



Mémoire de recherche présenté dans le cadre du master 2 droit européen
des affaires dirigé par Monsieur le Professeur Éric Carpano

Le recours à la rétention à des fins d'éloignement dans le cadre de la directive retour

Présenté par Chloé Peyronnet

Sous la direction de Madame le Professeur Marie-Laure Basilien-Gainche

2014 - 2015

Remerciements

Je tiens à remercier chaleureusement l'ensemble des personnes qui ont été à mes côtés pendant la réalisation de ce mémoire, et plus particulièrement :

Madame le Professeur Marie-Laure Basilien-Gainche, pour son temps précieux, sa patience et ses conseils avisés ;

Les doctorants du Centre d'études européennes, pour leurs critiques constructives ;

Mes parents, pour leur soutien indéfectible et leur relecture de mon travail ;

Amaury, Tom et Sara, pour avoir toujours témoigné leur confiance en mes capacités d'apprentie chercheuse.

Liste des abréviations

A. G.	Avocat général
al.	Autres
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJ Pénal	Actualité juridique pénal
APCE	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
Art.	Article
c.	Contre
CDE	Comité des droits de l'enfant
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CDH	Conseil des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
cons.	Considérant
Conseil	Conseil de l'Union européenne
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Conv. EDH, Convention, Convention européenne des droits de l'homme	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
dir.	Directeur/trice
dirs.	Directeurs/trices
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
ECOSOC	Comité économique et social des Nations unies
éd.	Edition
FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
GC	Grande chambre
Ibid.	Ibidem
n°	Numéro
ONG	Organisation non-gouvernementale
p.	Page
pp.	Pages
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
pt.	Point
req.	Requête
s.	Et suivants
UNHCR	Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés
v.	Voir
vol.	Volume
§	Paragraphe

Sommaire

Introduction	1
Partie I - Le recours à la rétention : une privation de liberté banalisée.....	8
Chapitre I - Les motifs de placement en rétention : une marge d'appréciation trop vaste	10
Chapitre II - La décision de placement en rétention : des garanties procédurales lacunaires.....	27
Partie II - La proportionnalité du recours à la rétention : une exigence ignorée... 	50
Chapitre I - Les limites au recours à la rétention : des garde-fous insuffisants.....	52
Chapitre II - L'inefficacité du recours à la rétention : une légitimité mise à mal	75
Conclusion	98
Annexes.....	V
Recueil de la jurisprudence citée.....	XXVII
Bibliographie	XXXII
Table des matières.....	XLVII

« Ces formes d'expérience qui au lieu d'être considérées comme centrales et d'être valorisées positivement dans une société, sont considérées comme les expériences limites, les expériences frontières à partir de quoi est remis en question cela même qui est considéré d'ordinaire comme acceptable »¹.

¹ M. FOUCAULT, « Une histoire de la manière dont les choses font problème », entretien de Michel Foucault avec André Berten du 7 mai 1981, in *Cultures & Conflits*, n° 94-95-96, 2014, p. 101.

Introduction

1. Frontières géographiques, frontières de statut, frontières entre la norme et la déviance : si la notion de frontière est protéiforme², elle a toujours été étroitement liée à la souveraineté³. Selon Michel Foucault⁴, l'essence de tout pouvoir est de dessiner des frontières : c'est en effet en distinguant un espace d'autres espaces que l'État délimite le champ d'application territorial de son pouvoir coercitif et de ses responsabilités, en différenciant un groupe d'autres groupes qu'il en établit le champ d'application personnel. Pour autant, ces contours n'ont pas à être linéaires : en réalité, ils le sont de moins en moins, la frontière se manifestant à présent en amont et en aval du bornage territorial⁵. Flexible dans l'espace⁶, la frontière se fixe non plus dans des lieux géographiques déterminés, mais dans le corps des prétendants à la mobilité⁷ : selon leur origine, leur degré de qualification, leurs ressources et leurs attaches, elle disparaît ou se renforce⁸. Ainsi, « l'enjeu n'est plus dès lors le contrôle de la frontière en tant que telle, mais celui des personnes qui pourraient être amenées à la franchir »⁹, dans un sens ou dans l'autre.

2. Avec l'avènement de l'État-nation, la frontière-zone, lieu d'interactions, est devenue frontière-ligne, mur de séparation¹⁰. Finalement, elle s'est délinéarisée pour se changer en « zone-frontière aux multiples dimensions »¹¹. Cela est particulièrement vrai des frontières extérieures de l'Union européenne, définies comme « les frontières terrestres des États membres, y compris les frontières fluviales et lacustres, les frontières maritimes, ainsi que

² O. DESCAMPS, « La formation historique des frontières extérieures », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice et 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011, p. 195.

³ C. BLUMANN, « Les frontières de l'Union européenne : rapport introductif général », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice et 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011, p. 8.

⁴ M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, coll. Tel, n° 9, 1976.

⁵ De plus en plus avec l'approche globale. V. pts. 4 s.

⁶ Le concept de frontière « flexible » est emprunté à Paolo Cuttitta. V. P. CUTTITTA, « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », in *Culture et Conflits*, n° 68, 2007, pp. 61-84 [<http://conflits.revues.org/5593>].

⁷ F. JOBARD, « Schengen ou le désordre des causes », in *Vacarme*, n° 8, 15 mai 1999 [<http://www.vacarme.org/article19.html>].

⁸ V. Z. BAUMAN, *Le coût humain de la mondialisation*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1999, plus particulièrement le chapitre IV.

⁹ J. JEANDESBOZ cité par J. ROSSETO, « Le contrôle de l'immigration », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice et 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011, p. 119.

¹⁰ V. C. BLUMANN, « Les frontières de l'Union européenne : rapport introductif général », préc., pp.1-15 et J.-Y. CARLIER, « L'entrée et le séjour des ressortissants d'États tiers : le déplacement des frontières migratoires », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice et 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011, pp. 132-146.

¹¹ E. BALIBAR, *Europe Constitution Frontière*, Bègles, Editions du Passant, 2005, p. 95 cité par J. JEANDESBOZ, « Chronique bibliographique. Europe, frontières et politique : chronique autour d'Etienne Balibar », in *Cultures & Conflits*, n° 70, p. 192 [<http://conflits.revues.org/12963#ftn5>].

leurs aéroports, ports fluviaux, ports maritimes et ports lacustres, pour autant qu'ils ne soient pas des frontières intérieures »¹².

3. La notion de frontières extérieures de l'Union européenne découle de la suppression des frontières intérieures telle qu'amorcée dans le cadre de l'accord de Schengen du 14 juin 1985¹³. Désireux de faciliter la libre circulation des marchandises (et par ricochet celles des services, capitaux et personnes), cinq États ont fait le choix d'œuvrer à la suppression de leurs frontières communes, en contrepartie de quoi les contrôles devaient être renforcés aux frontières extérieures du « groupe Schengen ». Dans la convention d'application de cet accord intergouvernemental¹⁴, la sécurisation des frontières extérieures a acquis un poids prépondérant concernant la libre circulation des personnes, abordée conjointement avec la lutte contre la criminalité¹⁵. Ainsi, ce texte contenait le germe de l'association entre immigration illégale et menace, clairement affirmée par la suite. Surtout, il laissait entendre que l'on pouvait repousser tout danger au-delà des frontières extérieures, entretenant le mythe du risque zéro¹⁶. L'« acquis Schengen »¹⁷ a finalement été intégré au droit communautaire par le traité d'Amsterdam¹⁸, qui a permis l'adoption des premières mesures communautaires relatives à l'immigration et l'asile. Malgré les précautions prises avec l'instauration d'une période transitoire de cinq ans permettant une communautarisation progressive de ce domaine¹⁹ et la limitation de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes²⁰, il s'est avéré nécessaire d'instaurer un mécanisme d'« opt-out » pour le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni²¹ : il en résulte qu'en principe, les deux derniers ne participent pas à l'acquis Schengen.

¹² Art. 1 du règlement (CE) 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

¹³ Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Journal officiel n° L 239 du 22/09/2000 p. 0013 – 0018.

¹⁴ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Journal officiel n° L 239 du 22/09/2000 p. 0019 – 0062.

¹⁵ Ce qui fait dire au sociologue Fabien Jobard : « Schengen, au début, c'était la défaite des douanes ; Schengen, à la fin, c'est la victoire des polices. » V. F. JOBARD, « Schengen ou le désordre des causes », préc.

¹⁶ Sur l'« utopie du risque zéro » et ses dangers, v. G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGUES, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2011.

¹⁷ C'est à dire l'accord de Schengen, la convention d'application de cet accord et les actes juridiques adoptés sur ce fondement.

¹⁸ Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes du 2 octobre 1997.

¹⁹ Pendant la période transitoire de cinq ans, l'initiative législative était partagée entre la Commission et les États membres, le Conseil votait à l'unanimité et le Parlement n'était que consulté.

²⁰ En ce domaine, seules les plus hautes juridictions des États membres pouvaient procéder à des renvois préjudiciels. Le traité de Lisbonne a mis fin à cette limitation.

²¹ Ces États disposaient de trois mois à partir de la soumission d'une proposition dans ce domaine pour décider de participer ou non aux négociations (le cas échéant, ils ne pouvaient en bloquer l'adoption), tout en gardant la possibilité de se soumettre à un instrument postérieurement à son adoption.

4. Quelques mois après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Conseil européen de Tampere a mis la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne « en tête de son agenda » et « [entendait] l'y maintenir »²². La liberté de circulation des personnes, qu'il s'agisse de ressortissants communautaires ou de pays tiers, était alors constamment liée à des préoccupations de sécurité²³. C'est également à cette occasion que la notion d' « approche globale des migrations »²⁴ est apparue, traduisant le développement de la coopération avec les États tiers dans le cadre de la gestion de l'immigration²⁵. De plus, la lutte contre l'immigration clandestine a été clairement affirmée comme une nécessité²⁶, et ce en usant d'un vocabulaire toujours plus militaire²⁷.

5. Suite aux attentats du 11 septembre 2001 dont les chefs d'États et de gouvernements ont affirmé qu'il leur a « brutalement ouvert les yeux » sur le déficit de sécurité de l'Union²⁸, l'assimilation entre immigration illégale et menace s'est consolidée²⁹ :

« Une meilleure gestion du contrôle des frontières extérieures de l'Union contribuera à lutter contre le terrorisme, les filières d'immigration illégale et la traite des êtres humains »³⁰.

Se référant au Conseil européen de Tampere, le Conseil européen de Laeken s'est engagé à adopter « dans les plus brefs délais » une politique commune en matière d'asile et d'immigration. En 2004, le Conseil européen de Bruxelles s'est penché non seulement sur le contrôle des entrées mais également sur les modalités de retour, recommandant la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement basées sur des normes communes³¹. Surtout, il a donné lieu à l'adoption du programme de la Haye, qui réaffirme la priorisation de l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité de justice en multipliant les références croisées au terrorisme, à l'immigration illégale et à la sécurité³² et qui insiste sur la

²² Conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, introduction.

²³ Id., notamment pts. 2 et 4.

²⁴ Id., pt. 11.

²⁵ Sur la délégation du contrôle des frontières extérieures à des États-tiers et à des personnes privées, v. P. CUTTITA, « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », préc. ; sur le rôle de Frontex dans ce domaine, v. C. PEYRONNET, « Le programme de travail de Frontex pour 2015 : Une fuite en avant mal dissimulée », in *La Revue des droits de l'homme*, Lettres Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 9 juin 2015 [<http://revdh.revues.org/1373>].

²⁶ Conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, pt. 23.

²⁷ V. D. DUEZ, « La surveillance des frontières : efficacité et limites du projet “smart border” européen », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice des 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011, pp. 150-151.

²⁸ Sans employer ces termes, les conclusions du Conseil européen de Laeken mettent sur un pied d'égalité le déficit démocratique de l'Union, qui constituerait son défi interne, et son déficit de sécurité, qui constituerait son défi externe.

²⁹ Depuis lors, le contrôle des frontières extérieures de l'Union européenne est systématiquement traité concomitamment avec le terrorisme.

³⁰ Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, pt. 42.

³¹ Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004, pt. 1.6.4

³² Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2005 « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice », COM(2005) 184 final. V. notamment § 4 de l'introduction, pts. III.1.6.4, III.1.7.2, III.2.

coopération avec les États tiers³³, c'est-à-dire sur l'approche globale des migrations évoquée depuis le Conseil européen de Tampere. Cette dernière a été officiellement adoptée par les chefs d'État et de gouvernement lors du sommet d'Hampton Court des 15 et 16 décembre 2005 : les accords de coopération (qui délèguent la gestion de l'immigration à des États tiers) et les accords de réadmission (par lesquels des États tiers s'engagent à accueillir certaines des personnes rapatriées hors du territoire des États membres) pouvaient dès lors se développer³⁴, ce qui a été réaffirmé dans le cadre du programme de Stockholm³⁵.

6. C'est dans le cadre de l'achèvement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et de l'approche globale des migrations que la directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (dite "directive retour") a été adoptée le 16 décembre 2008³⁶, jour anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Premier texte de la politique migratoire européenne adopté en codécision³⁷, la directive retour a fait l'objet de débats vigoureux : premièrement, l'enjeu politique était fort pour un Parlement européen devant conquérir son statut d'égal avec le Conseil, et par là-même frileux à l'idée d'engager des négociations qu'il pourrait perdre³⁸ ; deuxièmement, la fixation de normes minimales³⁹ en matière de retour constituait un sujet particulièrement sensible du fait de l'hétérogénéité des droits nationaux dans ce domaine et de son intrication avec la souveraineté des États. En effet, « l'entrée et le séjour des ressortissants de pays-tiers se situent aux marges, aux confins des rapports entre ordres juridiques, entre souveraineté nationale et droit commun de l'Union »⁴⁰. Il en va de même de leur rapatriement.

³³ Id., pt. III.1.6. s.

³⁴ Sur les accords de coopération, v. C. PEYRONNET, « Le programme de travail de Frontex pour 2015 : Une fuite en avant mal dissimulée », préc.

³⁵ Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 10 et 11 décembre 2009, pts. 30 s.

³⁶ Sur le fondement de l'art. 63 § 1 3) b) du traité instituant la Communauté européenne, remplacé depuis le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 par l'article 79 § 2 c) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « aux fins du [développement d'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], le Parlement européen et le Conseil statuant conformément à la procédure législative ordinaire adoptent les mesures dans les domaines suivants : [...] L'immigration clandestine et le séjour irrégulier, y compris l'éloignement et le rapatriement des personnes en séjour irrégulier ».

³⁷ J.-Y. CARLIER, « La "directive retour" et le respect des droits fondamentaux », in *L'Europe des libertés*, n° 26, pp. 13-21 [http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/IMG/EdL_26_doctrine_2_bis_v1-0.pdf].

³⁸ En effet, avec le traité de Lisbonne non-encore en vigueur mais déjà signé, le Parlement européen allait obtenir la généralisation de la procédure de codécision, devenue procédure législative ordinaire. V. F. GUYON, *La directive retour, reflet des enjeux de la politique migratoire européenne*, mémoire sous la direction de M. MENDENEZ, IEP de Rennes, 2008-2009, p. 43 s.

³⁹ La directive retour est une directive d'harmonisation minimale : les États membres doivent respecter ses prescriptions « sans préjudice des dispositions plus favorables », qu'elles soient internationales, communautaires ou nationales. V. art. 4 de la directive retour.

⁴⁰ J.-Y. CARLIER, « L'entrée et le séjour des ressortissants d'États tiers : le déplacement des frontières migratoires », préc., p. 133.

7. Pour les États membres de l'espace Schengen⁴¹, la directive retour encadre l'exécution des décisions de retour⁴² prises à l'encontre des ressortissants des pays tiers en situation irrégulière. Elle se veut ainsi une réponse à la disparité des droits et pratiques nationaux en la matière⁴³, laquelle mettait en péril tant le respect des droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers concernés que l'efficacité de la politique migratoire de l'Union⁴⁴. Elle prévoit notamment des normes minimales quant à la privation de liberté des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière qui peut être ordonnée aux fins de l'exécution d'une décision de retour, et ce sous la forme d'un placement en centre de rétention administrative⁴⁵. Depuis les années quatre-vingt-dix, cette mesure tend à devenir un « passage obligé »⁴⁶ pour les ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour. Selon les États membres, elle est désignée par des vocables plus ou moins explicites : en effet, si quatorze des vingt-trois versions officielles de la directive retour retiennent un terme équivalent à « détention »⁴⁷ et quatre des termes approchants (qui correspondent approximativement à confinement⁴⁸, garde⁴⁹, sécurité⁵⁰ et placement⁵¹), la Bulgarie, la Croatie, la France et l'Italie utilisent le terme de « rétention » (ou un terme correspondant) et l'Espagne celui d'« internement ». Cet « adoucissement sémantique »⁵² traduit l'appartenance formelle de la mesure à la matière administrative. En effet, cette privation de liberté a la particularité d'être conçue comme non punitive, ce qui l'exclut de la matière pénale et des garanties procédurales afférentes⁵³. Ainsi, l'emploi du terme « rétention à des fins d'éloignement » par la version française de la directive retour ne doit pas faire oublier que son impact sur les droits fondamentaux est aussi important qu'en matière carcérale, sinon plus⁵⁴.

⁴¹ L'ensemble des États membres de l'Union européenne à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande, ainsi que les quatre États membres de l'Association européenne de libre échange (AELE) que sont l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse.

⁴² Aux termes de l'art. 3 § 4 de la directive retour, une décision de retour est « une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant de pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour », le retour étant lui-même défini à l'art. 3 § 3 comme « le fait, pour le ressortissant d'un pays tiers, de rentrer – que ce soit par obtempération volontaire à une obligation de retour ou y étant forcé – dans son pays d'origine ou un pays de transit [...] ou un autre pays tiers dans lequel [il] décide de retourner volontairement et sur le territoire duquel il sera admis. »

⁴³ V. M. GAUTIER, « La rétention en droit communautaire », in O. LECUCQ (dir.), *La rétention administrative des étrangers : entre efficacité et protection*, Paris, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2011, pp. 14-31.

⁴⁴ V. notamment la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier {SEC(2005) 1057} / COM/2005/0391 final / COD 2005/0167.

⁴⁵ Le terme « centre de rétention administrative » est utilisé en droit français. Sur les différents termes utilisés pour désigner ces lieux de privation de liberté, v. G. CAMPESI, « Immigrant Detention and the double logic of securitization in Italy », in N. LABANCA, M. CECORULLI (dirs.), *The EU, Migration and the Politics of Administrative Detention*, Routledge, London, 2014.

⁴⁶ M. GAUTIER, « La rétention en droit communautaire », préc.

⁴⁷ Versions danoise, allemande, estonienne, anglaise, lettonne, lituanienne, maltaise, néerlandaise, slovène, finnoise et suédoise.

⁴⁸ Version grecque.

⁴⁹ Version hongroise.

⁵⁰ Version tchèque.

⁵¹ Version slovaque.

⁵² Notre traduction. G. CAMPESI, « Immigrant Detention and the double logic of securitization in Italy », préc., p. 146.

⁵³ V. pts. 42 s.

⁵⁴ V. CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau », 2 avril 2012, A/HRC/20/24, pt. 31 ; APCE, résolution 1707 « Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe », 28 janvier 2010, pt. 4.

8. Le champ d'application personnel de la rétention à des fins d'éloignement (qui correspond à celui de la directive) est très vaste : en effet, si le terme de « séjour irrégulier »⁵⁵ exclut les demandeurs d'asile reconnus comme tels⁵⁶, il englobe des situations aussi diverses que celles des personnes entrées dans l'espace Schengen clandestinement, des personnes entrées à l'aide de faux documents, des personnes entrées légalement mais qui se sont maintenues sur le territoire au-delà de la durée autorisée, des personnes titulaires d'un titre de séjour dont le renouvellement a été retardé (par exemple du fait que le premier a expiré avant que le second n'ait été délivré) ou refusé (par exemple pour un étudiant dont le titre de séjour n'a pas été renouvelé après l'achèvement de ses études) ou dont elles ont oublié de demander le renouvellement dans les délais, des demandeurs d'asile déboutés ou des personnes ayant fait l'objet d'une procédure de retour qui n'a pas pu être exécutée mais qui n'ont pas pour autant obtenu de titre de séjour. Aux termes de la directive retour, l'âge ou l'état de santé ne font pas obstacles à un placement en rétention à des fins d'éloignement⁵⁷.

9. « Indépendamment du vocabulaire utilisé, [la rétention à des fins d'éloignement est] une mesure privative de liberté »⁵⁸ qui déroge au droit à la liberté et à la sûreté, garanti⁵⁹ par les articles 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶⁰, 5 de la Convention EDH⁶¹ et 9 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶². Ainsi, quelles que soient les conditions matérielles dans lesquelles cette mesure est exécutée, elle constitue dans son principe même une atteinte aux droits fondamentaux. Pourtant, la nature, la mesure et la légitimité de cette atteinte ne sont que très peu traitées par la doctrine

⁵⁵ Art. 2 § 1 de la directive retour.

⁵⁶ Les demandeurs d'asiles peuvent cependant faire l'objet d'un placement en rétention pendant l'examen de leur demande dans le cadre de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), dite « directive accueil ».

⁵⁷ V. pts. 88-108.

⁵⁸ P. SCHUMACHER, « La politique de l'Union européenne en matière de retour sous le regard de la Commission européenne », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 14 avril 2014 [<http://revdh.revues.org/646>] ; V. également G. CAMPESI, « Immigrant Detention and the double logic of securitization in Italy », préc., p. 148 ; sur la distinction entre les privations de liberté (qui relèvent de l'art. 5) et les restrictions de liberté (qui relèvent de l'article 2 du Protocole n° 4 à la Conv. EDH, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention), v. Cour EDH [CP], *Engel et al. c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, §§ 59 et 63 ; Cour EDH [CP], 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, req. n° 7367/76, §§ 92-94 ; Cour EDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, req. n° 19776/92, §§ 45 et 49 ; Cour EDH, *Storck c. Allemagne*, 16 juin 2005, req. n° 61603/00, §§ 71, 74, 75 et 126 ; Cour EDH [GC], 23 février 2012, *Creangă c. Roumanie*, req. n° 29226/03, § 92.

⁵⁹ « Garanti » renvoie aux instruments juridiques contraignants. Parallèlement, le droit à la liberté est visé par de nombreux instruments juridiques non contraignants tels que l'art. 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ou la ligne directrice n°2 § 12 des *Detention Guidelines* de 2012 du Haut Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés.

⁶⁰ Art. 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 : « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ».

⁶¹ Article 9 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 : « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales [...] ».

⁶² Article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 : « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi ».

juridique, alors même que sociologues, politistes et anthropologues développent une littérature croissante en la matière. À l'heure où « la mobilité accède au premier rang des valeurs désirables »⁶³, où le mot clé *migrancrisis* envahit les médias et les réseaux sociaux⁶⁴ et où les chefs d'État et de gouvernement européens s'alarment du nombre de migrants morts en mer Méditerranée, l'accueil des demandeurs d'asile mobilise l'attention tandis que le sort des personnes en situation irrégulière est relégué à l'arrière-scène, y compris dans le monde universitaire qui se focalise sur les premiers au détriment des seconds. Or, la manière dont les ressortissants de pays tiers en situation irrégulière sont transférés hors du territoire des États membres soulève d'importantes questions juridiques, ayant trait tant aux droits fondamentaux des intéressés qu'à la manière dont des États s'inscrivant dans un cadre mondialisé défendent leur souveraineté par le biais du contrôle des frontières, dont la rétention à des fins d'éloignement est une manifestation.

10. Cette étude, centrée sur le recours à la rétention à des fins d'éloignement dans le cadre de la directive retour, a pour objet de mettre en lumière ces enjeux sous l'angle des obligations des États membres en terme de droits fondamentaux. Pour ce faire, elle vise à déterminer la nature et la mesure des atteintes aux droits fondamentaux induites par la rétention à des fins d'éloignement telle qu'elle est permise par la directive retour et telle qu'elle est pratiquée par les États membres, à en déterminer les objectifs et à en évaluer la proportionnalité. Pour des raisons pratiques, le terme « États membres » sera employé pour désigner les trente États soumis à la directive retour⁶⁵. Le sujet sera traité dans le cadre de deux grands axes, traduisant deux problèmes connexes : la banalisation de la privation de liberté sous forme de rétention à des fins d'éloignement (partie I) et l'ignorance de l'exigence de proportionnalité tant par la directive retour que par les États membres dans la manière dont ils recourent à cette mesure (partie II).

⁶³ Z. BAUMAN, *Le coût humain de la mondialisation*, préc.

⁶⁴ Par exemple sur le réseau social Twitter : <https://twitter.com/hashtag/migrancrisis?src=hash>.

⁶⁵ V. note 41.

Partie I

Le recours à la rétention : une privation de liberté banalisée

11. Dès lors que la rétention à des fins d'éloignement déroge au droit à la liberté et à la sûreté, les textes qui l'autorisent doivent être interprétés strictement⁶⁶. Cependant, la rédaction de l'article 15 § 1 de la directive retour rend la tâche difficile :

« À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant de pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement »⁶⁷.

Cette syntaxe, qui présente la rétention comme la norme et les mesures moins coercitives comme l'exception, est ambiguë : il faut se référer aux quelques allusions⁶⁸ de la directive retour au principe de proportionnalité⁶⁹ pour se convaincre qu'il s'agit là d'une maladresse de rédaction – laquelle n'en est pas moins reproduite dans toutes les versions linguistiques de la directive⁷⁰. En réaction, la Cour de justice a expressément lié l'interprétation de l'article 15 § 1 au principe de proportionnalité :

« Il découle du seizième considérant de ladite directive ainsi que du libellé de son article 15, paragraphe 1, que les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possible [...]. L'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établi par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de

⁶⁶ Dans le cadre de la directive retour, v. CJUE [GC], *Adala Bero et Ettayebi Boulzamate*, 17 juillet 2014, C-473/13 et C-514/13, § 25 : « L'article 16, paragraphe 1, de la directive 2008/115 pose le principe selon lequel la rétention à des fins d'éloignement de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier s'effectue dans des centres de rétention spécialisés. La seconde phrase de cette disposition prévoit une dérogation à ce principe, qui, en tant que telle, doit être interprétée de manière stricte » et CJUE, *Z. Zh. et I. O.*, 11 juin 2015, C-554/13, § 48 ; dans le cadre de l'art. 5 § 1 f) de la Conv. EDH, v. Cour EDH, *Čonka c. Belgique*, 5 février 2002, req. n° 51564/99, § 42 : « La liste des exceptions au droit à la liberté figurant à l'article 5 § 1 revêt un caractère exhaustif et seule une interprétation étroite cadre avec le but de cette disposition » ; Cour EDH, *Chamaïev et al. c. Géorgie et Russie*, 12 avril 2005, req. n° 36378/02, § 396 ; Cour EDH, *Mubilanzila Makeya et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, req. n° 13178/03, § 96 ; Cour EDH [GC], *A. et al. c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, req. n° 3455/05, § 163.

⁶⁷ Une comparaison entre les versions française, italienne et espagnole de l'article permet de comprendre que le terme « uniquement » vise à circonscrire le recours à la rétention aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une procédure de retour et non pas à imposer aux États membre de les placer en rétention.

⁶⁸ Dans la directive retour, le principe de proportionnalité est visé uniquement à l'art. 8 § 4 (« éloignement ») et aux considérants 13, 16 et 20.

⁶⁹ Pour une définition du principe de proportionnalité, v. Cour EDH, *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, req. n° 13444/04, § 94 : « Pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée [...], l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue ».

⁷⁰ Observation empirique issue de la comparaison entre les différentes versions linguistiques de la directive retour.

liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes »⁷¹.

12. Cependant, loin d'être surmontée, l'ambiguïté du texte est seulement déplacée vers les motifs de placement en rétention⁷² qui laissent aux États membres une marge d'appréciation trop vaste (chapitre I). Celle-ci n'est pas contrebalancée par les garanties procédurales entourant ledit placement, lesquelles s'avèrent lacunaires (chapitre II). *In fine*, l'Union et ses États membres se réfèrent à la rétention comme à une mesure administrative banale, faisant fi de sa nature privative de liberté qui en fait toute la spécificité.

⁷¹ CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, C-61/11 PPU, §§ 39, 41 ; dans le même sens, v. CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, C-383/13 PPU § 42.

⁷² Art. 15 § 1 a) et b).

Chapitre I

Les motifs de placement en rétention : une marge d'appréciation trop vaste

13. Aux termes de la directive retour, c'est « en particulier » lorsqu'« il existe un risque de fuite » ou que « le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement »⁷³ que les États membres peuvent recourir à la rétention aux fins de l'exécution de la procédure de retour. Ces motifs, de par leur caractère non exhaustif et leur formulation floue, laissent aux États la possibilité de faire découler la rétention du seul séjour irrégulier, ce à quoi la Cour de justice ne s'oppose pas aussi clairement⁷⁴ que la Cour EDH⁷⁵. Quant aux mesures alternatives à la rétention, la directive retour ne les nomme pas et n'en donne aucun exemple : la seule référence à des « mesures moins coercitives », considérées comme « alternatives »⁷⁶ et donc implicitement dérogatoires, n'incite pas suffisamment les États à y recourir. La Commission européenne a critiqué cette sous-utilisation sous un angle utilitariste :

« Des recherches ont montré que des alternatives à la rétention peuvent présenter plusieurs avantages par rapport à la rétention et conduire également, dans certaines conditions, à d'importantes économies de coûts. Dans la pratique, cependant, plusieurs États membres n'appliquent que rarement d'autres formules que la rétention »⁷⁷.

14. L'analyse des normes nationales issues de la transposition de la directive retour confirme que si les États ont parfois multiplié les motifs de placement en rétention, ils n'ont pas entendu les préciser davantage, entretenant ainsi le règne du flou⁷⁸ (I). Parallèlement, du fait de leur vaste marge d'appréciation, les mesures alternatives à la rétention restent plus cosmétiques qu'effectives (II).

⁷³ Art. 15 § 1 de la directive retour.

⁷⁴ CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, C-61/11 PPU, § 39 : « Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de chaque situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention ». La Cour de justice exige une appréciation *in concreto* de l'opportunité du placement en rétention mais renvoie à la marge d'appréciation des États quant aux modalités de cette appréciation.

⁷⁵ Cour EDH [GC], *McKay c. Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, req. n° 543/03, § 41 : « Il existe une présomption en faveur de la libération ».

⁷⁶ Cette formule est notamment retenue par la Commission européenne dans sa Communication au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour du 28 mars 2014, COM(2014) 199 final.

⁷⁷ COM(2014) 199 final, préc., p. 19.

⁷⁸ Ce que critique notamment l'APCE dans sa résolution 1707 « Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe », 28 janvier 2010, pt. 7.

I. La formulation des motifs : le règne du flou

15. Le principe de sécurité juridique est un principe général du droit de l'Union⁷⁹ et un principe fondamental reconnu par la Cour EDH⁸⁰, dont la jurisprudence s'intègre aux droits fondamentaux protégés par la Cour de justice⁸¹. Pourtant, en dépit l'importance accrue qu'il revêt en matière de privation de liberté⁸², le principe de sécurité juridique est le grand oublié de la directive retour qui retient des motifs de placement en rétention très vagues et n'exige pas que les États membres les clarifient (A). Cette lacune n'est pas corrigée par les instruments nationaux de transposition, lesquels amplifient lesdits motifs au lieu de les préciser (B).

A. Le principe de sécurité juridique, grand oublié de la directive retour

16. L'interprétation des motifs de placement en rétention par la Cour de justice est indifférente au principe de sécurité juridique (1). Cependant, l'analyse de la jurisprudence pertinente de la Cour EDH révèle les oublis de la directive retour en la matière (2).

1. L'interprétation des motifs par la Cour de justice, indifférente au principe de sécurité juridique

17. La directive retour est un acte juridique récent qui n'a été que peu interprété par la Cour de justice, laquelle n'a été interrogée que deux fois sur les motifs de placement en rétention⁸³. Premièrement, la Cour de justice a dû apprécier leur degré de précision lorsqu'elle s'est prononcée sur l'effet direct des articles 15 et 16 de la directive retour. En effet, bien que le délai de transposition ait été fixé au 24 novembre 2010⁸⁴, seuls quatre États membres

⁷⁹ CJCE, *Bosch*, 6 avril 1962, 13-61.

⁸⁰ Cour EDH, *Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janvier 2008, req. n° 29787/03 et 29810/03, § 78 : « [Le] principe de la sécurité juridique, qui est implicite dans la Convention et qui constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit ».

⁸¹ CJCE, *Roland Rutili*, 28 octobre 1975, 36-75, § 32 ; CJCE, *Hoechst AG c. Commission*, 21 septembre 1989, 46/87 et 227/88, § 13 : « La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 revêt à cet effet une signification particulière » ; Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission concernant le respect des droits fondamentaux et de la CEDH, 27 avril 1977, JOCE, n° C 103. [s.l.] : « Dans l'exercice de leurs pouvoirs et en poursuivant les objectifs des Communautés européennes, [l'Assemblée, le Conseil et la Commission] respectent et continueront à respecter [les droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des Constitutions des États membres ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] ».

⁸² Cour EDH, *Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000, req. n° 28358/95, § 52 : « lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique ».

⁸³ CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, préc. ; CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, C-146/14 PPU.

⁸⁴ Art. 20 de la directive retour.

avaient notifié la transposition complète à cette date⁸⁵. La Cour de justice a jugé lesdits articles – et par là même les motifs de placement en rétention – « inconditionnels et suffisamment précis pour être d'effet direct »⁸⁶ ; cependant, il est probable que cette affirmation soit motivée par le souci constant qu'a la Cour de justice d'assurer l'effet utile du droit de l'Union⁸⁷, de sorte qu'elle est peu voire pas révélatrice. Deuxièmement, la Cour de justice a dû interpréter la notion de « risque de fuite ». Cependant, à faits restreints, réponse restreinte en matière de renvoi préjudiciel. Ainsi, la Cour de justice s'est bornée à juger que l'absence de documents d'identité ne suffisait pas à établir le risque de fuite⁸⁸ – ce qui n'empêche pas l'absence de documents d'identité de pouvoir être retenue comme un motif de placement en rétention à part entière⁸⁹. Si ces décisions n'éclairent guère la question de savoir si les motifs de placement en rétention sont suffisamment précis, reste que les dispositions du droit de l'Union doivent être interprétées à la lumière des droits fondamentaux, protégés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et qui font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect⁹⁰. À cet égard, la Convention EDH revêt une importance particulière, reconnue de longue date par toutes les institutions de l'Union⁹¹.

18. Ainsi, en l'absence de matériaux dans la jurisprudence de la Cour de justice permettant d'analyser la conformité des motifs de placement en rétention au principe de sécurité juridique, il est pertinent de se tourner vers celle de la Cour EDH – et ce d'autant plus que si le principe de sécurité juridique n'est pas expressément visé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, c'est le cas du droit à la liberté⁹², qui en tant que droit

⁸⁵ COM(2014) 199 final, préc., p 15 : l'Estonie, l'Espagne, le Portugal et la Slovaquie ont notifié la transposition complète dans le délai de transposition. La Belgique, la Lituanie, les Pays-Bas, la Pologne et la Suède l'ont fait en 2011. A ce jour, tous les États liés par la directive retour l'ont transposée.

⁸⁶ CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, préc., § 47.

⁸⁷ V. parmi beaucoup d'autres : CJCE, *Simmenthal*, 9 mars 1978, 106/77, § 20 ; CJCE, *Factortame*, 19 juin 1990, C-213/89, § 22.

⁸⁸ CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, préc., § 74 : « L'article 15 [...] s'oppose à une réglementation nationale [...] selon laquelle une période initiale de rétention de six mois peut être prolongée au seul motif que le ressortissant concerné d'un pays tiers n'est pas muni de documents d'identité. Il appartient à la seule juridiction de renvoi de procéder à une appréciation au cas par cas des circonstances factuelles de l'affaire en cause afin de déterminer si une mesure moins coercitive peut être appliquée effectivement à ce ressortissant ou s'il existe un risque de fuite de ce dernier. »

⁸⁹ Comme le prévoit expressément les droits Bulgare, Croate, Finlandais et Norvégien. V. annexe I.

⁹⁰ CJCE, *Stauder*, 12 novembre 1969, 26/69 ; CJUE, *Kamino International Logistics BV*, 3 juillet 2014, C-129/13

⁹¹ CJCE, *Roland Rutili*, 28 octobre 1975, préc., § 32 ; CJCE, *Hoechst AG c. Commission*, préc., § 13 : « La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 revêt à cet effet une signification particulière » ; Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission concernant le respect des droits fondamentaux et de la CEDH, préc. : « Dans l'exercice de leurs pouvoirs et en poursuivant les objectifs des Communautés européennes, [l'Assemblée, le Conseil et la Commission] respectent et continueront à respecter [les droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des Constitutions des États membres ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] ».

⁹² Art. 6 de la CDFUE.

correspondant à l'article 5 de la Convention EDH ne doit pas recevoir une acception moins protectrice que celle retenue par la Cour EDH⁹³.

2. L'éclairage de la Cour EDH, révélateur des oublis de la directive retour

19. Pour qu'une privation de liberté soit justifiée sous l'article 5 § 1 f) de la Convention EDH, elle doit avant tout être régulière⁹⁴, en ce qui concerne tant la procédure que le fond⁹⁵. Le contrôle de régularité de la Cour EDH se base sur cinq critères, dont seuls les trois premiers nous intéressent à ce stade : l'existence d'une base légale en droit interne⁹⁶, la conformité de la privation de liberté à cette base légale⁹⁷ et la conformité de cette base légale au but de l'article 5, à savoir protéger l'individu contre l'arbitraire⁹⁸. La régularité va donc « au-delà de la simple concordance avec le droit interne »⁹⁹ : elle implique « une adhésion scrupuleuse à la prééminence du droit »¹⁰⁰, « notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention »¹⁰¹. Il en résulte que la base légale d'une privation de liberté ne peut être conforme au but de l'article 5 (troisième critère) que lorsqu'elle présente « une qualité propre à offrir une protection adéquate et la sécurité juridique nécessaire pour prévenir les atteintes arbitraires de la puissance publique [au droit à la liberté et à la sûreté] »¹⁰². En effet, la Cour EDH fait de la sécurité juridique un principe général¹⁰³ et le considère comme un élément fondamental de l'État de droit¹⁰⁴.

⁹³ Art. 52 § 3 de la CDFUE : « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

⁹⁴ Art. 5 § 1 f) de la Conv. EDH.

⁹⁵ Cour EDH [GC], *McKay c. Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, préc., § 39 : « la Cour souligne que l'adjectif "régulier" englobe à la fois la procédure et le fond ».

⁹⁶ Art. 5 § 1 de la Conv. EDH : « Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales ».

⁹⁷ V. notamment Cour EDH [GC], *McKay c. Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, préc., § 39.

⁹⁸ Cour EDH [CP], *Engel et al. c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n°5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, § 58 ; Cour EDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, req. n° 6301/73, § 37 ; Cour EDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, req. n° 19776/92, § 50 ; Cour EDH [GC], *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, req. n° 22414/93, § 118 ; Cour EDH [GC], *McKay c. Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, préc., § 39 ; Cour EDH [GC], *Saadi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, req. n° 13229/03, § 67 ; Cour EDH [GC], *Mooren c. Allemagne*, 9 juillet 2009, req. n° 11364/03, § 72.

⁹⁹ Cour EDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, préc., § 39.

¹⁰⁰ Cour EDH [GC], *McKay c. Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, préc., § 30.

¹⁰¹ Cour EDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, préc., § 50.

¹⁰² Id., § 50, 53 ; Cour EDH, *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, req. n° 56529/00, § 36 ; Cour EDH, *Mubilanzila Makeya et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, req. n°13178/03, § 97 ; Cour EDH, *Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janvier 2008, préc., § 72 ; Cour EDH [GC], *Mooren c. Allemagne*, 9 juillet 2009, préc., § 76 ; Cour EDH, *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, req. n° 8687/08, § 105.

¹⁰³ Cour EDH, *Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000, préc., § 52 : « lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique » ; v. également Cour EDH, *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, préc., § 36 ; Cour EDH [GC], *Mooren c. Allemagne*, 9 juillet 2009, préc., § 76 ; Cour EDH, *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, préc., § 105.

¹⁰⁴ Cour EDH, *Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janvier 2008, préc., § 78 : « [Le] principe de la sécurité juridique, qui est implicite dans la Convention et qui constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit ».

