur le territoire d'un État. La question se pose de savoir si et à quelles conditions il est compatible avec les textes internationaux qui proclament le « droit à la liberté et à la sécurité » (art. 9 du Pacte sur les droits civils et politiques) ou le « droit à la liberté et à la sûreté » (art. 5 CEDH) et le cas échéant énumèrent les hypothèses dans lesquelles une personne peut être privée de liberté.

1. Les normes internationales

a) La **Convention européenne des droits de l'Homme** prévoit expressément, à l'article 5 § 1 (f) la possibilité d'arrêter et de « *détenir légalement une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours* ». La Cour considère que les États sont autorisés à placer en détention les migrants en vertu de leur « *droit inaliénable de contrôler [...] l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire* », y compris lorsqu'ils sont demandeurs d'asile[108]. Mais cette faculté doit respecter l'ensemble des conditions posées à l'article 5 de la Convention, qui exigent notamment :

– que la détention ait une base légale en droit interne (art. 5 § 1) : les conditions de la privation de liberté doivent être clairement définies et la loi doit être suffisamment précise, accessible et prévisible dans son application[109] ;

– que les personnes privées de liberté soient informées rapidement, dans une langue qu'elles comprennent, de la nature de leur rétention et des motifs de celle-ci[110] (art. 5 § 2) ;

– que les personnes puissent contester la légalité de leur placement en rétention et les conditions de celle-ci, à bref délai et devant un organe judiciaire indépendant et impartial (art. 5 § 4). Ceci suppose, pour que ce droit ne soit pas théorique, que les recours permettant de contester la décision de placement en rétention soient accessibles et que les intéressés puissent bénéficier d'une assistance juridique[111].

---

[108] CEDH, 25 juin 1996*, Amuur c/ France,* n° 19776/92. Cette interprétation, concernant les demandeurs d'asile, contredit la position du HCR pour qui l'entrée sur le territoire du demandeur d'asile devrait être *a priori* considérée comme régulière. Elle a été contestée par des juges de la Cour dans leur opinion dissidente sous CEDH, Gde Ch., 29 janvier 2008, *Saadi, c/ RU*, n° 13239/03

[109] CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c/ France*, précité. En l'espèce, à l'époque des faits, aucun texte – sinon une circulaire non publiée – ne prévoyait le maintien en zone de transit, aucun texte ne fixait de durée maximum, ni ne prévoyait d'accompagnement juridique, humanitaire et social, ni ne permettait au juge judiciaire de contrôler les conditions de ce maintien. Anticipant sur cette condamnation, la loi du 6 juillet 1992 avait dans l'intervalle organisé le régime du maintien en "zone d'attente".

[110] Voir par exemple CEDH, 2 octobre 2008, *Rusu c/* Autriche, n° 34082/02 : une ressortissante roumaine en instance d'expulsion ne s'était pas vu communiquer dans une langue comprise par elle les motifs de son renvoi.

[111] CEDH, 5 février 2002, *Conka c/ Belgique*, n° 51564/99. Tel n'est pas le cas lorsque l'information sur les recours disponibles figurait en petits caractères sur le document distribué, dans une langue que les requérants ne comprenaient pas, qu'il n'y avait qu'un seul interprète pour aider les dizaines de familles et qu'ils disposaient uniquement, comme assistance juridique, de la possibilité d'un contact téléphonique avec un avocat. L'Italie a été condamnée sur ce même fondement dans l'arrêt *Khlaifia c/ Italie* (CEDH, Gde Ch., 15 décembre 2016, n° 16483/12) : s'agissant de migrants retenus dans un centre d'accueil de Lampedusa, puis sur des navires amarrés dans le port de Palerme, la Cour relève que les requérants n'ont pas disposé d'un recours juridictionnel leur permettant de contester la légalité de leur privation de liberté.