20. Ainsi, au regard de l'importance qu'elle accorde au principe de sécurité juridique et à la liberté physique de la personne¹⁰⁵, la Cour EDH s'oppose à ce que les États membres privent des personnes de liberté sur le fondement d'une base légale trop vague. Le droit applicable doit être conçu de telle façon qu'une mesure privative de liberté ne puisse être adoptée que lorsque « des indices concrets révèlent une véritable exigence d'intérêt public prévalant [...] sur la règle du respect de la liberté individuelle »¹⁰⁶. S'agissant du risque de fuite, premier motif que les États soumis à la directive retour retiennent pour fonder la rétention à des fins d'éloignement¹⁰⁷, la Cour EDH n'en fait pas une condition de la régularité de la rétention : il suffit qu'une procédure d'expulsion ou d'extradition soit en cours¹⁰⁸. Cependant, lorsqu'il est retenu par les droits nationaux, il « doit s'analyser en un ensemble d'éléments pertinents propres soit à en confirmer l'existence, soit à le faire apparaître à ce point réduit qu'il ne peut justifier une détention »¹⁰⁹. Lorsque les autorités nationales l'invoquent, elles ne peuvent se contenter d'une « brève formule standard » se référant à l'absence de résidence fixe, de travail ou de famille¹¹⁰.

21. La directive retour semble ignorer radicalement ces exigences. Premièrement, la non exhaustivité des motifs de placement en rétention pose problème en ce que la possibilité pour les États d'en retenir d'autres n'est pas encadrée et en ce qu'il ne sont pas tenus d'en établir une liste exhaustive dans leurs droits nationaux. Deuxièmement, comme le souligne la Commission¹¹¹, les États membres eux-mêmes jugent la définition du risque de fuite difficile. Troisièmement, le motif visant l'opposition de l'intéressé à son retour s'apparente à une clause léonine : il est évident qu'une personne qui n'a pas voulu quitter le territoire d'elle-même et a traversé des épreuves souvent difficiles pour y entrer se montrera toujours peu désireuse d'être renvoyée dans son pays d'origine.

¹⁰⁵ Cour EDH [CP], *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* (« *Vagabondage* »), 18 juin 1971, req. n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66, § 65 : « Le droit à la liberté revêt une trop grande importance dans une "société démocratique", au sens de la Convention, pour qu'une personne [...] » ; Cour EDH [CP], *Engel et al. c. Pays-Bas*, préc., § 82 : « Ainsi le veulent la gravité de l'enjeu, les traditions des États contractants et la valeur que la Convention attribue au respect de la liberté physique de la personne » ; Cour EDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, préc., § 37 : « [...] l'importance du droit à la liberté dans une société démocratique ».

¹⁰⁶ Cour EDH [GC], *McKay c. Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, préc., § 42.

¹⁰⁷ Le risque de fuite est expressément visé comme motif de placement en rétention par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, le Danemark (« assurer la présence de l'étranger »), l'Estonie, la Grèce, la Hongrie, le Luxembourg, la Norvège, le Portugal, la Slovaquie, la Slovénie et la Suisse. V. annexe I et COM(2014) 199 final, préc., p 18 : « dans la plupart des États membres, les principales raisons [justifiant le placement en rétention des personnes faisant l'objet d'une mesure de retour] sont le risque que l'intéressé prenne la fuite et/ou celui qu'il empêche le retour ».

¹⁰⁸ Cour EDH [GC], *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, préc., § 112 ; Cour EDH, *Čonka c. Belgique*, 5 février 2002, req. n° 51564/99, § 38.

¹⁰⁹ Cour EDH, *Neumeister c. Autriche*, 27 juin 1968, req. n° 1936/63, § 10 ; Cour EDH, *Letellier c. France*, 26 juin 1991, req. n° 12369/86, § 43 ; Cour EDH, *Tomasi c. France*, 27 août 1992, req. n° 12850/87, § 98.

¹¹⁰ Cour EDH, *Sulaoja c. Estonie*, 15 février 2005, req. n° 55939/00, § 64.

¹¹¹ COM(2014) 199 final, préc., p. 15.

La directive retour étant une norme d'harmonisation minimale¹¹², les États membres avaient la possibilité de remédier à cette insécurité juridique lors de sa transposition. Cependant, ils n'y ont pas eu recours, choisissant d'amplifier les motifs de placement en rétention plutôt que de les préciser.

B. L'imprécision des motifs de placement en rétention, amplifiée par les États membres

22. Les États membres n'ont pas précisé les motifs de placement en rétention visés par la directive retour : la transposition qu'ils en ont faite s'apparente à un « copié-collé » sans valeur ajoutée (1). Au contraire, ils les ont amplifiés en faisant référence à d'autres motifs, lesquels constituent un élargissement préoccupant des possibilités de placement en rétention (2).

1. La transposition des motifs visés par la directive retour, un « copié-collé » sans valeur ajoutée

23. Le premier motif de placement en rétention à des fins d'éloignement visé par la directive retour est le risque de fuite¹¹³. Sur quinze États membres l'ayant retenu¹¹⁴, seuls quatre – la Slovaquie, le Portugal, la Suisse et l'Autriche – en ont donné un semblant de définition. Pour la Slovaquie, « le risque de fuite existe lorsqu'il peut être prévu, sur la base d'une appréciation raisonnable ou d'une menace directe, que le ressortissant de pays tiers va fuir ou se cacher spécialement s'il est impossible de l'identifier immédiatement, s'il n'a pas de permis de séjour conforme à cette loi ou s'il existe un risque d'interdiction d'entrée de plus de trois ans »¹¹⁵ ; pour le Portugal, le risque de fuite s'apprécie au regard de « raisons concrètes et objectives »¹¹⁶ ; pour la Suisse, au regard d'« éléments concrets »¹¹⁷ ; pour l'Autriche, au regard de « certains faits »¹¹⁸. Si ces dispositions se bornent à rappeler que

¹¹² Cons. 11 de la directive retour. L'harmonisation est minimale lorsque les États membres ne doivent pas prévoir de dispositions moins favorables mais sont libres de prévoir des dispositions plus favorables.

¹¹³ Art. 15 § 1 a) de la directive retour.

¹¹⁴ V. note 107.

¹¹⁵ Art. 88 (1) de la loi sur le séjour des étrangers du 21 octobre 2011. V. annexe I.

¹¹⁶ Art. 160 (2) de la loi sur le cadre juridique d'entrée, de permanence, de sortie et de retour des étrangers vers et hors du territoire national du 4 juin 2007. V. annexe I.

¹¹⁷ Art. 76 (1) b) 3 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 septembre 2005. V. annexe I.

¹¹⁸ Art. 76 (1) de la loi fédérale sur l'exercice de la police des étrangers, la délivrance de documents pour les étrangers et l'octroi de permis d'entrée du 1er janvier 2006. V. annexe I.

l'existence d'un risque de fuite doit être apprécié *in concreto*¹¹⁹, elles n'en représentent pas moins le degré de précision le plus élevé que des États membres ont atteint après la transposition de la directive retour. Ainsi, s'agissant du risque de fuite, le flou règne aussi bien au niveau européen qu'au niveau national.

24. Le second motif de placement en rétention visé par la directive retour est plus large : il concerne les cas où « le ressortissant de pays tiers empêche ou entrave la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement »¹²⁰. Les treize États membres qui l'ont retenu ont usé de diverses formulations, desquelles on peut dégager trois situations : celle où la loi vise le fait d'entraver le retour (Belgique¹²¹, Bulgarie¹²², Danemark¹²³, Estonie¹²⁴, Grèce¹²⁵, Hongrie¹²⁶, Luxembourg¹²⁷, Norvège¹²⁸, Slovaquie¹²⁹ et Suisse¹³⁰), celle où la loi vise l'intention qu'aurait l'intéressé d'entraver le retour (Chypre¹³¹) et celle où la loi vise le risque que l'intéressé entrave le retour (Finlande¹³² et République Tchèque¹³³). Si déterminer ce qui entrave ou empêche le retour est périlleux, circonscrire ce qui relève de l'« intention d'entraver » ou du « risque d'entraver » est impossible, ce qui explique qu'aucun État membre n'ait explicité ces motifs qui couvrent un nombre considérable d'hypothèses. De plus, les États ne distinguent pas selon que l'intéressé entrave le retour intentionnellement ou non : quid de la situation d'une personne dépourvue de documents d'identité pour des raisons indépendantes de sa volonté ? La dégradation de son état de santé peut-elle être considérée comme une entrave ? Qu'en est-il de l'usage des voies de recours ? Force est de constater que le motif consistant à entraver ou à empêcher le retour est un « fourre-tout » qui laisse une grande place à la discrétion de l'autorité en charge de décider du placement en rétention. Les clauses générales visant le respect du principe de proportionnalité dans le cadre du recours à des mesures coercitives constituent l'unique limite à l'arbitraire, ce qui ne satisfait pas au principe de sécurité juridique¹³⁴.

¹¹⁹ V. notes 109-110.

¹²⁰ Art. 15 § 1 b) de la directive retour.

¹²¹ Art. 7 de la loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers du 15 décembre 1980. V. annexe I.

¹²² Art. 44 (6) de la loi pour les étrangers dans la République de Bulgarie du 23 décembre 1998. V. annexe I.

¹²³ Art. 36 (5) de la loi sur les étrangers consolidée du 25 juin 2013.

¹²⁴ Chapitre 3 § 15 (2) 2) de la loi sur l'obligation de partir et l'interdiction d'entrée du 21 octobre 1998. V. annexe I.

¹²⁵ Section 30 b) de la loi sur l'établissement d'un service d'asile et d'un service de premier accueil, transposition dans la législation grecque de la directive 2008/115/EC [...] et autres dispositions du 26 janvier 2011. V. annexe I.

¹²⁶ Section 54 (1) de la loi sur les ressortissants de pays tiers de 2007. V. annexe I.

¹²⁷ Art. 120 (1) de la loi portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration du 29 août 2008. V. annexe I.

¹²⁸ Chapitre 12 Section 106 e) de la loi sur l'entrée et le séjour des étrangers dans le Royaume de Norvège du 15 mai 2008. V. annexe I.

¹²⁹ Art. 88 (1) de la loi sur le séjour des étrangers du 21 octobre 2011. V. annexe I.

¹³⁰ Art. 76 (1) b) 4 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 septembre 2005.

¹³¹ Art. 18 ΠΣΤ de la loi sur les étrangers et l'immigration du 19 juin 1952. V. annexe I.

¹³² Section 121 de la loi finlandaise sur les étrangers du 22 février 1991. V. annexe I.

¹³³ Section 124 (1) b) de la loi sur le séjour des étrangers du 30 novembre 1999. V. annexe I.

¹³⁴ V. pts. 19-21.

25. *In fine*, le considérant 4 de la directive retour¹³⁵, aux termes duquel « il est nécessaire de fixer des règles claires, transparentes et équitables afin de définir une politique de retour efficace », apparaît comme un vœu pieu : plutôt que de contraindre les États à user de leur marge d’appréciation pour préciser les motifs visés par la directive retour en les adaptant à leurs spécificités, l’Union a permis aux États membres de s’engouffrer dans ces imprécisions pour minimiser les contraintes juridiques entourant le placement en rétention – et par là même la sécurité juridique des personnes faisant l’objet d’une décision de retour.

2. La référence à des motifs non visés par la directive retour, un élargissement préoccupant

26. Bien que les deux motifs de placement en rétention à des fins d’éloignement visés par la directive retour permettent d’appréhender des hypothèses très diverses, les droits des États membres en retiennent de plus larges encore et/ou les multiplient. En la matière, la seule exigence de l’article 15 de la directive retour est relative à la finalité de la mesure, qui doit consister dans la préparation ou l’exécution d’une décision de retour¹³⁶. L’exploitation de cette vaste marge nationale d’appréciation atteint son paroxysme avec la Pologne, qui fait de la « probable » adoption d’une décision de retour un motif de placement en rétention à part entière¹³⁷. L’Autriche, la Croatie, Malte, la Slovaquie et la Slovénie sont à peine plus précises en faisant référence à la nécessité de la mesure pour la préparation ou l’exécution de la décision de retour¹³⁸, tandis que la Belgique, le Danemark, l’Espagne, le Luxembourg, la Norvège et la Suède y accolent une référence plus ou moins explicite au principe de proportionnalité¹³⁹. Dans tous les cas, le motif retenu est si vague qu’il permet de placer en rétention tout ressortissant de pays tiers faisant l’objet d’une décision de retour.

27. De plus, à l’exception de Chypre¹⁴⁰, les États multiplient les motifs de placement en rétention. Sans surprise, le fait que l’intéressé n’ait pas d’identité connue¹⁴¹, ait fourni ou soit

¹³⁵ Sur la valeur du préambule des actes de l’Union, v. CJCE [GC], *IATA et ELFAA*, 10 janvier 2006, C-344/04, § 76 ; CJCE, *Friederike Wallentin-Hermann*, 22 décembre 2008, C-549/07 §, 17 et CJUE, *Z. Zh. et I. O.*, 11 juin 2015, C-554/13, § 42.

¹³⁶ Art. 15 § 1 de la directive retour.

¹³⁷ Art. 398 (1) de la loi sur les étrangers du 12 décembre 2013 : « Un étranger doit être placé dans un centre fermé s’il est probable qu’une décision de retour sera adoptée sans octroyer à l’intéressé un délai de départ volontaire ». V. annexe I.

¹³⁸ V. annexe I.

¹³⁹ V. annexe I.

¹⁴⁰ La loi chypriote prévoit une liste exhaustive des motifs de placement en rétention à des fins d’éloignement qui comportent uniquement les deux visés par la directive. V. annexe I.

¹⁴¹ Motif retenu par la Bulgarie, la Croatie, la Finlande, l’Italie, et la Slovénie. Pour la Slovaquie, l’absence d’identité connue fait partie des indices permettant d’établir l’existence d’un risque de fuite. V. annexe I.

soupçonné d'avoir fourni une fausse identité¹⁴², n'ait pas respecté le délai de départ volontaire dont il bénéficiait¹⁴³ ou ait violé une mesure alternative à la rétention¹⁴⁴ sont retenus par plusieurs États membres. Plus étonnants sont les motifs ayant trait à la protection de l'ordre public¹⁴⁵ ou de la sécurité nationale¹⁴⁶, à la commission antérieure d'une infraction¹⁴⁷ ou au risque de commission d'une infraction¹⁴⁸ et à la diffusion de maladies contagieuses¹⁴⁹ : en quoi sont-ils liés à la préparation ou à l'exécution du retour, qui seules justifient la rétention à des fins d'éloignement¹⁵⁰ ? La réponse ne souffre aucune ambiguïté : de tels motifs répondent sans doute aux objectifs de la politique pénale et de la politique de la santé¹⁵¹, certainement pas à celui de la directive retour. Par là même, ils ne respectent ni la finalité de directive¹⁵², ni l'article 5 de la Convention EDH, qui n'inclut pas de tels objectifs dans sa liste exhaustive des buts légitimes permettant de s'ingérer dans le droit à la liberté¹⁵³. Dans ce contexte, l'« adhésion scrupuleuse à la prééminence du droit »¹⁵⁴ dont découle le principe de sécurité juridique¹⁵⁵ semble bien chimérique, ce que confirme la sous-utilisation des mesures alternatives à la rétention.

II. Les alternatives à la rétention : des mesures cosmétiques

28. Les mesures alternatives à la rétention¹⁵⁶ (ou « mesures moins coercitives »¹⁵⁷) consistent dans « toute réglementation, politique ou pratique qui permet aux demandeurs d'asile, réfugiés et migrants de résider dans la communauté en étant libre de leurs mouvements pendant que leur statut est en cours de détermination ou dans l'attente d'un

¹⁴² Motif retenu par la Lituanie et la Norvège lorsque l'usage de faux documents d'identité est soupçonné, par la Finlande et le Portugal lorsque l'utilisation de faux documents d'identité est avérée. V. annexe I.

¹⁴³ Motif retenu par l'Allemagne (si l'intéressé a en plus modifié son lieu de résidence sans le signaler), la Croatie, la France, la Hongrie, la Lettonie, la Pologne, la République Tchèque et la Slovaquie. V. annexe I.

¹⁴⁴ Motif retenu par l'Allemagne, la Hongrie, la Lettonie, Norvège, la Pologne, la République Tchèque et la Suisse. V. annexe I.

¹⁴⁵ Motif retenu par les Pays-Bas et la République Tchèque. V. annexe I.

¹⁴⁶ Motif retenu par l'Allemagne, la Grèce, la Lituanie, les Pays-Bas et la République Tchèque. V. annexe I.

¹⁴⁷ Nous ne voyons pas l'hypothèse où le retour est la sanction d'une infraction. Motif retenu par la Hongrie et le Portugal. V. annexe I.

¹⁴⁸ Motif retenu par la Finlande, le Portugal, et la Suède (le risque de commission d'une infraction une condition pour retenir d'autres motifs de placement en rétention). V. annexe I.

¹⁴⁹ Motif retenu par la Lituanie. V. annexe I.

¹⁵⁰ V. CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau », 2 avril 2012, A/HRC/20/24, pt. 9.

¹⁵¹ V. M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Immigration Detention under the Return Directive : the CJEU shadowed lights », in *European Journal for Migration and Law*, n°17, 2015, pp. 107-129.

¹⁵² V. pt. 7.

¹⁵³ Cour EDH [CP], *Engel et al. c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, préc., § 57 ; Cour EDH, *Čonka c. Belgique*, 5 février 2002, préc., § 42 ; Cour EDH, *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, préc., § 34 ; Cour EDH, *Chamaïev et al. c. Géorgie et Russie*, 12 avril 2005, req. n° 36378/02, § 396 ; Cour EDH, *Mubilanzi Makeya et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, préc., § 96 ; Cour EDH [GC], *A. et al. c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, req. n° 3455/05, § 163.

¹⁵⁴ Cour EDH [GC], *McKay c. Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, préc., § 30.

¹⁵⁵ V. pts. 19-21.

¹⁵⁶ Terminologie retenue par la Commission européenne. V. note 16.

¹⁵⁷ Terminologie retenue par l'art. 15 § 1 de la directive retour.

éloignement »¹⁵⁸. Bien que le placement en rétention soit censé n'intervenir qu'en dernier recours¹⁵⁹, la place des mesures alternatives à la rétention est incertaine du fait que le principe de la présomption de liberté n'est pas suffisamment affirmé par la directive retour (A). Il en résulte un recours encore trop marginal aux mesures alternatives à la rétention (B), au point qu'elles apparaissent plus cosmétiques qu'effectives.

A. La présomption de liberté, un principe insuffisamment affirmé

29. Le principe de la présomption de liberté suppose qu'il existe des mesures alternatives à la rétention, prérequis éludé par la Cour de justice (1). Cela s'explique notamment par le silence de la directive retour en la matière, qui révèle les réticences nationales quant au développement de telles mesures (2).

1. L'existence de mesures alternatives à la rétention, un prérequis éludé par la Cour de justice

30. La Cour EDH, suivie par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁶⁰, affirme qu'il existe une présomption en faveur de la liberté¹⁶¹. Cette dernière est à la matière administrative ce que la présomption d'innocence est à la matière pénale : tout comme le prévenu ou l'accusé ne doit pas être condamné tant que sa culpabilité n'a pas été démontrée, le ressortissant de pays tiers qui fait l'objet d'une décision de retour ne doit pas être placé en rétention si l'insuffisance des mesures moins coercitives n'est pas établie (ni maintenu en rétention lorsqu'elle n'est plus nécessaire)¹⁶². Cependant, en matière administrative, la dichotomie innocence/culpabilité est inopérante et l'enjeu plus complexe : il s'agit de déterminer le degré de coercition nécessaire pour assurer l'exécution d'une décision de retour. Dès lors, il est nécessaire que différents degrés de coercition soient prévus par les droits nationaux : à défaut de mesures intermédiaires entre la pleine liberté et la privation de liberté,

¹⁵⁸ Notre traduction. International Detention Coalition, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, Melbourne, 2011, p. 2.

¹⁵⁹ Cour EDH, *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, préc., § 55 ; ECOSOC, additif au rapport sur la mission du Groupe de travail sur la détention arbitraire, « Rapport sur la mission du Groupe de travail au Royaume-Uni concernant la question des migrants et demandeurs d'asile », 18 décembre 1998, E/CN.4/1999/63/Add.3, pts. 33 s.

¹⁶⁰ APCE, résolution 1707, préc., pt. 9.3.1.

¹⁶¹ Cour EDH [GC], *McKay c. Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, préc., § 41.

¹⁶² V. notamment APCE, résolution 1707 « Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe », préc., pt. 8.

il suffit de démontrer que la pleine liberté ne permet pas d'assurer l'exécution d'une décision de retour pour qu'un placement en rétention soit justifié – démonstration relativement aisée au regard des motifs de placement en rétention retenus par les États membres¹⁶³.

31. La Cour EDH a envisagé ce contournement de la présomption de liberté par l'absence de mesures intermédiaires en jugeant qu'il ne suffit pas « que la privation de liberté soit conforme au droit national, encore faut-il qu'elle soit nécessaire dans les circonstances de l'espèce et conforme au principe de proportionnalité »¹⁶⁴ : à défaut, elle doit être qualifiée d'arbitraire¹⁶⁵. C'est en effet du principe de proportionnalité que découle la présomption de liberté : elle en est une application spécifique. La Cour de justice adhère à cette logique :

« L'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes »¹⁶⁶.

32. Cependant, tout en posant le principe d'une gradation des mesures coercitives, la Cour de justice ne dit rien de son contenu : seules les deux extrémités de l'échelle sont expressément visées. Ainsi, la question de l'existence de mesures restrictives de liberté destinées à s'appliquer dans les situations intermédiaires est éludée par la Cour de justice, qui ne l'impose pas explicitement¹⁶⁷. Il en résulte qu'en 2013, le Rapporteur spécial pour les droits de l'homme des migrants observait « une absence quasi-totale d'alternatives significatives aux mécanismes de détention »¹⁶⁸. Dans six des trente États membres soumis à la directive retour, il est établi qu'aucune alternative à la détention n'était prévue par la loi en 2014¹⁶⁹.

¹⁶³ V. pts. 22-27.

¹⁶⁴ Cour EDH, *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, préc., § 36.

¹⁶⁵ Id.

¹⁶⁶ CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, préc., §§ 39, 41.

¹⁶⁷ I. MAJCHER, C. SENARCLENS (de), « Discipline and punish ? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe », in *AmeriQuests* Vol. 11, n° 2, 2014 [<http://ssrn.com/abstract=2545487>].

¹⁶⁸ V. notamment CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau. Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants », 24 avril 2013, A/HRC/23/46, pt. 52.

¹⁶⁹ REM, *La détention et les alternatives à la détention dans le contexte des politiques d'immigration*, 2014, p. 37.

La jurisprudence timorée de la Cour de justice procède notamment du silence de la directive retour en la matière, révélateur des réticences nationales quant au développement des mesures alternatives à la rétention.

2. Le silence de la directive retour sur les mesures alternatives à la rétention dans la directive retour, révélateur des réticences nationales

33. La directive retour ne consacre aucun article aux mesures alternatives à la rétention. Au delà de sa rédaction ambiguë¹⁷⁰, l'article 15 § 1 ne donne aucun exemple des « mesures suffisantes, mais moins coercitives »¹⁷¹ qu'il vise. C'est uniquement dans l'article 7 relatif au délai de départ volontaire¹⁷² que l'on trouve ce qui aurait pu être une liste non exhaustive de mesures alternatives à la rétention. En effet, l'article 7 § 3 traite des « obligations visant à éviter le risque de fuite » qui « peuvent être imposées pendant le délai de départ volontaire » au lieu d'une réduction ou d'une suppression dudit délai. À ce titre, il mentionne « les obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé ». Or, selon la Commission européenne, ces mesures correspondent à quatre des cinq mesures alternatives à la rétention retenues par les États membres (la cinquième étant la surveillance électronique, prévue par les droits danois et français)¹⁷³ : vingt-sept États pour la première, treize pour la deuxième, vingt pour la troisième et vingt-quatre pour la quatrième. Dès lors, nous ne pouvons que nous interroger sur la raison qui a poussé les rédacteurs de la directive retour, qui se sont donnés la peine d'établir une telle liste pour les mesures alternatives à la réduction ou à la suppression du délai de départ volontaire, à ne pas faire de même pour les mesures alternatives à la rétention. En l'absence de réponse certaine, il est néanmoins possible d'affirmer qu'une telle omission est révélatrice des réticences nationales quant au recours des mesures alternatives à la rétention, d'autant plus lorsque l'on sait que la directive retour a été adoptée telle que rédigée par le Conseil¹⁷⁴. En effet, prévoir de telles mesures dans son droit national est une chose, y faire référence dans un texte communautaire contraignant et par conséquent risquer de se soumettre un peu plus au contrôle de la Cour de justice en est une

¹⁷⁰ V. pts. 13-21.

¹⁷¹ Art. 15 § 1 de la directive retour.

¹⁷² L'art. 7 § 1 de la directive retour prévoit que sous réserve des §§ 2 et 4, les ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision de retour doivent pouvoir demander le bénéfice d'un délai de départ volontaire de sept à trente jours.

¹⁷³ COM(2014) 199 final, préc., pp. 19-20.

¹⁷⁴ V. C. LEPRINCE, « Directive retour : l'Europarlement approuve le tout-expulsion », in *Rue 89*, 18 juin 2008 [<http://rue89.nouvelobs.com/2008/06/18/directive-retour-leurope-parlement-approuve-le-tout-expulsion>].

autre. Toutefois, au regard du parallélisme que l'on peut établir entre les mesures alternatives à la rétention retenue par les États membres et l'article 7 de la directive retour, il est pertinent de s'intéresser à la manière dont il organise le recours aux mesures alternatives à la réduction ou à la suppression du délai de départ volontaire.

34. L'article 7 § 4 pose le principe de la liberté totale lorsqu'un délai de départ volontaire est accordé. Cependant, dès lors que l'existence d'un risque de fuite est établie, l'une des mesures alternatives susmentionnées peut être imposée à l'intéressé. De plus, quatre motifs justifient la réduction ou la suppression du délai de départ volontaire : le risque de fuite (qui permet donc tout à la fois le recours à une mesure alternative à la rétention et la réduction ou suppression du délai de départ volontaire), le fait qu'une demande de séjour régulier ait été rejetée comme manifestement non fondée ou frauduleuse et le fait que la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale. On retrouve ici les défauts des motifs de placement en rétention : les termes employés sont flous sans que les États membres n'aient l'obligation de les préciser dans leurs droits nationaux, de sorte que le délai de départ volontaire peut être refusé ou diminué de manière discrétionnaire. De surcroît, la distinction entre les situations qui appellent une réduction ou une suppression du délai relève entièrement de la marge nationale d'appréciation. C'est de cette logique que les États membres se sont inspirés pour articuler la rétention à des fins d'éloignement et les mesures alternatives à la rétention, marginalisant ainsi le recours à ces dernières.

B. Le recours aux mesures alternatives à la rétention, une pratique encore marginale

35. La priorisation des mesures alternatives à la rétention est une obligation. Cependant, elle se révèle peu contraignante pour les États membres (1), qui les réduisent au minimum. Au regard de l'enjeu du placement en rétention en terme de droits fondamentaux, la sous-utilisation des mesures alternatives à la rétention apparaît comme une anomalie (2).

1. La priorisation des mesures alternatives à la rétention, une obligation peu contraignante

36. Les mesures alternatives à la rétention constituent une atteinte à la liberté physique moins forte que la rétention elle-même. Elles ont également l'avantage d'éviter que des atteintes aux droits fondamentaux ne soient perpétrées dans le cadre de la rétention¹⁷⁵ et d'avoir un coût économique moindre¹⁷⁶. Ainsi, sur le plan théorique, la priorisation des mesures alternatives à la rétention fait l'objet d'un large consensus¹⁷⁷ et est encouragée tant par les Nations unies¹⁷⁸ que par le Conseil de l'Europe¹⁷⁹ et la Commission européenne¹⁸⁰. Cependant, si les États membres ont la volonté de ménager leurs finances, de se conformer à leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme¹⁸¹ et de soigner leur image auprès d'ONG très critiques sur le sujet de la rétention à des fins d'éloignement¹⁸², ils n'en ont pas moins le souci de montrer à leurs « opinions publiques »¹⁸³ et à leurs partenaires qu'ils contrôlent souverainement les entrées et les sorties de leur territoire, protégeant ainsi leurs populations et leurs entreprises contre des menaces extérieures plus ou moins tangibles¹⁸⁴.

37. Cette tension entre des logiques antagonistes¹⁸⁵ explique pourquoi le principe de la priorisation des mesures alternatives à la rétention s'étiole lorsqu'il s'agit de le traduire en normes contraignantes¹⁸⁶. Dans le cadre de la directive retour, son affirmation est particulièrement ambiguë¹⁸⁷ et n'apporte pas la « valeur ajoutée européenne »¹⁸⁸ promue par

¹⁷⁵ Exposé des motifs du projet de résolution de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées de l'APCE « La criminalisation des migrants en situation irrégulière: un crime sans victime », 23 avril 2015, doc. n° 13788, pt. 31 : « Au cours de ces dernières années, la rétention administrative des migrants est devenue un des principaux instruments de contrôle des flux migratoires et en même temps, une des plus grandes sources de violations des droits des migrants » ; sur les conditions de rétention, v. notamment CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau », 2 avril 2012, A/HRC/20/24, pt. 25 s.

¹⁷⁶ COM(2014) 199 final, préc., p. 19 ; CDH, A/HRC/20/24, préc., pt. 48.

¹⁷⁷ APCE, résolution 1707, préc., pt. 3 : « Il est universellement reconnu que la privation de liberté ne devrait être appliquée qu'en dernier recours. » ; R. SAMPSON, G. MITCHELL, « Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention : Practical, Political and Symbolic Rationales », in *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 1, n° 3, 2013, pp. 97-121 ;

¹⁷⁸ ECOSOC, additif au rapport sur la mission du Groupe de travail sur la détention arbitraire, « Rapport sur la mission du Groupe de travail au Royaume-Uni concernant la question des migrants et demandeurs d'asile », préc., pts. 33 s.

¹⁷⁹ APCE, résolution 1707, préc., pt. 8 et 9.1.1. ; Pour une prise de position récente, v. projet de résolution de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées de l'APCE, doc. n° 13788, préc., pt. 7 et 11.8.

¹⁸⁰ COM(2014) 199 final, préc., p. 19.

¹⁸¹ International Detention Coalition, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, préc., p. 6 ; Note du secrétaire général des Nations unies, *Rapport sur les droits de l'homme des migrants présenté par la Rapporteuse spéciale de la Commission des droits de l'homme, Gabriella Rodríguez Pizarro*, 9 août 2002, A/57/292, pt. 59.

¹⁸² V. notamment *La face cachée des camps d'étrangers en Europe*, ouvrage réalisé dans le cadre de la campagne « Open Access Now » lancée en 2011 par les réseaux Migreurop et Alternatives européennes, 15 octobre 2014.

¹⁸³ Sur la réalité recouverte par la notion « d'opinion publique », v. P. BOURDIEU, « L'opinion publique n'existe pas », in *Les temps modernes*, n° 318, janvier 1973, pp. 1292-1309.

¹⁸⁴ Pour une analyse approfondie de cette question, v. D. BIGO, « La mondialisation de l'(in)sécurité ? Réflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytiques de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation », in *Cultures & Conflits*, n° 58, 2005, pp. 53-101 [<http://conflits.revues.org/1813>].

¹⁸⁵ M. FLYNN, *Immigration Detention and Proportionality*, Global Detention Project, février 2011, p. 28.

¹⁸⁶ V. APCE, résolution 1707, préc., pt. 3.

¹⁸⁷ V. pts. 29-34.

¹⁸⁸ Cons. 19 de la directive retour.

les rédacteurs du texte. La jurisprudence de la Cour de justice est à peine moins évasive¹⁸⁹ ; surtout, les décisions dans lesquelles elle enjoint aux États de respecter la « gradation des mesures coercitives » interviennent dans des affaires où il s'agit d'empêcher qu'une peine privative de liberté de nature pénale ralentisse le transfert physique des migrants irréguliers hors des États membres¹⁹⁰, bien plus que de protéger le droit à la liberté des intéressés¹⁹¹. Ainsi, c'est sur l'obligation de coopération des États membres¹⁹² que la Cour de justice met l'accent, leur rappelant qu'ils ne peuvent compromettre l'objectif poursuivi par la directive retour en exerçant leur compétence pénale¹⁹³. Amenée à se prononcer sur la conformité avec la directive retour d'une norme nationale permettant qu'une personne faisant l'objet d'une décision de retour soit, parallèlement, pénalement condamnée à une assignation à résidence, à une peine d'amende ou à une interdiction d'entrée, elle les juge compatibles avec le droit de l'Union du fait qu'elles ne compromettent pas ledit objectif¹⁹⁴. Si ces éléments ne sont pas directement liés aux mesures alternatives à la rétention, ils nous éclairent sur la logique jurisprudentielle de la Cour de justice et laissent à penser qu'elle n'a guère l'intention d'opérer un strict contrôle sur la priorisation abusive de la rétention. L'obligation de privilégier les mesures alternatives à la rétention n'est que timidement affirmée par la directive retour et est, en tant que telle, relativement ignorée par la Cour de justice. Ainsi, elle fait pour l'instant plus figure de déclaration de principe que de règle contraignante. Il en résulte une sous-utilisation des mesures alternatives à la rétention par les États membres.

2. La sous-utilisation des mesures alternatives à la rétention, une situation anormale

38. La sous-utilisation des mesures alternatives à la rétention est critiquée tant par des ONG¹⁹⁵ que par les organes de protection des droits de l'homme des Nations unies¹⁹⁶,

¹⁸⁹ V. pts. 30-32.

¹⁹⁰ CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, préc. ; CJUE [GC], *Alexandre Achughabian*, 6 décembre 2011, C-329/11 ; CJUE, *Md Sagor*, 6 décembre 2012, C-430/11 ; CJUE (ordonnance), *Abdoul Khadre Mbaye*, 21 mars 2013, C-522/11, § 28.

¹⁹¹ V. P. BRUYCKER (De), S. MANANASHVILI, « *Audi alteram partem* in immigration detention procedures, between the ECJ, the ECtHR and Member States : *G & R* », in *Common Market Law Review*, n° 52, 2015, p. 589.

¹⁹² Art. 4 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁹³ L. AMBROSIO (d'), « Les politiques criminelles en matière d'immigration irrégulière à l'épreuve du droit de l'Union européenne. Quelques réflexions sur l'après El Dridi au regard des expériences italienne et française », in *AJ Pénal*, novembre 2011, pp. 502-505 ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « La pénalisation du séjour irrégulier est contraire aux objectifs du droit de l'Union européenne », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 29 avril 2011 [<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/04/29/directive-retour-la-cour-de-luxembourg-met-en-cause-la-penalisation-de-lirregularite-entravant-lefficacite-du-droit-de-lue-cjue-premiere-chambre-28-avril-2011-hassen-el-dridi-alias-soufi-karim/>].

¹⁹⁴ CJUE, *Md Sagor*, 6 décembre 2012, préc., § 36.

¹⁹⁵ V. notamment International Detention Coalition, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, préc., p. 2.

¹⁹⁶ V. notamment CDH, A/HRC/23/46, préc., pt. 48 ; UNHCR, Table Ronde globale sur les alternatives à la détention des demandeurs d'asile, réfugiés, migrants et apatrides, Genève, 11-12 mai 2011.

l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁹⁷ et les universitaires¹⁹⁸. Tous n'ont cessé d'affirmer que « la rétention des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière est une mesure exceptionnelle qui n'est applicable que lorsque l'on a examiné toutes les autres alternatives et qu'aucune ne s'est avérée probante »¹⁹⁹. À cette injonction en faveur des mesures alternatives à la rétention s'ajoute le fait que « la rétention détériore systématiquement la condition physique et mentale de la plupart de ceux qui l'expérimentent »²⁰⁰ et se déroule dans des conditions parfois plus préoccupantes que celles imposées aux personnes effectuant une peine privative de liberté²⁰¹. Enfin, selon le Haut Commissariat aux réfugiés des Nations unies, « les recherches montrent que l'on peut atteindre des taux d'adhésion ou de coopération au programme de plus de 90 % lorsque les personnes sont libérées sous supervision adéquate et dans des structures appropriées »²⁰².

39. Malgré cela, les mesures alternatives à la rétention sont insuffisamment développées dans les droits des États membres et celles qui sont prévues ne sont pas toujours appliquées. À tout le moins, les informations quant à l'effectivité des mesures alternatives à la rétention prévues par les États membres sont extrêmement lacunaires, comme l'a mis en exergue la Commission européenne dans son rapport d'évaluation de 2014 : sur vingt-quatre États²⁰³ qu'elle identifie comme prévoyant des restrictions liées à la résidence, seuls six ont fourni des informations attestant de leur effectivité. S'agissant de la présentation périodique aux autorités, elle existerait en droit dans vingt-sept États, en fait dans douze. L'obligation de remettre des documents aux autorités serait prévue par vingt droits nationaux, mais son existence n'est attestée que dans sept. Le dépôt d'une garantie financière serait retenu par treize États, quand seuls trois d'entre eux démontreraient qu'ils l'appliquent. Enfin, la surveillance électronique (dont la pertinence peut être questionnée²⁰⁴) n'aurait la faveur que du Danemark et de la France, sans que la Commission n'ait d'informations sur son application. Si les données chiffrées divergent quelque peu selon les rapports²⁰⁵, reste que la mesure alternative à la rétention la plus largement retenue par les États membres (la

¹⁹⁷ V. notamment APCE, résolution 1707, préc. ; APCE, résolution 2020 « Les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants », 3 octobre 2014.

¹⁹⁸ V. notamment P. BRUYCKER (de) (dir.), *Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation*, Odysseus Academic Network dans le cadre du MADE REAL project, janvier 2015, p. 116.

¹⁹⁹ APCE, résolution 1707, préc., pt. 9.1.1.

²⁰⁰ Notre traduction. CDH, A/HRC/20/24, préc., pt. 48.

²⁰¹ Id., pt. 31 ; APCE, résolution 1707, préc., pt. 4.

²⁰² UNHCR, Table Ronde globale sur les alternatives à la détention des demandeurs d'asile, réfugiés, migrants et apatrides, préc.

²⁰³ Du fait qu'il n'est pas soumis à la directive retour dont le champ d'application borne ce mémoire, nous avons systématiquement éliminé le Royaume-Uni, que la Commission européenne intégrait à son tableau.

²⁰⁴ CDH, A/HRC/20/24, préc., pt. 63.

²⁰⁵ Les chiffres retenus par le Réseau européen des migrations dans une étude pourtant commandée par la Commission ne sont pas exactement les mêmes. V. REM, *La détention et les alternatives à la détention dans le contexte des politiques d'immigration*, préc., p. 7.

présentation périodique aux autorités) n'est considérée par la Commission comme effectivement appliquée que dans douze États membres (dans cinq cas, la non effectivité est établie ; dans dix cas, aucune information n'est disponible). Si l'opacité entretenue par la plupart des États membres est en soi éloquent, ce chiffre l'est davantage lorsqu'on le met en perspective avec le nombre d'États soumis à la directive retour (trente États).

40. Les mesures alternatives à la rétention ne sont pas retenues par tous les États membres et ne sont appliquées que par une minorité d'entre eux. Autrement dit, dès lors que le délai de départ volontaire n'est pas accordé ou n'est pas fructueux, le principe et l'exception s'inversent : la rétention est considérée par les autorités nationales comme la mesure de droit commun à l'égard des ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision de retour²⁰⁶. Cette large sous-utilisation des mesures alternatives à la rétention ne se justifie ni par des considérations économiques²⁰⁷, ni, nous le verrons, par une efficacité supérieure de la rétention.

41. En dernière analyse, pour des motifs divers dont la légitimité peut être questionnée²⁰⁸, les États membres encadrent le moins possible les atteintes à la liberté physique dans le cadre de l'éloignement des ressortissant de pays tiers en situation irrégulière. Cette situation est permise par les lacunes de la directive retour, qui leur laisse une marge d'appréciation considérable. L'avenir nous dira si la Commission, la Cour de justice ou plus probablement la Cour EDH finissent par y voir un défaut de but légitime et/ou une violation du principe de proportionnalité. Pour l'heure, le flou règne en maître et permet une « normalisation de l'exceptionnel »²⁰⁹ préoccupante.

²⁰⁶ Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, « Concluding remarks », FRA-ECtHR Seminar on European Law on Asylum, borders and immigration, 11 juin 2013, p. 7.

²⁰⁷ APCE, résolution 1707, préc., pt. 5.

²⁰⁸ V. exposé des motifs du projet de résolution de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées de l'APCE, doc. n° 13788, préc.

²⁰⁹ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Immigration Detention under the Return Directive : the CJEU shadowed lights », in *European Journal for Migration and Law*, n°17, 2015, pp. 107-129.