La Convention n'impose pas aux États membres de fixer une durée maximale ni même de mettre en place un contrôle juridictionnel automatique de la décision de placement[112], sous réserve que la procédure d'éloignement soit menée avec diligence et que l'intéressé dispose de la possibilité de saisir une juridiction permettant un contrôle rapide et utile de la légalité de la mesure. La Cour n'exige pas que les recours prévus dans le cadre de l'article 5 § 4 aient un effet suspensif à l'égard de mesures privatives de liberté. En revanche, elle exige que le juge soit en mesure d'exercer un contrôle d'une ampleur suffisante sur la régularité de la privation de liberté, tant au regard du droit interne que des principes généraux posés par la Convention et de la finalité des restrictions posées par l'article 5 § 1.

La Cour a eu à se pencher sur le cas particulier des mineurs non seulement sous l'angle de l'article 3, comme on l'a vu précédemment, mais aussi au regard de l'article 5. Les États doivent veiller à donner la priorité à des mesures alternatives moins coercitives, afin que la détention soit décidée comme une mesure ultime « *après avoir vérifié concrètement qu'aucune autre, moins attentatoire à la liberté, ne pouvait être mise en œuvre* ». Elle a ainsi conclu à la violation de l'article 5 à propos de l'enfermement d'une enfant âgée de cinq ans : même si son cas relevait bien du f) de l'article 5 § 1, la privation de liberté n'en était pas moins irrégulière dès lors qu'elle avait été détenue dans un centre conçu pour des adultes et dans des conditions qui n'étaient pas adaptées à sa situation d'extrême vulnérabilité liée à son statut de mineure étrangère non accompagnée[113]. La Cour a jugé de même, se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, que la détention d'un mineur n'était pas régulière du fait que les autorités grecques s'étaient bornées à appliquer automatiquement la loi sans prendre en compte sa situation particulière de mineur isolé[114].

Se plaçant sur un autre plan, et s'agissant de mineurs placés en rétention avec leurs parents, la Cour a constaté que le droit français souffrait d'un vide juridique dès lors qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne permet à un enfant en rétention administrative de contester les conditions de son maintien et que l'autorité judiciaire n'exerce son contrôle que sur la rétention des parents, d'où la condamnation pour violation de l'article 5 § 4[115]. Elle a par la suite assoupli sa position : le contrôle juridictionnel exercé sur l'enfermement des parents peut constituer une garantie suffisante pour les enfants dès lors que les juges ont pris en compte la situation particulière de l'enfant en recherchant si une autre mesure moins attentatoire à la liberté aurait pu être privilégiée ou en vérifiant qu'il y avait impossibilité de recourir à l'assignation à résidence[116].

b) Les **normes du CPT** énoncent des principes analogues. Le placement en rétention ne doit intervenir qu'en dernier ressort, la préférence devant être donnée à des mesures alternatives non privatives de liberté, elle doit être nécessaire dans l'optique de prévenir l'immigration clandestine, il doit être entouré de garanties formelles :

> *81. Le CPT considère que, dès le tout début de leur privation de liberté, les étrangers en situation irrégulière retenus doivent – à l'instar des autres catégories de personnes privées de liberté – jouir de trois droits fondamentaux : à savoir (1) avoir accès à un avocat, (2) avoir accès à un médecin et (3) pouvoir informer de leur rétention un proche ou un tiers de leur choix. […]*
> *84. Il est indispensable que les étrangers en situation irrégulière qui viennent d'arriver se voient immédiatement communiquer les informations relatives à ces droits dans une langue qu'ils comprennent. A cet effet, ils doivent se voir systématiquement remettre un document expliquant la procédure applicable et précisant leurs droits en termes clairs et simples. Ce document doit être disponible dans les langues le plus couramment parlées par les retenus et, s'il y a lieu, il convient de recourir aux services d'un interprète.*

---

[112] CEDH 19 mai 2016, *J.N. c. Royaume-Uni*, req. n° 37289/12.
[113] CEDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka c/ Belgique*, précité.
[114] CEDH, 5 avril 2011*, Rahimi c/ Grèce,* n° 8687/08.
[115] CEDH, 19 janvier 2012*, Popov c/ France*, précité.
[116] CEDH, 16 juillet 2016, *A.M. et autres c/ France* et *R.C. et V.C c/ France*, précités.