Chapitre II

La décision de placement en rétention : des garanties procédurales lacunaires

42. « Pour réaliser une protection efficace des droits de l'homme, il ne suffit pas de consacrer des droits matériels. Encore faut-il des garanties fondamentales de procédure de nature à renforcer les mécanismes de sauvegarde de ces droits »²¹⁰, afin qu'ils ne soient « pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »²¹¹. Or, en matière de privation de liberté, les garanties procédurales varient sensiblement selon que l'on se situe en matière pénale ou administrative²¹², différenciation qui se fait cruellement ressentir dans le cadre de la rétention à des fins d'éloignement. En effet, bien que l'applicabilité des « critères Engel »²¹³ soit envisageable²¹⁴, la Cour EDH se refuse à la rattacher à la matière pénale, excluant du droit à un procès équitable les personnes retenues dans le cadre d'une procédure de retour²¹⁵. Les rédacteurs de la directive l'ont bien compris, faisant largement primer la nature administrative de la mesure sur son caractère privatif de liberté. De plus, les insuffisances de ce texte en matière de garanties procédurales sont loin d'être corrigées par la Cour de justice, dont l'approche téléologique conduit à faire jouer l'effet utile de la directive retour contre les droits fondamentaux²¹⁶.

²¹⁰ J. VELU, G. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 435, cité par F. BERNARD, A. BERTHE, « Les garanties procédurales en matière de reconduite à la frontière au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1997, p. 17.

²¹¹ Cour EDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n° 6289/73, § 24.

²¹² V. par exemple Cour EDH, *Reinprecht c. Autriche*, 15 novembre 2005, req. n° 67175/01, §§ 39-40 : « Il convient de garder à l'esprit que l'article 5 § 4 et l'article 6, en dépit du lien qui existe entre eux, répondent à des finalités distinctes. L'article 5 § 4 tend à offrir une protection contre toute détention arbitraire en garantissant un contrôle à bref délai de la légalité d'une détention [...] L'article 6, quant à lui, traite de la décision sur le « bien-fondé [d'une] accusation en matière pénale » [...] Cette différence de finalités explique pourquoi l'article 5 § 4 contient des exigences procédurales plus souples que l'article 6 tout en étant bien plus strict sur le respect d'un bref délai » ; Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, « Concluding remarks », FRA-ECtHR Seminar on European Law on Asylum, borders and immigration, 11 juin 2013, p. 7.

²¹³ V. conclusions de l'A.G. J. KOKOTT dans l'affaire CJUE [GC], *Lukasz Marcin Bonda*, 5 juin 2012, C-489/10, 15 décembre 2011, § 46 s ; conclusions de l'A.G. P. MENGIOZZI dans l'affaire CJUE, *Textada Software GmbH*, 26 septembre 2013, C-418/11, 31 janvier 2013, § 74.

²¹⁴ I. MAJCHER, C. DE SENARCLENS, « Discipline and punish ? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe », in *AmeriQuests* Vol. 11, n° 2, 2014.

²¹⁵ Cour EDH, *Simons c. Belgique*, 28 août 2012, déc. n°71407/10, §§ 31-32 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2015, 12ème éd., p. 902 ; J. VELU, G. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, préc., p. 435.

²¹⁶ V. C. SAAS, « Principes généraux du droit de l'Union européenne, droits de la défense et directive "retour" », in *AJ Pénal*, novembre 2013, p. 617.

« Pour remédier à cette situation, la rétention à des fins d'éloignement devrait être restreinte à des mesures purement administratives, ou son caractère pénal devrait être expressément reconnu afin que les migrants retenus aient accès à des garanties procédurales plus solides »²¹⁷.

43. Cependant, une telle évolution impliquerait de reconnaître les objectifs implicites de la rétention à des fins d'éloignement, lesquels sont loin d'être clairement assumés²¹⁸. Pour l'heure, la relégation des personnes retenues à des fins d'éloignement dans la sphère administrative se ressent tant dans la procédure d'adoption de la mesure de placement, rudimentaire au regard de l'enjeu (I), que dans le contrôle de la mesure de placement, qui correspond à un sous-*habeas corpus* (II). En définitive, les garanties procédurales entourant la décision de placement en rétention apparaissent fortement lacunaires²¹⁹.

I. L'adoption de la décision de placement : une procédure rudimentaire

44. Une procédure pouvant conduire à une privation de liberté recèle un enjeu particulièrement important dans une société démocratique²²⁰. Pourtant, l'appartenance de la rétention à des fins d'éloignement à la matière administrative va de pair avec une atrophie des garanties classiquement reconnues en matière de privation de liberté (A). De plus, si la Cour de justice affirme clairement que la procédure d'adoption de la décision doit respecter les droits de la défense, c'est tout aussi clairement qu'elle en minimise l'application (B). En définitive, l'adoption de la décision de placement a lieu au terme d'une procédure rudimentaire au regard des enjeux en terme de droits fondamentaux.

²¹⁷ I. MAJCHER, C. DE SENARCLENS, « Discipline and punish ? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe », préc., p. 16.

²¹⁸ V. pts. 86 s. et A. LEERKES, D. BROEDERS, « A Case of Mixed Motives ? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention », *British Journal of Criminology*, Vol. 50, n° 5, 2010, pp. 830-850 [<http://bjc.oxfordjournals.org/content/50/5/830.abstract>].

²¹⁹ C. RODIER, « L'encadrement juridique de la détention des migrants à l'heure de la directive "retour" », mis en ligne le 10 avril 2011 sur le blog « Combats pour les droits de l'homme » [<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/04/10/lencadrement-juridique-de-la-detention-des-migrants-a-lheure-de-la-directive-retour/>] : « on constate que l'encadrement européen de la détention, qui se réfère aux principes posés par le droit international, est bien peu contraignant » et fait l'objet d'un « encadrement lacunaire et disparate ».

²²⁰ Cour EDH [CP], De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (« Vagabondage »), 18 juin 1971, req. n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66, § 65 ; Cour EDH [CP], Engel et al. c. Pays-Bas, 8 juin 1976, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, § 82 ; Cour EDH, Winterwerp c. Pays-Bas, 24 octobre 1979, req. n° 6301/73, § 37.

A. La matière administrative, prétexte à l'atrophie des garanties procédurales

45. L'article 15 § 2 dispose que « la rétention est ordonnée par les autorités administratives ou judiciaires, par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit ». En dépit de la non-indépendance des autorités administratives²²¹, il fait de l'adoption de la décision de placement par une autorité judiciaire une simple faculté (1). De plus, contrairement à l'article 5 § 2 de la Convention EDH²²², il ne fait pas référence à l'accessibilité de la décision pour son destinataire, manquant à garantir le droit fondamental de savoir ce que l'on se voit reprocher²²³ (2).

1. L'adoption de la décision de placement par une autorité judiciaire, une simple faculté

46. La Cour EDH juge qu'une mesure qui « ressemble à celle infligée par une juridiction pénale » doit être entourée de garanties procédurales qui ne sont pas « sensiblement inférieures à celles qui existent en matière pénale »²²⁴. Pourtant, dans le cadre de l'article 5, elle se satisfait de l'adoption d'une mesure privative de liberté par une autorité administrative dès lors qu'elle est motivée en fait et en droit²²⁵ et peut faire l'objet d'un contrôle de légalité par un « tribunal »²²⁶. La directive retour se conforme à cette jurisprudence²²⁷. Cependant, le fait que ni la jurisprudence de la Cour EDH ni le droit de l'Union n'imposent aux États membres de confier l'adoption de la décision de placement en rétention à une autorité judiciaire témoigne d'une non prise en compte des spécificités de la rétention à des fins d'éloignement (privation de liberté non punitive), laquelle procède notamment de « l'absence d'instrument spécifique traitant de la question des droits des migrants irréguliers »²²⁸. Ainsi, tout en relevant qu'il s'agit d'une question « difficile et délicate pour les États membres du Conseil de l'Europe », l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe estime qu'il est

²²¹ Au moins en apparence, ce qui suffit à caractériser la non indépendance. V. Cour EDH, *Piersack c. Belgique*, 1er octobre 1982, req. n° 8692/79, § 30.

²²² « Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle. » Le terme « arrêtée » ne s'oppose pas à l'applicabilité de l'art. 5 § 2 à la matière administrative du fait qu'il s'agit d'une notion autonome. V. Cour EDH, *Van der Leer*, 21 février 1990, req. n° 11509/85, § 27.

²²³ V. Cour EDH, *Van der Leer*, 21 février 1990, préc., § 27.

²²⁴ Cour EDH [CP], *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* (« *Vagabondage* »), 18 juin 1971, préc., § 79.

²²⁵ Cour EDH, *Khudoyorov c. Russie*, 8 novembre 2005, req. n° 6847/02, § 157 ; Cour EDH [GC], *Mooren c. Allemagne*, 9 juillet 2009, req. n° 11364/03, § 79.

²²⁶ Cour EDH [CP], *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* (« *Vagabondage* »), 18 juin 1971, préc., § 76 ; Cour EDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, req. n° 6301/73, § 57.

²²⁷ Art. 15 § 2 de la directive retour.

²²⁸ APCE, résolution 1509 « Droits fondamentaux des migrants irréguliers », 27 juin 2006, pt. 8.

« urgent de clarifier la question des droits des migrants en situation irrégulière »²²⁹. À cet effet, elle a dégagé « 10 principes directeurs définissant les circonstances dans lesquelles la rétention des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière est légalement admissible »²³⁰, dont le troisième consiste à confier la décision de placement en rétention à une autorité judiciaire²³¹. En cela, elle est appuyée par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies²³².

47. Comme la notion de « juridiction » dans la jurisprudence de la Cour de justice²³³, celle de « tribunal » reçoit une acception autonome²³⁴ dans la jurisprudence de la Cour EDH. On pourrait donc se satisfaire de l'adoption de la décision de placement par une autorité administrative s'il était exigé qu'elle présente les « garanties fondamentales de procédures appliquées en matière de privation de liberté »²³⁵, de manière à pouvoir être qualifiée de « tribunal » par la Cour EDH ou à tout le moins de « juridiction » par la Cour de justice. Or, il n'en est rien. En effet, l'application de ces deux qualifications est notamment soumise à une condition d'indépendance du pouvoir exécutif et des parties en cause²³⁶, ignorée par la directive retour. De plus, la Cour EDH (dont la jurisprudence en la matière peut paraître quelque peu contradictoire) estime que les conditions indispensables à la régularité de la privation de liberté sont²³⁷ l'observation des règles de procédure nationales, le caractère raisonnable des soupçons motivant la privation de liberté, la légitimité du but poursuivi par le droit national et la légitimité du but poursuivi par la privation de liberté. Dès lors, il est surprenant qu'elle n'impose pas la condition d'indépendance dès le stade de l'adoption de la décision de placement en rétention : comment une autorité non indépendante pourrait-elle contrôler ne serait-ce que la légitimité du but poursuivi par la privation de liberté, dès lors qu'elle peut recevoir des instructions quant à sa prise de décision²³⁸ ? Se pose également la question de la compétence des autorités administratives pour contrôler l'observation de règles

²²⁹ Id., pt. 6 ; dans le même sens v. APCE, résolution 1707 « Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe », 28 janvier 2010, pt. 7.

²³⁰ APCE, résolution 1707, préc., pt. 9.1.

²³¹ Id., pt. 9.1.3 ; v. également APCE, résolution 1509, préc., pt. 12.5.

²³² CDH, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, 18 janvier 2010, A/HRC/13/30, pts. 61 et 91.

²³³ CJCE, 30 juin 1966, *Veuve G Vaassen-Göbbels*, 61/65, p. 395.

²³⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2015, 12ème éd., pp. 239-240 : les notions autonomes sont celles que « la Cour va détacher [...] de leur contexte juridique national et les doter d'un sens "européen". [...] Pour ce faire, le juge européen opte pour une généreuse acception "matérielle", et non formelle, des notions à déterminer [...] ».

²³⁵ Cour EDH [CP], *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* (« *Vagabondage* »), 18 juin 1971, préc., §§ 76, 78.

²³⁶ Pour la Cour EDH, v. *Neumeister c. Autriche*, 27 juin 1968, req. n° 1936/63, § 24 ; Cour EDH [CP], *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* (« *Vagabondage* »), 18 juin 1971, préc., §§ 76, 78 ; pour la Cour de justice, v. CJCE, *Pretore di Salò*, 11 juin 1987, 14/86 ; CJCE, *Graham J. Wilson contre Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, 19 septembre 2006, C-506/04.

²³⁷ Cour EDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, préc., § 39 ; Cour EDH [CP], *Brogan et al. c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85, § 65 ; Cour EDH, *E c. Norvège*, 29 août 1990, req. n° 11701/85, §§ 49-50 ; Cour EDH, *Niedbala c. Pologne*, 4 juillet 2000, req. n° 27915/95, § 66 ; Cour EDH [GC], *McKay c. Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, req. n° 543/03.

²³⁸ En matière pénale, c'est d'ailleurs précisément pour cette raison que la Cour EDH conteste l'indépendance et l'impartialité du parquet français. V. Cour EDH, *Moulin c. France*, 23 novembre 2010, req. n° 37104/06, §§ 57-59.

nationales souvent très complexes, particulièrement lorsque la décision de placement en rétention est prise par un garde-frontière ou par un policier²³⁹ – peu susceptibles de maîtriser pleinement une matière aussi complexe que le droit des étrangers. Au total, sur les trente États soumis à la directive retour, vingt-quatre confient l’adoption de la décision de placement en rétention à une autorité administrative²⁴⁰, prenant ainsi le risque – ou faisant ainsi le choix – de soumettre les ressortissants de pays tiers faisant l’objet d’une procédure de retour à une privation de liberté discrétionnaire.

2. L’accessibilité de la décision de placement, un droit fondamental non garanti

48. Lorsqu’une personne est visée par une décision de placement en rétention, elle doit en être informée dans le plus court délai et dans une langue qu’elle comprend²⁴¹. À cet égard, la jurisprudence de la Cour EDH est sans ambiguïté :

« L’art. 5 § 2 énonce une garantie élémentaire : toute personne arrêtée doit savoir pourquoi. [...] Il oblige à signaler à une telle personne, dans un langage simple et accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu’elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du § 4. Elle doit bénéficier de ces renseignements “dans le plus court délai”, mais le policier qui l’arrête peut ne pas les lui fournir en entier sur le champ. Pour déterminer si elle en a reçu assez et suffisamment tôt, il faut avoir égard aux circonstances particulières de l’espèce »²⁴².

Or, la directive retour ne fait référence ni à la notification de la décision de placement en rétention, ni au délai dans lequel elle devrait être notifiée, ni à l’intelligibilité de la décision pour son destinataire, sur lesquels la Cour de justice ne s’est pas encore prononcée. Ainsi, tels le Joseph K. de Kafka²⁴³, les ressortissants de pays tiers faisant l’objet d’une décision de

²³⁹ République tchèque, Finlande, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Slovaquie, Norvège. V. REM, *La détention et les alternatives à la détention dans le contexte des politiques d’immigration*, 2014, p. 27 s. et annexe I.

²⁴⁰ Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Estonie, Grèce, Hongrie, Italie, Finlande, France, Islande, Lettonie, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Pologne, Slovaquie, Slovaquie, Suède, Suisse, Norvège, République tchèque. V. REM, *La détention et les alternatives à la détention dans le contexte des politiques d’immigration*, 2014, p. 27 s. et annexe I.

²⁴¹ Art. 5 § 2 de la Conv. EDH ; art. 9 du PIDCP ; APCE, résolution 1707, préc., pt. 9.2.3. ; CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau », 2 avril 2012, A/HRC/20/24, pt. 16 ;

²⁴² Nous soulignons. V. Cour EDH, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, 30 août 1990, req. n° 12244/86, 12245/86 et 12383/86, § 40 ; Cour EDH [GC], *Murray c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1994, req. n° 14310/88, § 72 ; Cour EDH, *Chamaïev et al. c. Géorgie et Russie*, 12 avril 2005, req. n° 36378/02, § 413.

²⁴³ Joseph K., personnage principal du roman *Le Procès* de Frantz Kafka, tente de comprendre les raisons de son arrestation et se retrouve prisonnier d’un angoissant labyrinthe administrativo-judiciaire.

retour peuvent être privés de liberté pour une durée potentiellement très longue²⁴⁴ sans même en connaître les raisons.

49. Concernant l'intelligibilité de la décision, cette omission apparaît d'autant plus délibérée qu'elle est visée par l'article 12 de la directive : celui-ci prévoit que les ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision de retour peuvent demander une traduction de ladite décision dans une langue « dont il est raisonnable de supposer qu'[ils] la [comprennent] » (ce que peuvent cependant leur refuser les États membres s'ils sont en situation irrégulière²⁴⁵, situation dans laquelle les intéressés se trouvent par définition). Ainsi, force est de constater que la question de l'intelligibilité de la décision a bien été envisagée par les rédacteurs de la directive retour avant d'être d'une part rendue inopérante, d'autre part circonscrite à la décision de retour. Or, la directive ne prévoit pas que la décision de retour et la décision de placement en rétention n'en forment qu'une seule. Elles sont d'ailleurs nécessairement distinctes lorsque l'intéressé est placé en rétention suite à l'échec du départ volontaire et dans les États – certes marginaux – qui confient la décision de placement en rétention à une autorité judiciaire. On peut s'étonner de voir le Conseil, représentant d'États par ailleurs tous parties à la Convention européenne des droits de l'homme, refuser de consacrer une « garantie élémentaire » expressément exigée par la Cour EDH²⁴⁶ et défendue tant par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies²⁴⁷ que par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe – cette dernière en faisant une norme « minimale »²⁴⁸.

50. Quant à l'absence de référence au délai dans lequel la décision de placement en rétention doit être notifiée, elle est également préoccupante dès lors que la personne retenue ne peut contester la légalité de sa rétention tant qu'elle n'a pas accès à la décision qui la fonde. Conformément à sa jurisprudence relative à l'autorité chargée de la décision de placement en rétention, la Cour EDH ne traite pas directement du délai dans lequel elle doit être notifiée à l'intéressé. Cependant, dès lors qu'elle exige un contrôle juridictionnel rapide de la décision, il en découle que la notification doit avoir lieu encore plus tôt :

²⁴⁴ V. pts. 109 s.

²⁴⁵ Art. 12 § 3 de la directive retour.

²⁴⁶ V. note 242.

²⁴⁷ CDH, A/HRC/20/24, préc., pt. 72 (a) et (b).

²⁴⁸ APCE, résolution 1707, préc., pts. 9.2. et 9.2.3. ; v. également résolution 1509, préc., pt. 12.5.

« Quiconque a le droit d'introduire un recours en vue d'une décision rapide sur la légalité de sa détention ne peut s'en prévaloir efficacement si on ne lui révèle pas dans le plus court délai, et à un degré suffisant, les raisons pour lesquelles on l'a privé de sa liberté »²⁴⁹.

51. De plus, en matière de rétention à des fins d'éloignement, elle apprécie ce délai en tenant compte du fait « que ces mesures de détention [s'appliquent] à des ressortissants étrangers qui, le cas échéant, n'[ont] commis d'autres infractions que celles liées au séjour »²⁵⁰ et à la lumière de « l'enjeu [que représente la procédure] pour [ces] derniers »²⁵¹, enjeu ignoré par la directive retour qui semble résolument traiter la rétention à des fins d'éloignement comme n'importe quelle mesure administrative.

Cette primauté du caractère administratif sur le caractère privatif de liberté se retrouve également dans l'application des droits de la défense à la rétention à des fins d'éloignement, que la Cour de justice a concomitamment reconnue et minimisée.

B. L'application des droits de la défense, affirmée mais minimisée

52. Le respect des droits de la défense constitue un principe fondamental du droit de l'Union²⁵². À ce titre, il s'impose dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à une décision faisant grief²⁵³. Largement admis en droit de la concurrence²⁵⁴, ce principe a été confirmé par la Cour de justice dans le cadre de la directive retour²⁵⁵. Cependant, appliqués à la décision de placement en rétention, les droits de la défense sont bien loin de ceux visés par l'article 6 § 1 de la Convention EDH. Ainsi du droit à être entendu, vidé de sa substance (1) et du droit à une assistance juridique, qui se voit évincé (2).

²⁴⁹ Cour EDH, *Van der Leer*, 21 février 1990, préc., § 28 ; Cour EDH, *Chamaïev et al. c. Géorgie et Russie*, 12 avril 2005, préc., § 413.

²⁵⁰ Cour EDH, *Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janvier 2008, req. n° 29787/03 et 29810/03, § 77.

²⁵¹ Cour EDH [GC], *Mooren c. Allemagne*, 9 juillet 2009, préc., § 106.

²⁵² CJCE, *Sopropé – Organizações de Calçado Lda*, 18 décembre 2008, C-349/07, § 36 ; CJUE, *M.M.*, 22 novembre 2012, C-277/11, § 81 ; CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, C-383/13 PPU, § 32 ; CJUE, *Kamino International Logistics BV*, 3 juillet 2014, C-129/13, § 28 ; CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, C-166/13, § 42 ; CJUE, *Khaled Boudjlida*, 11 décembre 2014, C-249/13, § 30.

²⁵³ CJCE, *Hoffman-La Roche & Co*, 13 février 1979 85/76, § 9.

²⁵⁴ CJCE, *Hoechst*, 21 septembre 1989, 46/87 et 227/88, §§ 14-15 ; CJCE, *Roquette Frères*, 22 octobre 2002, C-94/00, §§ 27 et 48 ; règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

²⁵⁵ CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, préc. ; CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, préc. ; CJUE, *Khaled Boudjlida*, 11 décembre 2014, préc.

1. Le droit d'être entendu, une garantie vidée de sa substance

53. Saisie de plusieurs renvois préjudiciels de la part de juridictions nationales devant lesquelles les requérants se plaignaient d'une violation du droit d'être entendu dans le cadre d'une procédure de retour, la Cour de justice a dû faire œuvre créatrice. Comme elle le relève elle-même²⁵⁶, les rédacteurs de la directive se sont bornés à faire référence à la légalité de la procédure sans s'intéresser aux cas de violation des garanties procédurales et à leurs conséquences. Pour pallier cette lacune, la Cour de justice a invoqué les principes fondamentaux du droit de l'Union²⁵⁷, faisant du respect des droits de la défense une condition de la légalité de la procédure de retour. Surtout, elle a indiqué que le respect des droits de la défense²⁵⁸ impliquait le respect du droit d'être entendu dans le cadre de toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief, même lorsque le droit national ne le prévoyait pas expressément²⁵⁹. Cependant, comme le relève le Professeur Marie-Laure Basilien-Gainche, « une consécration si forte de ce droit dans son principe ne va pas de pair avec une forte protection de ses implications, le vidant insidieusement de toute sa substance »²⁶⁰. En effet, la Cour de justice s'est empressée de tempérer son assertion initiale :

« Les droits fondamentaux, tels que le respect des droits de la défense, n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, mais peuvent comporter des restrictions, à condition que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits garantis »²⁶¹.

54. Dans l'arrêt *M. G. et N. R.*, elle a considéré qu'assurer l'effet utile de la directive retour relevait d'un tel intérêt général justifiant qu'« une violation des droits de la défense, en

²⁵⁶ CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, préc., §§ 30-31.

²⁵⁷ CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, préc., § 42.

²⁵⁸ Sur le fait que le droit d'être entendu procède des droits de la défense plutôt que du droit à une bonne administration, v. M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Removal orders and the right to be heard : the CJEU fails to understand the dysfunctional French asylum system », mis en ligne le 12 décembre 2014 sur le blog « EU Law Analysis » [<http://eulawanalysis.blogspot.fr/2014/12/removal-orders-and-right-to-be-heard.html>].

²⁵⁹ CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, préc., § 32 ; CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, préc., §§ 42, 45, 49 ; CJUE, *Khaled Boudjlida*, 11 décembre 2014, préc., §§ 34 et 39. Solution déjà retenue dans un autre contexte : CJCE, *Sopropé – Organizações de Calçado Lda*, 18 décembre 2008, préc., § 38 (concurrency) ; CJUE, *M.M.*, 22 novembre 2012, préc., § 86 (protection internationale).

²⁶⁰ Notre traduction. M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Removal orders and the right to be heard : the CJEU fails to understand the dysfunctional French asylum system », préc. Sur la nature de cette substance, v. CJUE, *M.M.*, 22 novembre 2012, préc., §§ 87-88 ; CJUE, *Khaled Boudjlida*, 11 décembre 2014, préc., §§ 36-38 : « Le droit d'être entendu garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue au cours de la procédure administrative et avant l'adoption de toute décision susceptible de lui faire grief. Il oblige l'administration à prêter toute l'attention requise aux observations soumises par l'intéressé en examinant, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce et en motivant sa décision de façon circonstanciée [...] ».

²⁶¹ CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, préc., § 33 ; CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, préc., § 53 ; CJUE, *Khaled Boudjlida*, 11 décembre 2014, préc., § 43. Solution déjà retenue dans un autre contexte : CJUE, *Kamino International Logistics BV*, 3 juillet 2014, préc., § 42.

particulier du droit d'être entendu, n'entraîne l'annulation de la décision prise au terme de la procédure administrative en cause que si le juge national considère qu'en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent »²⁶². Si cette solution est classique²⁶³, sa transposition du droit de la concurrence vers le droit des étrangers a de quoi laisser perplexe et n'avait d'ailleurs pas la faveur de l'avocat général²⁶⁴. Si la minimisation d'une violation des droits de la défense peut se comprendre lorsque sont en jeu des intérêts économiques, il en va autrement s'agissant de la liberté et de l'avenir d'êtres humains, d'autant plus lorsque l'on se réfère à la jurisprudence de cette même Cour selon laquelle « l'existence d'une violation des droits de la défense doit être appréciée en fonction des caractéristiques spécifiques de chaque espèce, notamment de la nature de l'acte en cause, du contexte de son adoption et des règles juridiques régissant la matière concernée »²⁶⁵. De surcroît, non seulement l'idée qu'entendre l'intéressé quant à son placement ou son maintien en rétention amoindrit l'effet utile de la directive n'a rien d'évident, mais il faut également rappeler que le rapatriement des personnes « dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux » compte parmi les objectifs de la directive retour²⁶⁶.

55. Malgré tout, la Cour de justice persiste. Dans l'arrêt *Sophie Mukarubega*²⁶⁷, elle juge que l'obligation faite aux États membres de lutter contre l'immigration illégale justifie que le droit d'être entendu soit limité²⁶⁸. Mise en perspective avec l'extrait précité, cette affirmation fait de la lutte contre l'immigration illégale un intérêt général justifiant une restriction des droits de la défense. Au-delà du fait qu'elle entretient un imaginaire belliqueux²⁶⁹, elle implique que cette restriction est proportionnée à cet objectif d'intérêt général²⁷⁰, ce qui n'aurait jamais pu advenir en matière pénale.

²⁶² CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, C-383/13 PPU, §§ 38, 40, 41 et 44.

²⁶³ CJCE, *Distillers Company Limited c. Commission*, 10 juillet 1980, 30/78, 26 ; plus récemment : CJUE, *Kamino International Logistics BV*, 3 juillet 2014, préc., § 79.

²⁶⁴ Conclusions de l'A.G. M. WHATELET dans l'affaire CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, préc., 23 août 2013, §§ 56-57. V. P. DE BRUYCKER, S. MANANASHVILI, « *Audi alteram partem* in immigration detention procedures, between the ECJ, the ECtHR and Member States : *G & R* », in *Common Market Law Review*, n° 52, 2015, pp. 569-590.

²⁶⁵ CJUE [GC], *Solvay SA c. Commission*, 25 octobre 2011, C-110/10 P, § 63 ; CJUE [GC], *Commission et al. c. Yassin Abdullah Kadi*, 10 juillet 2013, C-534/10 P, § 102 ; CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, C-383/13 PPU, § 34 ; ; CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, préc., § 54.

²⁶⁶ CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, C-61/11 PPU, § 31 ; CJUE, *Mehmet Arslan*, 30 mai 2013, C-534/11, § 42 ; CJUE [GC], *Thi Ly Pham*, 17 juillet 2014, C-474/13, § 20 ; CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, préc., § 39 ; CJUE, *Z. Zh. et I. O.*, 11 juin 2015, C-554/13, § 47.

²⁶⁷ Sur cette affaire, v. N. LEPOULTRE, « Le droit d'être entendu avant l'adoption d'une mesure d'éloignement, un droit fondamental réduit à portion congrue », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 6 janvier 2015 [<http://revdh.revues.org/1042>].

²⁶⁸ CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, préc., § 71.

²⁶⁹ V. D. DUEZ, « La surveillance des frontières : efficacité et limites du projet "smart border" européen », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice et 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011, p. 150.

²⁷⁰ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, T. RACHO, « Quand le souci d'efficacité de l'éloignement l'emporte sur l'application effective des droits fondamentaux », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 18 novembre 2014, § 37 [<http://revdh.revues.org/957>].

56. L'arrêt *M. G. et N. R.* traitait du droit d'être entendu dans le cadre d'une procédure pouvant aboutir à la prolongation de la rétention, l'arrêt *Sophie Mukarubega* du droit d'être entendu dans le cadre d'une procédure pouvant aboutir à une décision de retour. La Cour de justice n'a en effet pas encore connu du droit d'être entendu dans le cadre d'une procédure pouvant aboutir au placement en rétention. En toutes hypothèses, c'est sans spéculation excessive que l'on prédira en la matière une solution similaire dans ce cas de figure : son raisonnement étant identique que soit en cause l'adoption de la décision de retour ou celle d'une décision de prolongation²⁷¹, la décision de placement, qui intervient entre les deux, devrait être traitée de la même manière.

57. Délaissée par la Cour EDH et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui se concentrent respectivement sur le contrôle de légalité de la rétention²⁷² et sur l'adoption de la décision de retour²⁷³, l'étape du placement en rétention n'en recèle pas moins un enjeu décisif. En effet, si les intéressés connaissent le moment de leur placement en rétention, son terme n'est jamais prédéterminé²⁷⁴ et la possibilité d'exercer un recours n'est jamais certaine²⁷⁵. De plus, les arguments en faveur de la régularisation diffèrent nécessairement de ceux qui plaident, une fois l'irrégularité établie et la décision de retour adoptée, pour le maintien en liberté ou le recours à une mesure alternative à la rétention²⁷⁶. Ainsi, tout à son souci de veiller à la pleine application de la directive retour et de retranscrire la volonté de ses rédacteurs, la Cour de justice pêche par excès de zèle au détriment du droit d'être entendu.

2. Le droit à une assistance juridique, une garantie évincée

58. Aucun des articles de la directive retour ayant trait à la rétention à des fins d'éloignement n'évoque un droit à une assistance juridique. « La possibilité d'obtenir un

²⁷¹ Comp. CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, préc. ; CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, préc. ; CJUE, *Khaled Boudjlida*, 11 décembre 2014, préc.

²⁷² V. supra et infra.

²⁷³ APCE, résolution 1509, préc., pt. 12.7.

²⁷⁴ Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention. Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union (The DEVAS Project)*, 2010, p. 11 : « 79% des personnes retenues ne savent pas quand elles seront libérées » (notre traduction).

²⁷⁵ V. P. DE BRUYCKER, S. MANANASHVILI, « *Audi alteram partem* in immigration detention procedures, between the ECJ, te ECtHR and Member States : *G & R* », préc., p. 585 ; S. SILVERMAN, A. NETHERY, « Introduction : Understanding Immigration Detention », in S. SILVERMAN, A. NETHERY (dirs.), *Immigration Detention: The migration of a policy and its human impact*, Routledge, 2015.

²⁷⁶ Sur le droit d'être entendu lorsque plusieurs procédures se succèdent, M.-L. BASILIEN-GAINCHE M.-L., T. RACHO, « Quand le souci d'efficacité de l'éloignement l'emporte sur l'application effective des droits fondamentaux », préc. : paradoxalement, le droit d'être entendu dans le cadre d'une demande de protection subsidiaire succédant à une demande d'asile est reconnu par la Cour de justice (CJUE, *M.M.*, 22 novembre 2012, préc.), tandis que le droit d'être entendu dans le cadre d'une demande de titre de séjour succédant à une demande d'asile ne l'est pas (v. CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, préc.).

conseil juridique, une représentation juridique et, en cas de besoin, une assistance linguistique » n'est visée qu'à l'article 13, qui concerne l'exercice d'une voie de recours à l'encontre des « décisions liées au retour », dont sont exclues les décisions relatives à la rétention²⁷⁷. Quant au droit de visite des organisations nationales, internationales et non gouvernementales, il n'intervient que lorsque la détention est en cours²⁷⁸. Curieusement, la Cour EDH n'a pas tranché cette question dans le cadre de l'article 5 § 1 f). Cependant, sous l'article 5 § 1 c), elle a jugé que :

« D'une part, un « accusé », au sens de l'article 6 de la Convention, a le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de sa garde à vue ou de sa détention provisoire et, le cas échéant, lors de ses interrogatoires par la police et le juge d'instruction [...]. La Cour observe toutefois qu'il s'agit là d'un principe propre au droit à un procès équitable, qui trouve son fondement spécifique dans le troisième paragraphe de l'article 6 de la Convention, lequel envisage en particulier le droit de tout « accusé » d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix. Il ne s'agit pas d'un « principe général » impliqué par la Convention, les principes de cette nature étant par définition transversaux »²⁷⁹.

59. Ce renforcement de la frontière entre les articles 5 et 6 de la Convention EDH n'est pas sans conséquence sur les personnes relevant de l'art. 5 § 1 f) : là encore, la nature administrative de la privation de liberté est prétexte à l'atrophie des droits procéduraux. Quant à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et au Conseil des droits de l'homme des Nations unies, ils insistent lourdement sur le droit à une assistance juridique gratuite des personnes retenues, sans dire mot de ce qu'il en advient lorsque l'adoption d'une mesure de placement en rétention est en voie d'être adoptée²⁸⁰.

60. L'absence d'instrument spécifique concernant les droits fondamentaux des migrants se fait ainsi cruellement ressentir. Les règles juridiques existantes bornent largement le travail des juridictions et des différents organes qui les appliquent ou en observent l'application, de sorte que les personnes retenues sous l'empire de la directive retour ou d'instruments analogues sont maintenues dans des limbes juridiques²⁸¹. La Cour de justice aurait pu combler le vide, mais a manqué cette occasion. Au contraire, dans une affaire où était en cause la

²⁷⁷ Art. 12 de la directive retour.

²⁷⁸ Art. 16 § 4 de la directive retour.

²⁷⁹ Cour EDH, *Simons c. Belgique*, 28 août 2012, préc., §§ 31-32.

²⁸⁰ APCE, résolution 1509, préc., pt. 12.4 ; APCE, résolution 1707, préc., pt. 9.2.9. ; CDH, A/HRC/20/24, préc., pts. 18 et 72.(e).

²⁸¹ M.-L.BASILLEN-GAINCHE, « La démocratie et les limbes : le confinement des immigrants dans un espace public juridictionnalisé », in Y.-C ZARKA. (dir.), *Repenser la démocratie*, Armand Colin, 2010, pp. 290-304 ;

régularité d'une procédure ayant abouti à une décision de retour, elle a confirmé que le droit à une assistance juridique était borné par le champ d'application de l'article 13 (décisions de retour et d'interdiction d'entrée), concédant à l'intéressé le seul droit de faire appel à un conseiller juridique à ses frais « à la condition que l'exercice de ce droit n'affecte pas le bon déroulement de la procédure de retour et ne compromette pas la mise en œuvre efficace de ladite directive »²⁸². Au regard du raisonnement de la Cour quant au droit d'être entendu, il en ira de même dans le cadre des procédures pouvant aboutir à un placement en rétention à des fins d'éloignement.

61. « Les migrants en situation irrégulière, dans la mesure où ils se trouvent souvent en situation de vulnérabilité, ont tout particulièrement besoin que leurs droits fondamentaux soient protégés, notamment leurs droits civils, politiques, économiques et sociaux »²⁸³ ; pourtant, tant le droit que la pratique dénotent un déni de cette réalité : exclus des garanties du procès pénal, les intéressés ne sont pas mis en mesure de défendre leur droit à la liberté lorsque la question d'un placement en rétention se pose. De la même manière, leur statut ne leur donne droit qu'à un sous-*habeas corpus*, droit fondamental réduit à la portion congrue.

II. Le contrôle de la décision placement : un sous-*habeas corpus*

62. À première vue, l'article 15 § 2 de la directive est comparable à l'article 5 § 4 de la Convention EDH, qualifié d'« *habeas corpus* de la Convention »²⁸⁴. Pourtant, il ne protège pas suffisamment les personnes retenues contre le risque d'être « enfermées » dans une zone de non-droit. En effet, s'il prévoit un contrôle juridictionnel de la légalité de la décision de placement, l'effectivité de ce dernier apparaît limitée (A). De plus, ses modalités ne sont pas encadrées par la Cour de justice, qui concède aux autorités nationales un excès d'autonomie d'où naissent des insuffisances (B).

²⁸² CJUE, *Khaled Boudjlida*, 11 décembre 2014, préc., §§ 64-65.

²⁸³ APCE, résolution 1509, préc., pt. 5 et 6.

²⁸⁴ Division de la recherche de la Cour EDH, *Guide sur l'article 5 de la Convention. Droit à la liberté et à la sûreté*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2014, p. 31 [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_FRA.pdf].

A. Le contrôle de la légalité, une effectivité limitée

63. En apparence, la directive retour garantit à tout ressortissant de pays-tiers placé en rétention à des fins d'éloignement la possibilité d'en faire contrôler la légalité dès le début de son déroulement (contrôle initial) puis à intervalles réguliers par la suite (contrôle subséquent)²⁸⁵. Cependant, la proclamation de ce droit n'en garantit pas l'effectivité, laquelle apparaît *in fine* limitée. L'accès au contrôle de légalité initial n'est pas automatique, de sorte que son bénéfice est conditionnel (1). De plus, en dépit de l'enjeu qu'il recèle, le contrôle subséquent de la légalité est négligé par la directive retour, qui ne prévoit aucune fréquence minimale et n'impose pas qu'il soit confié à une autorité judiciaire (2). Force est de constater que la Cour de justice, qui fait une application extensive du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres²⁸⁶, ne corrige pas ces travers.

1. L'accès au contrôle initial de la légalité, une garantie conditionnelle

64. L'article 15 § 2 prévoit un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention pour les cas – majoritaires – dans lesquels la décision de placement en rétention a été adoptée par une autorité administrative. Cependant, les États membres ont le choix entre deux options : rendre ce contrôle automatique²⁸⁷ ou le soumettre à l'introduction d'un recours par l'intéressé, qui doit alors être informé de cette possibilité²⁸⁸. En cela, la directive retour reflète l'article 5 § 4 de la Convention EDH²⁸⁹ et la jurisprudence qui en découle. En effet, c'est uniquement lorsque la privation de liberté n'a pas été ordonnée par un « tribunal » a été ordonnée par une autorité ne présentant pas « les garanties fondamentales de procédures appliquées en matière de privation de liberté »²⁹⁰ que la Cour EDH exige un contrôle « à bref délai »²⁹¹ de sa légalité. Dans le cas contraire, elle considère que ce contrôle est

²⁸⁵ Art. 15 §§ 2 et 3 de la directive retour.

²⁸⁶ CJCE, *Comet BV*, 16 décembre 1976, 45/76, § 13 : Le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres implique que lorsqu'une matière n'est pas réglementée par le droit de l'Union, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit de l'Union. V. G.A. RUSU, « L'effectivité du droit de l'Union européenne, une exigence renforçant les pouvoirs du juge national », Institutul European din România, Iași (Roumanie), 2011 [http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2010/1_effectivite.pdf].

²⁸⁷ Art. 15 § 2 a) de la directive retour.

²⁸⁸ Art. 15 § 2 b) de la directive retour.

²⁸⁹ « Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

²⁹⁰ Cour EDH [CP], *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* (« *Vagabondage* »), 18 juin 1971, préc., § 76 ; Cour EDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, préc., § 57.

²⁹¹ Sur la notion de « bref délai » qui ne sera pas développée, v. Cour EDH [GC], *Mooren c. Allemagne*, 9 juillet 2009, préc., § 106 : elle s'apprécie « à la lumière des circonstances de l'espèce, notamment la complexité de la procédure, de la manière dont elle a été conduite par les autorités nationales et par le requérant et l'enjeu qu'elle représentait pour ce dernier. »

« incorporé »²⁹² à la décision ordonnant la détention²⁹³. De plus, elle n'exige pas que ce contrôle soit automatique²⁹⁴.

65. Cependant, la comparaison ne tient que tant que l'on se borne au paragraphe 4 de l'article 5. Sous le paragraphe 3, la Cour EDH impose l'automatisme sans ambiguïté²⁹⁵ :

« [...] non seulement le contrôle judiciaire de la détention doit avoir lieu rapidement, mais il doit être automatique. Il ne peut être rendu tributaire d'une demande formée au préalable par la personne détenue »²⁹⁶.

Or, contrairement au paragraphe 4, le paragraphe 3 ne s'applique pas à toutes les privations de liberté puisqu'il se borne à la matière pénale²⁹⁷. Là encore, les personnes retenues dans le cadre d'une procédure de retour se voient privées d'une garantie dont l'importance est pourtant mise en exergue par la Cour EDH : tout en insistant sur l'imperméabilité des paragraphes 3 et 4, elle assure que le contrôle prévu par le paragraphe 3 serait « [privé] de sa substance » s'il n'était pas automatique, « l'article 5 § 3 visant à protéger l'individu contre la détention arbitraire en garantissant la soumission de l'acte privatif de liberté à un contrôle judiciaire indépendant »²⁹⁸. C'est dire que les personnes dont la privation de liberté relève de la matière administrative n'ont pas droit à la même protection contre l'arbitraire celles dont la privation de liberté relève de la matière pénale²⁹⁹. Pourtant, la même Cour juge que lorsqu'une privation de liberté se fonde sur l'article 5 § 1 f), il faut « tenir compte [...] du fait [qu'elle s'applique] à des ressortissants étrangers qui, le cas échéant, n'[ont] commis d'autres infractions que celles liées au séjour »³⁰⁰. Paradoxalement, sont ainsi affirmés dans le même temps la visée non punitive de la privation de liberté administrative et l'amoindrissement des

²⁹² Cour EDH [CP], *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* (« Vagabondage »), 18 juin 1971, préc., § 76 ; Cour EDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, préc., § 57.

²⁹³ Id.

²⁹⁴ Id.

²⁹⁵ « Toute personne arrêtée ou détenue dans les conditions prévues au paragraphe 1.c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience. »

²⁹⁶ Cour EDH [GC], *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, req. n° 25642/94, § 49. V. également Cour EDH, *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas*, 22 mai 1984, req. n° 8805/79, 8806/79 et 9242/81, § 51 ; Cour EDH [GC], *T. W. c. Malte*, 29 avril 1999, req. n° 25644/94, §§ 41-44 ; Cour EDH, *Niedbala c. Pologne*, 4 juillet 2000, préc., § 50 ; Cour EDH [GC], *McKay c. Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, req. n° 543/03, §§ 34-35.

²⁹⁷ L'article 5 § 3 vise les cas de détention provisoire en matière pénale, complétant ainsi l'article 6.

²⁹⁸ V. note 296.

²⁹⁹ V. G. CAMPESI, « Immigrant Detention and the double logic of securitization in Italy », in N. LABANCA, M. CECCORULLI (dirs.), *The EU, Migration and the Politics of Administrative Detention*, Routledge, London, 2014, pp. 145-165.

³⁰⁰ Cour EDH, *Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janvier 2008, préc., § 77.

garanties contre l'arbitraire qui en découle. Dans les faits, aucun État membre ne prévoit l'automatisme du contrôle juridictionnel accéléré de la légalité³⁰¹.

66. Au regard de l'état de détresse et de dénuement dans lequel se trouvent les personnes placées en rétention à des fins d'éloignement³⁰², la non automatisme du contrôle accéléré de la légalité en limite inmanquablement l'effectivité³⁰³, que les rédacteurs de la directive retour ne sont pas soucieux d'assurer : celle-ci ne consacre aucun droit pour l'intéressé à être informé de la possibilité d'introduire un recours dans un langage intelligible pour lui, ce qui pose problème dans plusieurs États membres³⁰⁴. De plus, la possibilité d'obtenir une assistance juridique en amont du recours est très précaire : les « organisations et instances nationales, internationales et non gouvernementales compétentes » peuvent visiter les centres de rétention, mais cette possibilité peut être soumise à autorisation, les modalités de cette dernière relevant de la marge d'appréciation des États ; en outre, aucune référence n'est faite au niveau de compétence juridique desdites organisations, souvent composées de bénévoles ; enfin, les personnes retenues peuvent les contacter, mais rien n'indique qu'elles doivent être informées de cette possibilité dans un langage qu'elles comprennent et bénéficier d'un service de traduction pour leur exposer leur cas³⁰⁵. Il convient également d'ajouter que l'existence en droit interne d'une base légale pour l'accès de telles organisations aux centres de rétention n'est pas une garantie solide au regard des très fortes restrictions qui l'entourent³⁰⁶. Cette situation est critiquée tant par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe³⁰⁷ que par le Professeur François Crépeau, Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants du Conseil des droits de l'homme des Nations unies, selon lequel « les migrants en rétention devraient bénéficier d'une assistance juridique et d'un interprète gratuits pendant la procédure

³⁰¹ P. BRUYCKER (De), S. MANANASHVILI (dir), G. RENAUDIERE, *The Extent of Judicial Control of Pre-Removal Detention in the EU. European Synthesis Report of the Project CONTENTION*, Migration Policy Centre, 2014 p. 1 (cité avec l'autorisation des auteurs).

³⁰² V. Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention*, préc.

³⁰³ I. MAJCHER, « Immigration detention in Europe: What are the facts? A new European Migration Network Study », mis en ligne le 5 décembre 2014 sur le blog « EU Law Analysis » [<http://eulawanalysis.blogspot.fr/2014/12/immigration-detention-in-europe-what.html>].

³⁰⁴ V. Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour du 28 mars 2014, COM(2014) 199 final, p. 27 : « [...] les ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une mesure de retour dans certains États membres ne sont pas toujours informés dans une langue qu'ils sont capables de comprendre au sujet des voies de recours dont ils disposent ». La Commission européenne vise ici les recours contre la décision de retour ; dès lors, on en déduit que le recours contre la décision de placement en rétention souffre de la même insuffisance.

³⁰⁵ Art. 16 § 5 de la directive retour. La Commission européenne souligne que « l'inefficacité d'une assistance juridique peut nuire à la possibilité d'un recours effectif ». V. COM(2014) 199 final, préc., p. 27. ; APCE, résolution 1509, préc., pt. 12.5 : « Les personnes placées en détention devraient être expressément informées, sans délai et dans une langue qu'elles comprennent, de leurs droits et de la procédure qui leur est applicable ».

³⁰⁶ V. annexe II. Pour une illustration des difficultés rencontrées à partir de la situation française, v. S. SLAMA, « Nouvelle bataille judiciaire autour de l'information des étrangers retenus et le droit de visite des ONG compétentes », in *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 2 mars 2013.

³⁰⁷ APCE, résolution 1509, préc., pt. 12.4.

administrative »³⁰⁸, seuls à même de compenser la non-automaticité du contrôle juridictionnel accéléré de la légalité du placement en rétention.

2. Le contrôle subséquent de la légalité, un enjeu négligé

67. Le contrôle de légalité de la rétention à des fins d'éloignement doit non seulement être garanti de manière « accélérée » au début de la rétention (contrôle initial), mais également « à intervalles raisonnables » pendant son déroulement (contrôle subséquent, qui se distingue du contrôle intervenant lorsqu'est en question la prolongation de la rétention au-delà de la durée de droit commun). Là encore, la directive retour laisse aux États membres le choix entre un contrôle « à la demande du ressortissant concerné d'un pays tiers » et un contrôle « d'office »³⁰⁹. De surcroît, tant que la rétention n'a pas fait l'objet d'une prolongation au-delà de la durée de droit commun prévue par le droit national, elle n'impose pas que ces réexamens soient confiés à une autorité judiciaire³¹⁰, ni même qu'ils donnent lieu à une décision écrite et motivée³¹¹.

68. Si la Cour EDH a la même position sur l'automaticité que concernant le contrôle initial³¹², il n'en va de même de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe selon laquelle « les décisions concernant la rétention [doivent être] examinées automatiquement à intervalles réguliers »³¹³. En cela, elle est rejointe par le Rapporteur spécial sur les droits des migrants³¹⁴. Surtout, s'agissant de l'autorité chargée du réexamen à intervalles raisonnables, tant la Cour EDH³¹⁵ que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe³¹⁶, le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants³¹⁷ et le Groupe de travail sur la détention arbitraire³¹⁸ s'accordent sur la nécessité d'un caractère judiciaire.

³⁰⁸ Notre traduction. CDH, A/HRC/20/24, préc., pt. 72 (a).

³⁰⁹ Art. 15 § 3 de la directive retour.

³¹⁰ Art. 15 § 3 de la directive retour *in fine* : « en cas de périodes de rétention prolongées, les réexamens font l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire. »

³¹¹ CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, C-146/14 PPU, §§ 46-48 : seules la décision de placement en rétention et la décision de prolongation de la rétention au-delà de la période de droit commun doivent obligatoirement revêtir une forme écrite et être motivées en fait et en droit.

³¹² Cour EDH, *Reinprecht c. Autriche*, 15 novembre 2005, req. n° 67175/01, § 31.

³¹³ Nous soulignons. APCE, résolution 1707, préc., pt. 9.2.10. Ce principe est l'un des « 10 principes directeurs définissant les circonstances dans lesquelles la rétention des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière est légalement admissible » qu'elle retient. V. pt. 9.1.

³¹⁴ CDH, A/HRC/20/24, préc., pt. 23.

³¹⁵ Cour EDH, *Bezicheri c. Italie*, 25 octobre 1989, req. n° 11400/85, § 20 ; Cour EDH, *Asenov et al. c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, req. n° 24760/94, § 162 ; Cour EDH, *Reinprecht c. Autriche*, 15 novembre 2005, préc., § 31.

³¹⁶ APCE, résolution 1707, préc., pt. 9.2.10.

³¹⁷ CDH, A/HRC/20/24, préc., pt. 23.

³¹⁸ CDH, A/HRC/13/30, préc., pt. 61.

69. C'est dire l'enjeu que recèle le réexamen régulier de la mesure de placement en rétention, dont nul ne conteste qu'elle ne se justifie « qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise »³¹⁹ et qu'il existe une « perspective raisonnable d'éloignement »³²⁰. Dès lors, la légalité de la rétention dépend de l'existence persistante de deux conditions susceptibles d'une évolution permanente, ce qui appelle un contrôle indépendant et fréquent. Or, du fait de la vaste marge nationale d'appréciation que la directive retour laisse aux États membres, ces paramètres sont très variables. En effet, si les études comparatives sont partielles et ne concordent pas toujours³²¹, de nettes tendances peuvent être identifiées : le réexamen périodique n'est pas systématiquement confié à une autorité judiciaire³²² ; il est très rarement automatique et lorsqu'il l'est, il est confié à une autorité administrative (sauf lorsqu'est en question la prolongation de la rétention au-delà de la durée de droit commun)³²³ ; il peut ne pas intervenir du tout pendant la durée de rétention de droit commun, ce qui doit être mis en perspective avec l'hétérogénéité des durées maximales de rétention retenues par les États membres³²⁴. De plus, la Commission européenne souligne que :

« L'interprétation de ce qui constitue les “intervalles raisonnables” auxquels la rétention doit faire l'objet d'un réexamen varie considérablement. Dans certains États membres, les réexamens ont lieu sur une base hebdomadaire, alors que dans d'autres, elle n'est garantie qu'à la fin de la période de rétention (qui peut durer jusqu'à six mois). Une plus grande cohérence est donc nécessaire dans ce domaine, et plusieurs parties intéressées ont réclamé des orientations supplémentaires sur l'interprétation de la notion d'“intervalles raisonnables” »³²⁵.

70. *In fine*, alors qu'est en cause la légalité de la rétention à des fins d'éloignement – et tout ce qu'elle sous-tend quand au respect de la prééminence du droit –, la directive retour fait référence au contrôle juridictionnel de la légalité de la rétention à des fins d'éloignement sans le généraliser et sans véritablement la réguler, ce qui permet aux États membres d'en limiter

³¹⁹ Cons. 16 et art. 15 de la directive retour ; CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, préc., § 40 ; Cour EDH [GC], *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, préc., § 113 ; Cour EDH [GC], *A. et al. c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, req. n° 3455/05, §§ 164 et 167.

³²⁰ CJCE [GC], *Said Shamilovich Kadzoev*, 30 novembre 2009, C-357/09 PPU, § 67 ; CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, C-61/11 PPU, § 40 ; Cour EDH [GC], *A. et al. c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, req. n° 3455/05, §§ 164 et 167.

³²¹ Par exemple, comp. P. BRUYCKER (De), S. MANANASHVILI (dirs), G. RENAUDIERE, *The Extent of Judicial Control of Pre-Removal Detention in the EU. European Synthesis Report of the Project CONTENTION*, préc. et REM, *La détention et les alternatives à la détention dans le contexte des politiques d'immigration*, 2014.

³²² P. BRUYCKER (De), S. MANANASHVILI (dir), G. RENAUDIERE, *The Extent of Judicial Control of Pre-Removal Detention in the EU. European Synthesis Report of the Project CONTENTION*, préc., p. 2 et rapports nationaux (v. <http://contention.eu/country-reports/>) ; REM, *La détention et les alternatives à la détention dans le contexte des politiques d'immigration*, préc., pp. 25-26 ; site Internet du Global Detention Project, section « Europe » [<http://www.globaldetentionproject.org/countries/europe.html>].

³²³ Id.

³²⁴ La durée de maximale de droit commun varie entre 5 jours (France) et 6 mois.

³²⁵ Nous soulignons. COM(2014) 199 final, préc., p. 18.

l'effectivité³²⁶. Plus largement, qu'il soit confié à une administration ou à un juge, le contrôle de la légalité de la rétention pose problème dans ses modalités, que la Cour de justice veut les moins strictes possible.

B. Les modalités du contrôle de la légalité, entre insuffisance et excès

71. En raison de la marge d'appréciation que la directive retour laisse aux États membres, les modalités du contrôle de légalité de la rétention opéré par l'administration ou le juge national est d'une grande importance. La Cour de justice a œuvré en faveur d'un large contrôle, exigeant des autorités nationales qu'elles adoptent les décisions liées à la rétention « au cas par cas et [tiennent] compte de critères objectifs, ce qui implique de prendre en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier » et qu'« en particulier, le respect du principe de proportionnalité [doive] être assuré au cours de toutes les étapes de la procédure de retour »³²⁷. Cependant, l'ampleur théorique de ce contrôle ne joue pas en faveur des droits fondamentaux : la Cour de justice n'impose pas l'application du principe du contradictoire, adoubant ainsi une insuffisance préjudiciable (1). Surtout, le non-encadrement des autorités nationales conduit à leur reconnaître une autonomie excessive dans un domaine nécessitant de solides garde-fous (2).

1. Le rejet du principe du contradictoire, une insuffisance préjudiciable

72. Le principe du contradictoire n'est pas évoqué par la directive retour. Cependant, comme elle l'a fait pour le principe du respect des droits de la défense, la Cour de justice aurait pu en déduire l'application des principes généraux du droit de l'Union ou de la Charte des droits fondamentaux³²⁸. De plus, l'applicabilité du droit d'être entendu ayant été déduite de celle des droits de la défense³²⁹, tout laissait croire qu'il en irait de même du principe du contradictoire. Pourtant, saisie d'un renvoi préjudiciel en interprétation dans le cadre d'un

³²⁶ V. Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, « Concluding remarks », préc., p. 7. : « Au cours de mes visites, j'ai relevé : [...] Le caractère illusoire du droit à un recours effectif : les avocats ne sont pas là (l'accès à l'aide juridictionnelle est difficile), les ONGs ont un accès restreint (les centres de rétention sont souvent construits loin des centres-villes), l'information n'est pas disponible (et surtout pas dans des langages appropriés)... ». Nous soulignons.

³²⁷ CJUE, *Z. Zh. et I. O.*, 11 juin 2015, préc., §§ 49 et 69. Dans le même sens, v. CJUE, *Mehmet Arslan*, 30 mai 2013, préc., §§ 42-43.

³²⁸ V. pt. 52 s.

³²⁹ V. pt. 53.

litige relatif à la procédure d'adoption d'une décision de retour, la Cour de justice a expressément rejeté cette possibilité :

« En ce qui concerne [...] la communication par l'autorité nationale compétente, préalable à l'adoption d'une décision de retour, de son intention d'adopter une telle décision, des éléments sur lesquels cette autorité entend fonder cette décision et l'octroi à l'intéressé d'un délai de réflexion, il importe, tout d'abord, de relever que la directive 2008/115 n'instaure pas de telles modalités procédurales contradictoires »³³⁰.

73. Ainsi, l'ensemble des procédures se déroulant dans le cadre de la directive retour semble échapper au principe du contradictoire, à tout le moins dès lors qu'elles se déroulent devant une autorité administrative (ce qui peut notamment concerner la procédure d'adoption d'une mesure alternative à la rétention, de placement en rétention et surtout le contrôle de légalité subséquent de la rétention). Cette assertion est surprenante à deux égards. Premièrement, la même Cour affirme que « le droit d'être entendu préalablement à l'adoption d'une décision de retour doit être interprété [...] en ce sens que ce ressortissant doit avoir la possibilité de présenter, de manière utile et effective, son point de vue au sujet de l'irrégularité de son séjour et des motifs pouvant justifier, en vertu du droit national, que la même autorité s'abstienne de prendre une décision de retour »³³¹. Or, la possibilité de présenter son point de vue de manière utile et effective apparaît grandement compromise en l'absence des « modalités de procédure contradictoires » évincées par la Cour de justice. Deuxièmement, si la Cour EDH a un temps rejeté l'applicabilité du principe du contradictoire sous l'article 5 § 4³³², elle a depuis opéré un revirement de jurisprudence explicite en en faisant un quasi-principe général : selon elle, la procédure de contrôle juridictionnel de la légalité de la rétention « doit être contradictoire et garantir dans tous les cas "l'égalité des armes" entre les parties »³³³. Ainsi, lorsqu'elle exerce un recours afin de faire contrôler la légalité de sa rétention, la personne retenue dans le cadre d'une procédure de retour doit non seulement avoir « la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie » et se faire communiquer « toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge »³³⁴, mais doit également « se voir offrir une

³³⁰ Nous soulignons. CJUE, *Khaled Boudjlida*, 11 décembre 2014, préc., § 53.

³³¹ Nous soulignons. CJUE, *Khaled Boudjlida*, 11 décembre 2014, préc., § 55. V. également *mutatis mutandis* CJUE, *M.M.*, 22 novembre 2012, préc., §§ 87-88.

³³² Cour EDH, *Neumeister c. Autriche*, 27 juin 1968, préc., §§ 22 et 24.

³³³ Cour EDH, *Reinprecht c. Autriche*, 15 novembre 2005, préc., § 31 : « Les principes pertinents qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour sur l'article 5 § 4 sont les suivants [...] ».

³³⁴ Principe du contradictoire. V. Cour EDH [GC], *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, 16 février 2000, req. n° 28901/95, § 60.

possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de désavantage par rapport à son adversaire »³³⁵. Cette position est appuyée par le Groupe de travail sur la détention arbitraire qui préconise depuis longtemps l'application du principe du contradictoire dès le stade du placement en rétention³³⁶.

74. Là encore, l'appartenance de la rétention à des fins d'éloignement à la matière administrative empêche le rattrapage des lacunes de la directive retour³³⁷. En effet, fut-elle rattachée à la matière pénale, le principe d'équivalence³³⁸ aurait imposé aux États membres d'en assurer un contrôle de légalité judiciaire (qu'il soit initial ou subséquent) et de veiller à l'application du droit à un procès équitable – donc du principe de contradictoire et du principe de l'égalité des armes. Pour l'heure, le rejet du principe du contradictoire par la Cour de justice minore l'étendue du contrôle de légalité de la rétention : il restreint considérablement la possibilité pour la personne retenue d'étayer les faits sur lesquels se base l'autorité chargée du contrôle.

2. Le non-encadrement des autorités nationales, une autonomie excessive

75. Qu'elles soient administratives ou juridictionnelles, les autorités nationales sont susceptibles de contrôler les motifs de placement ou de maintien en rétention tout au long de son déroulement (d'office ou à la demande de l'intéressé). À ce jour, la Cour de justice a dû se prononcer sur l'étendue de ce contrôle dans trois hypothèses : le contrôle de légalité du maintien en rétention d'une personne ayant introduit une demande d'asile postérieurement à la décision de retour³³⁹ ; le contrôle de la décision de prolongation de la rétention³⁴⁰ ; le placement en rétention sans délai de départ volontaire du fait que l'intéressé avait été considéré comme représentant un danger pour l'ordre public³⁴¹. À chaque fois, la solution retenue par la Cour de justice laisse aux autorités nationales une marge d'appréciation quasi-

³³⁵ Principe de l'égalité des armes. V. Cour EDH, *Foucher c. France*, 18 mars 1997, req. n° 22209/93, § 34. Pour clairement distinguer le principe du contradictoire et le principe de l'égalité des armes, v. Division de la recherche de la Cour EDH, *Guide de l'article 6. Droit à un procès équitable (volet pénal)*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2014, p. 19 s.

³³⁶ ECOSOC, additif au rapport sur la mission du Groupe de travail sur la détention arbitraire, « Rapport sur la mission du Groupe de travail au Royaume-Uni concernant la question des migrants et demandeurs d'asile », 18 décembre 1998, E/CN.4/1999/63/Add.3, pt. 29.

³³⁷ I. MAJCHER, C. DE SENARCLENS, « Discipline and punish ? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe », préc.

³³⁸ En vertu du principe d'équivalence, les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne. V. CJCE, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, 16 décembre 1976, 33/76, § 5 et CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, § 12.

³³⁹ CJUE, *Mehmet Arslan*, 30 mai 2013, préc.

³⁴⁰ CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, préc.

³⁴¹ CJUE, *Z. Zh. et I. O.*, 11 juin 2015, préc.

illimitée. Ainsi, interrogée sur le point de savoir si une personne placée en rétention sur le fondement de la directive retour peut y être maintenue sur le fondement de la directive accueil³⁴² pendant l'examen de sa demande d'asile, elle demande aux autorités nationales de vérifier « s'il ressort d'une appréciation au cas par cas de l'ensemble des circonstances pertinentes que cette demande a été introduite [dans un but dilatoire] et qu'il est objectivement nécessaire de maintenir la mesure de rétention pour éviter que l'intéressée se soustraie définitivement à son retour »³⁴³. On retrouve ici les difficultés découlant de la nature nébuleuse du « risque de fuite » – dont l'utilisation concernant un demandeur d'asile peut être questionnée³⁴⁴ – auquel s'ajoute un critère subjectif dont l'appréciation objective est impossible³⁴⁵.

76. S'agissant du contrôle de la décision de prolongation de la rétention, la Cour de justice précise opportunément que le juge judiciaire saisi d'un recours contre celle-ci doit pouvoir substituer sa propre décision à celle de l'administration³⁴⁶ et ne peut se baser sur le fait que le ressortissant concerné d'un pays tiers ne soit pas muni de documents d'identité pour la confirmer³⁴⁷. Cependant, elle ne guide pas davantage le juge quant à l'adoption de la nouvelle décision, lui demandant simplement « de prendre en considération tant les éléments de fait et les preuves invoqués par l'autorité administrative ayant ordonné la rétention initiale que toute observation éventuelle du ressortissant concerné d'un pays tiers [...] [et] de rechercher tout autre élément pertinent pour sa décision au cas où elle le jugerait nécessaire »³⁴⁸. Cependant, une telle opération est impraticable lorsque le principe du contradictoire n'est pas imposé dès le début de la procédure.

77. Concernant la qualification de « danger pour l'ordre public » justifiant l'absence de délai de départ volontaire, la Cour de justice retient qu'il incombe aux autorités nationales « d'apprécier tout élément factuel et, en particulier, d'évaluer le poids qu'il convient d'attribuer [aux circonstances] dans le contexte de l'affaire dont [elles sont saisies] »³⁴⁹ ;

³⁴² Alors directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, depuis directive 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte).

³⁴³ CJUE, *Mehmet Arslan*, 30 mai 2013, préc., § 63.

³⁴⁴ V. M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Judicial control of Detention: A deceptive upheaval? », mis en ligne le 10 juin 2014 sur le blog « EU Law Analysis » [<http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/06/marie-laure-basilien-gainche.html>].

³⁴⁵ A cet égard, les précisions de la Cour de justice sont vides : elle se contente d'affirmer que l'intention dilatoire, la nécessité et la proportionnalité de la rétention ne peuvent se déduire du seul fait que l'intéressé était déjà placé en rétention sur le fondement de la directive retour au moment de l'introduction de sa demande d'asile. V. CJUE, *Mehmet Arslan*, 30 mai 2013, C-534/11, § 62.

³⁴⁶ CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, préc., § 62.

³⁴⁷ Id., § 73.

³⁴⁸ Id., § 62.

³⁴⁹ CJUE, *Z. Zh. et I. O.*, 11 juin 2015, préc., § 63.

autrement dit, l'autonomie des autorités nationales est extrêmement large. Il devrait en aller de même lorsque cette notion d'« ordre public » sera appréciée dans le cadre de l'article 15 de la directive retour.

78. La marge de manœuvre laissée aux autorités nationales par la Cour de justice met à mal l'application de « “normes et procédures” communes [...] au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier »³⁵⁰. Ainsi, en matière de contrôle de la légalité, force est de constater que l'harmonisation n'est plus minimale : elle est quasi-inexistante, et ce dans un domaine où les droits fondamentaux sont en jeu.

79. En dernière analyse, le contrôle de la légalité de la directive retour ne satisfait pas toujours à l'article 5 § 4 de la Convention EDH, dont les exigences sont pourtant plus faibles que celles préconisées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et les organes spécialisés des Nations unies³⁵¹. Il en résulte que les personnes faisant l'objet d'une procédure de retour bénéficient d'un sous-*habeas corpus*³⁵², et ce en grande partie du fait de leur relégation dans la sphère administrative. Ainsi, le Groupe de travail sur la détention arbitraire constate que :

« La rétention administrative et un dispositif insuffisant ou inexistant pour l'*habeas corpus* sont en corrélation. Les États jugent commode de recourir à la rétention administrative comme moyen de maîtriser ou de gérer les flux migratoires sur leur territoire »³⁵³.

80. Il faut relever que le maintien des ressortissants de pays tiers en zone d'attente et la rétention à des fins d'éloignement sont les seules privations de liberté exclues de la matière pénale³⁵⁴. Au regard de la différenciation qui en résulte en terme de garanties procédurales, on observe une discrimination légale entre ressortissants de l'Union et ressortissants d'États tiers, alors même que « les droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union qui s'appliquent aux ressortissants de pays tiers devraient être respectés avec autant de rigueur que ceux qui s'appliquent aux citoyens de l'Union »³⁵⁵.

³⁵⁰ CJUE, *Mehmet Arslan*, 30 mai 2013, préc., § 42 (entre autres).

³⁵¹ V. supra.

³⁵² CDH, A/HRC/13/30, préc., pt. 92.

³⁵³ Id., pt. 80.

³⁵⁴ V. notamment, M. FLYNN, C. CANNON, « Detention at the Borders of Europe : report on the Joint Global Detention Project – International Detention Coalition Workshop in Geneva », Genève, 2-3 octobre 2010, p. 11.

³⁵⁵ Conclusions de l'A.G. E. Sharpston dans l'affaire *Z. Zh. et I. O.*, 11 juin 2005, préc., 12 février 2015, § 69 ; CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau », préc., pt. 9 ; CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau. Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human

81. La mesure dans laquelle le recours à la rétention à des fins d'éloignement porte atteinte au droit à la liberté ayant été établie, reste à répondre à la question de sa proportionnalité au regard des objectifs qu'elle poursuit, lesquels s'avèrent bien moins transparents qu'il n'y paraît.

rights of migrants », 24 avril 2013, A/HRC/23/46, pt. 80 ; Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, « Concluding remarks », préc., p. 6 ; art. 1 du protocole n° 12 à la Conv. EDH.

Partie II

La proportionnalité du recours à la rétention : une exigence ignorée

82. La directive retour a donné un cadre européen au retour des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, se fixant pour objectif « la mise en place d’une politique efficace d’éloignement et de rapatriement fondée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d’une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux ainsi que de leur dignité »³⁵⁶.

83. Considérant que les États contractants ont « le droit indéniable de contrôler souverainement l’entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire »³⁵⁷, la Cour EDH juge qu’un tel objectif constitue un but légitime à même de justifier une ingérence dans le droit à la liberté et à la sûreté, telle que la rétention à des fins d’éloignement³⁵⁸. Néanmoins, elle se hâte de préciser que ce droit doit « s’exercer en conformité avec les dispositions de la Convention, dont l’article 5 »³⁵⁹. Il en résulte que si les États contractants sont fondés à recourir à la rétention à des fins d’éloignement, ce n’est qu’en démontrant sa nécessité « dans les circonstances de l’espèce »³⁶⁰. La Cour de justice souscrit à cette analyse³⁶¹. Ainsi, le recours ou le maintien en rétention doit être circonscrit aux individus pour lesquels cette privation de liberté est appropriée et justifiée au regard de leurs caractéristiques spécifiques.

84. En exigeant une appréciation *in concreto* de l’opportunité de la rétention, les juges européens se réfèrent au principe de proportionnalité, qui en sous-tend d’autres³⁶² : le principe de nécessité, mais également le principe d’efficacité, comme le met en exergue la Cour de justice :

³⁵⁶ CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, C-61/11 PPU, § 31 ; CJUE, *Mehmet Arslan*, 30 mai 2013, C-534/11, § 42 ; CJUE [GC], *Thi Ly Pham*, 17 juillet 2014, C-474/13, § 20 ; CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, C-166/13, § 39.

³⁵⁷ Cour EDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, req. n° 19776/92, § 41 ; Cour EDH, *Mubilanzila Makeya et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, req. n° 13178/03, § 96 ; Cour EDH, *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, req. n° 8687/08, § 103 ; Cour EDH, *Popov c. France*, 19 janvier 2012, req. n° 39472/07 et 39474/07, § 117.

³⁵⁸ Id.

³⁵⁹ Id.

³⁶⁰ Cour EDH, *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, req. n° 56529/00, § 36 : « [pour qu’elle soit régulière], il ne suffit donc pas que la privation de liberté soit conforme au droit national, encore faut-il qu’elle soit nécessaire dans les circonstances de l’espèce et conforme au principe de proportionnalité » (nous soulignons).

³⁶¹ CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, préc., § 39 : « Ce n’est que dans l’hypothèse où l’exécution de la décision de retour sous forme d’éloignement risque, au regard d’une appréciation de chaque situation spécifique, d’être compromise par le comportement de l’intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen de la rétention ».

³⁶² Cour EDH, *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, req. n° 13444/04, § 94.

« Selon le considérant 13 de [la directive retour], le recours à des mesures coercitives doit être subordonné expressément au respect non seulement du principe de proportionnalité, mais aussi du principe d'efficacité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis »³⁶³.

85. Ainsi, une mesure telle que la rétention à des fins d'éloignement, qui restreint le droit à la liberté et à la sûreté sur le fondement de l'article 5 § 1 f), doit non seulement se borner à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre le but légitime poursuivi, mais encore être efficace au regard de celui-ci. Ces deux exigences ne sauraient être dissociées, une mesure non efficace ne pouvant passer pour nécessaire. Or, le recours rétention à des fins d'éloignement est entouré de garde-fous insuffisants : il n'est pas assez limité pour satisfaire à l'exigence de nécessité (chapitre I) et s'avère inefficace pour atteindre l'objectif de la directive retour, ce qui met à mal sa légitimité (chapitre II).

³⁶³ CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, C-383/13 PPU, § 42 (nous soulignons).

Chapitre I

Les limites au recours à la rétention : des garde-fous insuffisants

86. Aux termes de la directive retour, la rétention à des fins d'éloignement peut concerner tous les ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une procédure de retour, quels que soient leur âge, leur sexe ou leur condition physique ou mentale, la seule exclusion concernant les demandeurs d'asile dont la demande n'a pas été rejetée – ces derniers pouvant être placés en rétention dans le cadre de la directive accueil. Concernant les mineurs et les familles, l'article 17 de la directive prévoit qu'ils ne doivent être placés en rétention « qu'en dernier ressort ». Or, le respect de la « gradation des mesures » prévues par la directive s'imposant en toutes hypothèses³⁶⁴, cette précision ne leur apporte aucune protection spécifique. S'agissant des autres personnes vulnérables, leur sort est laissé à la marge d'appréciation des États membres. Quant à la durée de la rétention, les États membres ont la possibilité de l'étendre jusqu'à dix-huit mois, alors même qu'une privation de liberté de trois mois est considérée comme particulièrement lourde par la Cour EDH³⁶⁵. Si cela peut s'expliquer par l'hétérogénéité des droits nationaux préexistants, cette situation n'en est pas moins préoccupante au regard des motifs de prolongation de la rétention, qui laissent la porte ouverte aux décisions discrétionnaires.

87. Ainsi, de la même manière qu'il est banalisé, le recours à la rétention à des fins d'éloignement est également peu limité. S'agissant des limites personnelles, elles ne sont pas adaptées à la vulnérabilité, laquelle est encore favorisée par la rétention elle-même (I). Quant aux limites temporelles, elles sont inadaptées aux enjeux, lesquels touchent tant au respect des droits fondamentaux qu'au respect plus général de l'État de droit (II).

³⁶⁴ CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, C-61/11 PPU, §§ 39, 41 : « Il découle du seizième considérant de ladite directive ainsi que du libellé de son article 15, paragraphe 1, que les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possible [...]. L'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes » ; dans le même sens, v. CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, C-383/13 PPU § 42.

³⁶⁵ Cour EDH [CP], *Engel et al. c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n°5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, §§ 64, 85 : la Cour EDH qualifie de « lourdes peines privatives de liberté » des sanctions interdisant à des militaires de quitter leur établissement pour trois à six mois.

I. Les limites personnelles, inadaptées à la vulnérabilité

88. Si être placé en rétention est en soi un facteur de vulnérabilité³⁶⁶, certaines populations sont considérées comme étant *a priori* « vulnérables » et requérant par là-même des attentions spécifiques. La directive retour applique cette qualification aux mineurs (accompagnés ou non), aux personnes handicapées, âgées ou qui ont été victimes de violences (quelle qu'en soit la forme), aux femmes enceintes et aux parents isolés accompagnés de mineurs³⁶⁷. Tous ces profils, auxquels il faut ajouter celui des demandeurs d'asile déboutés³⁶⁸, tombent dans le champ d'application de la directive retour. Or, les protections qu'elle prévoit sont peu contraignantes – comme en témoigne le fait que seuls trois États membres ont modifié leur pratiques en la matière suite à la transposition³⁶⁹. Ainsi, la prise en compte des mineurs et des familles ne se traduit que par des obligations minimales (A), tandis que celle des autres personnes vulnérables est balayée par la directive retour (B).

A. La prise en compte des mineurs et des familles, des obligations minimales

89. Sont considérées comme « mineures » les personnes n'ayant pas dix-huit ans révolus³⁷⁰. En l'absence de statistiques sur leur placement en rétention à des fins d'éloignement³⁷¹, il est difficile d'apprécier la proportion d'enfants faisant l'objet d'une telle mesure. Toutefois, une étude commandée par le Parlement européen indique qu'en 2007, 48% des personnes vulnérables placées en rétention étaient mineures³⁷². En dépit de cette estimation préoccupante, la directive retour n'interdit pas la rétention des mineurs (accompagnés ou non) et encadre peu celle des familles. Si elle se réfère à l'intérêt supérieur

³⁶⁶ V. notamment Cour EDH, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, 20 décembre 2011, req. n° 10486/10, § 98 ; Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention. Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union (The DEVAS Project)*, 2010 ; FRA, *Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, avant-propos.

³⁶⁷ Art. 3 § 9 de la directive retour.

³⁶⁸ Les demandeurs d'asile en instance peuvent également être placés en rétention, mais uniquement dans le cadre de la directive accueil (v. note 56). Cependant, les régimes de la directive retour et de la directive accueil peuvent se chevaucher (v. supra).

³⁶⁹ Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour du 28 mars 2014, COM(2014) 199 final, p. 25 : les trois États concernés sont l'Autriche, la République Tchèque et la Slovaquie. La teneur des modifications n'est pas précisée.

³⁷⁰ V. notamment les règles des Nations unies pour la protection des mineurs privés de liberté adoptées par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/113 du 14 décembre 1990 (règles de la Havane, pt. 11 a) ; Cour EDH (décision), *Koniarska c. Royaume-Uni*, 12 décembre 2000, req. n° 33670/96.

³⁷¹ Lacune soulignée dans : S. PEERS, « The EU's Returns Directive: Does it improve or worsen the lives of irregular migrants? », mis en ligne le 28 mars 2014 sur le blog « EU Law Analysis » [<http://eulawanalysis.blogspot.fr/2014/03/the-eus-returns-directive-does-it.html>].

³⁷² STEPS, « Conditions des ressortissants de pays tiers retenus dans des centres (camps de détention, centres ouverts, ainsi que des zones de transit), avec une attention particulière portée aux services et moyens en faveur des personnes aux besoins spécifiques au sein des 25 États membres de l'Union Européenne », étude commandée par la Commission LIBE du Parlement européen, Bruxelles, Direction Générale Politiques Internes de l'Union, décembre 2007, PE 393.275, p. 191.

de l'enfant et à l'unité familiale, elle en fait une acceptation trop restrictive (1), qui se traduit par des pratiques toujours inquiétantes (2).

1. L'intérêt supérieur de l'enfant, une acception trop restrictive

« Un enfant est d'abord, avant tout et uniquement, un enfant. Il peut, par ailleurs, être un migrant »³⁷³.

90. Le principe selon lequel « l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale » fait l'objet d'un large consensus³⁷⁴. C'est donc sans surprise qu'on le retrouve expressément à l'article 17 de la directive retour relatif à la rétention des mineurs et des familles. S'il génère une littérature abondante et est régulièrement invoqué devant certains juges nationaux dans le cadre des procédures de retour³⁷⁵, il n'en reste pas moins peu contraignant *per se*, de sorte que ses conséquences juridiques sont étroitement liées à la volonté du juge appelé à l'appliquer. Ainsi, de nombreux organes internationaux s'en sont saisis pour lui donner corps et en faire découler un certain nombre de sous-principes. Toutefois, la directive retour a reproduit les moins contraignants : elle reprend presque mot pour mot le onzième des « 20 principes directeurs sur le retour forcé des étrangers en situation irrégulière »³⁷⁶ dégagés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, lequel est décliné en cinq sous-principes :

- « 1. Les enfants ne doivent être placés en détention que s'il s'agit d'une mesure de dernier recours et pour la durée la plus courte possible.
2. Les familles détenues préalablement à leur éloignement devraient bénéficier de lieux d'hébergement séparés afin de préserver leur intimité.
3. Les enfants, qu'ils soient en détention ou non, ont droit à l'éducation et aux loisirs, notamment le droit de jouer et de s'adonner à des activités récréatives appropriées à leur âge. L'éducation offerte pourrait dépendre de la durée de la détention.
4. Les enfants séparés devraient être accueillis dans des institutions dotées d'un personnel et d'installations qui tiennent compte des besoins spécifiques des personnes de leur âge.

³⁷³ APCE, recommandation 1985 « Les enfants migrants sans-papiers en situation irrégulière: une réelle cause d'inquiétude », 7 octobre 2011, pt. 1.

³⁷⁴ Art. 17 § 5 de la directive retour. V. article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ; art. 24 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 ; Cour EDH, *Kanagaratnam et al. c. Belgique*, 13 décembre 2011, req. n° 15297/09, § 67 ; note du secrétaire général des Nations unies, *Rapport sur les droits de l'homme des migrants présenté par la Rapporteuse spéciale de la Commission des droits de l'homme, Gabriella Rodríguez Pizarro*, 9 août 2002, A/57/292, p. 3 et pt. 79 ; Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, « 20 principes directeurs sur le retour forcé des étrangers en situation irrégulière », 4 mai 2005, (CM(2005)40add), principe 11 ; APCE, recommandation 1985 « Les enfants migrants sans-papiers en situation irrégulière: une réelle cause d'inquiétude », préc., pt. 9.4.1. ; CRC, « Report on the 2012 Day of General Discussion: The Rights of All Children in the Context of International Migration », 28 septembre 2012, pt. 72.

³⁷⁵ V. F. LANGRONET, « De l'incantation à la norme : l'incidence statistique croissante de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contentieux de l'éloignement des étrangers », in *La Revue des droits de l'homme*, n° 7, 2015 [<http://revdh.revues.org/1099#bodyftn26>].

³⁷⁶ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, « 20 principes directeurs sur le retour forcé des étrangers en situation irrégulière », préc.

5. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans les cas de détention préalable à l'éloignement. »

91. Cependant, elle s'en différencie en mettant le quatrième au conditionnel (« dans la mesure du possible »). Pourtant, le type de lieu dans lequel les mineurs sont placés en rétention revêt une importance primordiale : pour qu'une privation de liberté soit « régulière » au sens de l'article 5 § 1 de la Convention EDH, « un lien doit exister entre le motif invoqué pour la privation autorisée et le lieu et le régime de détention »³⁷⁷, lien rompu lorsqu'un enfant est placé en rétention dans une infrastructure inappropriée à sa situation « d'extrême vulnérabilité »³⁷⁸. De surcroît, les conditions d'accueil constituent le critère matériel sur lequel la Cour EDH se base pour déterminer si le placement en rétention d'un mineur constitue un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention EDH (à côté de l'âge – critère personnel – et de la durée de la rétention – critère temporel)³⁷⁹. Ainsi, elle n'a pas hésité à juger que des enfants placés en rétention avec leurs parents dans la « zone famille » d'un centre de rétention administrative français avaient été victimes d'un traitement inhumain ou dégradant du fait tant de la durée de la mesure que du caractère en pratique inadapté des lieux³⁸⁰, ce qui illustre l'insuffisance des prescriptions de la directive retour qui se borne à requérir un « lieu d'hébergement séparé » pour les familles. À cet égard, la Cour EDH souligne les dangers liés à l'absence de règles contraignantes et précises³⁸¹.