85. Chaque privation de liberté doit faire l'objet d'une décision individuelle en bonne et due forme, aisément accessible dans l'établissement où se trouve l'intéressé ; cette décision doit être rendue au tout début de la privation de liberté ou dès que possible après celle-ci. Cette exigence de base s'applique également à tout étranger en situation irrégulière qui se voit privé de liberté[117].

c) Le **Pacte sur les droits civils et politiques** de 1966 garantit, dans son article 9, le droit à la liberté et à la sécurité et impose que toute personne privée de liberté puisse introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. Dans son observation générale n° 35 consacrée à l'application de ces dispositions[118], le Comité des droits de l'Homme rappelle que ce contrôle s'applique à la rétention liée à l'immigration, et pose plus généralement les directives suivantes, concernant la privation de liberté des étrangers :

18. La détention pendant une procédure aux fins de contrôle de l'immigration n'est pas en soi arbitraire mais elle doit être justifiée, raisonnable, nécessaire et proportionnée compte tenu de toutes les circonstances, et la mesure doit être réévaluée si elle se poursuit […]. Les décisions concernant la détention de migrants doivent également prendre en considération les effets de la détention sur l'état de santé physique ou mentale de l'intéressé. Tout placement en rétention nécessaire doit se faire dans des locaux appropriés et salubres ne donnant pas un caractère punitif à la rétention, qui ne doit pas avoir lieu dans une prison. […] Les enfants ne peuvent être privés de liberté qu'en dernier ressort et pour une durée aussi brève que possible et leur intérêt supérieur doit être une considération primordiale pour ce qui est de la durée et des conditions de la détention, de même qu'il faut tenir compte de l'extrême vulnérabilité et du besoin de prise en charge des mineurs non accompagnés.

2. L'application des principes par la France

a) La législation française prévoit la faculté de priver de liberté un étranger en dehors de toute procédure pénale dans deux hypothèses : lorsque l'entrée sur le territoire lui est refusée, il peut être maintenu en zone d'attente ; lorsqu'il est sous le coup d'une mesure d'éloignement forcé, il peut être placé en rétention ou, le cas échéant, assigné à résidence. Pris à la lettre, les textes semblent respecter les normes internationales : l'enfermement est prévu par la loi ; sa durée, bien qu'ayant été progressivement allongée dans le cas de la rétention – de sept jours à l'origine à quatre-vingt dix jours aujourd'hui[119] –, est limitée ; les personnes privées de liberté doivent être dûment informées de leurs droits ; elles sont présentées à un juge au bout de quatre jours (zone d'attente) ou deux jours (rétention) ; les textes, enfin, font mention d'alternatives à l'enfermement. Une lecture plus attentive des dispositions législatives et l'observation des pratiques montrent toutefois qu'elles ne sont pas suffisantes pour prémunir contre une application non conforme aux principes que l'on a rappelés plus haut.

Trois catégories de personnes peuvent être maintenues en zone d'attente : les étrangers auxquels l'accès au territoire français est refusé, le temps d'organiser leur départ ; les étrangers qui sollicitent l'asile à la frontière, le temps d'examiner si leur demande n'est pas manifestement infondée ; les étrangers en transit qui ne peuvent embarquer vers leur destination finale. Le maintien est décidé par l'administration et prolongé au-delà de quatre jours par le juge des libertés et de la détention (JLD), d'abord pour huit jours, puis le cas échéant pour une nouvelle durée de huit jours : la durée totale du maintien ne peut donc excéder vingt jours, sauf si l'intéressé dépose une demande d'asile, auquel cas elle est prorogée de six jours sup-

[117] Extrait du 19e rapport général du CPT publié en 2009 (CPT/Inf(2009)27-part). Ces principes sont systématiquement réaffirmés dans les rapports du Comité.
[118] Comité des droits de l'Homme, Observation générale n° 35, Article 9 (Liberté et sécurité de la personne), CCPR/C/GC/35, 16 décembre 2014.
[119] C'est la durée qui résulte de la loi « pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie » promulguée en septembre 2018.

plémentaires (art. L. 221-1 et s. du Ceseda). Les textes rappellent que l'étranger doit être informé dans les meilleurs délais *« qu'il peut demander l'assistance d'un interprète et d'un médecin et communiquer avec un conseil ou toute personne de son choix* » et précisent que *« ces informations lui sont communiquées dans une langue qu'il comprend* » (art. L. 221-4 du Ceseda).