92. D'autre part, alors même que cette pratique est vivement condamnée au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant³⁸², la directive retour n'interdit pas que les enfants soient placés en rétention au nom de l'unité familiale du fait que leurs parents font l'objet d'une telle mesure. Elle n'affirme pas non plus que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte dans le cadre des décisions de placement en rétention concernant ses parents, lesquelles

³⁷⁷ Cour EDH, *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, req. n° 25357/94, § 46 ; Cour EDH, *Kanagaratnam et al. c. Belgique*, 13 décembre 2011, préc., § 83 et jurisprudence citée ; Cour EDH, *Popov c. Belgique*, 19 janvier 2012, préc., §§ 119-121.

³⁷⁸ Cour EDH, *Kanagaratnam et al. c. Belgique*, 13 décembre 2011, préc., § 94 ; Cour EDH, *Popov c. Belgique*, 19 janvier 2012, préc., § 119.

³⁷⁹ Cour EDH, *Brand c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, req. n° 49902/99, § 66 ; Cour EDH, *Mubilanzila Makeya et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, préc., § 42 ; Cour EDH [GC], *Saadi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, req. n° 13229/03, § 74 ; Cour EDH [GC], *A. et al. c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, req. n° 3455/05, §§ 164 et 167 ; Cour EDH, *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, préc., § 107 ; Cour EDH, *Popov c. Belgique*, 19 janvier 2012, préc., § 118. Nous empruntons la systématisation en critères matériel, personnel et temporel à Nicolas Hervieu. V. N. HERVIEU, « Confirmations, novations et incertitudes conventionnelles sur la détention de familles d'étrangers accompagnées d'enfants », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 22 janvier 2012 [https://groupes.renater.fr/sympa/arc/droits-libertes/2012-01/msg00002/Lettre_ADH_du_CREDOF_-_22_janvier_2012.pdf].

³⁸⁰ À cet égard, le fait que la mesure n'ait pas pour but d'humilier ou de rabaisser les intéressés n'exclut pas la violation de l'article 3 de la Conv. EDH. V. Cour EDH [GC], *V. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, req. n° 24888/94, § 71.

³⁸¹ Cour EDH, *Popov c. Belgique*, 19 janvier 2012, préc., §§ 93 s.

³⁸² CRC, « Report on the 2012 Day of General Discussion: The Rights of All Children in the Context of International Migration », préc., pt. 78 ; Cour EDH, *Popov c. Belgique*, 19 janvier 2012, préc., §§ 134 et 147 ; CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau », 2 avril 2012, A/HRC/20/24, pts. 40 et 72 h) ; APCE, résolution 2020 « Les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants », 3 octobre 2014, pts. 3 et 9.1.

l'affectent nécessairement dès lors qu'elles impliquent de choisir entre deux maux dont aucun ne devrait lui être imposé³⁸³ : séparer l'enfant de ses parents (ce qui viole potentiellement un autre droit fondamental³⁸⁴) ou le placer également en rétention. Elle ne fait pas davantage référence au droit au respect de la vie familiale, dont la Cour EDH a précisé (il est vrai postérieurement à l'adoption de la directive retour) qu'il était mis à mal par « la vie carcérale inhérente [aux centres de rétention] »³⁸⁵, que l'enfant soit accompagné ou non. La situation des mineurs libérés après un placement en rétention, dont la prise en charge est pour les États une obligation positive découlant de l'article 3 de la Convention EDH³⁸⁶, n'est pas non plus évoquée.

93. L'interdiction pure et simple du placement en rétention des mineurs est plébiscitée par les organes des Nations unies et du Conseil de l'Europe. Elle l'est depuis longtemps concernant les mineurs non accompagnés³⁸⁷ – en effet, « dans la mesure où il existe des alternatives à la rétention, il est difficile de concevoir une situation dans laquelle la détention d'un mineur non accompagné pourrait être compatible avec la phrase [de la Convention relative aux droits de l'enfant] selon laquelle l'emprisonnement d'un enfant ne doit être qu'une mesure de dernier ressort »³⁸⁸ –, et l'est de plus en plus concernant l'ensemble des mineurs³⁸⁹. Pour que l'intérêt supérieur de l'enfant prime effectivement, la logique voudrait que les parents de ces mineurs ne puissent pas non plus faire l'objet d'un placement en rétention.

³⁸³ V. APCE, recommandation 1985 « Les enfants migrants sans-papiers en situation irrégulière: une réelle cause d'inquiétude », préc., pt. 9 s. ; CDH, A/HRC/20/24, préc., pts. 40 et 72 h) ;

³⁸⁴ Le droit de ne pas être séparé de ses parents. V. article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 et article 10 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, tous deux ratifiés par l'ensemble des États membres (et plus généralement par la quasi-totalité de la communauté internationale). Cela vaut également pour l'obligation positive de faciliter la réunification des mineurs non accompagnés et de leur famille issue de l'art. 8 de la Conv. EDH. V. Cour EDH, *Mubilanzila Makeya et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, préc., § 85.

³⁸⁵ Cour EDH, *Popov c. Belgique*, 19 janvier 2012, préc., § 38. V. N. HERVIEU, « Confirmations, novations et incertitudes conventionnelles sur la détention de familles d'étrangers accompagnées d'enfants », préc. Cet arrêt marque un revirement de jurisprudence assumé par rapport à la solution retenue jusqu'à Cour EDH, *Muskhadzhiyeva et al. c. Belgique*, 19 janvier 2010, req. n° 41442/07, §§ 97-99.

³⁸⁶ Cour EDH, *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, préc., §§ 91-94.

³⁸⁷ ECOSOC, additif au rapport sur la mission du Groupe de travail sur la détention arbitraire, « Rapport sur la mission du Groupe de travail au Royaume-Uni concernant la question des migrants et demandeurs d'asile », 18 décembre 1998, E/CN.4/1999/63/Add.3, pt. 37 : « Les mineurs non accompagnés ne devraient jamais être placés en rétention ».

³⁸⁸ CDH, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, 18 janvier 2010, A/HRC/13/30, pt. 60. V. également note du secrétaire général des Nations unies, A/57/292, préc., p. 3 et pt. 79 ; APCE, résolution 2020, préc., pt. 3.

³⁸⁹ CRC, « Report on the 2012 Day of General Discussion: The Rights of All Children in the Context of International Migration », préc., pt. 78 : « Les États devraient promptement et complètement mettre fin à la détention des enfants du fait de leur statut migratoire » (notre traduction) ; APCE, recommandation 1985 « Les enfants migrants sans-papiers en situation irrégulière: une réelle cause d'inquiétude », préc., pt. 9.4 ; CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau. Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants », 24 avril 2013, A/HRC/23/46, pt. 92 ; Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, « Concluding remarks », préc., p. 5.

94. En toutes hypothèses, il n'est pas contesté que « les mesures privatives de liberté s'accompagnent inévitablement de souffrances et d'humiliation »³⁹⁰. Cela est d'autant plus vrai pour les mineurs, dont la rétention dans un centre fermé risque de compromettre le développement et de causer des traumatismes psychiques, quel que soit leur âge³⁹¹. Or, la directive retour ne prévoit pas de durée de rétention maximale réduite concernant les mineurs ou leurs parents (la référence à la « période la plus brève possible » étant en pratique non contraignante en l'absence de précision par la Cour de justice), ce dont s'est ému le Groupe de travail sur la détention arbitraire³⁹².

95. Au vu du regard porté sur la rétention des enfants et des familles par les organes internationaux de protection des droits de l'homme, force est de constater que l'acceptation de l'intérêt supérieur de l'enfant retenue par la directive retour est extrêmement restrictive et dénote le manque de volonté politique du Conseil en la matière. Surtout, les inquiétudes générées par le droit sont loin d'être apaisées par les faits observés depuis l'adoption et la transposition de la directive retour.

2. Les pratiques observées depuis la directive retour, un état des lieux inquiétant

96. En 2011, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne s'alarmait de ce que « la rétention des enfants pour empêcher leur entrée non autorisée sur le territoire ou pour faciliter leur éloignement n'est pas rare en Europe, notamment dans des infrastructures qui ne sont pas équipées pour répondre à leurs besoins »³⁹³. En 2014, la situation ne semblait pas s'être améliorée, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe se disant « très préoccupée de constater que le placement en rétention d'enfants migrants est un phénomène croissant dans les États membres du Conseil de l'Europe »³⁹⁴. Comme d'autres³⁹⁵, elle relevait que les mesures alternatives à la rétention étaient généralement prévues par les États, mais

³⁹⁰ Cour EDH, *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, préc., § 60.

³⁹¹ Cour EDH, *Kanagaratnam et al. c. Belgique*, 13 décembre 2011, préc., §§ 67-68 ; Cour EDH, *Popov c. Belgique*, 19 janvier 2012, préc., § 111.

³⁹² CDH, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, A/HRC/13/30, préc., pt. 56.

³⁹³ FRA, *Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, préc., p. 7.

³⁹⁴ APCE, résolution 2020, préc., pt. 1.

³⁹⁵ Compte-rendu du séminaire de la Clinique des droits de l'Homme de Strasbourg du 3 avril 2014 « La rétention administrative des migrants et la protection des droits fondamentaux » (v. intervention de M. BIRKER).

rarement appliquées dans les faits³⁹⁶, ce que confirment les visites effectuées par le Rapporteur spécial pour les droits de l'homme des migrants dans les États membres :

« La directive retour dispose que la rétention doit être une mesure de dernier recours. Cependant, [...] dans les pays visités, le Rapporteur spécial a été témoin d'une absence presque totale d'alternatives à la rétentions de grande ampleur prête à être mise en œuvre, y compris pour les enfants. Au contraire, le Rapporteur spécial a observé une prolifération des régimes de rétention soutenus par l'Union européenne pour les États frontaliers »³⁹⁷.

97. La rétention des mineurs et des familles semble donc n'avoir pas évolué positivement depuis 2007, époque à laquelle il était constaté qu'en dépit d'espaces séparés réservés aux familles, les conditions de rétention n'étaient « pas du tout adaptées à la vie d'enfants », d'où des « actes de désespoir »³⁹⁸ et des traumatismes à court et long termes. Effet pervers, l'amélioration des conditions d'accueil des familles aurait entraîné « une banalisation du placement en détention de personnes pour lesquelles l'enfermement même peut être remis en cause »³⁹⁹.

98. Selon la Commission européenne, dix-sept États membres placent en rétention des mineurs non-accompagnés et dix-neuf États membres des familles avec mineurs⁴⁰⁰. Imputant cette situation à la marge d'appréciation que l'article 17 de la directive retour laisse aux États membres, elle n'a pour autant fait mention d'aucune modification prochaine, pas plus que de lignes directrices spécifiques au retour des mineurs et des familles. On peut d'ailleurs relever que des violations manifestes de la directive retour à l'égard de mineurs n'ont pour l'heure donné lieu à aucun recours en manquement (un exemple extrême – et pourtant connu de la Commission⁴⁰¹ – étant celui de Mayotte, où 2 575 enfants étaient placés en rétention 2012 dans des conditions dramatiques⁴⁰²).

³⁹⁶ APCE, résolution 2020, préc., pt. 8 ; Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, « Concluding remarks », préc., p. 7 : « L'aide de l'Union européenne en matière d'immigration semble avoir été affectée à la construction de centre de détention plutôt qu'à la promotion des alternatives à la rétention, tels que les refuges pour les enfants et les familles » (notre traduction).

³⁹⁷ Notre traduction. CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau. Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants », préc., pt. 77.

³⁹⁸ Migreurop, *Atlas des migrants en Europe. Géographie critique des politiques migratoires européenne*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 144.

³⁹⁹ STEPS, « Conditions des ressortissants de pays tiers retenus dans des centres (camps de détention, centres ouverts, ainsi que des zones de transit), avec une attention particulière portée aux services et moyens en faveur des personnes aux besoins spécifiques au sein des 25 États membres de l'Union Européenne », préc., tel que cité par Cour EDH, *Popov c. Belgique*, 19 janvier 2012, préc., §§ 62-63.

⁴⁰⁰ COM(2014) 199 final, préc., p. 23.

⁴⁰¹ Comme le relève le GISTI, la France a demandé à la Commission européenne la permission de déroger à certaines dispositions de la directive retour concernant Mayotte, ce qui lui a été refusé le 24 avril 2013. V. [<http://www.gisti.org/spip.php?article4846>]

⁴⁰² *La face cachée des camps d'étrangers en Europe*, ouvrage réalisé dans le cadre de la campagne « Open Access Now » lancée en 2011 par les réseaux Migreurop et Alternatives européennes, 15 octobre 2014, pt. 1B.

99. La directive retour aurait pu être un formidable levier d'amélioration sur la question de la rétention des enfants et des familles. Néanmoins, ce rendez-vous a été manqué. Refusant d'interdire la rétention des mineurs et des familles, les rédacteurs de la directive retour s'en sont détournés, rompant l'équilibre entre la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des États⁴⁰³ – plus encore concernant la catégorie résiduelle des personnes vulnérables.

B. La prise en compte des autres personnes vulnérables, balayée par la directive retour

100. Parmi les personnes vulnérables faisant l'objet d'une décision de retour, seuls les mineurs et les familles se voient consacrer une disposition dédiée. Pour toutes les autres, incluses dans une catégorie résiduelle, la directive retour ne limite pas le recours à la rétention (1), alors même qu'une telle mesure est un important facteur de vulnérabilisation (2).

1. La rétention des personnes vulnérables, une absence de limites

101. Femmes enceintes, handicapés, victimes de violences et personnes âgées sont incluses dans la catégorie résiduelle des personnes vulnérables (dans les faits, s'y ajoutent des mineurs n'ayant pas réussi à prouver leur âge, des demandeurs d'asile n'ayant pas encore formulé leur demande et des demandeurs d'asile déboutés). À leur égard, la directive retour se borne à exiger des États membres qu'ils accordent « une attention particulière » à leur situation et assurent « les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies »⁴⁰⁴. Or, non seulement ces obligations sont très peu contraignantes – voire vides de sens pour la première –, mais elles n'interviennent de plus que pendant le déroulement de la rétention⁴⁰⁵ : rien n'est dit sur la prise en compte de la vulnérabilité lorsqu'est en question l'adoption d'une décision de placement en rétention à des fins d'éloignement, sur les caractéristiques du lieu du placement (accessibilité d'un service de maternité pour les femmes enceintes, d'un service psychologique et/ou psychiatrique pour les victimes de violence, infrastructure médicale pour

⁴⁰³ Cour EDH, *Mubilanzila Makeya et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, préc., § 81 : « La détention dans les centres de rétention d'étrangers en attente d'expulsion n'est acceptable que pour permettre aux États de combattre l'immigration clandestine tout en respectant leurs engagements internationaux, aux rangs desquels se trouvent ceux nés de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que de la Convention relative aux droits de l'enfant précitée. Par ailleurs, le souci des États de déjouer les tentatives de contournement des restrictions à l'immigration ne doit pas priver les étrangers de la protection accordée par ces conventions pas plus qu'il ne doit priver le mineur étranger, de surcroît non accompagné, de la protection liée à son état. Il y a donc nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des États ».

⁴⁰⁴ Art. 16 § 3 de la directive retour.

⁴⁰⁵ Art. 16 de la directive retour : « conditions de rétention ».

les personnes souffrant du SIDA...) ou sur la mise à disposition d'une assistance linguistique pour communiquer avec le personnel soignant⁴⁰⁶. Là encore, la marge d'appréciation des États est presque totale. La seule autre disposition de la directive relative aux personnes vulnérables concerne l'exécution de la décision de retour, dont les États membres « peuvent » retarder l'exécution si la santé physique ou mentale de l'intéressé le justifie⁴⁰⁷. Selon plusieurs ONG, cette absence de limites intervient dans un « contexte de durcissement de la législation concernant l'accès au séjour pour raisons médicales et où l'éloignement des étrangers prime sur le droit à la santé »⁴⁰⁸ : il en résulte que même des personnes très malades sont susceptibles de faire l'objet d'une décision de retour⁴⁰⁹ et par là-même d'un placement en rétention, ce qui a notamment donné lieu à la condamnation de la Belgique par la Cour EDH⁴¹⁰.

102. Le placement en rétention de personnes particulièrement vulnérables est d'autant plus fréquent que la directive retour n'oblige pas les États membres à mettre en place des procédures de détection spécifiques⁴¹¹, lacune constatée sur le terrain – et déplorée – par le Rapporteur spécial pour les droits de l'homme des migrants⁴¹². C'est pourquoi ce dernier insiste également sur la nécessité de soumettre le placement en rétention des personnes vulnérables à un avis médical visant à s'assurer que la mesure n'affectera pas leur santé et leur bien-être⁴¹³, avant de souligner que la rétention « a des effets étendus et sérieusement dommageables sur la santé mentale (et parfois physique) des détenus »⁴¹⁴. Il en résulte qu'un tel avis médical ne devrait *de facto* jamais pouvoir être délivré, ce qui dénote une réalité ignorée de la directive retour : la rétention est, en elle-même, un facteur de vulnérabilisation.

⁴⁰⁶ L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe préconise la mise à disposition d'un interprète pour l'ensemble des personnes retenues. V. APCE, résolution 1509 « Droits fondamentaux des migrants irréguliers », 27 juin 2006, pt. 12.4.

⁴⁰⁷ Art. 9 § 2 de la directive retour.

⁴⁰⁸ *La face cachée des camps d'étrangers en Europe*, préc., pt. 1E.

⁴⁰⁹ D'autant plus que la jurisprudence de la Cour EDH en la matière est ambiguë. V. S. GANTY, « S.J. v. Belgium: missed opportunity to fairly protect seriously ill migrants facing expulsion », mis en ligne le 30 avril 2015 sur le blog « Strasbourg Observers » [<http://strasbourgobservers.com/2015/04/30/s-j-v-belgium-missed-opportunity-to-fairly-protect-seriously-ill-migrants-facing-expulsion/>].

⁴¹⁰ Cour EDH, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, 20 décembre 2011, préc.. Condamnation de la Belgique pour avoir détenu une femme atteinte du VIH sans avoir pris « toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle pour protéger la santé de la requérante et empêcher la dégradation de son état de santé ». Pourtant, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe avait déjà tiré la sonnette d'alarme en 2009. V. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « Rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammaberg, faisant suite à sa visite en Belgique 15-19 décembre 2008 », Strasbourg, 17 juin 2009, CommDH(2009)14.

⁴¹¹ *A contratio*, les « règles de Bangkok » font découler du principe de non-discrimination la prise en compte des besoins spécifiques des femmes lorsqu'est en question l'adoption d'une mesure privative de liberté. V. Règles des Nations unies concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes (« règles de Bangkok ») adoptées par l'Assemblée générale dans sa résolution 65/229 du 16 mars 2011.

⁴¹² CDH, A/HRC/23/46, pt. 52.

⁴¹³ CDH, A/HRC/20/24, pt. 43.

⁴¹⁴ Notre traduction. CDH, A/HRC/20/24, pt. 46.

2. La rétention comme facteur vulnérabilisation, une réalité ignorée par la directive retour

103. L'importance d'un strict encadrement du placement en rétention des personnes vulnérables ne se comprend pleinement qu'à la lumière des conditions de rétention et de leurs effets tels que constatés sur le terrain :

« L'expérience que le JRS a eue en accompagnant des détenus en Europe a montré que beaucoup de personnes entrent en détention avec des problèmes médicaux préexistants ou que la détention elle-même conduit au déclenchement de problèmes inédits. Dans d'autres cas, la détention exacerbe des problèmes médicaux en sommeil depuis longtemps, tels que ceux relatifs aux traumatismes psychologiques »⁴¹⁵.

104. La privation de liberté recèle une potentialité délétère, quelle que soit la personne qui en fait l'objet⁴¹⁶. La rétention est donc en soi un facteur de vulnérabilisation qui, lorsqu'elle s'applique à des personnes déjà vulnérables, dégrade fortement leur santé physique⁴¹⁷ et mentale⁴¹⁸. Cette situation est aggravée par la réalité de la rétention : des médecins sont généralement présents dans les centres, mais ils se bornent à dispenser les soins les plus basiques et leurs prescriptions médicamenteuses se limitent au paracétamol⁴¹⁹. De plus, s'ils examinent les personnes retenues, ils ne sont généralement assistés d'aucun service de traduction : ainsi, dès lors que ces dernières ne maîtrisent pas la ou les langues parlées par les médecins, elles ne peuvent leur exposer leurs problèmes. L'accès aux spécialistes n'est pas garanti, de sorte que des femmes enceintes sont privées de suivi gynécologique. Dans certains cas, il est possible de bénéficier de soins plus spécifiques... à condition de payer. Plus de 43% des personnes vulnérables retenues seraient demandeuses de soins supplémentaires (90% pour les femmes entre 18 et 24 ans) et 87% déclarent n'avoir accès à aucun suivi psychologique⁴²⁰.

105. Concernant le contact avec l'extérieur dont l'absence participe grandement à la vulnérabilisation⁴²¹, la directive retour prévoit que les ressortissants de pays tiers peuvent

⁴¹⁵ Notre traduction. Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention*, préc., p. 61.

⁴¹⁶ UNHCR, Table Ronde globale sur les alternatives à la détention des demandeurs d'asile, réfugiés, migrants et apatrides, Genève, 11-12 mai 2011, pt. 10.

⁴¹⁷ V. annexe III-A.

⁴¹⁸ V. annexe III-B.

⁴¹⁹ Substance active de nombreux médicaments visant le « traitement symptomatique des douleurs d'intensité légère à modérée et/ou des états fébriles. » V. le site Internet [<http://www.vidal.fr>].

⁴²⁰ L'ensemble des éléments précités provient de l'étude menée par le Jesuit Refugee Service dans 23 États membres. V. Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention*, préc., pp. 57-69. Les études de Jesuit Refugee Service sont notamment citées en référence par les organes des Nations unies, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁴²¹ V. Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention*, préc., pp. 57-69.

entrer en contact avec leurs représentants légaux, les membres de leur famille et les autorités consulaires compétentes « à leur demande » et « en temps utile »⁴²², sans prévoir de fréquence minimale à ce « temps utile » dont la détermination relève donc des seuls États membres.

106. Le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés pointe également « le surpeuplement, des conditions inhumaines et contraires à la dignité, des abus et mauvais traitements ou des manquements concernant la séparation entre les adultes et les enfants »⁴²³. *In fine*, la fréquente incompatibilité des conditions de rétention avec l'article 3 de la Convention EDH est patente, particulièrement concernant les personnes vulnérables :

« Les mesures privatives de liberté s'accompagnent inévitablement de souffrance et d'humiliation. S'il s'agit là d'un état de fait inéluctable qui, en tant que tel et à lui seul, n'emporte pas violation de l'article 3 [de la Convention EDH], cette disposition impose néanmoins à l'État de s'assurer que [...] les modalités de sa détention ne la soumettent pas à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à une telle mesure et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, sa santé et son bien-être sont assurés de manière adéquate »⁴²⁴.

107. La prise en compte de la vulnérabilité implique de ne pas ignorer la réalité de la rétention lorsque la question d'un placement en rétention se pose à l'autorité compétente. Plus généralement, comme le souligne le *Jesuit Refugee Service*, « le meilleur moyen de réduire la vulnérabilité à la détention est d'en limiter l'usage en instituant des alternatives à la détention viables »⁴²⁵, dont on a constaté qu'elles étaient peu effectives.

108. En définitive, dans un contexte où « l'état de santé, l'âge et un lourd handicap physique constituent désormais des situations pour lesquelles la capacité à la détention est aujourd'hui posée au regard de l'article 3 de la Convention en France et au sein des États membres du Conseil de l'Europe »⁴²⁶, la place de la vulnérabilité dans la directive retour apparaît dérisoire au regard de la charge qu'elle recèle en terme de droits fondamentaux – ce qui doit être mis en perspective avec les motifs de placement en rétention aussi larges qu'imprécis et les lacunes des garanties procédurales. De surcroît, la vulnérabilisation induite par la rétention est fortement liée à sa durée, dont les limites sont inadaptées aux enjeux.

⁴²² Art. 16 § 3.

⁴²³ UNHCR, Table Ronde globale sur les alternatives à la détention des demandeurs d'asile, réfugiés, migrants et apatrides, préc., pt. 9.

⁴²⁴ Nous soulignons. Cour EDH, *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, préc., § 60.

⁴²⁵ Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention*, préc., p. 17, recommandation 19.

⁴²⁶ Cour EDH, *Mouisel c. France*, 14 novembre 2002, req. n° 67263/01, § 38.

II. Les limites temporelles, inadaptées aux enjeux

109. La directive retour oblige les États membres à fixer une durée maximale à la rétention à des fins d'éloignement, ce que tous ne prévoyaient pas avant sa transposition⁴²⁷. Aux termes des paragraphes 5 et 6 de l'article 15, la période de rétention initiale ne doit pas excéder six mois, lesquels peuvent être prolongés d'une durée n'excédant pas douze mois. Ces limites temporelles ont été vivement critiquées⁴²⁸, à raison. Si la durée de la rétention est dorénavant plafonnée, elle reste peu encadrée (A). De plus, la directive retour maintient dans l'ombre une question capitale : celle du terme de la rétention (B).

A. La durée de la rétention, plafonnée mais peu encadrée

110. La rétention à des fins d'éloignement ne peut en principe plus excéder dix-huit mois. Reste qu'une telle privation de liberté – dont il faut rappeler qu'elle ne doit pas être punitive⁴²⁹ – est excessivement longue au regard de son impact sur les personnes retenues (1). De plus, les motifs de prolongation de la rétention sont particulièrement flous : ainsi, bien que la Cour de justice ait apporté des précisions à cet égard, des ambiguïtés persistent (2).

1. La durée de rétention maximale, une privation de liberté excessive

111. Alors que le Parlement européen s'apprêtait à adopter la directive retour, de nombreuses mises en garde lui ont été adressées sur la question de la durée de la rétention. Pour les détracteurs du plafonnement retenu, « la rétention jusqu'à dix-huit mois de personnes qui n'ont commis aucun crime est excessive et disproportionnée »⁴³⁰. Le rappel du caractère non pénal de la rétention à des fins d'éloignement est également opéré par l'Agence pour les droits fondamentaux de l'Union européenne, selon laquelle « la durée de la rétention devrait être examinée en comparaison avec les sanctions pour les infractions pénales »⁴³¹. Ainsi, elle

⁴²⁷ Chypre, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la Lituanie, Malte, la République-Tchèque et la Suède avaient une durée de rétention illimitée avant la transposition de la directive retour. Le Royaume-Uni, qui n'est pas lié par la directive retour, n'a toujours pas de durée de rétention maximale. V. annexe IV.

⁴²⁸ V. notamment UNHCR, « UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals », 16 juin 2008 ; ECRE, Amnesty International, « “Returns” Directive: European Parliament and Member States risk compromising respect for migrants' rights », Bruxelles, 20 mai 2008 ; APCE, résolution 1707, préc., pt. 5 ; CDH, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, 18 janvier 2010, A/HRC/13/30, pt. 56.

⁴²⁹ V. Cour EDH, *Azimov c. Russie*, 18 avril 2013, req. n° 67474/11, § 172.

⁴³⁰ Notre traduction. ECRE, Amnesty International, « “Returns” Directive: European Parliament and Member States risk compromising respect for migrants' rights », préc..

⁴³¹ FRA, *Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour*, préc., p. 35.

souligne que dans plusieurs États membres, des atteintes aux personnes sont punies de peines privatives de liberté inférieures à dix-huit mois⁴³², ce qui doit être mis en perspective avec l'absence de durée maximale dérogatoire pour les personnes vulnérables (mineurs et familles inclus). Cependant, les critiques ne portent pas uniquement sur la criminalisation symbolique des personnes retenues induite par leur enfermement prolongé⁴³³ : elles s'attachent principalement à la corrélation entre durée de la rétention et vulnérabilisation.

112. Cette corrélation peut être présentée comme ayant quatre dimensions : premièrement, les effets délétères de la rétention sur la santé évoqués précédemment gagnent en intensité à mesure que la rétention se prolonge ; deuxièmement, lorsque la décision de retour fait suite à l'arrivée, l'enfermement est vécu comme une injustice incompréhensible ; troisièmement, plus la rétention dure, plus l'incertitude des personnes quant à leur situation augmente ; quatrièmement, l'effectivité des garanties procédurales et la dignité des conditions de rétention diminuent à mesure qu'elle s'étend dans le temps.

113. Concernant la première dimension, elle est particulièrement prégnante s'agissant des enfants, à propos desquels l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe rappelle que la rétention, « même de très courte durée et dans des conditions relativement humaines », peut avoir des « conséquences graves » sur la santé physique et mentale⁴³⁴. Concernant l'ensemble des personnes vulnérables, l'étude de grande ampleur du *Jesuit Refugee Service* révèle que « la santé physique se détériore à mesure que la rétention perdure. Alors qu'un quart des personnes [vulnérables] retenues pendant un mois décrivent leur santé physique comme médiocre, 72% des personnes retenues pendant 4 à 5 mois disent avoir une santé physique très médiocre »⁴³⁵. Cependant, toutes les personnes retenues sont concernées par la détérioration de leur état général au fil de la rétention, au point qu'une étude commandée par le Parlement européen préconise que la rétention « soit limitée à une durée en jours et non en semaines ou en mois »⁴³⁶. De même, s'appuyant sur une étude australienne⁴³⁷, l'Agence des

⁴³² A titre d'exemple : en Slovaquie, les violences physiques légères sont punies d'un an d'emprisonnement ; en Autriche, c'est le cas de l'ensemble des violences physiques ; en Hongrie, en Suède, et en Finlande, les violences physiques les plus graves sont punies de peines n'excédant pas un à deux ans d'emprisonnement. V. FRA, *Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, préc., p. 35.

⁴³³ V. E. GUILD, *La criminalisation des migrants en Europe : quelles incidences pour les droits de l'homme ?*, Strasbourg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, février 2010, p. 25 ; Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention*, préc., p. 8.

⁴³⁴ APCE, résolution 2020, préc., pt. 4.

⁴³⁵ Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention*, préc., pp. 9 et 66.

⁴³⁶ STEPS, « Conditions des ressortissants de pays tiers retenus dans des centres (camps de détention, centres ouverts, ainsi que des zones de transit), avec une attention particulière portée aux services et moyens en faveur des personnes aux besoins spécifiques au sein des 25 États membres de l'Union Européenne », préc., p. 262.

droits fondamentaux de l'Union européenne souligne que « 40% des personnes détenues depuis deux ans ou plus ont développé de nouveaux symptômes de maladie mentale »⁴³⁸. En cela, les deuxièmes et troisièmes dimensions de la corrélation entre durée de la rétention et vulnérabilisation éclairent la première : la santé mentale est impactée par l'« atmosphère carcérale »⁴³⁹ des centres, vécue comme une injustice :

« Indépendamment de leur statut légal, les détenus perçoivent leur situation comme punitive et dès lors ne comprennent pas les raisons de leur détention. [...] La colère est palpable parmi les détenus interrogés – colère contre l'injustice ressentie de leur situation, et colère contre leur impuissante ressentie »⁴⁴⁰.

114. Elle l'est également par l'incertitude des intéressés quant aux raisons de leur rétention (les personnes retenues plus de trois mois en savent moins sur les raisons de leur privation de liberté que les personnes retenues depuis moins longtemps⁴⁴¹), à la probabilité du retour, au moment où ils pourront contacter leurs proches... Cet ensemble de facteurs de stress est en grande partie responsable de l'altération progressive de leur santé mentale⁴⁴². La méconnaissance croissante de leur situation par les personnes retenues est à relier à la quatrième dimension de la corrélation entre durée de la rétention et vulnérabilisation : les garanties procédurales sont vidées de leur substance lorsque ceux qui pourraient les exercer n'en sont pas conscients. À cet égard, 85% des personnes retenues depuis quatre ou cinq mois interrogées par le *Jesuit Refugee Service* déclarent manquer d'informations⁴⁴³, alors même que la Cour EDH exige des garanties procédurales d'autant plus strictes que la rétention est longue. En la matière, elle a d'ailleurs condamné par deux fois l'État maltais depuis l'adoption de la directive retour⁴⁴⁴. De plus, la promiscuité est particulièrement mal vécue au delà de trois mois de rétention (soit que l'accès à un espace d'intimité soit amoindri, soit que le manque d'intimité se fasse plus cruellement ressentir)⁴⁴⁵. Ajoutés aux conditions de rétention et aux garanties procédurales lacunaires, ces éléments dénotent l'incompatibilité de la rétention prolongée avec la sauvegarde des droits fondamentaux des personnes retenues :

⁴³⁷ J. P. GREEN, K. EAGAR, « The health of people in Australian immigration detention centers », Université de Wollongong, New South Wales, 2010, [https://www.mja.com.au/system/files/issues/192_02_180110/gre10973_fm.pdf].

⁴³⁸ FRA, *Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour*, préc., p. 34.

⁴³⁹ Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention*, préc., p. 66.

⁴⁴⁰ Notre traduction. Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention*, préc., p. 67. V. également STEPS, « Conditions des ressortissants de pays tiers retenus dans des centres (camps de détention, centres ouverts, ainsi que des zones de transit), avec une attention particulière portée aux services et moyens en faveur des personnes aux besoins spécifiques au sein des 25 États membres de l'Union Européenne », préc., pp. 25 et 243.

⁴⁴¹ Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention*, préc., p. 8.

⁴⁴² Id., p. 12.

⁴⁴³ Id., p. 8.

⁴⁴⁴ Cour EDH, *Louled Massoud c. Malte*, 27 juillet 2010, req. n° 24340/08, § 71 ; Cour EDH, *Suso Musa c. Malte*, 23 juillet 2013, req. n° 42337/12, § 105.

⁴⁴⁵ Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention*, préc., p. 8.

pour l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « la rétention administrative est devenue un des principaux instruments de contrôle des flux migratoires et en même temps, une des plus grandes sources de violation des droits des migrants »⁴⁴⁶.

115. Dès lors, bien que la directive retour ait obligé douze États membres à réduire leur durée de rétention maximale ou simplement à en prévoir une, il est regrettable que huit États membres aient augmenté la leur à l'occasion de la transposition⁴⁴⁷ – attitude qui va à l'encontre de l'esprit d'un texte fixant des normes minimales⁴⁴⁸. De plus, les chiffres sur la durée moyenne de rétention pratiquée par les pays de l'UE sont souvent divergents et leur méthode d'obtention peu transparente⁴⁴⁹. Cependant, on peut noter que le Rapporteur spécial pour les droits de l'homme des migrants pointe une application fréquente de la durée maximale de rétention dans les centres qu'il a visités⁴⁵⁰.

2. Les motifs de prolongation de la rétention, des ambiguïtés persistantes

116. La directive retour prévoit que la durée maximale de la rétention telle que fixée dans les droits nationaux (dans la limite de six mois) peut faire l'objet d'une prolongation lorsqu'il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps » en raison soit « du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers », soit « des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires »⁴⁵¹. En toutes hypothèses, il ne peuvent être retenus que si les autorités nationales ont fournis tous les « efforts raisonnables » en vue de l'exécution de la décision de retour.

117. Contrairement aux motifs de placement en rétention visés par l'article 15, les motifs de prolongation de la rétention sont exhaustifs, ce que la Cour de justice a dû rappeler à la Bulgarie qui y avait ajouté l'existence d'une menace pour la sécurité nationale ou pour l'ordre

⁴⁴⁶ Projet de résolution de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées de l'APCE « La criminalisation des migrants en situation irrégulière: un crime sans victime », 23 avril 2015, doc. n° 13788, pt. 31.

⁴⁴⁷ V. annexe IV.

⁴⁴⁸ V. notamment, M. FLYNN, C. CANNON, « Detention at the Borders of Europe : report on the Joint Global Detention Project – International Detention Coalition Workshop in Geneva », Genève, 2-3 octobre 2010, p. 5.

⁴⁴⁹ A titre d'exemple, les chiffres de la Commission européenne et ceux du Global Detention Project ne se recoupent pas. V. COM(2014) 199 final, préc., p. 21-22 et le site Internet du Global Detention Project, section « Europe » [<http://www.globaldetentionproject.org/countries/europe.html>].

⁴⁵⁰ CDH, A/HRC/23/46, préc., pt. 50.

⁴⁵¹ Article 16 § 6 de la directive retour.

public⁴⁵². Sur le fondement du droit à un recours effectif, elle a encore précisé que comme la décision de placement en rétention, la décision de prolongation de la rétention (et non la décision de maintien en rétention adoptée dans le cadre du contrôle de légalité à intervalles réguliers) devait revêtir une forme écrite et être motivée en fait et en droit⁴⁵³ – ce que les rédacteurs de la directive auraient pu opportunément inscrire dans l'article 16 § 6.

118. S'ils sont exhaustifs, les motifs de prolongation de la rétention n'en sont pas moins flous⁴⁵⁴, aussi la Cour de justice s'est-elle inspirée de la jurisprudence de la Cour EDH pour en livrer une interprétation plus précise. Elle a d'abord été interrogée sur l'étendue du contrôle du juge amené à se prononcer sur la prolongation de la rétention⁴⁵⁵ et qui, comme évoqué précédemment, « doit pouvoir substituer sa propre décision à celle de l'autorité ayant ordonné la rétention initiale et apprécier la possibilité d'adopter une mesure moins coercitive au regard de tous les éléments de fait ou de droit invoqués par la personne retenue ou qu'il est nécessaire de rechercher »⁴⁵⁶. Là encore, le droit bulgare était en cause du fait qu'il réduit l'office du juge à celui d'une chambre d'enregistrement des demandes de prolongation émanant des autorités administratives⁴⁵⁷.

119. S'agissant du motif tiré de la non-coopération du ressortissant de pays tiers, la Cour de justice a dû préciser qu'il ne saurait être invoqué du seul fait que l'intéressé n'était pas muni de documents d'identité⁴⁵⁸. Ainsi, l'absence de tels documents peut être retenue par les droits nationaux comme un motif de placement en rétention à part entière, mais ne peut justifier qu'elle soit prolongée au delà de la durée maximale de la rétention initiale⁴⁵⁹. Reste qu'un tel motif de prolongation apparaît difficilement conciliable avec le caractère non punitif de la rétention à des fins d'éloignement⁴⁶⁰ exigé par la Cour EDH et qui seul justifie son

⁴⁵² CJCE [GC], *Said Shamilovich Kadzoev*, 30 novembre 2009, C-357/09 PPU, § 70. V. art 44 (8) de la loi pour les étrangers dans la République de Bulgarie du 23 décembre 1998, Journal Officiel n° 153/23.12.1998.

⁴⁵³ CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, C-146/14 PPU, § 44.

⁴⁵⁴ V. UNHCR, « UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals », préc.

⁴⁵⁵ Pour de plus amples développements sur cette question, v. S. SLAMA, « Directive “retour” : la Cour de justice remodèle le contrôle juridictionnel et les modalités de prolongation de la rétention », in *Lexbase Hebdo*, n° 340, 17 juillet 2014.

⁴⁵⁶ CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, préc., § 62. Comp. avec Cour EDH, *E c. Norvège*, 29 août 1990, req. n° 11701/85, § 50 ; Cour EDH [GC], *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, req. n° 22414/93, § 127 ; Cour EDH, *Niedbala c. Pologne*, 4 juillet 2000, req. n° 27915/95, § 66.

⁴⁵⁷ Sous réserve de réformes législatives survenues depuis l'arrêt *Madhi* et dont nous n'aurions pas connaissance.

⁴⁵⁸ CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, préc., § 74. Comp. avec Cour EDH [GC], *Idalov c. Russie*, 22 mai 2012, req. n° 5826/03 et jurisprudence citée : « La Cour a souvent conclu à la violation de l'article 5 § 3 dans les affaires où les tribunaux internes avaient maintenu le requérant en détention en invoquant essentiellement la gravité des charges et en recourant à des formules stéréotypées sans évoquer des faits précis ou sans envisager d'autres mesures préventives. Au vu de ce qui précède, la Cour considère que, en s'abstenant d'évoquer des faits précis et d'envisager d'autres “mesures préventives” et en s'appuyant essentiellement et systématiquement sur la gravité des charges, les autorités ont maintenu le requérant en détention provisoire pour des motifs qui, tout en étant “pertinents”, ne sauraient passer pour « suffisants » pour justifier la durée de cette détention ».

⁴⁵⁹ V. pt. 17.

⁴⁶⁰ V. Cour EDH, *Azimov c. Russie*, 18 avril 2013, préc., § 172.

appartenance à la matière administrative plutôt qu'à la matière pénale. En effet, une personne qui a pénétré ou s'est maintenue de façon irrégulière sur le territoire d'un État membre et qui ne l'a pas quitté dans le cadre du départ volontaire (s'il lui a été accordé) n'est par définition pas désireuse de faciliter son retour, de sorte que se fonder sur sa non-coopération pour faire durer sa privation de liberté semble procéder d'une visée dissuasive et punitive – et non purement administrative⁴⁶¹.

120. De plus, le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés souligne que les intéressés ne sont pas clairement informés des implications du défaut de coopération⁴⁶². Rien dans la directive n'oblige les États membres à le leur préciser. Le même organe critique le motif de prolongation issu des retards subis pour obtenir les documents nécessaires de la part de pays tiers en ce qu'il « revient à sanctionner un individu pour le refus ou l'inaptitude d'un pays à fournir un document »⁴⁶³, position appuyée par le Groupe de travail sur la détention arbitraire qui pointe les risques de prolongations discrétionnaires⁴⁶⁴ et affirme que lorsque les obstacles à l'éloignement des migrants ne sont pas de leur fait, « le principe de proportionnalité exige qu'ils soient remis en liberté »⁴⁶⁵.

121. Les termes « tous leurs efforts nécessaires » ne sont pas plus clairs que les motifs de prolongation de la rétention. Dans l'affaire *Mahdi*, l'avocat général Maciej Szpunar a fourni des précisions :

« Même dans l'hypothèse où les faits au principal décrits par la juridiction de renvoi indiquent un manque de coopération de la part de M. Mahdi et/ou un retard pour obtenir les documents nécessaires de la part du Soudan, les autorités bulgares doivent continuer à poursuivre “tous les efforts raisonnables”, tel qu'exigé par l'article 15, paragraphe 6, de la directive 2008/115.

Pendant toute la période de rétention, elles doivent activement et de manière continue et non-interrompue poursuivre les démarches afin d'obtenir, de la part de l'ambassade, la délivrance de documents de voyage et sont tenues de négocier l'admission de M. Mahdi au Soudan dans les meilleurs délais. Je tiens à répéter que la rétention est uniquement motivée par l'éloignement et qu'elle ne revêt pas de caractère punitif »⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ V. I. MAJCHER, C. DE SENARCLENS, « Discipline and punish ? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe », in *AmeriQuests* Vol. 11, n° 2, 2014 ; APCE, résolution 1707, préc., pt. 3.

⁴⁶² V. UNHCR, « UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals », préc.

⁴⁶³ Id.

⁴⁶⁴ CDH, A/HRC/13/30, préc., pt. 63.

⁴⁶⁵ Id., résumé.

⁴⁶⁶ Conclusions de l'A.G. M. SZPUNAR dans l'affaire CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, préc., 5 juin 2014, §§ 88-89. V. S. SLAMA, « Directive “retour” : la Cour de justice remodèle le contrôle juridictionnel et les modalités de prolongation de la rétention », préc., p. 7.

Il se référerait alors à la jurisprudence de la Cour EDH, selon laquelle « les autorités ne doivent pas se contenter d’écrire aux autorités de l’État tiers pour demander un titre de voyage : elles doivent « poursuivre vigoureusement l’affaire ou s’efforcer d’entrer en négociation avec les autorités de l’État tiers dans l’optique d’en accélérer la délivrance et faire leur possible pour assurer l’admission de l’intéressé dans l’État tiers »⁴⁶⁷. C’est uniquement à cette condition, dont la satisfaction conditionne la régularité de la privation de liberté au sens de l’article 5 § 1 de la Convention EDH⁴⁶⁸, que les autorités nationales peuvent envisager de prolonger la rétention sur le fondement d’un des deux motifs visés par la directive retour. Or, après l’avoir transposée, la Bulgarie et Malte ont été condamnées par la Cour EDH pour avoir prolongé la rétention à des fins d’éloignement d’une personne sans que cette exigence ait été respectée⁴⁶⁹. Dans l’affaire *Suso Musa*, les autorités maltaises avaient ainsi attendu dix mois à compter du placement en rétention pour entreprendre des démarches administratives.

122. En pratique, on constate que la prolongation de la rétention est largement préférée au recours à des mesures alternatives, et ce en dépit tant du « grave problème de surpopulation » que connaissent les centres de rétention⁴⁷⁰ que des coûts qu’elle engendre⁴⁷¹. C’est notamment le cas lorsqu’il n’existe plus de perspective raisonnable d’éloignement, alors que ces situations devraient conduire au terme de la rétention⁴⁷². Cependant, l’échec de la directive retour à régler la situation des personnes remises en liberté après une période de rétention ne peut qu’encourager les États à vouloir la prolonger aussi longtemps que possible.

⁴⁶⁷ Notre traduction. Cour EDH, *Louled Massoud c. Malte*, 27 juillet 2010, préc., § 64 ; Cour EDH, *Amie et al. c. Bulgarie*, 12 février 2013, req. n° 58149/08, §§ 77 ; Cour EDH, *Suso Musa c. Malte*, 23 juillet 2013, § 104. Dans l’affaire *Madhi*, l’avocat général se référerait à cette jurisprudence en retenant que : « même dans l’hypothèse où les faits au principal [...] indiquent [que l’un des motifs de prolongation est présent], les autorités bulgares doivent continuer à poursuivre « tous les efforts raisonnables », tel qu’exigé par l’article 15, paragraphe 6, de la directive 2008/115. » V. Conclusions de l’A.G. M. SZPUNAR dans l’affaire CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, préc., pt. 88.

⁴⁶⁸ V. Cour EDH [GC], *Idalov c. Russie*, 22 mai 2012, req. n° 5826/03, § 140 : « Dès lors que [les motifs invoqués pour le maintien de la détention] se révèlent “pertinents” et “suffisants”, [la Cour] doit également rechercher si les autorités nationales compétentes ont apporté une “diligence particulière” à la poursuite de la procédure. » Dans le même sens, v. Cour EDH, *Letellier c. France*, 26 juin 1991, req. n° 12369/86, § 35 ; Cour EDH, *Kemmache c. France (n° 1 et 2)*, 27 novembre 1991, req. n° 12325/86 et 14992/89, § 45 ; Cour EDH, *Clooth c. Belgique*, 12 décembre 1991, req. n° 12718/87, § 36 ; Cour EDH, *Tomasi c. France*, 27 août 1992, req. n° 12850/87, § 84 ; Cour EDH [GC], *McKay c. Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, req. n° 543/03, § 44-45.

⁴⁶⁹ Cour EDH, *Louled Massoud c. Malte*, 27 juillet 2010, préc., § 64 ; Cour EDH, *Amie et al. c. Bulgarie*, 12 février 2013, préc., § 77 ; Cour EDH, *Suso Musa c. Malte*, 23 juillet 2013, préc., § 104.

⁴⁷⁰ APCE, résolution 1707, préc., pt. 2.

⁴⁷¹ Id., pts. 5 et 8. Sur la surpopulation des centres de rétention, v. annexe V.

⁴⁷² Art. 16 § 6 de la directive retour.

B. Le terme de la rétention, zone d'ombre de la directive retour

123. L'article 16 § 4 de la directive retour prévoit que les personnes placées en rétention à des fins d'éloignement doivent être remises en liberté dès que le motif ayant permis leur privation de liberté n'est plus présent ou qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement. Cependant, cette obligation de remise en liberté est mal encadrée par la Cour de justice (1), qui n'en tire pas les conséquences logiques⁴⁷³ : il en résulte que les personnes remises en liberté après un placement en rétention sont bloquées dans des « limbes illégitimes »⁴⁷⁴ (2).

1. L'obligation de remise en liberté, une exigence mal encadrée

124. Dans l'affaire *Kadzoev*, la Cour de justice a pour la première fois appliqué le critère de la « perspective raisonnable d'éloignement », ce qui lui a permis d'affirmer expressément que « la durée maximale de rétention ne connaît pas de dérogations ». Elle a ainsi précisé le mode de calcul de la durée de rétention : elle inclut la période pendant laquelle l'exécution de la décision de retour a été suspendue du fait de l'exercice par l'intéressé d'un recours suspensif⁴⁷⁵, mais pas la période pendant laquelle l'exécution a été suspendue du fait de l'introduction d'une demande d'asile, à moins que l'intéressé ait été maintenu en rétention sur le fondement non pas de la directive accueil mais de la directive retour pendant l'examen de sa demande⁴⁷⁶. Cette dernière solution est surprenante puisque par ailleurs, la Cour de justice exige que la rétention d'un demandeur d'asile se fonde dans tous les cas sur la directive accueil⁴⁷⁷. Par conséquent, le maintien en rétention d'un demandeur d'asile sur le fondement de la directive retour est illégal, mais conduit à allonger la durée maximale de rétention. Ainsi, paradoxalement, la Cour de justice fait peser sur la personne retenue les conséquences du non respect de sa jurisprudence par les autorités nationales, ce qui contraste avec son apparente fermeté quant à l'obligation de remise en liberté :

473 V. S. SLAMA, « Directive “retour” : la Cour de justice remodèle le contrôle juridictionnel et les modalités de prolongation de la rétention », préc.

474 M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Immigration Detention under the Return Directive : the CJEU shadowed lights », in *European Journal for Migration and Law*, n°17, 2015, pp. 107-129. Pour un développement de ce concept v. C. GOSMES, *Limbo spaces between illegal and legal stay: resulting from EU management of non-removable third country nationals*, thèse sous la direction de R. DEHOUSSE, IEP de Paris, soutenue le 19 novembre 2014, partie I, chapitre I, § 5 s.

475 CJCE [GC], *Said Shamilovich Kadzoev*, 30 novembre 2009, préc., § 57.

476 Id., § 47.

477 Id., §§ 60 et 70. V. également CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, C-61/11 PPU, § 40 ; CJUE [GC], *Alexandre Achughbabian*, 6 décembre 2011, C-329/11, § 36.

« Dès lors que la durée maximale de rétention [...] est atteinte, la question de savoir s'il n'existe plus de "perspective raisonnable d'éloignement" [...] ne se pose pas. En effet, dans ce cas, la personne concernée doit, en tout état de cause, être immédiatement remise en liberté »⁴⁷⁸.

125. Pour les cas où la durée maximale de rétention n'est pas atteinte, la question de savoir s'il existe une perspective raisonnable d'éloignement reste décisive. En effet, « la rétention n'est plus justifiée lorsqu'il n'existe plus de réelle perspective que l'éloignement puisse être mené à bien avant l'expiration de la durée maximale de rétention »⁴⁷⁹. On peut donc en déduire que lorsque la non-coopération de l'État tiers a des chances de persister, la personne retenue doit être remise en liberté même si son placement en rétention est très récent. *A priori*, il devrait en aller de même lorsqu'il est clair que le retour sera compromis par la non-coopération de la personne retenue, comme l'a jugé la Cour EDH à l'encontre de Malte⁴⁸⁰. Les règles posées par la directive semblent donc paradoxales : la non-coopération de la personne retenue peut dans le même temps justifier son maintien en rétention et faire disparaître toute perspective raisonnable d'éloignement, obligeant les autorités nationales à la libérer.

126. Ces ambiguïtés ne favorisent pas la bonne application de l'obligation de remise en liberté par les États membres, lesquels sont poussés à la contourner du fait du non-encadrement de la situation des personnes relâchées par la directive retour.

2. Les conséquences de la remise en liberté, non réglées par la directive retour

127. La directive retour impose aux États membres de remettre en liberté les personnes placées en rétention à des fins d'éloignement lorsqu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement ou que la durée maximale de rétention est atteinte. Dans le même temps, elle les oblige à adopter une décision de retour à l'encontre des personnes séjournant irrégulièrement sur leur territoire⁴⁸¹ et à procéder à leur éloignement dans les meilleurs

⁴⁷⁸ CJCE [GC], *Said Shamilovich Kadzoev*, 30 novembre 2009, préc., § 60 ; CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, préc., § 40 ; CJUE [GC], *Alexandre Achughbabian*, 6 décembre 2011, préc., § 36.

⁴⁷⁹ CJCE [GC], *Said Shamilovich Kadzoev*, 30 novembre 2009, préc.

⁴⁸⁰ Cour EDH, *Louled Massoud c. Malte*, 27 juillet 2010, préc., § 67 : « Il a dû être assez tôt clair que les tentatives de [rapatrier l'intéressé] étaient vouées à l'échec puisqu'il avait refusé de coopérer et/ou que les autorités algériennes n'étaient pas prêtes à lui délivrer des documents. La détention ne peut être regardée comme ayant été effectuée en vue du retour s'il n'était plus plausible. » (notre traduction).

⁴⁸¹ CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, préc., § 35 ; CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, préc., § 57 ; CJUE, *Khaled Boudjlida*, 11 décembre 2014, préc., § 46 ; CJUE, *Samir Zaizoune*, 23 avril 2015, C-38/14, § 31.

délais⁴⁸². Cependant, elle n'exige pas d'eux qu'ils accordent un titre de séjour aux personnes remises en liberté après un placement en rétention infructueux, de sorte que les États membres se trouvent pris en tenaille entre les deux obligations précitées : *in fine*, que faire des personnes remises en liberté dont la situation est toujours irrégulière ? En l'absence de réponse européenne, les États font œuvre d'improvisation, au détriment des droits des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière. Ainsi de la Grèce qui a *de facto* supprimé sa durée maximale de rétention : interrogé sur les mesures à prendre à l'égard des « migrants non-éloignables »⁴⁸³, le Conseil d'État grec a répondu qu'ils représentaient un danger pour l'ordre public et pour eux-mêmes et devaient à ce titre être maintenus en rétention jusqu'à ce qu'ils collaborent à l'exécution de la procédure de retour⁴⁸⁴. En pratique, les ressortissants de pays tiers en situation irrégulière peuvent donc être retenus aussi longtemps que la procédure de retour se poursuit – c'est à dire sans limite temporelle –, ce qui viole les normes internationales, européennes et nationales relative à la privation de liberté⁴⁸⁵. Toute à son souci d'assurer la stabilité politique de l'Union, la Commission européenne s'est alors davantage attelée à soutenir le parti politique à l'origine de ces pratiques⁴⁸⁶ – finalement en vain – qu'à engager un recours en manquement contre la Grèce pour non respect de ses obligations issues de la directive retour, et ce en dépit des critiques des députés européens⁴⁸⁷.

128. Si les autres États membres ne se sont pas ralliés à cette pratique, ils n'en contournent pas moins la durée maximale de rétention en multipliant les procédures de retour. Il suffit d'appréhender à nouveau une personne remise en liberté pour pouvoir adopter une nouvelle décision de retour et la replacer en rétention, le compteur des jours de privation de liberté étant remis à zéro et la directive retour respectée. Dans d'autre cas, le droit pénal prend le relai du droit administratif, les intéressés étant ainsi condamnés à une peine privative de liberté du fait de leur situation irrégulière (laquelle est constitutive d'une infraction dans plusieurs États membres⁴⁸⁸). Cette dernière hypothèse est d'ailleurs validée par la Cour de

⁴⁸² CJUE [GC], *Alexandre Achughbabian*, 6 décembre 2011, préc., § 45 ; CJUE, *Md Sagor*, 6 décembre 2012, C-430/11, § 43 ; CJUE, *M. G. et N. R.*, 10 septembre 2013, préc., § 43.

⁴⁸³ Terminologie retenue notamment par la Commission européenne. V. COM(2014) 199 final, préc., pp. 11 et 15.

⁴⁸⁴ V. Conseil d'État grec, avis 44/2014, 20 mars 2014.

⁴⁸⁵ V. D. KOROS, « The unlimited extension of immigrant's detention : Towards governance through uncertainty? », communication présentée lors de la session commune du Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology, Corinthe, 31 octobre 2014.

[https://www.academia.edu/11997564/The_unlimited_extension_of_immigrants_detention_Towards_governance_through_uncertainty].

⁴⁸⁶ Fin 2014, lors de la campagne électorale précédant les élections législatives en Grèce, Jean-Claude Juncker, président de la Commission européenne, a plusieurs fois affiché son soutien au parti conservateur, notamment en affirmant : « ma préférence serait de revoir des visages familiers en janvier. » V. notamment AFP, « Grèce : la "provocation" de Jean-Claude Juncker », in *Le Point*, 13 décembre 2014 [http://www.lepoint.fr/monde/juncker-veut-des-visages-familiers-a-athenes-13-12-2014-1889466_24.php].

⁴⁸⁷ Et ce en dépit des demandes des députés européens. V. communiqué de presse du groupe parlementaire européen GUE/NGL, « La Commission doit agir rapidement contre les violations des droits fondamentaux », 17 avril 2014 [<http://pr.euractiv.com/pr/commission-must-act-swiftly-against-violation-migrant-human-rights-106192>].

⁴⁸⁸ V. infra.

justice lorsqu'elle juge que si le retour n'a pas eu lieu après épuisement des sanctions prévues par la directive retour, les États membres peuvent condamner des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière à des peines privatives de liberté au regard de ladite situation⁴⁸⁹. On en conclut que le fait d'avoir été libéré suite à une détention n'est pas un « motif justifié de non retour »⁴⁹⁰, ce qui met à mal la cohérence d'ensemble du dispositif. Ainsi, en ne tirant pas « toutes les conséquences raisonnables et rationnelles des dispositions de [la directive retour] », la Cour de justice favorise des pratiques hors-droit. À cet égard, les préconisations du groupe de contact « directive retour »⁴⁹¹ de la direction migration et affaires intérieures de la Commission européenne sont préoccupantes : à l'en croire, l'effet utile des limites temporelles instaurées par la directive implique que « la *re-détention* de la même personne à un stade ultérieur [puisse] dans des cas exceptionnels être légitime [...] si un changement important des circonstances pertinentes intervient (par exemple la délivrance des papiers nécessaires par un pays tiers), s'il existe un risque de fuite ou s'il existe une "perspective raisonnable d'éloignement" »⁴⁹². Cette conception curieuse de l'effet utile de l'article 15 de la directive retour postule donc la possibilité de renouveler la rétention de personnes sur la base de motifs similaires à ceux qui permettent sa rétention initiale, permettant le cumul des privations de liberté ayant atteint la durée maximale prévue par le droit national en dehors de tout cadre pénal. Enfin, quand bien même les intéressés resteraient « libres » après une rétention à des fins d'éloignement infructueuse, l'absence de titre de séjour les maintient dans une situation « d'infra-droit »⁴⁹³ (qualifiée aux États-unis de *twilight status*⁴⁹⁴)⁴⁹⁵.

129. Privation de liberté banalisée sans être entourée de garanties procédurales suffisantes, longue sans prendre en compte les besoins spécifiques des personnes concernées et inapte à garantir que le retour aura effectivement lieu dans le délai imparti : à ce stade, le bilan de la rétention à des fins d'éloignement dans le cadre de la directive retour est au mieux mitigé. La proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elle constitue est mise en cause non

⁴⁸⁹ CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, préc., § 62.

⁴⁹⁰ CJUE [GC], *Alexandre Achughbabian*, 6 décembre 2011, préc., § 48.

⁴⁹¹ Le groupe de contact vise à « faciliter l'identification des éventuels problèmes et questions en suspens à un stade précoce et d'offrir une possibilité de discussion ouverte et informelle. » V. COM(2014) 199 final, préc., p. 15.

⁴⁹² Notre traduction. V. Contact group « return directive », « Brainstorming on best practices in relation to "non-removable returnees" », 21 mars 2013, MIGRAPOL CC Return Dir 50, p. 7. [http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail_groupDetail&groupID=2232]. V. M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Immigration Detention under the Return Directive : the CJEU shadowed lights », préc., pp. 107-129.

⁴⁹³ S. SLAMA, « Directive "retour" : la Cour de justice remodèle le contrôle juridictionnel et les modalités de prolongation de la rétention », préc., p. 7.

⁴⁹⁴ D. MARTIN, « Twilight Statuses : A Closer Examination of the Unauthorized Population », in *Policy Brief*, Migration Policy Institute, n° 2, juin 2005 [<http://www.migrationpolicy.org/research/twilight-statuses-closer-examination-unauthorized-population>]. V. S. SLAMA, « Directive "retour" : la Cour de justice remodèle le contrôle juridictionnel et les modalités de prolongation de la rétention », préc., p. 7.

⁴⁹⁵ V. C. GOSMES, *Limbo spaces between illegal and legal stay: resulting from EU management of non-removable third country nationals*, préc., partie I, chapitre I, § 5 s.

seulement par l'ampleur de cette atteinte, mais également par sa potentielle inefficacité. Dès lors, se pose la question de sa légitimité.

Chapitre II

L'inefficacité du recours à la rétention : une légitimité mise à mal

130. La directive retour vise « la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement basée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux et de leur dignité »⁴⁹⁶. Elle poursuit donc le double objectif d'éloigner davantage de ressortissants de pays tiers en situation irrégulière et d'assurer qu'ils le soient sans violation de leurs droits fondamentaux. À cette fin, elle fait une place majeure à la rétention à des fins d'éloignement à laquelle elle fixe une durée maximale, cette mesure étant censée assurer que les ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision de retour seront effectivement éloignés sans pouvoir être privés de liberté de manière illimitée. Son efficacité doit donc être appréciée au regard de l'évolution de deux éléments : le *ratio* entre le nombre de personnes faisant l'objet d'une décision de retour et le nombre de personnes éloignées d'une part, le respect des droits fondamentaux dans le cadre de la procédure de retour d'autre part.

131. Or, évaluer l'impact de la directive retour sur les pratiques nationales est particulièrement difficile du fait de l'absence de données statistiques exhaustives comparant la situation telle qu'elle était avant l'adoption de la directive retour et telle qu'elle est après sa transposition : les données d'Eurostat relatives aux migrations se bornent à dessiner le profil de la population, tandis que les statistiques produites par la Commission européenne dans son rapport d'évaluation de la directive retour ne disent rien de l'évolution du nombre d'éloignements et du respect des droits fondamentaux dans le cadre du retour. Ainsi, l'aptitude de la rétention administrative à au regard des objectifs de la directive retour n'est pas démontrée ; surtout, les données parcellaires existantes dénotent son inefficacité à cet égard (I). En pareil cas, la question se pose de savoir pourquoi les États membres recourent toujours davantage à la rétention à des fins d'éloignement : si elle ne permet pas d'atteindre les objectifs qui lui sont assignés, quel intérêt ont-ils à utiliser massivement une mesure particulièrement attentatoire au droit fondamentaux ? La réponse peut être trouvée dans les non-dits de la directive retour. En effet, derrière ses objectifs officiels se cachent des objectifs

⁴⁹⁶ Cons. 2 de la directive retour.

officieux, dont la réalisation participe – au moins théoriquement – de la privation de liberté des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière (II).

I. Rétention et objectifs officiels de la directive retour : un bilan insatisfaisant

132. Les données disponibles dénotent l'inadéquation de la rétention à des fins d'éloignement au regard de l'objectif d'efficacité accrue des procédures de retour : ainsi, on constate que le lien entre rétention et effectivité du retour promu par la directive retour est un postulat chimérique (A). De plus, aucune avancée significative n'est visible quant à l'objectif de respect des droits fondamentaux : le fait que la directive retour ait permis des progrès en la matière est affirmé par la Commission sans être démontré (B).

A. Le lien entre rétention et effectivité du retour, un postulat chimérique

133. L'objectif de renforcer l'efficacité et l'effectivité des procédures de retour « se heurte à des réalités qui se montrent têtues »⁴⁹⁷ : l'aptitude de la rétention à assurer l'éloignement est démentie par les faits (1), tandis que celle des mesures alternatives à la rétention, pourtant démontrée, est négligée (2).

1. L'aptitude de la rétention à assurer l'éloignement, démentie par les faits

134. À l'heure où les associations habilitées à intervenir dans les centres de rétention en France dénoncent une « politique d'affichage des chiffres »⁴⁹⁸, les faits ne plaident pas en faveur du recours à la rétention. En effet, alors même que cette mesure « fait de plus en plus office de première solution et de moyen de dissuasion »⁴⁹⁹, le *ratio* entre le nombre de personnes faisant l'objet d'une décision de retour et le nombre de personnes effectivement éloignées est resté stable entre 2010 et 2012 (autour de 35% selon les chiffres de la

⁴⁹⁷ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « L'éloignement de l'étranger en France », in C. SEVERINO (dir.), *La transposition de la directive retour : France, Espagne et Italie*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 130-155.

⁴⁹⁸ Rapport annuel des associations habilitées à intervenir dans les centres et locaux de rétention administrative français, « Centres et locaux de rétention administrative », 2014.

⁴⁹⁹ APCE, résolution 1707 « Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe », 28 janvier 2010, pt. 3.

Commission européenne, qui ne précise pas si les retours à destination d'autres États membres sont comptabilisés⁵⁰⁰). Plus éloquent encore est le *ratio* entre le nombre de personnes placées en rétention et le nombre de personnes effectivement éloignées⁵⁰¹ : 252 785 sur 570 000 en 2012. Ainsi, plus de la moitié des personnes retenues ont subi vainement une ingérence dans leur droit à la liberté – et potentiellement dans leur droit de ne pas subir de traitement inhumains ou dégradants ainsi que dans leur droit au respect de la vie privée et familiale. Pour 2012, l'État membre ayant le plus recouru à la rétention à des fins d'éloignement à l'égard des ressortissants de pays tiers est la Grèce, avec 108 315 personnes retenues pour un peu plus de 50 000 effectivement éloignées. L'écart le plus important était observé en Italie : sur environ 50 000 personnes retenues, approximativement 10% ont finalement fait l'objet d'un éloignement. Pour la France, l'Espagne et l'Allemagne, le bilan est à mi-chemin entre ceux de la Grèce et de l'Italie. Ces chiffres laissent supposer que de nombreux ressortissants de pays tiers ont été retenus sans qu'il n'existe de perspective raisonnable d'éloignement à leur encontre, notamment dans des pays où l'asile n'est presque jamais accordé⁵⁰² (ce qui fait tomber des personnes qui devraient être éligibles à l'asile dans le champ d'application de la directive retour). Il faut également tenir compte du possible cumul des procédures de retour suite à une libération sans régularisation. En effet, si la Cour de justice impose aux États membres de fournir « une confirmation écrite de leur situation »⁵⁰³ aux personnes libérées suite à un placement en rétention, elle ne va pas jusqu'à faire siens les propos de l'avocat général selon lequel ce document doit permettre « d'éviter que [la personne concernée] soit à nouveau arrêtée par les autorités »⁵⁰⁴, préférant mettre l'emphasis sur la « grande latitude »⁵⁰⁵ dont bénéficient les États membres en la matière.

⁵⁰⁰ A partir des chiffres de la Commission, nous calculons que la part de personnes non éloignées parmi celle qui ont fait l'objet d'une décision de retour était de 36,9% en 2010, de 34,01 en 2011 et de 35,08% en 2012. V. Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour du 28 mars 2014, COM(2014) 199 final, p. 4.

⁵⁰¹ V. annexe VI.

⁵⁰² Pour une carte interactive reprenant les données d'Eurostat sur le nombre de demandes d'asile ayant abouties et leur part par rapport au nombre de demandes d'asile déposées en 2014, v. « Les décisions positives aux demandes d'asile dans les États membres », mis en ligne le 19 mai 2015 sur le site « Toute l'Europe » [<http://www.touteleurope.eu/actualite/l-octroi-de-la-protection-aux-demandeurs-d-asile-dans-les-etats-membres.html?host=www.touteleurope.eu&dir=81c159ab54f241ebe209d413c2a774ab&key=actualite&cms=noname&method=fgc&agent=selfbot&index=0>].

⁵⁰³ CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, C-146/14 PPU, § 88.

⁵⁰⁴ Conclusions de l'A.G. M. SZPUNAR dans l'affaire CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, préc., 5 juin 2014, § 96. V. S. SLAMA, « Directive "retour" : la Cour de justice remodèle le contrôle juridictionnel et les modalités de prolongation de la rétention », in *Lexbase Hebdo*, n° 340, 17 juillet 2014, p. 7.

⁵⁰⁵ CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, préc., §§ 87-88 : « Ainsi qu'il ressort de l'objectif de la directive [...], cette dernière n'a pas pour objet de régir les conditions de séjour sur le territoire d'un État membre des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier à l'égard desquels une décision de retour ne peut pas ou n'a pas pu être exécutée. [...] Les États membres bénéficient d'une grande latitude pour déterminer la forme et le modèle de cette confirmation écrite. »

135. L'exemple français est particulièrement éclairant quant à l'aptitude de la rétention à des fins d'éloignement à assurer l'exécution du retour⁵⁰⁶ : si la France est l'État membre prévoyant la durée de rétention la plus courte, elle est aussi celui qui a recouru le plus massivement à la rétention à des fins d'éloignement en 2014, avec environ 49 537 personnes concernées (soit 9% de plus qu'en 2013). Or, le taux de retour effectif des personnes placées en centre de rétention était en moyenne de seulement 53,44%. À cet égard, il faut relever que ce chiffre inclut les taux constatés dans les territoires français ultramarins dont Mayotte, où le taux de retour avoisine les 100% du fait de violations des droits fondamentaux aussi systématiques que notoires⁵⁰⁷ (en métropole, le taux de retour était de 48,7%). De plus, il comprend également les éloignements à destination d'autres États membres⁵⁰⁸ : ainsi, des citoyens de l'Union (15,4% des personnes éloignées après un placement en rétention) et des ressortissants de pays tiers disposant d'un titre de séjour dans un autre État membre (37,1%) font l'objet d'un placement en rétention dans le cadre d'une procédure de retour, ce qui conduit à fortement relativiser le principe de la libre circulation des personnes – qui seul justifie le renforcement des contrôles aux frontières extérieures de l'Union.

136. Malheureusement, dans son rapport d'évaluation de la directive retour, la Commission européenne ne fournit aucun chiffre concernant la part des personnes effectivement éloignées parmi les personnes placées en rétention à des fins d'éloignement, et ce alors même qu'elle se devait de porter une « attention particulière » à l'application de l'article 15 de la directive⁵⁰⁹ – ce qu'elle justifie en pointant le manque de données quantitatives systématiquement collectées au niveau des États membres⁵¹⁰. Pour autant, elle ne propose pas de solution pour la fourniture de données à la fois exhaustives, récentes et comparables : se félicitant de ce que la directive retour a encouragé les États membres à mettre en place des mécanismes de contrôle du retour forcé, elle n'envisage pas pour autant une obligation de collecte de données pour les organes chargés du contrôle⁵¹¹, pas plus qu'elle ne fait référence au fait qu'Eurostat ignore les

⁵⁰⁶ Rapport annuel des associations habilitées à intervenir dans les centres et locaux de rétention administrative français, préc.

⁵⁰⁷ Id. ; Compte-rendu du séminaire de la Clinique des droits de l'Homme de Strasbourg du 3 avril 2014 « La rétention administrative des migrants et la protection des droits fondamentaux » (v. intervention de L. FEUTRIER-COOK) ; C. ESCUILLIE, « Un encadrement cosmétique du renvoi des mineurs étrangers arbitrairement rattachés à des adultes accompagnants », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne en février 2015 [<http://revdh.revues.org/1067>] ; N. HERVIEU, S. SLAMA, « Lacunes et infortunes de l'État de droit(s) à Mayotte », *AJDA*, 2014, p. 1849.

⁵⁰⁸ Les citoyens de l'Union peuvent faire l'objet d'une décision de retour lorsqu'ils se sont maintenus sur le territoire d'un autre État membre que leur État d'origine au-delà de 3 mois sans titre de séjour. Les ressortissants de pays tiers peuvent être renvoyés vers un autre État membre soit dans le cadre du système Dublin (2,6 %), soit parce qu'un autre État membre leur a accordé un titre de séjour (37,1 %).

⁵⁰⁹ L'article 19 de la directive retour prévoit que la Commission européenne doit évaluer l'application tous les trois ans dans le cadre d'un rapport présenté au Parlement européen et au Conseil. Le premier rapport d'évaluation devait porter une attention particulière à certaines dispositions, dont l'article 15 relatif à la rétention à des fins d'éloignement (mais pas aux articles 16 et 17 qui font références à la rétention des personnes vulnérables).

⁵¹⁰ Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour du 28 mars 2014, COM(2014) 199 final, p. 16.

⁵¹¹ Id., p. 25.

questions relatives à la rétention à des fins d'éloignement. Ainsi, face aux rapports et prises de position des organes européens ou internationaux de protection des droits de l'homme et aux chiffres émanant d'autres sources qui tous dénotent un recours croissant à la rétention à des fins d'éloignement⁵¹², la Commission se contente d'affirmer qu'« une tendance soutenue a été constatée en faveur d'une plus grande mise en œuvre de solutions alternatives à la rétention »⁵¹³ sans indiquer sur quels chiffres se base ce constat. De plus, s'il est vrai que la Commission européenne reconnaît l'intérêt des mesures alternatives à la rétention⁵¹⁴, elle ne s'indigne pas du fait que cette vérité est largement négligée par les États membres, lesquels continuent de procéder à « des placements en rétention aussi massifs qu'inutiles »⁵¹⁵.

2. L'aptitude des mesures alternatives à la rétention, une vérité négligée

137. Si la Commission européenne ne fournit pas de chiffres sur l'évolution du recours aux alternatives à la rétention, on en trouve cependant dans le rapport du Réseau européen des migrations réalisé à sa demande suite à son rapport d'évaluation de la directive retour⁵¹⁶. En cumulant les chiffres concernant douze États membres⁵¹⁷, on constate que 3431 ressortissants de pays tiers ont bénéficié d'une alternative à la rétention en 2012 contre 3881 personnes en 2013, soit une hausse de 13%. Cependant, elle se transforme en baisse de 5% si l'on exclut les chiffres de la France. Or, cette nuance est importante non seulement parce qu'une tendance générale qui s'inverse en éliminant un seul État n'en est pas une, mais également parce que la France a la particularité d'utiliser une alternative à la rétention (l'assignation à résidence) à l'égard des personnes libérées du fait que la durée maximale de rétention a été atteinte ou qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement dans cette durée⁵¹⁸. Ainsi, loin d'être le symptôme d'un recours plus modéré à la rétention, le développement d'alternatives s'y ajoute sans le faire diminuer (comme en témoigne la hausse constante du nombre de

⁵¹² V. notamment APCE, résolution 1707 « Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe », 28 janvier 2010, pt. 3 ; CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau. Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants », 24 avril 2013, A/HRC/23/46, pt. 47 ; APCE, résolution 2020 « Les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants », 3 octobre 2014, pt. 1 ; Projet de résolution de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées de l'APCE « La criminalisation des migrants en situation irrégulière: un crime sans victime », 23 avril 2015, doc. n° 13788, pt. 31.

⁵¹³ COM(2014) 199 final, préc., p. 35.

⁵¹⁴ Id., pp. 11 et 19.

⁵¹⁵ APCE, résolution 1707, préc., pt. 3. V. également N. SITAROPOULOS, « Judicial Review of Migrant Detention in Europe: In Search of Effectiveness and Speediness », mis en ligne le 27 juillet 2014 sur le site Internet Oxford Human Right Hub [<http://ohrh.law.ox.ac.uk/judicial-review-of-migrant-detention-in-europe-in-search-of-effectiveness-and-speediness/>].

⁵¹⁶ REM, *La détention et les alternatives à la détention dans le contexte des politiques d'immigration*, 2014.

⁵¹⁷ L'Autriche, de la Belgique, de l'Estonie, de la Croatie, de la Hongrie, de la Finlande, de la France, de la Lituanie, de la Lettonie, du Luxembourg, de la Slovaquie et de la Suède.

⁵¹⁸ Art. L-561-1 du CESEDA. V. S. SLAMA, « Directive "retour" : la Cour de justice remodèle le contrôle juridictionnel et les modalités de prolongation de la rétention », préc., p. 8.

personnes retenues en France). De plus, les chiffres de l'Estonie (en baisse de 24,9% entre 2012 et 2013) sont « gonflés » du fait qu'ils concernent le nombre de fois où les alternatives à la rétention ont été utilisées, et non le nombre de personnes qui en ont bénéficié (le cumul de mesures alternatives à la rétention par une même personne étant fréquent). Surtout, en éliminant du calcul les États qui ne prévoyaient pas d'alternatives à la rétention avant la transposition de la directive retour⁵¹⁹ (ainsi que les deux États pour lesquels les données antérieures à la transposition sont indisponibles⁵²⁰), on constate une baisse de 28% du recours aux mesures alternatives à la rétention entre 2009 et 2013. C'est dire que si la directive retour a le mérite d'avoir conduit des États membres qui ne prévoyaient aucune mesure alternative à la rétention à en adopter, elle n'a pas eu pour effet d'encourager les États membres qui en prévoyaient déjà à y recourir davantage, bien au contraire.

138. Pourtant, comme le souligne l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « les solutions alternatives à la rétention sont plus intéressantes pour les États concernés sur le plan financier et elles ont fait la preuve de leur efficacité »⁵²¹. Les expériences menées en Europe⁵²² démontrent qu'en plus des économies qu'elles génèrent et des violations des droits fondamentaux qu'elles évitent, les mesures alternatives à la rétention permettent d'assurer des taux d'éloignement effectif plus satisfaisants que la rétention. Avec les demandeurs d'asile déboutés (non soumis à la directive retour), la Suède a atteint en 2008 un taux de départ volontaire de 82% sans recourir à la rétention⁵²³. En Belgique, depuis 2008, les familles avec enfants ne sont plus placées en rétention à des fins d'éloignement mais dans des maisons individuelles ouvertes, où elles bénéficient de l'assistance d'un « coach de retour » : entre 79% et 82% des cas sont fructueux⁵²⁴. On peut regretter que l'étude du Réseau européen des migrations ne mentionne pas cette dernière expérience, affirmant à tort qu'il n'existe aucun programme de gestion communautaire dans l'Union européenne⁵²⁵. De plus, elle décrit les normes existantes sans s'intéresser à leur effectivité et à leur efficacité. En définitive, les données européennes sont peu nombreuses et celles qui proviennent d'autres continents ne sont pas toujours comparables du fait des différences parfois radicales entre les systèmes

⁵¹⁹ La France, la Lettonie et le Luxembourg.

⁵²⁰ La Slovénie et la Slovaquie.

⁵²¹ APCE, résolution 1707, préc., pt. 8.

⁵²² Pour les résultats positifs d'expériences menées ailleurs dans le monde, v. International Detention Coalition, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, Melbourne, 2011.

⁵²³ Id., p. 35.

⁵²⁴ Pour les chiffres de 79 %, v. E. DUBOST (Amnesty International), « Une alternative à l'enfermement des familles avec enfants », mis en ligne le 24 décembre 2009 [<http://www.amnestyinternational.be/doc/agir-2009/nos-campagnes/migrants-et-refugies/l-asile-en-belgique/3-1-la-procedure-d-asile-en/article/une-alternative-a-l-enfermement>]. Pour le chiffre de 82 %, v. International Detention Coalition, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, préc., p. 42.

⁵²⁵ International Detention Coalition, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, préc., p. 42.

envisagés. De même, si l'on constate que des États comme le Brésil et le Venezuela ne recourent jamais à la rétention⁵²⁶, leur situation au regard des flux migratoires diffère trop de celles des États européens pour que l'on en tire des conclusions objectives. Toutefois, on peut constater que les mesures alternatives à la rétention sont particulièrement efficaces pour assurer l'éloignement lorsque les personnes ont pu préalablement être assistées afin d'être sûres d'avoir exploré toutes les possibilités d'obtenir un titre de séjour et que leurs besoins primaires sont satisfaits pendant la procédure de retour⁵²⁷ : le sentiment de justice accroît la coopération⁵²⁸. *A contrario*, l'intérêt de telles mesures est amoindri lorsqu'elles sont « utilisées comme des *formes alternatives de détention* »⁵²⁹.

139. *In fine*, tout indique qu'un déplacement des moyens colossaux alloués à la rétention à des fins d'éloignement vers l'assistance juridique intensive des personnes faisant l'objet d'une décision de retour et le placement dans des maisons ouvertes permettraient d'assurer la durabilité des retours et un taux de retour effectif supérieur à celui obtenu par la privation de liberté tout en protégeant les droits fondamentaux des intéressés. Pour l'heure, ces derniers semblent ne pas sortir renforcés de la transposition de la directive retour.

B. L'amélioration du respect des droits fondamentaux, affirmée sans être démontrée

140. Bien que critique quant à la transposition de la directive retour par les États membres, la Commission considère qu'elle a contribué à une meilleure protection des droits fondamentaux. Si ce postulat est contestable dans son ensemble, il l'est plus encore dans le cadre de la rétention à des fins d'éloignement où, pour des raisons tenant tant à la directive elle-même qu'aux pratiques nationales, le bilan n'est pas positif (1). Surtout, le recours à la rétention largement permis par la directive participe à la criminalisation des migrants, et ce tant en termes symboliques que juridiques (2).