L'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement (obligation de quitter le territoire français, expulsion, interdiction du territoire français...) qui se trouve dans l'impossibilité de quitter immédiatement la France, peut être placé en rétention (art. L. 551-1 et s. du Ceseda). Toutefois, pour se conformer au principe posé par la directive retour selon lequel la rétention ne doit intervenir qu'à défaut d'autres mesures moins coercitives, la loi du 16 juin 2011 a, dans un premier temps, donné au préfet la possibilité, dans les mêmes hypothèses, de prononcer une assignation à résidence comme alternative à la rétention ; par la suite, la loi du 7 mars 2016 a fait de l'assignation à résidence le principe, sous réserve toutefois que l'étranger « présente des garanties effectives de représentation propres à prévenir le risque » qu'il s'y soustraie (art. L. 561-2 du Ceseda).

Sous l'empire de la législation actuellement en vigueur, le juge des libertés et de la détention (JLD) doit être saisi dans un délai de 48 h[120]. C'est à lui qu'il appartient de décider la prolongation de la rétention : une première fois pour une durée de vingt-huit jours puis, à nouveau, pour une durée maximale de trente jours renouvelable sans pouvoir toutefois excéder quatre-vingt-dix jours (art. L. 552-7 du Ceseda). Le JLD ne peut ordonner la libération de l'étranger que s'il constate des irrégularités de procédure ou des illégalités substantielles entachant les actes qui ont précédé le placement en rétention (contrôle d'identité, interpellation, retenue administrative, garde à vue) ou s'il constate que le personne retenue n'a pas été correctement informée de ses droits[121]. Il vérifie aussi les conditions dans lesquelles s'effectue la rétention et la nécessité du maintien en rétention, notamment au regard des perspectives d'éloignement. La loi du 7 mars 2016 a par ailleurs transféré du juge administratif au juge judiciaire le pouvoir de contrôler la légalité de la décision de placement en rétention. L'effet aurait pu être positif dans la mesure où, contrairement au juge administratif, le juge judiciaire accepte de vérifier la régularité des actes qui ont précédé et permis le placement en rétention, notamment les conditions de l'interpellation. Mais il a refusé de se reconnaître compétent pour contrôler la légalité de la mesure d'éloignement qui conditionne celle du placement en rétention, estimant que cette mission devait continuer à relever du juge administratif, ce qui limite l'effectivité du contrôle ainsi fractionné.

b) La législation et les pratiques françaises relatives à l'enfermement des étrangers font l'objet de dénonciations récurrentes de la part des ONG. Elles ont également donné lieu à des **rapports très critiques** émanant d'instances comme le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Sont pointées l'insuffisance de l'assistance juridique et les difficultés d'accès au juge, la durée excessive de l'enfermement, souvent prolongé alors que les perspectives d'éloignement sont nulles, la présence des enfants en rétention, les difficultés de communication avec l'extérieur. Les instances de contrôle internationales ont, pour leur part, moins souvent axé leurs critiques sur le respect des règles entourant la privation de liberté que sur le risque de mauvais traitements évoqué plus haut.

À la suite de l'arrêt *Amuur c/ France*, dans lequel la Cour de Strasbourg avait constaté que des demandeurs d'asile avaient été maintenus pendant vingt jours en zone de transit, dans un vide juridique qui ne prévoyait notamment aucun contrôle du juge judiciaire ni de limite dans

[120] Ce délai avait été repoussé jusqu'à cinq jours par la réforme de 2011 avant que la loi de 2016 ne revienne au délai de 48 h. La conséquence en a été une augmentation considérable du nombre d'étrangers renvoyés avant toute saisine d'un juge à même de sanctionner les irrégularités ayant entaché la mesure d'enfermement.