⁵²⁶ International Detention Coalition, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, préc.

⁵²⁷ Id.

⁵²⁸ V. STEPS, « Conditions des ressortissants de pays tiers retenus dans des centres (camps de détention, centres ouverts, ainsi que des zones de transit), avec une attention particulière portée aux services et moyens en faveur des personnes aux besoins spécifiques au sein des 25 États membres de l'Union Européenne », étude commandée par la Commission LIBE du Parlement européen, Bruxelles, Direction Générale Politiques Internes de l'Union, décembre 2007, PE 393.275, pp. 25 et 243.

⁵²⁹ UNHCR, Table Ronde globale sur les alternatives à la détention des demandeurs d'asile, réfugiés, migrants et apatrides, Genève, 11-12 mai 2011, pt. 19.

1. Le respect des droits fondamentaux des personnes retenues, non amélioré par la directive retour

141. La Commission européenne fait un bilan mitigé de l'impact de la directive retour sur les droits fondamentaux. Cependant, à titre de points positifs, elle retient que « la directive retour a contribué à une convergence – et, de manière générale, à une réduction – des durées maximales de rétention dans l'ensemble de l'UE »⁵³⁰, ainsi qu'« à limiter les possibilités, pour les États membres, d'ériger un simple séjour irrégulier en infraction pénale, et [que] ses garanties procédurales ont contribué à une plus grande sécurité juridique »⁵³¹. Ces affirmations se heurtent néanmoins à des faits qui conduisent à les relativiser voire à les infirmer.

142. Concernant l'institution d'une durée maximale de rétention, celle-ci a nécessairement conduit à une convergence entre les États qui en prévoyaient une et ceux qui n'en prévoyaient pas. Cependant, elle a joué dans les deux sens : en calculant la moyenne des durées maximales de rétention retenues par les États membres avant et après la transposition de la directive retour, on constate qu'elle est passée de 10,1 mois à 11,8 mois. Ainsi, si les États ayant auparavant une durée de rétention illimitée ont dû la plafonner, la transposition de la directive retour a donné lieu à une augmentation moyenne de 17% de la durée maximale de rétention prévue par les droits nationaux des autres États membres.

143. S'agissant de la limitation de la compétence pénale des États membres, rappelons qu'elle intervient si et seulement si la condamnation à une peine d'emprisonnement est susceptible d'empêcher l'exécution rapide de la décision de retour⁵³². Quant à la sécurité juridique, nous avons vu que les termes vagues employés par la directive retour sont loin de la renforcer : au contraire, la vaste marge d'appréciation laissée aux États membres et l'insécurité juridique qu'elle génère explique une partie des problèmes de transposition pointés par la Commission européenne⁵³³, auquel il faut ajouter les lacunes inhérentes au texte

⁵³⁰ COM(2014) 199 final, préc., p. 20.

⁵³¹ COM(2014) 199 final, préc., p. 35.

⁵³² V. pt. 37.

⁵³³ Elle relève qu'en règle générale, la définition du risque de fuite, les critères applicables à la prolongation du délai de départ volontaire, les critères à respecter pour imposer la rétention et les conditions de rétention sont des questions « en suspens » à l'issue de la transposition ; que deux États membres n'appliquent pas effectivement le droit d'entrer en contact avec ses représentants légaux, sa famille et les autorités consulaires ; que seule la moitié des États membres ne place pas les ressortissants de pays tiers en rétention à des fins d'éloignement dans des prisons et que certains ne respectent pas l'obligation de séparer les intéressés des prisonniers de droit commun (depuis lors clairement affirmée par la Cour de justice dans les affaires *Bero & Boulzamate* et *Pham*), alors même que 674 000 000 € ont été versés aux États membres afin qu'ils appliquent la directive retour et se dotent de centres de rétention adéquats ; que l'accès au soin dans des situations d'urgence n'est pas effectif dans six États membres ; que de nombreux États ne séparent pas les familles et mineurs des autres personnes

précédemment soulignées – particulièrement concernant les garanties procédurales entourant le placement en rétention, que la Commission européenne n'évoque pas : elle se contente de pointer les atteintes au droit à un recours effectif contre la décision de retour⁵³⁴.

144. Si l'on comprend politiquement que la Commission européenne n'envisage pas encore de modification de la directive retour visant à préciser les obligations des États membres, reste qu'elle n'évoque à aucun moment la possibilité d'engager des procédures d'infraction à l'encontre des États ne se conformant pas aux normes minimales qu'elle prévoit, faisant seulement référence à « un suivi systématique de toutes les insuffisances relevées »⁵³⁵ et à des procédures « EU Pilot »⁵³⁶. Souhaitant guider les États membres en recourant à la *soft law*, la Commission européenne projette d'adopter un « manuel sur le retour » sur lequel le groupe de contact « directive retour » sera consulté (celui là même qui, interrogé sur la question des personnes non-éloignables, préconise le cumul des durées maximales de rétention au mépris des droits fondamentaux en cause)⁵³⁷. À cet égard, on peut relever qu'un tel guide aurait pu être adopté avant l'expiration du délai de transposition de la directive, comme cela a été fait pour la directive 2012/29⁵³⁸.

145. Si le rapport d'évaluation de la Commission européenne dénote une « dichotomie entre le droit des livres et la pratique du droit sur le terrain [...] particulièrement aiguë »⁵³⁹, il ne rend compte ni des travers inhérents à la directive retour, ni de la situation telle qu'elle est décrite par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le Rapporteur spécial pour les droits de l'homme des migrants et le Groupe de travail sur la détention arbitraire. En effet, il ressort de leurs rapports et résolutions non seulement que la directive retour n'a pas généré une meilleure protection des droits fondamentaux, mais également que le recours à la rétention est toujours plus fréquent sans que les conditions de rétention ne se soient améliorées. De même, la Commission européenne ignore le rôle de la directive quant à la

retenues ; que les mécanismes de contrôles du retour sont protéiformes et que sept États membres n'en disposent pas ; que si des États ne prévoyant auparavant aucune alternative à la rétention en ont instituées, elles ne sont pas pour autant utilisées .

⁵³⁴ COM(2014) 199 final, préc., p. 27.

⁵³⁵ Id., p. 10.

⁵³⁶ D'après le site Internet de la Commission européenne, « EU Pilot » est une plateforme en ligne permettant « d'améliorer la coopération entre les États membres et la Commission sur des questions relatives à la conformité de la législation nationale avec le droit européen ou à la bonne application du droit de l'UE. De manière générale, le système "EU Pilot" est utilisé à un stade précoce afin de tenter de clarifier ou de résoudre des problèmes afin d'éviter, si possible, le lancement d'une procédure d'infraction ». [http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/archives/2013/07/performance_by_governance_tool/eu_pilot/index_fr.htm].

⁵³⁷ COM(2014) 199 final, préc., p. 10.

⁵³⁸ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil. V. S. PEERS, « The EU's Returns Directive: Does it improve or worsen the lives of irregular migrants? », mis en ligne le 28 mars 2014 sur le blog « EU Law Analysis ».

⁵³⁹ S. PEERS, « The EU's Returns Directive: Does it improve or worsen the lives of irregular migrants? », préc.

précarisation croissante des droits des personnes non-éloignables⁵⁴⁰ (pourtant mise en exergue dès 2007 par le Parlement européen⁵⁴¹). Du fait du refus des rédacteurs de la directive retour d'obliger les États membres à leur octroyer un titre de séjour (alors que moins de la moitié des personnes retenues sont effectivement éloignées et doivent être libérées), elle participe à la « production légale de l'illégalité »⁵⁴² qui profite à ceux-là mêmes que l'Union prétend combattre⁵⁴³ et contribue à la criminalisation symbolique des migrants, laquelle tend à légitimer politiquement les atteintes à leurs droits fondamentaux.

2. La criminalisation des migrants, favorisée par le recours à la rétention

146. La criminalisation des migrants recouvre deux phénomènes qui, bien que liés, sont distincts : d'une part, la criminalisation juridique, qui consiste dans l'appréhension croissante de « l'irrégularité » par le droit pénal (les universitaires parlent de « *crimmigration* »⁵⁴⁴) et d'autre part, l'assimilation symbolique des migrants en situation irrégulière à des criminels.

147. Sur le plan symbolique, la rétention à des fins d'éloignement place le migrant dans une situation similaire à celle du criminel : sa nature administrative n'enlève rien au fait « qu'elle [conduit] également à cette humiliation de la dignité de l'homme advenant dans tous les cas où quelqu'un est soumis au pouvoir physique d'un autre, ce qui est l'indicateur le plus clair de l'incidence de la mesure considérée sur la sphère de la liberté personnelle »⁵⁴⁵. Or, en dehors du champ des spécialistes, cette forme de rabaissement inhérente à la privation de liberté⁵⁴⁶ ne peut être perçue que comme la sanction d'une déviance ou d'une dangerosité⁵⁴⁷. En effet, dans la logique du contrat social, c'est avant tout sur la protection de la population que se

⁵⁴⁰ Tout en reconnaissant que « dans la plupart des États membres, les structures de soutien public sont insuffisantes pour les migrants en situation irrégulière qui sont libérés parce qu'il n'existe aucune perspective raisonnable d'éloignement. En l'absence d'une obligation légale pour les États membres de fournir des moyens de subsistance matérielle à ce groupe de personnes, celles-ci se retrouvent dans une situation de semi-clandestinité, contraintes de se tourner vers le secteur associatif ou de recourir à un emploi non autorisé pour subvenir à leur besoin. ». V. COM(2014) 199 final, préc., p. 20.

⁵⁴¹ STEPS, « Conditions des ressortissants de pays tiers retenus dans des centres (camps de détention, centres ouverts, ainsi que des zones de transit), avec une attention particulière portée aux services et moyens en faveur des personnes aux besoins spécifiques au sein des 25 États membres de l'Union Européenne », préc., p. 264-265.

⁵⁴² N. GENOVA (De), « The Legal Production of Mexican/Migrant "Illegality" », *Latino Studies*, Vol. 2, 2004, pp. 160-185 [<http://nicholasdegenova.net/resources/De+Genova+-+Legal+Production+of+Mexican+Illegality.pdf>]. V. M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « L'éloignement de l'étranger en France », préc., pp. 130-155.

⁵⁴³ A savoir les trafiquants d'êtres humains. V. art. 79 § 1 TFUE ; conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, pts. 3 et 22 s.

⁵⁴⁴ V. parmi beaucoup d'autres J. STUMPF, « The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign power », in *American University Law Review*, vol. 56, n° 2, 2006, pp. 367-419 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=935547].

⁵⁴⁵ Notre traduction. Cour constitutionnelle italienne, décision n°105/2001, citée par G. CAMPESI, « Immigrant Detention and the double logic of securitization in Italy », in N. LABANCA, M. CECCORULLI (dirs.), *The EU, Migration and the Politics of Administrative Detention*, Routledge, London, 2014, p. 148.

⁵⁴⁶ *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, req. n° 8687/08, § 60.

⁵⁴⁷ V. M. BOSWORTH, « Border Control and the Limits of the Sovereign State », in *Social & Legal Studies*, vol. 17, n° 2, 2008, p. 207.

fonde le pouvoir coercitif de l'État⁵⁴⁸ : lorsqu'il l'exerce, c'est pour parer à un danger, en l'occurrence anthropomorphisé. La rhétorique de l'invasion et de la Terreur⁵⁴⁹ désigne l'étranger (présupposé être en situation irrégulière) comme incarnant la potentialité du terrorisme, du chômage et de la perte des droits sociaux⁵⁵⁰. Les motifs de placement en rétention ayant trait à la sécurité nationale, la santé publique ou l'ordre public indûment retenus par de nombreux États membres viennent conforter ces présupposés.

148. Plus largement, tout migrant tend à être considéré comme « irrégulier » avant même qu'il n'ait atteint les frontières européennes, c'est-à-dire avant même que son statut migratoire n'ait été déterminé (à cet égard, la délocalisation du contrôle des frontières extérieures de l'Union européenne joue un rôle non négligeable⁵⁵¹). Or, « l'irrégularité » est largement criminalisée sur le plan juridique⁵⁵². Ainsi, vingt-six des vingt-huit États membres de l'Union européenne incriminent l'entrée irrégulière sur le territoire⁵⁵³ (passible d'amende dans neuf États⁵⁵⁴ et d'emprisonnement dans dix-sept États⁵⁵⁵), créant ainsi une « double peine » irrationnelle⁵⁵⁶, et vingt-six incriminent le séjour irrégulier⁵⁵⁷ (passible d'amende dans seize États⁵⁵⁸ et d'emprisonnement dans dix États⁵⁵⁹). Surtout, tous incriminent la facilitation de l'entrée irrégulière (passible d'amende en Slovaquie et d'emprisonnement dans tous les autres États) et du séjour irrégulier (passible d'amende dans sept États⁵⁶⁰ et d'emprisonnement dans

⁵⁴⁸ T. HOBBS, *Léviathan*, Bréal, coll. La philothèque, 1651 (éd. de 2004).

⁵⁴⁹ D. BIGO, « La mondialisation de l'(in)sécurité ? Réflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytiques de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation », in *Cultures & Conflits*, n° 58, 2005, pt. 5.

⁵⁵⁰ V. M. BERNARDOT, « Invasions, subversions, contaminations : de quelques figures et lieux contemporains d'un Autre exceptionnel », in *Cultures & Conflits*, n°84, 2011, pp. 45-62 [<http://conflits.revues.org/18237>].

⁵⁵¹ V. M. FERNANDEZ, *La responsabilité du fait des violations des droits de l'homme dans le cadre des opérations maritimes coordonnées par l'Agence Frontex*, mémoire de recherche master droits de l'homme et droit humanitaire sous la direction de C. SANTULLI, Paris II, 2012 ; C. PEYRONNET, « Le programme de travail de Frontex pour 2015 : Une fuite en avant mal dissimulée », in *La Revue des droits de l'homme*, Lettres Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 9 juin 2015.

⁵⁵² Ce qui est largement critiqué. V. notamment projet de résolution de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées de l'APCE, doc. n° 13788, préc., pt. 7 et 11.8. ; A. ALIVERTI, « Making people criminal : The role of the criminal law in immigration enforcement », in *Theoretical Criminology*, vol. 16, n° 4, novembre 2012 ; G. CAMPESI, « Immigrant Detention and the double logic of securitization in Italy », préc., p. 145.

⁵⁵³ Tous les États membres de l'Union à l'exception de l'Espagne et du Portugal. V. FRA, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, Vienne, Office des publications de l'Union européenne, 2014, pp. 4 et 6.

⁵⁵⁴ Autriche, Italie, en Hongrie, à Malte, aux Pays-Bas, en Pologne, en République Tchèque, en Slovaquie et Slovaquie. V. FRA, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, préc., pp. 4 et 6.

⁵⁵⁵ Allemagne, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Estonie, Finlande, France, Grèce, Irlande, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Roumanie, Royaume-Uni et Suède. V. FRA, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, préc., pp. 4 et 6.

⁵⁵⁶ Irrationnelle car l'objectif affiché est de retourner les intéressés vers un État tiers. En ce sens, v. A. ALIVERTI, « Making people criminal : The role of the criminal law in immigration enforcement », préc. : « De plus, du fait que le but est d'éjecter les délinquants migratoires du pays, les sanctions pénales à l'encontre des migrants sont dépourvues de toute fonction normative et sont injustifiées. » (notre traduction).

⁵⁵⁷ Tous les États membres de l'Union à l'exception de la France et du Portugal. V. FRA, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, préc., pp. 4 et 6.

⁵⁵⁸ Autriche, Bulgarie, Espagne, Finlande, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Slovaquie, Slovaquie, Roumanie, République Tchèque et Suède. V. FRA, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, préc., pp. 4 et 6.

⁵⁵⁹ Allemagne, Belgique, Chypre, Croatie, Danemark, Estonie, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas et Royaume-Uni. V. FRA, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, préc., pp. 4 et 6.

⁵⁶⁰ Bulgarie, Espagne, Finlande, Lettonie, Lituanie, Roumanie, et Slovaquie. V. FRA, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, Annex: EU Member States' legislation on irregular entry and stay, as well as facilitation of irregular entry and stay, Vienne, Office des publications de l'Union européenne, 2014.

vingt-et-un États⁵⁶¹), créant sous couvert d'appréhender les trafiquants d'êtres humains ce que les associations françaises concernées qualifient de « délit de solidarité »⁵⁶². À cet égard, la limitation de la compétence pénale des États membres par la Cour de justice a pour principale conséquence de présenter la rétention et la prison comme des formes interchangeables de privation de liberté. Il s'ensuit que les personnes retenues et les personnes emprisonnées sont présentées comme des catégories interchangeables de criminels. De plus, il n'est pas rare qu'emprisonnement et placement en rétention soient les différentes étapes d'un même parcours, les intéressés se retrouvant ainsi « prisonniers d'un cercle vicieux de détention continue, entre prisons et centres de retour »⁵⁶³ – ce que permet la Cour de justice en « n'endossant pas ses responsabilités de protection des droits fondamentaux »⁵⁶⁴ des personnes libérées après une rétention infructueuse⁵⁶⁵. Remises en liberté mais toujours prisonnières d'un dispositif panoptique⁵⁶⁶ (ou de l'« ombre du camp »⁵⁶⁷) qui ne peut que les trouver en faute, ces personnes non-éloignables se trouvent *de facto* dans une situation de « déportabilité permanente »⁵⁶⁸ qui va de pair avec un statut d'infra-droit⁵⁶⁹, lequel s'oppose à toute intégration – notamment par le biais du travail légal – et favorise la grande précarité, dont on sait combien elle est facteur de « disqualification sociale »⁵⁷⁰.

149. La suspicion et la marginalisation subies par les migrants en situation irrégulière apparaît légitimée par la possibilité de leur placement en rétention qui, en limitant les garanties procédurales propres à la procédure pénale, renforce la distinction entre « nous » et ces « autres »⁵⁷¹ qu'il faudrait maintenir aussi éloigné que possible. Or, les intéressés sont

⁵⁶¹ Allemagne, Autriche, Belgique, Croatie, Chypre, Danemark, Estonie, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Tchèque, Slovaquie, Suède, Royaume-Uni. V. FRA, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them, Annex: EU Member States' legislation on irregular entry and stay, as well as facilitation of irregular entry and stay*, préc..

⁵⁶² Au premier rang desquelles la Cimade, le Comede, Emmaüs France, la Fasti, la Fédération Entraide Protestante, le GISTI, RESF, Uniopss et le Secours Catholique. V. communiqué de presse du 23 mars 2009 sur le site Internet du GISTI [<http://www.gisti.org/spip.php?article1404>].

⁵⁶³ Notre traduction. G. CAMPESI, « Immigrant Detention and the double logic of securitization in Italy », préc., p. 157.

⁵⁶⁴ S. SLAMA, « Nouvelle bataille judiciaire autour de l'information des étrangers retenus et le droit de visite des ONG compétentes », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 2 mars 2013, p. 7.

⁵⁶⁵ V. pts. 123 s.

⁵⁶⁶ M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, coll. Tel, n° 225, 1993.

⁵⁶⁷ M. FRENCH, « In the Shadow of Canada's Camps », in *Social & Legal Studies*, vol. 17, n° 1, mars 2007, pp. 49-69 [<http://sfs.sagepub.com/content/16/1/49.full.pdf+html>]. V. M. BERNARDOT, « Invasions, subversions, contaminations : de quelques figures et lieux contemporains d'un Autre exceptionnel », préc., p. 54.

⁵⁶⁸ Notre traduction. V. D. KOROS, « The unlimited extension of immigrant's detention : Towards governance through uncertainty? », communication présentée lors de la session commune du Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology, Corinthe, 31 octobre 2014.

⁵⁶⁹ S. SLAMA, « Nouvelle bataille judiciaire autour de l'information des étrangers retenus et le droit de visite des ONG compétentes », préc., p. 7.

⁵⁷⁰ S. PAUGAM, « Les formes contemporaines de la pauvreté et de l'exclusion. Le point de vue sociologique », in *Genèses*, n° 31, 1998, pp. 138-159 [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/genese_1155-3219_1998_num_31_1_1516].

⁵⁷¹ L'anthropologue américaine Nadine Naber parle d'un processus d'« Othering ». V. N. NABER, « The Rules of Forced Engagement. Race, Gender and the Culture of Fear among Arab immigrants in San Francisco Post-9/11 », in *Cultural Dynamics*, vol. 18, n°3, novembre 2006, pp. 197-204 [http://sfonline.barnard.edu/immigration/naber_01.htm]. V. également M. BOSWORTH, « Border Control and the Limits of the Sovereign State », préc., p. 201.

d'autant moins enclins à coopérer à leur retour qu'ils se sentent injustement surveillés, enfermés et par là-même criminalisés, sentiment d'injustice qui trouve son origine dans le rétrécissement des voies d'immigration légale⁵⁷² et se nourrit de l'enfermement de ceux qui sont malgré tout parvenus jusqu'au territoire européen. Ainsi, la rétention participe à la criminalisation symbolique des migrants autant qu'elle y répond, au point que la nature administrative de ses objectifs est largement remise en cause.

150. Le recours à la rétention à des fins d'éloignement n'a pas permis une plus grande efficacité des procédures de retour, met toujours plus à mal la protection des droits fondamentaux des personnes qui la subissent et nourrit l'hostilité de la population à leur égard. Ce dispositif ne permet donc pas d'atteindre les objectifs affichés officiellement par la directive retour. En toutes hypothèses, l'existence de mesures moins attentatoires aux droits fondamentaux dont l'adéquation aux objectifs poursuivis à la directive retour est de mieux en mieux renseignée achève d'asseoir le caractère disproportionné du recours à la rétention à des fins d'éloignement tel qu'il est pratiqué par les États membres dans le cadre de ladite directive⁵⁷³. Pourtant, loin d'y renoncer, les États membres (et plus généralement la plupart des États occidentaux⁵⁷⁴) y recourent toujours davantage. Dès lors, « la question se pose de savoir si le cadre juridique formel de la détention des migrants, dans lequel la détention est un moyen non-punitif d'atteindre l'objectif de retour des migrants indésirables, constitue une explication suffisante des pratiques de détention constatées »⁵⁷⁵.

II. Rétention et objectifs officieux de la directive retour : des clés de compréhension

151. La persistance des États dans la voie de la rétention à des fins d'éloignement ne pouvant s'expliquer par son efficacité au regard des objectifs qui lui sont assignés, elle ne peut l'être que par l'existence d'objectifs officieux que la rétention permettrait d'atteindre⁵⁷⁶ -

⁵⁷² V. D. BIGO, « Death in the Mediterranean Sea: The Results of the Three Fields of Action of Eu Border Controls », in J. BLOIST (de), R. CELIKATES, Y. JANSEN, (dirs.), *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe : Detention, Deportation, Drowning*, Rowman & Littlefield International, 2014 ; M. BOSWORTH, « Border Control and the Limits of the Sovereign State », préc., p. 205-206.

⁵⁷³ Cour EDH, *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, req. n° 13444/04, § 94 : « Pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée [...], l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue » ; Art. 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; I. MAJCHER, C. DE SENARCLENS, « Discipline and punish ? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe », in *AmeriQuests* Vol. 11, n° 2, 2014.

⁵⁷⁴ V. R. HANSEN, D. PAPADEMETRIOU, *Securing Borders : The Intended, Unintended And Perverse Consequences*, Migration Policy Institute, janvier 2014.

⁵⁷⁵ A. LEERKES, D. BROEDERS, « A Case of Mixed Motives ? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention », *British Journal of Criminology*, Vol. 50, n° 5, 2010, pp. 830-831.

⁵⁷⁶ Id., pp. 830-850.

au moins en théorie. Or, il s'avère que le recours à cette mesure poursuit certains objectifs se rattachant au droit pénal, au point qu'elle apparaît comme une ramification de ce dernier (A). De plus, son utilisation croissante conduit à un second constat dont elle est l'un des symptômes : celui de la souveraineté en détresse des États membres (B).

A. La rétention à des fins d'éloignement, une ramification du droit pénal

152. En dépit de son appartenance formelle à la matière administrative, certains des objectifs de la rétention à des fins d'éloignement correspondent étroitement à ceux de la loi pénale, laquelle trouve son prolongement dans le droit des étrangers. La criminalisation de l'irrégularité comme la rétention reposent sur un dispositif ban-optique désignant les migrants comme « groupe à risque » (1), ce qui conduit à recourir à la rétention à des fins d'éloignement pour les discipliner et les punir dans un cadre flexible (2).

1. La désignation des migrants comme groupe à risque, un dispositif ban-optique

153. Schématiquement, deux grands types de doctrines pénales se distinguent⁵⁷⁷ : d'une part celles qui postulent le libre-arbitre de l'individu (dont la doctrine utilitariste, à laquelle se rattachent Montesquieu et Cesare Beccaria), d'autre part celles qui le tiennent pour déterminé (dont la doctrine positiviste, à laquelle se rattache Cesare Lombroso, célèbre pour son ouvrage *L'homme criminel*⁵⁷⁸). La doctrine utilitariste est centrée sur la fonction dissuasive de la peine et la réhabilitation du condamné, tandis que la doctrine positiviste s'attache davantage à la prédiction et à la neutralisation de « l'état dangereux ». Si la doctrine utilitariste s'est progressivement imposée aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles⁵⁷⁹, le XX^{ème} siècle a marqué un tournant : la réhabilitation a été délaissée au profit de la dissuasion⁵⁸⁰ et la volonté de prédire le crime est devenue de plus en plus prégnante, parallèlement au développement de

⁵⁷⁷ Id., p 833 ; X. PIN, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 4^{ème} éd., 2010, pp. 10-17.

⁵⁷⁸ C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, Paris, Félix Alcan, 1887.

⁵⁷⁹ M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, préc.

⁵⁸⁰ A. LEERKES, D. BROEDERS, « A Case of Mixed Motives ? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention », préc., p 833 ; X. PIN, *Droit pénal général*, préc., pp. 10-17 ; J. STUMPF, « The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign power », préc., pp. 403 s.

techniques de profilage⁵⁸¹ parées d'une aura scientifique - laquelle ne saurait masquer leur caractère hasardeux⁵⁸² voire dangereux⁵⁸³. Aujourd'hui, comme le soulignent les professeurs Arjen Leerkes et Alessandro de Giorgi :

« “Ce ne sont pas tant les caractéristiques individuelles des sujets qui font l'objet du contrôle pénal, que les facteurs sociaux qui permettent d'assigner certains individus à un groupe à risque particulier⁵⁸⁴.” En ce sens, des groupes qui étaient auparavant pris en charge par l'assistance sociale étatique ou par des œuvres de charité privées, tels que les pauvres, les personnes dépendantes des aides sociales et les toxicomanes sont de plus en plus souvent en contact avec le système pénal »⁵⁸⁵.

154. Parmi ces nouveaux « groupes à risque »⁵⁸⁶, on trouve celui des « migrants » – qu'ils projettent d'atteindre le sol européen, qu'ils y soient parvenus sans posséder de titre de séjour ou qu'ils s'y maintiennent au-delà de la durée autorisée par leur titre de séjour. Cette classification, qui conduit à les cibler comme groupe à surveiller, relève d'un dispositif « banoptique »⁵⁸⁷ : là où le *panopticon* foucaldien permet la surveillance de toutes et de tous, le *banopticon* permet la surveillance et l'exclusion ciblée de groupes définis selon des classifications héritées du courant positiviste du droit pénal. Cette dangerosité déclarée des migrants légitime la pénalisation de l'irrégularité (qui ne fait pourtant pas d'autres victimes que les migrants eux-mêmes⁵⁸⁸) comme les moyens colossaux alloués au contrôle des

⁵⁸¹ Nous utilisons le terme retenu par le Rapporteur spécial pour les droits de l'homme des migrants. V. Note du secrétaire général des Nations unies, *Rapport sur les droits de l'homme des migrants présenté par la Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante*, 3 août 2010, A/65/222.

⁵⁸² I. BENSLIMANE, *Étude critique d'un système d'analyse prédictive appliqué à la criminalité : Predpol*, 18 juin 2014 [http://cortecs.org/wp-content/uploads/2014/10/rapport_stage_Ismael_Benslimane.pdf] ; D. DUEZ, « La surveillance des frontières : efficacité et limites du projet “smart border” européen », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice et 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011, p. 147.

⁵⁸³ D. BIGO, « La mondialisation de l'(in)sécurité ? Réflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytiques de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation », *préc.*, pp. 53-101.

⁵⁸⁴ A. DE GIORGI, *Re-thinking the Political Economy of Punishment. Perspectives on Post-Fordism and Penal Politics*, Ashgate, coll. *Advances in Criminology*, juin 2006.

⁵⁸⁵ Notre traduction. A. LEERKES, D. BROEDERS, « A Case of Mixed Motives ? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention », *préc.*, p. 834.

⁵⁸⁶ Les universitaires anglo-saxons parlent d'« *overcriminalization* » pour qualifier cet élargissement des frontières du droit pénal. V. D. HUSAK, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2009 ; A. ALIVERTI, « Making people criminal : The role of the criminal law in immigration enforcement », in *Theoretical Criminology*, vol. 16, n° 4, novembre 2012 ; J. CHACON, « Overcriminalizing Immigration », in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 102, n° 3, 2012.

⁵⁸⁷ V. notamment D. BIGO, E. GUILD, « Schengen et la politique des visas », in *Cultures & Conflits*, n° 49, 2003 [<http://conflits.revues.org/921>] ; D. BIGO, « Du panoptisme au ban-optisme. Les micros logiques du contrôle dans la mondialisation », in P.-A. CHARDEL, G. ROCKHILL (dirs.), *Technologies de contrôle dans la mondialisation : enjeux politiques, éthiques et esthétiques*, Paris, Kimé, 2009, pp. 59-80 [<http://bigo.zgeist.org/documents/PanoptismeAuBanoptism.pdf>] ; D. BIGO, « Frontières, territoire, sécurité, souveraineté », in *CERISCOPE Frontières*, 2011, mis en ligne sur le site Internet Ceriscope [<http://ceriscope.sciences-po.fr/content/part1/frontieres-territoire-securite-souverainete>].

⁵⁸⁸ Projet de résolution de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées de l'APCE, doc. n° 13788, *préc.* ; A. ALIVERTI, « Making people criminal : The role of the criminal law in immigration enforcement », *préc.*

frontières (principalement en amont et en aval de celles-ci⁵⁸⁹), notamment dans le cadre des « *large scale IT systems* »⁵⁹⁰.

155. Loin d'être imperméable à cette désignation des migrants comme groupe criminogène, le droit des étrangers s'imprègne des objectifs du droit pénal : d'outil de gestion, il devient instrument de dissuasion et de punition.

2. Discipliner et punir, objectifs pénaux de la rétention

156. Le droit des étrangers acquiert une « punitivité »⁵⁹¹ croissante : les centres de rétention tendent à fonctionner comme une ramification du système carcéral⁵⁹² aux fins de discipliner et punir les personnes qui y sont placées (intimidation spéciale) comme celles qui pourraient l'être (dissuasion collective⁵⁹³).

157. Sur le plan de la discipline, l'objectif est tant de dissuader les intéressés de commettre des infractions pénales (ce que traduisent les motifs de placement en rétention ayant trait à la sécurité nationale ou à l'ordre public⁵⁹⁴) que d'accroître leur coopération à la procédure de retour (ce que reflètent les motifs de prolongation de la rétention⁵⁹⁵) – bien que son exécution dépende bien souvent de facteurs indépendants de leur volonté⁵⁹⁶. Dans le premier cas, la rétention à des fins d'éloignement est utilisée comme un emprisonnement préventif qui trouve son fondement dans la criminalisation symbolique des migrants et dans leur criminogénéité supposée ; dans le second cas, sa fonction disciplinaire apparaît d'autant plus nettement que la probabilité d'exécuter la décision de retour diminue à mesure que la rétention se prolonge⁵⁹⁷. Le motif de prolongation relatif à la non-coopération de la personne retenue est donc utilisé pour forcer la coopération, tandis que la prolongation elle-même (ainsi que tous les effets

⁵⁸⁹ P. CUTTITA, « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », in *Culture et Conflits*, n° 68, 2007, pp. 61-84.

⁵⁹⁰ Ou systèmes d'information à grande échelle. Ceux qui ont trait aux contrôles des frontières extérieures de l'Union (VIS, SIS II, Eurodac) sont gérés par une agence dédiée : EuLisa, créée par le règlement (UE) n° 1077/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

⁵⁹¹ Notre traduction de « punitivness ». V. I. MAJCHER, C. SENARCLENS (de), « Discipline and punish ? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe », préc.

⁵⁹² G. CAMPESI, « Immigrant Detention and the double logic of securitization in Italy », préc., p. 156 : « ce que tout les rapports révèlent, confirmant la nature punitive que les centres de détention des migrants ont acquis au fil du temps, est qu'ils fonctionnent comme une véritable ramification du système carcéral. » (nous soulignons / notre traduction).

⁵⁹³ Les termes d'« intimidation spéciale » et de « dissuasion collective » sont empruntés au Professeur Xavier Pin. V. X. PIN, *Droit pénal général*, préc., p. 12.

⁵⁹⁴ V. pt. 27 et annexe I.

⁵⁹⁵ V. pts. 116 s.

⁵⁹⁶ La Commission elle-même le souligne, admettant les limites de l'utilisation des systèmes IT dans le cadre des procédures de retour. V. COM(2014) 199 final, préc., p. 5.

⁵⁹⁷ I. MAJCHER, C. SENARCLENS (de), « Discipline and punish ? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe », préc.

psychologiques et physiques qui ont associés) est utilisée comme punition à l'égard de ceux qui ne coopèrent pas. Quant au motif de prolongation ayant trait à la non-coopération des autorités de l'État tiers, il a une fonction dissuasive à l'égard des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière présents sur le territoire : le message (qui a en réalité peu de chance d'être reçu) est qu'une fois placés en rétention, les intéressés pourront y être maintenus des mois durant indépendamment de leur comportement personnel et ont donc tout intérêt à quitter le territoire aussi vite que possible – à supposer qu'ils le puissent.

158. Dans les deux hypothèses, l'appartenance de la rétention à des fins d'éloignement à la matière pénale apparaît nettement. Le fait qu'elle poursuive partiellement une finalité administrative (au regard de laquelle nous avons vu qu'elle est disproportionnée) n'exclut pas qu'elle vise également des objectifs pénaux, lesquels sont parfois même assumés. Ainsi, dès 2005, le conseiller fédéral suisse Christoph Blocher déclarait à propos de la durée de la rétention que :

« Le but de l'exercice n'est pas qu'ils restent ici jusqu'à la fin de [la durée maximale de rétention]. L'objectif est plutôt qu'ils partent aussi vite que possible parce qu'ils savent qu'autrement ils seront maintenus en rétention pour une durée aussi longue »⁵⁹⁸.

Or, ce qui ressort de la matière pénale doit être assorti de toutes les garanties du procès équitable⁵⁹⁹ : il ne peut en aller autrement que sous l'empire d'un état d'exception ponctuel⁶⁰⁰ et à condition que la loi le prévoit. C'est ainsi que dans les vingt dernières années, on a assisté à une « dilution de l'état d'exception dans le droit de l'immigration »⁶⁰¹, sous-tendue par la perception des étrangers en situation irrégulière comme n'appartenant pas au même groupe que les ressortissants nationaux⁶⁰². Bien que la rétention à des fins d'éloignement soit légalement encadrée, les garanties contre l'arbitraire qui l'entourent ne sont comparables ni en droit ni en fait à celles qui sont la norme en matière pénale.

« La progressive "juridicisation" de la détention des migrants, loin de représenter un retour au sein du cadre de la légalité établi par le paradigme de l'État de droit, a [...] produit une simple procéduralisation

⁵⁹⁸ Cité par I. MAJCHER, C. SENARCLENS (de), « Discipline and punish ? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe », préc.

⁵⁹⁹ V. chapitre II.

⁶⁰⁰ Art. 15 de la Conv. EDH.

⁶⁰¹ Notre traduction. G. LHUILIER, « Essai de définition : l'institution juridique des camps », in O. LE COUR GRANDMAISON, G. LHUILIER, J. VALLUY (dirs.), *Le retour des camps ?*, Paris, Autrement, coll. Frontières, 2007 cité par G. CAMPESI, « Immigrant Detention and the double logic of securitization in Italy », préc., p. 157.

⁶⁰² V. V. BARKER, « Global Mobility and Penal Order : Criminalizing Migration, A View from Europe », in *Sociology Compass*, 2012, Vol. 6, n° 2, p. 118 ; J. STUMPF, « The Cimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign power », préc., pp. 367-419.

des garanties légales contre la détention arbitraire dont le résultat a été de masquer l'arbitraire policier par une façade de légalité »⁶⁰³.

159. Cette situation reflète le fait que les centres de rétention, s'ils sont placés sur le territoire national, sont également des manifestations punctiformes de la frontière : en dépit de leur localisation, il apparaissent comme des espaces extraterritoriaux abritant des personnes qui ne sont pas véritablement sur le territoire puisqu'en situation irrégulière. L'internalisation de la frontière par les migrants⁶⁰⁴ joue ici à plein et se traduit par un déni des garanties juridiques allant de pair avec la réalité de leur privation de liberté, ce que cautionne la Cour EDH en refusant de constater l'existence des objectifs pénaux de la rétention à des fins d'éloignement.

B. Le recours croissant à la rétention, manifestation d'une souveraineté en détresse

160. Le recours à la rétention à des fins d'éloignement poursuit des objectifs pénaux, mais également des objectifs politiques. En effet, la privation de liberté est un moyen privilégié de régulation de l'appartenance au « groupe », celui-ci étant défini comme l'ensemble des personnes qui sont parties au contrat social⁶⁰⁵ (1). Elle est également le symbole de l'existence d'une insécurité à laquelle elle est également la réponse, insécurité entretenue volontairement ou non par des États dont la souveraineté est confrontée à de multiples limites (2).

1. La régulation de l'appartenance au groupe, objectif politique de la rétention

« La détention des migrants est un angle mort de la protection des droits humains parce qu'elle reflète notre conception de la souveraineté territoriale de l'État, et partant de sa prérogative d'user de la force

⁶⁰³ Notre traduction. G. CAMPESI, « Immigrant Detention and the double logic of securitization in Italy », préc., p. 157.

⁶⁰⁴ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « The EU External Edges: Borders as Walls or Ways? », in *Journal of Territorial and Maritime Studies*, vol. 2, n° 1, 2015, p. 109 ; P. CUTTITA, « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », préc., pp. 61-84 ; F. JOBARD, « Schengen ou le désordre des causes », in *Vacarme*, n° 8, 15 mai 1999.

⁶⁰⁵ Nous nous basons principalement sur la théorie de l'appartenance (*theory of membership*) telle que développée par le Professeur Juliet Stumpf : « La théorie de l'appartenance est basée sur l'idée que les droits naissent d'un contrat social entre le gouvernement et le peuple. Ceux qui ne sont pas parties à cet accord tout en étant soumis au gouvernement ne peuvent revendiquer de tels droits, ou des droits équivalents à ceux détenus par les membres. » (notre traduction). V. J. STUMPF, « The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign power », préc., p. 397. V. également V. BARKER, « Global Mobility and Penal Order : Criminalizing Migration, A View from Europe », préc., p. 118.

afin de protéger ses frontières »⁶⁰⁶.

161. Qu'ils soient présents ou non sur le territoire de l'État, les étrangers sont maintenus hors du « groupe ». La rétention à des fins d'éloignement est l'un des rouages d'un vaste dispositif de délimitation des frontières du groupe national ou européen, et ce en fonction de critères comportementaux, culturels et économiques⁶⁰⁷. La politique des visas et les titres de séjour en font également partie : à une époque où la mondialisation encourage (voire force) les migrations, ils permettent de sélectionner les individus admis à faire partie du groupe (temporairement ou non) en fonction de leurs ressources (soit de leur aptitude à ne pas être « une charge “déraisonnable” pour l'État d'accueil »⁶⁰⁸), de leur degré de qualification professionnelle et de leur culture (par le biais des exemptions de visa accordées aux ressortissants de certains États)⁶⁰⁹. Il en va de même du droit pénal, qui permet de déchoir les individus ayant violé les règles du groupe de certains droits civiques⁶¹⁰ (et donc de les exclure partiellement du groupe) voire, lorsqu'ils sont résidents étrangers, de les exclure du territoire national⁶¹¹. Sur ce dernier point, on mesure la force du lien entre contrôle des frontières et souveraineté en constatant que la Cour EDH écarte de la matière pénale (et donc du droit à un procès équitable) les interdictions de territoire prononcées dans le cadre d'une procédure pénale – et ce au regard de leur lien avec le contrôle de l'entrée et du séjour sur le territoire national⁶¹².