[121] La loi du 16 juin 2011 a subordonné la possibilité pour le juge de mettre fin à la rétention à la condition en raison des irrégularités commises à la condition que celles-ci aient eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger (art. L. 552-13 du Ceseda).

le temps, le régime de la zone d'attente a été encadré, comme on l'a rappelé plus haut, par la loi de 1992.

Sous le régime antérieur à la loi du 7 mars 2016 qui a transféré, comme on vient de le rappeler, le contrôle de la régularité de la rétention au JLD, la France a été condamnée en raison de la violation de l'article 5 § 4 de la Convention européenne, au motif que le contrôle de légalité de l'arrêté de placement ne remplissait pas l'ensemble des conditions requises pour être regardé comme effectif. En effet, la Cour a relevé que le juge administratif ne pouvait contrôler que la compétence de l'auteur de la décision et la motivation de celle-ci mais que, n'ayant pas la compétence de contrôler les actes antérieurs – tels que l'interpellation – qui ont abouti à la rétention et de vérifier leur régularité au regard des exigences de l'article 5, son contrôle restait en-deçà des dispositions conventionnelles[122]. La réforme du 7 mars 2016, en attribuant au JLD compétence exclusive de statuer sur la légalité de la rétention, n'a pas pour autant résolu la difficulté ou plutôt en a créé une autre, puisque le JLD ne peut toujours, on l'a dit, apprécier, par voie d'exception, la légalité des décisions d'éloignement ou fixant le pays de destination.

S'agissant, enfin, du cas des mineurs accompagnant leurs parents en rétention, la France n'a pas tiré toutes les conséquences de l'arrêt *Popov c/ France.* La loi du 7 mars 2016 a posé en principe l'interdiction de placer en rétention une personne étrangère accompagnée d'un mineur, mais en l'assortissant de plusieurs exceptions : si l'une des prescriptions d'une précédente mesure d'assignation à résidence n'a pas été respectée, si la personne a cherché à se soustraire à l'exécution de la mesure d'éloignement ou si « *en considération de l'intérêt du mineur, le placement en rétention de l'étranger dans les quarante-huit heures précédant le départ programmé préserve l'intéressé et le mineur qui l'accompagne des contraintes liées aux nécessités de transfert* » [123]. Le texte ajoute que la durée du placement en rétention doit être la plus brève possible, que le placement en rétention d'un étranger accompagné d'un mineur n'est possible que dans des centres spécialement adaptés pour l'accueil des familles, et que l'intérêt supérieur de l'enfant doit rester une considération primordiale.

Comme le soulignait le Défenseur des droits, la référence à « l'intérêt du mineur » est paradoxale, tant l'intérêt supérieur de l'enfant se trouve foulé en cas de privation de liberté dans un centre de rétention. Sous couvert de l'objectif affiché de limiter le placement des enfants en rétention, la nouvelle loi, estime-t-il, a pour effet de légaliser des pratiques condamnables au regard des articles 3, 5 et 8 de la CEDH et 3-1 de la Convention des droits de l'enfant[124].

Le Contrôleur général, au cours de ses visites, a constaté une amélioration des conditions matérielles d'hébergement dans les CRA habilités à recevoir des familles. Mais il fait remarquer que l'enfermement n'en porte pas moins atteinte à l'intégrité psychique des enfants qui sont plongés dans un univers quasi pénitentiaire, anxiogène, entourés de murs, de grilles et de barbelés et sont témoins de violences, de transfert de personnes entravées ou menottées. Les

[122] CEDH 12 juill. 2016, *A.M. c/ France*, n° 56324/13, précité. Le requérant se plaignait de ce qu'il avait été renvoyé en Tunisie avant la saisine du JLD et avant que le tribunal administratif ne se prononce sur la légalité du placement en rétention. La Cour constate que le juge administratif, saisi d'un recours contre l'arrêté de placement en rétention administrative, n'a pas compétence pour contrôler la régularité des actes accomplis avant la rétention et ayant mené à celle-ci, notamment les conditions dans lesquelles s'est déroulée l'interpellation de l'étranger. Ce faisant, il ne peut vérifier si les modalités de l'interpellation ayant conduit à la rétention sont conformes au droit interne ainsi qu'au but de l'article 5 qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire.

[123] Comme ne manquent pas de le relever le Défenseur des droits et le CGLPL, cette « garantie » a en réalité pour objectif de valider la pratique administrative des « placements éclairs » : les familles sont interpellées à leur domicile, amenées au centre de rétention et éloignées le lendemain matin, sans avoir pu rencontrer ni le service médical ni l'association présente dans le centre de rétention, et donc sans pouvoir faire valoir leurs droits ni exercer de recours contentieux contre leur placement en rétention.

[124] Le Défenseur des Droits, « Les droits fondamentaux des étrangers en France », Rapport du 9 mai 2016, p. 112-115.

témoignages attestent que nombre d'entre eux nourrissent durablement des angoisses et subissent des troubles du sommeil, du langage ou de l'alimentation[125].

Or, loin de diminuer, le nombre d'enfants placés en rétention avec leur famille ne cesse d'augmenter : il est ainsi passé de 41 en 2013 et 45 en 2014, à 106 en 2015, 182 en 2016 et 304 en 2017. Ces statistiques ne concernent que la métropole et n'incluent pas l'outre-mer : à Mayotte ce sont plusieurs milliers de mineurs, souvent des mineurs isolés rattachés artificiellement à un adulte en instance d'éloignement, qui sont placés chaque année en rétention et expulsés.

*

Violation des droits de l'Homme ou crimes contre l'humanité ?

Si, dans les développements qui précèdent, l'accent a été mis sur la législation et les pratiques françaises, la lecture des observations et des rapports émanant des très nombreuses instances de contrôle ou encore des affaires soumises à la Cour européenne des droits de l'Homme montre que tous les États sont aujourd'hui pris en défaut sur le terrain du respect des droits fondamentaux des migrants.

S'il est donc manifeste que les politiques migratoires aujourd'hui mises en œuvre par les États du Nord engendrent des violations de plus en plus graves des droits de l'Homme, il faut aller au-delà de ce constat.

Est en effet établie au-delà de tout doute possible et même officiellement reconnue[126] l'existence, particulièrement en Libye, d'actes inhumains tels qu'énumérés à l'article 7 du Statut de Rome : privation grave de liberté, meurtre, viol, réduction en esclavage, disparitions forcées… Ces actes sont commis par des agents étatiques et les membres d'organisations non-étatiques – milices ou mafias – dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée délibérément contre la population civile constituée des migrants.

Or l'Union et les États membres fournissent, en toute connaissance de cause puisque les actes en question sont documentés et dénoncés par ailleurs, une aide substantielle et déterminante à ces organisations criminelles, à qui est explicitement confiée la tâche d'intercepter les migrants qui cherchent à atteindre l'Europe par la mer. Une fois ramenés en Libye, les rescapés sont abandonnés à leur sort, placés en détention dans des camps officiels ou clandestins, livrés aux exactions que l'on vient de rappeler et qui sont constitutives de crimes contre l'humanité.

Dans ces conditions, se pose sérieusement la question de la responsabilité pénale des dirigeants de l'Union européenne et des États membres au regard de l'article 25, c) du Statut de Rome qui prévoit qu' « *une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : […] c) En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission* ».

[125] Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 9 mai 2018 relatif à l'enfermement des enfants en centres de rétention administratifs, NOR : *CPLX1815780V*, *JO* du 14 juin.

[126] La Procureure de la Cour pénale internationale (CPI), Mme Fatou Bensouda, a affirmé, en mai 2017, devant le Conseil de sécurité, que son Bureau envisageait d'ouvrir une enquête sur les crimes perpétrés contre les 300 000 migrants qui vivraient en Libye, ce pays étant devenu, selon des sources crédibles, un véritable « marché » pour la traite des êtres humains. Le Haut-Commissaire des Nations unies aux droit de l'Homme s'est lui aussi ému de ce qu'ont constaté les observateurs envoyés en novembre 2017 dans ce pays.