162. La rétention à des fins d'éloignement, qui procède de la même logique de marquage et d'exclusion⁶¹³, est cependant plus subtile : l'individu qui fait l'objet d'une procédure de retour est déjà exclu du groupe et est *a priori* sur le point de l'être physiquement, sans qu'il soit

⁶⁰⁶ G. CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2010 citée par G. CAMPESI, « Immigrant Detention and the double logic of securitization in Italy », préc., p. 147.

⁶⁰⁷ V. D. BIGO, E. GUILD, « Schengen et la politique des visas », préc. ; Z. BAUMAN, *Le coût humain de la mondialisation*, Paris, Hachette, 1999.

⁶⁰⁸ CJCE, *Rudy Grzelczyk*, 20 septembre 2001, C-184/99, § 44.

⁶⁰⁹ Ainsi, comme le souligne le professeur Mary Bosworth de manière évocatrice, « [le] gouvernement n'est pas hostile aux étrangers mais veut seulement pouvoir sélectionner les meilleurs » (notre traduction). M. BOSWORTH, « Border Control and the Limits of the Sovereign State », préc., p. 202.

⁶¹⁰ A cet égard, la jurisprudence de la Cour EDH interdisant que les personnes incarcérées soient automatiquement déchuées du droit de vote a été modulée en 2012 : elle accepte une telle réglementation à condition qu'elle ne soit pas générale (la déchéance du droit de vote ne doit pas découler de toutes les infractions pénales et doit reposer sur des critères précis). V. Cour EDH [GC], *Hirst c. Royaume-Uni*, 6 octobre 2005, req. n° 74025/01, § 82, modulé par Cour EDH [GC], *Scoppola c. Italie*, 22 mai 2012, req. n° 126/05, §§ 105-110.

⁶¹¹ V. M. BOSWORTH, « Border Control and the Limits of the Sovereign State », p. 205.

⁶¹² Cour EDH [GC], *Maaouia c. France*, 5 octobre 2000, req. n° 39652/98, §§ 39-40 : « La Cour constate que l'interdiction du territoire ne revêt pas en général un caractère pénal dans les États membres du Conseil de l'Europe. Cette mesure qui, dans la plupart des États, peut également être prise par l'autorité administrative, constitue, de par sa nature, une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers et ne porte pas sur le bien-fondé d'une accusation pénale dirigée contre le requérant, au sens de l'article 6 § 1. Le fait qu'elle est prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ne saurait changer son caractère essentiellement préventif. Il en découle que la procédure en relèvement de cette mesure ne saurait davantage relever du domaine pénal. [...] La Cour conclut que les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil du requérant ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. » (nous soulignons).

⁶¹³ Nous empruntons l'expression « logique de marquage » à D. BIGO, R. BOCCO, J.-L. PIERMAY, « Logiques de marquage : murs et disputes frontalières », in *Cultures & Conflits*, n° 73, 2009, [<http://conflits.revues.org/17484>].

besoin de le priver de liberté. La rétention n'est donc pas uniquement une frontière, mais également un cordon sanitaire dont l'objectif est double⁶¹⁴ : d'une part, éviter que les personnes faisant l'objet d'une décision de retour ne nouent des liens (affectifs, juridiques...) risquant d'entraver leur exclusion définitive du groupe⁶¹⁵ ; d'autre part éviter que le groupe ne soit « pollué » par la pauvreté des intéressés⁶¹⁶ et toutes ses externalités réelles ou fantasmées – bien que cette pauvreté soit en partie causée par l'exclusion des personnes en situation irrégulière de la plupart des droits civiques et sociaux qui pourraient leur permettre de remplir les conditions d'obtention d'un titre de séjour. Comme l'exclusion sociale des ressortissants nationaux pauvres⁶¹⁷, celles des étrangers en situation irrégulière répond à la peur qu'a « l'opinion publique » de ces groupes spécifiques. Cependant, concernant les étrangers, la rhétorique de l'invasion⁶¹⁸ ajoute son lot de craintes qu'aucune vérité factuelle ne parvienne à contrer⁶¹⁹.

163. Ces éléments peuvent expliquer le refus des rédacteurs de la directive retour (relayés en cela par la Cour de justice) de prévoir l'interdiction du cumul des rétentions à des fins d'éloignement auquel sont exposées les personnes non-éloignables. Ils permettent également de comprendre la convergence du droit pénal et du droit des étrangers dont les objectifs se recoupent toujours davantage⁶²⁰ : comme le droit pénal, le droit des étrangers et particulièrement le dispositif de la rétention exprime le pouvoir souverain de l'État d'inclure ou d'exclure des individus du groupe de ses sujets de droit. Toutefois, la cristallisation du pouvoir coercitif de l'État sur le contrôle des frontières (nationales, européennes, sociales) et la définition toujours plus restrictive du groupe qu'il retient sont loin de traduire la puissance de sa souveraineté : au contraire, le resserrement de la contrainte étatique dénote une souveraineté en déclin, phénomène inévitable dans un système néo-libéral mondialisé ou l'économie infiltre directement la vie des individus et ampute la capacité de régulation économique de l'État⁶²¹. Démuni, ce dernier tente d'asseoir la légitimité de ses pouvoirs en

⁶¹⁴ A. LEERKES, D. BROEDERS, « A Case of Mixed Motives ? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention », préc., pp. 841-845.

⁶¹⁵ Au nom du droit à la vie familiale, de l'éligibilité à un titre de séjour du fait d'une promesse d'embauche...

⁶¹⁶ À cet égard, on peut déplorer qu'il n'existe pas de statistiques comparant le niveau de ressources des personnes placées en rétention à des fins d'éloignement et celui des personnes bénéficiant de mesures alternatives à la rétention.

⁶¹⁷ V. pt. 148.

⁶¹⁸ V. notes 549-550.

⁶¹⁹ L'abandon par les États membres de l'Union du projet de quotas de réfugiés obligatoires dénote cette peur de l'invasion qui anime les « opinions publiques » européennes en dépit du nombre relativement faibles de réfugiés concernés par cette mesure. Sue le rôle des « opinions publiques » v. le Discours du président de la Commission européenne Jean-Claude Juncker lors du débat au Parlement européen sur les conclusions du Conseil européen extraordinaire du 23 avril 2015 [http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4896_fr.htm].

⁶²⁰ S. PICKERING, M. BOSWORTH, K. FRANKO-AAS, « The Criminology of Mobility », in S. PICKERING, J. HAM (dirs.) *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*, Routledge, 2014 ; M. BOSWORTH, « Foreigners in a Carceral Age: Immigration and Imprisonment in the U.S. », *Stanford Law & Policy Review*, vol. 22, n° 1, 2011.

⁶²¹ V. D. KOROS, « The unlimited extension of immigrant's detention : Towards governance through uncertainty? », préc. ; Z. BAUMAN, *Wasted Lives: Modernity and Its Outcasts*, Cambridge, Polity, 2004, p. 56 cité par M. BOSWORTH, « Border Control and the Limits of the

exagérant son rôle de protecteur du groupe national ou européen, ce qui implique de désigner d'autres groupes ennemis⁶²².

2. La gouvernance par l'insécurité, symptôme des limites de l'État souverain

« Les non-ressortissants semblent remettre en questions “les limites de l'État souverain”. En franchissant les frontières, particulièrement s'ils le font sans documents valides ni autorisation, ils suggèrent que la barrière pourrait n'être que le fruit de notre imagination ou un rêve irréalisable. En d'autres termes, la frontière ne peut pas, en dépit de tous les plans de l'État, nous protéger, ni différencier “nous” et “eux” »⁶²³.

164. Allant toujours plus avant dans la fusion de leurs économies (entre eux et avec des États tiers), les États membres ont souhaité ouvrir les frontières extérieures de l'Union européenne aux marchandises, services et capitaux sans jamais hisser la circulation des personnes au même niveau de liberté⁶²⁴. Pourtant, les flux économiques s'accompagnent nécessairement de flux humains et en l'absence d'harmonisation des législations sociales et fiscales, de « dumping social » contre lequel les États n'ont pas ou ne se donnent pas les moyens de lutter. De même, la spéculation boursière a conduit à une crise économique contre laquelle le pouvoir coercitif de l'État semble vain. Enfin, la sur-médiatisation des actes terroristes depuis le 11 septembre 2001 place l'État souverain face à ses limites et à ses contradictions : la prédiction et l'empêchement de tous les actes terroristes est une chimère⁶²⁵, de même que la croyance en l'absence de conséquences intérieures des guerres menées à l'extérieur⁶²⁶. Or, incapables de s'accorder pour parer aux externalités négatives de la mondialisation des économies, nécessairement limités dans leur capacité de lutte contre le crime et démunis face à la complexité des enjeux de leur politiques étrangères, les États refusent d'admettre l'inexistence du risque zéro comme de renoncer au mythe de

Sovereign State », préc., p. 211 ; D. DUEZ, « La surveillance des frontières : efficacité et limites du projet “smart border” européen », préc., pp. 160-161.

⁶²² V. D. GARLAND, « The Limits of the Sovereign State : Strategies of Crime Control in Contemporary Society », in *British Journal of Criminology*, vol. 36, n° 4, p. 445 cité par M. BOSWORTH, « Border Control and the Limits of the Sovereign State », préc., p. 210 ; V. BARKER, « Global Mobility and Penal Order : Criminalizing Migration, A View from Europe », préc., p. 118 ; V. D. DUEZ, « La surveillance des frontières : efficacité et limites du projet “smart border” européen », préc., pp. 145-163.

⁶²³ Notre traduction. M. BOSWORTH, « Border Control and the Limits of the Sovereign State », préc., p. 210.

⁶²⁴ V. en ce sens C. BLUMANN, « Les frontières de l'Union européenne : rapport introductif général », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice et 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011, p. 3.

⁶²⁵ V. G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGUÉS, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, coll. Les voies du droit, 2011.

⁶²⁶ D. BIGO, « La mondialisation de l'(in)sécurité ? Réflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytiques de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation », préc., pts. 7 et 12.

l'imperméabilisation des frontières⁶²⁷, dans lesquels ils pensent trouver une légitimité qui leur fait de plus en plus défaut.

165. La légitimité de la contrainte étatique résidant dans la capacité de l'État à protéger ses ressortissants, les gouvernants investissent massivement dans la « sécurisation » de ses frontières et dans le contrôle des limites du groupe. Par là-même, ils participent à l'effritement de la souveraineté étatique⁶²⁸ : banques de données interconnectées et délégation du contrôle des frontières à des États tiers et à des acteurs privés sont autant de symptômes de la fuite en avant d'États en mal de légitimité, dont les politiques restrictives à l'encontre des migrants sont le révélateur. En effet, alors que les « menaces » impactant la vie des ressortissants de l'Union sont en grande partie d'ordre économique et que la capacité des systèmes d'information à prévenir le terrorisme n'a jamais été démontrée⁶²⁹, c'est sur les ressortissants de pays tiers en quête d'une vie meilleure que la contrainte étatique se fixe, ce que matérialisent les centres de rétention⁶³⁰.

166. Cet état de fait est le fruit de plusieurs facteurs, dont le sentiment de toute-puissance des « professionnels de l'(in)sécurité » qui par une « scientification » des dangers pensent pouvoir livrer des solutions « clés-en-mains » à des gouvernants trop désemparés pour les refuser⁶³¹. Or, « la suspicion se nourrit de l'impuissance à prévenir la violence et renforce des systèmes techniques qui accroissent la suspicion en élargissant toujours plus les cibles »⁶³². L'invisibilité politique des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière intervient comme un facteur accommodant, puisqu'ils n'ont pas de voix propres pour contester la disproportion du traitement qui leur est réservé : si cette catégorie de personnes recouvre des itinéraires très différents, reste que tous les intéressés sont dépourvus de droit de vote et vivent dans la peur d'être emprisonnés ou renvoyés à l'extérieur, ce qui empêche toute revendication organisée⁶³³.

⁶²⁷ D. DUEZ, « La surveillance des frontières : efficacité et limites du projet "smart border" européen », préc., pp. 160-161.

⁶²⁸ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « The EU External Edges: Borders as Walls or Ways? », préc., pp. 111-112.

⁶²⁹ D. BIGO, « La mondialisation de l'(in)sécurité ? Réflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytiques de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation », préc. ; D. DUEZ, « La surveillance des frontières : efficacité et limites du projet "smart border" européen », préc.

⁶³⁰ R. SAMPSON, G. MITCHELL, « Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention : Practical, Political and Symbolic Rationales », in *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 1, n° 3, 2013, p. 111.

⁶³¹ D. BIGO, « La mondialisation de l'(in)sécurité ? Réflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytiques de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation », préc. ; F. JOBARD, « Schengen ou le désordre des causes », in *Vacarme*, n° 8, 15 mai 1999.

⁶³² D. BIGO, « La mondialisation de l'(in)sécurité ? Réflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytiques de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation », préc., pt. 8.

⁶³³ Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, « Concluding remarks », FRA-ECtHR Seminar on European Law on Asylum, borders and immigration, 11 juin 2013, p. 4.

167. L'idée selon laquelle les frontières sont vulnérables et doivent être protégées est poussée à son paroxysme⁶³⁴, générant un sentiment croissant d'insécurité dans l'« opinion publique » qui demande en retour toujours plus de coercition à l'encontre de ceux qui semblent incarner les menaces. Cependant, lesdites menaces sont mal identifiées et font l'objet d'un traitement tout aussi disproportionné qu'inefficace, au détriment des droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers. À cet égard, le refus des États membres d'en assurer le plein bénéfice aux personnes en situation irrégulière (notamment s'agissant des garanties procédurales) traduit un renoncement à la part de responsabilité qu'implique le pouvoir souverain de contracter des obligations internationales. De plus, les pouvoirs coercitifs croissants qui se développent aux fins du contrôle des frontières sont à même de minorer les droits fondamentaux des ressortissants de l'Union eux-mêmes, et ce pour un bénéfice qui n'est jamais établi.

168. *In fine*, « l'État est à présent une formation effrayée qui ne peut pas gouverner par la sécurité, il ne peut pas duper, ne peut pas planifier, par conséquent ses positions oppressives sont de violents signes de détresse. Ainsi, les sous-humains, les immigrants, les *homo sacer* [...] sont traités durement mais sans assurance, spectaculairement mais en aucune façon effectivement (au regard des objectifs posés) »⁶³⁵.

⁶³⁴ D. DUEZ, « La surveillance des frontières : efficacité et limites du projet "smart border" européen », préc.

⁶³⁵ Notre traduction. KOROS D., « The unlimited extension of immigrant's detention : Towards governance through uncertainty? », préc.

Conclusion

169. Le recours à la rétention à des fins d'éloignement constitue en soi une atteinte au droit à la liberté et pour certaines des personnes concernées, au droit à ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants et au droit au respect de la vie familiale. S'il est utilisé depuis les années quatre-vingt-dix, reste que la directive retour en a parachevé l'institutionnalisation en tant qu'outil de gestion de l'immigration considéré comme viable⁶³⁶. De plus, en la matière, ladite directive ne satisfait pas aux exigences du principe de sécurité juridique et n'encourage pas les États membres à s'y conformer, leur laissant une marge d'appréciation extrêmement large qu'ils ont globalement utilisé pour minimiser les contraintes juridiques entourant la rétention à des fins d'éloignement. S'agissant des garanties procédurales accordées aux personnes qui en font l'objet, la nature administrative de la rétention est constamment prétexte à leur atrophie, et ce alors même que le coloris pénal de cette mesure est palpable. Enfin, la directive retour semble ignorer le principe de nécessité, qu'elle n'affirme à tout le moins pas clairement. Ainsi, l'obligation faite aux États membres de recourir prioritairement à des mesures alternatives à la rétention est ambiguë et le principe de la présomption de liberté n'est pas explicitement posé.

170. Au regard des objectifs officiels de la directive retour, ces atteintes aux droits fondamentaux ne sont pas justifiées dès lors que la nécessité du recours à la rétention à des fins d'éloignement telle que prévue par la directive retour pour les atteindre n'est pas démontrée – de même que l'inefficacité des mesures moins attentatoires aux droits fondamentaux n'est pas établie, bien au contraire. Il en résulte que le recours à la rétention à des fins d'éloignement tel que pratiqué par les États membres sous l'empire de la directive retour est disproportionné et doit être remis en cause dans son principe même – ce que soulignent les instances des Nations unies et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁶³⁷.

171. De plus, si la mise en lumière des objectifs officiels de la directive retour est nécessaire pour dépasser le constat de l'échec de la rétention à des fins d'éloignement et

⁶³⁶ CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau. Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants », 24 avril 2013, A/HRC/23/46, pt. 47.

⁶³⁷ V l'ensemble des documents de ces instances cités et plus particulièrement CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau », 2 avril 2012, A/HRC/20/24, pt. 72.

tenter de comprendre le recours croissant à cette mesure, sa nécessité et son efficacité ne sauraient être appréciées au regard de ces derniers. En effet, sans même qu'il soit nécessaire de s'attarder sur leur légitimité, le principe de la prééminence du droit commande que le contrôle de proportionnalité soit fait au regard des objectifs assignés officiellement aux normes et pratiques attentatoires aux droits fondamentaux – sans quoi l'arbitraire règnerait en maître. Cependant, la jurisprudence timide de la Cour EDH concernant le recours à la rétention à des fins d'éloignement rend une condamnation des États membres peu probable en dehors du cadre des conditions de rétention⁶³⁸ – bien que la « doctrine Bosphorus » le permette théoriquement⁶³⁹.

172. En dernière analyse, les contradictions des États membres et de l'Union européenne quant au recours à la rétention à des fins d'éloignement s'inscrivent dans un dispositif plus vaste de reconfiguration de la notion de frontière auxquels ils participent autant qu'ils le subissent, renonçant toujours plus à une souveraineté qu'ils pensent tenter de sauver. Sur le plan de la responsabilité des États membres quant à la sauvegarde des droits fondamentaux, sa détermination au regard du critère de la « juridiction » se révèle aujourd'hui limitée : la frontière entre matière pénale et matière administrative d'une part et la frontière entre les personnes dotées de « ressources suffisantes » et les autres d'autre part s'y superposent *de facto*, sans que les instances garantes des droits fondamentaux ne s'y soient adaptées. Ainsi, l'ère postmoderne apparaît de plus en plus marquée par une scission entre deux grands groupes : ceux qui bénéficient de la libre circulation des personnes et ceux qui, tout en devant s'adapter à la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux, en sont exclus⁶⁴⁰, scission opérée au moyen du droit – et notamment du droit de l'Union européenne, qui rassemble une grande partie des États de destination des migrants. Il en résulte que si les frontières peuvent sembler perdre toute réalité dans le cadre d'une économie mondialisée, ceux qui ne remplissent pas les critères fixés par le droit pour bénéficier de la mobilité s'y heurtent frontalement.

⁶³⁸ J.-P. MARGUENAUD, « La rétention en droit européen », in O. LECUCQ (dir.), *La rétention administrative des étrangers : entre efficacité et protection*, Paris, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2011, pp. 32-43. Comme le souligne le Professeur Jean-Pierre Marguénaud, l'interprétation de l'art. 5 § 1 f) retenue par la Cour EDH fixe en la matière fixe des critères minimaux qu'il est très facile aux États de remplir. Ce n'est qu'au stade des conditions de rétention qu'elle se montre plus exigeante.

⁶³⁹ En vertu de la « doctrine Bosphorus », les États membres de l'Union sont responsables devant la Cour EDH des violations de la Convention EDH commises sous l'empire d'une règle communautaire si cette dernière leur reconnaît marge d'appréciation. V. Cour EDH [GC], *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98 et F. KAUFF-GAZIN, « L'arrêt Bosphorus de la Cour européenne des droits de l'homme : quand le juge de Strasbourg pallie le retard du constituant de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux », in *L'Europe des libertés*, n° 17 [http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=2&id_rubrique=3].

⁶⁴⁰ V. Z. BAUMAN, *Le coût humain de la mondialisation*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1999.

Annexes

Annexe I.....	VI
Motifs de placement en rétention retenus par les États membres.....	VI
Annexe II.....	XIX
Annexe III.....	XX
L'accès des ONG aux lieux de rétention.....	XX
Annexe IV-A.....	XXI
Auto-évaluation de l'impact de la rétention sur leur santé physique par les personnes vulnérables retenues.....	XXI
Annexe IV-B : Auto-évaluation de l'impact de la rétention sur leur santé mentale par les personnes vulnérables retenues	XXII
Annexe V – Durée maximales de rétention dans les États membres avant et après la directive retour	XXIII
Annexe VI – Nombre de place dans les centres de rétention et nombre de personnes retenues	XXIV
Annexe VII – Part des personnes effectivement éloignées parmi les personnes retenues.....	XXV
Annexe VIII : Incrimination des entrées irrégulières et des séjours irréguliers.....	XXVI

Annexe I - Motifs de placement en rétention retenus par les États membres

Les dispositions retranscrites sont issues des normes juridiques nationales telles qu'amendées suite à la transposition de la directive retour.

Faute d'informations disponibles dans un langage accessible, l'Islande, le Liechtenstein et la Roumanie ne figurent pas dans cette annexe.

État	Base juridique nationale et source	Motifs de placement en rétention à des fins d'éloignement
ALLEMAGNE	Loi sur la résidence, l'activité économique et l'intégration des étrangers sur le territoire fédéral du 25 février 2008 (<i>Aufenthaltsgesetz</i>), Journal Officiel Fédéral I p. 162. <i>Section 62 (2) et (3) traduite par nous de l'anglais à partir du site Internet du Ministère Fédéral de la Justice.</i>	Section 62 (2) : Un étranger doit être placé en détention par décision judiciaire pour permettre la préparation du retour si une décision de retour ne peut pas être adoptée immédiatement et si le retour serait beaucoup plus difficile ou impossible sans une telle détention. Section 62 (3) : Un étranger doit être placé en détention par décision judiciaire dans le but d'assurer le retour si : 1. L'étranger fait l'objet d'une décision exécutoire lui ordonnant de quitter le territoire fédéral au motif qu'il y est entré illégalement ; 1.a. Une décision de retour a été adoptée conformément à la Section 58a (ndla : danger particulier pour la sécurité de l'État ou menace terroriste) mais ne peut pas exécutée immédiatement ; 2. La période allouée pour le retour a expiré et l'étranger a modifié son lieu de résidence sans notifier aux autorités compétentes une adresse à laquelle il pouvait être joint ; 3. Il n'a pas respecté une obligation de se présenter au lieu désigné par les autorités compétentes à la date fixée pour le retour, pour des raisons dont il est responsable ; 4. Il s'est soustrait au retour par un moyen quelconque ou ; 5. Il existe des soupçons sérieux qu'il à l'intention de se soustraire au retour.
AUTRICHE	Loi fédérale sur l'exercice de la police des étrangers, la délivrance de documents pour les étrangers et l'octroi de permis d'entrée du 1^{er} janvier 2006 (<i>Fremdenpolizeigesetz</i>), Journal Officiel Fédéral I No. 100/2005. <i>Art. 76 et 77 traduits par nous de</i>	Art. 76 (1) : motifs de placement en rétention Un ressortissant de pays tiers peut être placé en détention pour autant qu'une telle mesure est nécessaire pour garantir la procédure liée à l'adoption d'une décision de retour jusqu'à ce qu'elle soit exécutoire, ou pour garantir le retour. La détention dans l'attente du retour peut être imposée aux personnes résidant

	<i>l'anglais à partir de</i> : National Contact Point Austria of the European Migration Network, <i>Use of Detention of Alternative to Detention in the Context of Immigration Policies in Austria</i>, juillet 2014.	légalement sur le territoire si, au regard de certains faits, il peut être supposé qu'il existe un risque de fuite. Art. 77 : Si l'un des motifs visé à l'art. 76 (1) est présent mais que l'objectif peut être atteint par une mesure alternative, la police doit ordonner une mesure alternative à la rétention (ndla : la Haute Cour Administrative a précisé le 25 mars 2010 qu'il s'agissait bien d'une obligation (2009/21/0276)).
BELGIQUE	Loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers du 15 décembre 1980, Moniteur Belge du 31 décembre 1980, No. 1980121550, p. 14584. <i>Art. 7 dans sa version officielle.</i>	Art. 7 : À moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement, l'étranger peut être maintenu [aux fins de sa reconduite à la frontière], pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de la mesure, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement.
BULGARIE	Loi pour les étrangers dans la République de Bulgarie du 23 décembre 1998, Journal Officiel No. 153/23.12.1998. <i>Art. 44 (6) traduit par nous de l'anglais à partir du site Internet de l'agence gouvernementale InvestBulgaria.</i>	Art. 44 (6) : Lorsqu'une personne qui fait l'objet d'une mesure administrative contraignante sous l'art. 39a, para. 1, items 2 (ndla : accompagnement contraint à la frontière de la République de Bulgarie) et 3 (ndla : expulsion) n'a pas d'identité connue, entrave l'exécution de la décision ou qu'il existe un risque qu'elle se cache, l'autorité qui a adopté la décision peut adopter une décision d'hébergement contraint de la personne dans un hôtel dédié à l'hébergement des étrangers dans le but d'organiser leur accompagnement contraint à la frontière de la République de Bulgarie ou leur expulsion.
CHYPRE	Loi sur les étrangers et l'immigration du 19 juin 1952, Chapitre 105 des Lois de Chypre. <i>Art. 18ΠΣΤ traduit par nous de l'anglais à partir de</i> : National Contact Point Cyprus of the European Migration Network, <i>Use of Detention of Alternative to Detention in the Context of Immigration Policies in Cyprus</i>, 2014.	18ΠΣΤ : Lorsqu'une mesure alternative à la détention ne peut pas être effectivement mise en œuvre, le Ministre de l'Intérieur adopte un décret pour la détention d'un ressortissant de pays tiers faisant l'objet d'une décision de retour uniquement aux fins de la préparation et/ou de l'exécution de la procédure de retour lorsque : a) Il existe un risque de fuite ; b) Le ressortissant de pays tiers concerné a ou a l'intention d'entraver ou d'éviter la procédure de retour.
CROATIE	Loi sur les étrangers du 13 novembre 2011 novembre, Journal Officiel No. 130/11. <i>Art. 125 (1) et (2) traduit par nous de l'anglais à partir de</i> : National Contact Point Croatia of the European Migration	Art. 125 : (1) Un étranger doit voir sa liberté de mouvement restreinte par un hébergement dans un centre si le retour ne peut pas être effectué immédiatement et : 1. Il n'a pas quitté le territoire dans le délai imparti par la décision de

	<i>Network, Use of Detention of Alternative to Detention in the Context of Immigration Policies in Croatia</i>, février 2014.	retour ; 2. Le délai pour quitter le territoire n'a pas été accordé conformément à l'art. 112 (2) ; 3. Il existe un doute raisonnable que l'étranger n'est pas en dessous de l'âge minimal ; 4. Dans le but d'établir son identité. (2) L'étranger visé au (1) ne doit pas être hébergé dans un centre s'il est établi que le même objectif peut être atteint au moyen des obligations visées à l'art. 136 (3) (ndla : mesures alternatives à la rétention).
DANEMARK	Loi sur les étrangers consolidée du 25 juin 2013, No. 863. <i>Art. 36 (1) à (8) traduit par nous de l'anglais à partir du site Internet du gouvernement danois.</i>	Art. 36 (1) : Si les mesures mentionnées à la section 34 (ndla : mesures alternatives à privation de liberté) ne suffisent pas à assurer l'exécution d'une décision de refus d'entrée, d'expulsion [...] ou de transfert ou de retour d'un étranger qui n'est par ailleurs pas autorisé à rester au Danemark sur le fondement des parties 1 et 3 à 5a, la police peut ordonner que l'étranger sera privé de sa liberté. La police peut ordonner qu'un étranger sera privé de sa liberté pour assurer la possibilité de l'expulsion sous la section 21 (1)(i). Si l'étranger réside à titre permanent au Danemark, l'étranger ne peut être privé de sa liberté que pour assurer la possibilité de l'expulsion au titre de la section 25. Un étranger dont la demande d'obtention d'un permis de séjour conformément à la section 7 est supposée être ou est examinée conformément à la procédure mentionnée à la section 53 b(1) peut être privé de sa liberté après un examen spécifique et individuel, dans la mesure où cela est requis pour assurer la présence de l'étranger pendant l'examen de son cas, à moins qu'une mesure mentionnée à la section 34 soit suffisante. Art. 36 (2) : Un étranger peut être privé de sa liberté s'il ne se conforme pas à une assignation à résidence ordonnée par service de l'immigration danois [...]. Un étranger qui a introduit une demande d'obtention de permis de séjour conformément à la section 7 peut également être privé de sa liberté si, sans motif raisonnable, l'étranger ne se présente pas à une audition par la police ou le service de l'immigration danois à laquelle l'étranger a été convoqué. Art. 36 (3) : Un étranger qui a introduit une demande d'obtention d'un permis de séjour conformément à la section 7, and qui a été expulsé au titre de la section 25 a(1), peut être privé de sa liberté pour assurer

		l'exécution effective de la décision d'expulsion. [...] Art. 36 (5) : Lorsque la police prend des dispositions pour le départ de l'étranger et que l'étranger ne coopère pas à son départ [...], l'étranger peut être privé de sa liberté pour assurer qu'il donne les informations requises pour le départ et coopère à l'obtention des titres de voyage et du visa nécessaires et au départ en général. Art. 36 (6) : Un étranger dont la demande d'obtention d'un permis de séjour conformément à la section 7 a été rejetée par le service de l'immigration danois conformément à la section 53 b(1) [...], et que la police prend des dispositions pour le départ de l'étranger et que l'étranger ne coopère pas à son départ [...], il peut être privé de sa liberté si les mesures mentionnées aux sections 34, 42 a(7) (ndla : assignation à résidence) troisième phrase et 42 a(12) (ndla : indemnités réduites dans le cadre de l'assignation à résidence) sont insuffisantes pour assurer la coopération de l'étranger à son départ. Art. 36 (7) : Un étranger qui, une ou plusieurs fois, ne se conforme pas à une décision de la police au titre de la section 34 (4) (ndla : obligation de se présenter à la police à des dates déterminées) peut être privé de sa liberté si cela est nécessaire pour déterminer si la possibilité de son retour est survenue [...]. Art. 36 (8) : Si les mesures mentionnées à la section 34 sont insuffisantes pour assurer la présence de l'étranger en transit à un aéroport danois dans le but du retour, l'étranger peut être privé de sa liberté.
ESPAGNE	Loi organique No. 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale du 11 janvier 2000 (<i>Ley orgánica No. 4/2000 sobre</i>	Art. 61⁶⁴¹ : Dès lors qu'est engagée une procédure de sanction pouvant donner lieu à expulsion, le juge d'instruction, afin de garantir la bonne

⁶⁴¹ En droit espagnol, la procédure destinée à établir le statut irrégulier du ressortissant de pays tiers est considérée comme une procédure pouvant donner lieu à une sanction, laquelle consiste dans l'expulsion. L'article 61 distingue la rétention et la détention qui sont les deux étapes d'une même mesure privative de liberté (étape sans contrôle judiciaire / étape avec contrôle judiciaire). V. : H. ALCAZAR, « La rétention de l'étranger en Espagne après la transposition de la directive "retour" », in C. SEVERINO (dir.), *La transposition de la directive « retour »*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 183-196.

	<i>derechos y libertades del los extranjeros en España y su integración social</i>), BOE No. 10, 12 janvier 2000. <i>Art. 61 tel que traduit dans : H. ALCAZAR, « La rétention de l'étranger en Espagne après la transposition de la directive "retour" », in C. SEVERINO (dir.), La transposition de la directive « retour », Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 183-196.</i>	exécution de la décision finale à venir pourra adopter l'une des mesures conservatoires suivantes : d) la détention préventive, décidée par l'autorité administrative ou ses agents, pour une durée maximale de 72 heures, préalable à la demande de mise en rétention ; e) La rétention préventive dans un centre de rétention, après autorisation judiciaire ; f) Toute autre mesure préventive que le juge estime adaptée et suffisante.
ESTONIE	Loi sur l'obligation de partir et l'interdiction d'entrée du 21 octobre 1998, Journal Officiel I 1998, 98, 1575. <i>Chapitre 3 § 15 (1) et (2) traduit par nous de l'anglais à partir du site Internet du journal officiel estonien.</i>	Chapitre 3 § 15 (1) : Un étranger peut être détenu pour les motifs visés au (2) si les mesures de surveillances prévues par cette loi ne peuvent pas être appliquées efficacement. La détention doit être conforme au principe de proportionnalité et les circonstances pertinentes en relation avec l'étranger doivent être prises en compte pour la détention dans chaque cas. Chapitre 3 § 15 (2) : Un étranger peut être détenu si la mise en œuvre des mesures de surveillances prévues par cette loi n'assurent pas efficacement le respect de l'obligation de retour essentiellement, dans le cas où : 1) Il existe un risque de fuite de l'étranger ; 2) L'étranger ne se conforme pas à l'obligation de coopération ou ; 3) L'étranger n'a pas les documents nécessaires pour le retour ou leur obtention de la part de l'État de réception ou de transit est retardée.
FINLANDE	Loi finlandaise sur les étrangers du 22 février 1991, No. 378/1991. <i>Section 121 traduite par nous de l'anglais à partir de : National Contact Point Finland of the European Migration Network, Use of Detention of Alternative to Detention in the Context of Immigration Policies in Finland, 2014.</i>	Section 121: Au lieu des mesures alternatives visées aux sections 118-120, un étranger peut faire l'objet d'un placement en détention si : 1) En prenant en considération les circonstances personnelles de l'étrangers et toutes autres circonstances, il existe des motifs raisonnables de croire que l'étranger va empêcher ou considérablement entraver l'adoption d'une décision concernant l'exécution d'une décision de retour en se cachant ou par tout autre moyen ; 2) Retenir un étranger en détention est nécessaire pour établir son identité ; 3) En prenant en considération les circonstances personnelles de l'étranger et toutes autres circonstances, il existe des motifs raisonnables de croire que l'étranger va commettre une infraction en Finlande.

		Retenir un étranger en détention au motif que son identité n'est pas claire implique que l'étranger ait donné de fausses informations lorsque la question a été traitée ou qu'il ait refusé de donner les informations requises, ou qu'il apparaît d'une autre manière que son identité ne peut pas être considérée comme établie.
FRANCE	Article L-551-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile issu de l'art. 2 de la loi No. 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Journal Officiel No. 0263 du 14 novembre 2014 p. 19162. <i>Art. L-551-1 dans sa version officielle.</i>	Art. L-551-1 : À moins qu'il ne soit assigné à résidence en application de l'article L. 561-2, l'étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français peut être placé en rétention par l'autorité administrative dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pour une durée de cinq jours, lorsque cet étranger : 1° Doit être remis aux autorités compétentes d'un État membre de l'Union européenne en application des articles L. 531-1 ou L. 531-2 ; 2° Fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ; 3° Doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction judiciaire du territoire prévue au deuxième alinéa de l'article 131-30 du code pénal ; 4° Fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission ou d'une décision d'éloignement exécutoire mentionnée à l'article L. 531-3 du présent code ; 5° Fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière pris moins de trois années auparavant en application de l'article L. 533-1 ; 6° Fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français prise moins d'un an auparavant et pour laquelle le délai pour quitter le territoire est expiré ou n'a pas été accordé ; 7° Doit être reconduit d'office à la frontière en exécution d'une interdiction de retour ou d'une interdiction administrative du territoire ; 8° Ayant fait l'objet d'une décision de placement en rétention au titre des 1° à 7°, n'a pas déféré à la mesure d'éloignement dont il est l'objet dans un délai de sept jours suivant le terme de son précédent placement en rétention ou, y ayant déféré, est revenu en France alors que cette mesure est toujours exécutoire.
GRÈCE	Loi No. 3907 sur l'établissement d'un service d'asile et un service de premier accueil, transposition dans la législation grecque de la directive 2008/115/EC « relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » et autres dispositions du 26 janvier 2011 (Journal	Art. 30 : Les ressortissants de pays tiers qui font l'objet de procédures de retour, conformément à l'art. 21 (1) sont gardés en détention dans le but de préparer le retour et de mener à bien la procédure seulement si, dans un cas spécifique, aucune autre mesure suffisante mais moins contraignante, telle que celles visées à l'art. 22 (3), ne peut être

	Officiel vol. A No. 7). <i>Art. 30 traduit par nous de l'anglais à partir de la traduction anglaise officielle du gouvernement grec.</i>	effectivement appliquée. La mesure de détention est applicable lorsque (a) il existe un risque de fuite ou (b) le ressortissant de pays tiers concerné évite ou entrave la préparation du retour ou la procédure de retour ou (c) pour des raisons de sécurité nationale.
HONGRIE	Loi sur les ressortissants de pays tiers de 2007. <i>Section 54 traduite par nous de l'anglais à partir de : National Contact Point Hungary of the European Migration Network, Use of Detention of Alternative to Detention in the Context of Immigration Policies in Hungary, 2014.</i>	Section 54 (1) : Un étranger peut être placé en rétention : 1. Lorsqu'un étranger se cache des autorités ou entrave l'exécution du retour ou du transfert par une autre moyen ; 2. Il a refusé de quitter le pays, ou, au regard d'autres raisons substantielles, est soupçonné de retarder ou empêcher l'exécution de l'expulsion (risque de fuite) ; 3. Lorsqu'une personne a sérieusement ou à plusieurs reprises violé le code de conduite du lieu de confinement obligatoire ; 4. Lorsqu'une personne a manqué à son obligation de rapport, par des moyens destinés à empêcher la conclusion de la procédure d'immigration en cours ; 5. Lorsqu'une personne est libérée d'un emprisonnement auquel elle avait été condamnée pour avoir commis un crime délibéré.
ISLANDE	-	-
ITALIE	Décret législatif No. n° 286/1998 portant texte unique des dispositions concernant la réglementation de l'immigration et les règles relatives à la condition de l'étranger, 25 juillet 1998, GURI No. 191, 18 août 1998. <i>Art. 14 (1) et (5 bis) tel que traduit par la Cour de justice.</i>	Art. 14 (1) : Lorsqu'il n'est pas possible d'exécuter immédiatement l'expulsion par la reconduite à la frontière ou le refoulement, parce qu'il faut prêter secours à l'étranger, procéder à des contrôles supplémentaires concernant son identité ou sa nationalité, ou à l'acquisition de documents de voyage, ou en raison de l'indisponibilité du transporteur ou d'un autre moyen de transport adéquat, le <i>questore</i> décide la rétention de l'étranger, pendant la durée strictement nécessaire, dans le centre de rétention le plus proche parmi ceux identifiés ou constitués par décret du ministre de l'Intérieur, en accord avec les ministres de la Solidarité sociale et du Trésor, du Budget et de la Programmation économique. Art. 14 (5 bis) : Lorsqu'il n'est pas possible de placer l'étranger dans un centre de rétention, ou lorsque le séjour dans un tel centre n'a pas permis l'exécution de l'expulsion ou du refoulement avec reconduite à la frontière, le <i>questore</i> ordonne à l'étranger de quitter le territoire de l'État dans un délai de cinq jours. L'ordre est écrit et indique les

		conséquences que le séjour illégal sur le territoire de l'État entraîne en matière de sanctions, y compris en cas de récidive [...].
LETTONIE	Loi sur l'immigration du 1^{er} mai 2003, Latvian Herald, No.169. <i>Art. 51 (2) traduit par nous de l'anglais à partir de : National Contact Point Latvia of the European Migration Network, Use of Detention of Alternative to Detention in the Context of Immigration Policies in Latvia, mai 2014.</i>	Art. 51 (2) : 1. L'étranger a antérieurement évité une procédure de retour dans la République de Lettonie ou dans un autre États membres de l'Union ; 2. L'étranger n'a pas exécuté une obligation de retour volontaire et ce sans justification ; 3. L'étranger a préalablement violé une obligation de se faire enregistrer auprès du bureau compétent du service national des gardes-frontières ; 4. L'étranger a antérieurement quitté arbitrairement un centre d'hébergement pour détenus étrangers ou des locaux de détention.
LIECHTENSTEIN	-	-
LITUANIE	Loi de la République de Lituanie sur le statut juridique des étrangers du 29 avril 2004, No. IX-2206. <i>Art. 113 (1) et (2) traduit par nous de l'anglais à partir de : National Contact Point Lithuania of the European Migration Network, Use of Detention of Alternative to Detention in the Context of Immigration Policies in Lithuania, 2014.</i>	Art. 113 (1) : Un étranger qui n'est pas citoyen d'un État membre de l'Union, membre de la famille d'un tel citoyen ou d'une autre personne exerçant le droit de libre circulation des personnes prévu par les normes de l'Union européenne peut être détenu pour les motifs suivants : [...] 2) Si l'étranger est entré ou séjourne illégalement dans la République de Lituanie ; 3) Lorsqu'il est prévu de retourner l'étranger qui s'est vu refuser l'entrée en République de Lituanie vers l'État depuis lequel il est arrivé ; 4) Lorsque l'étranger est suspecté d'utiliser de faux documents ; 5) Lorsqu'une décision a été adoptée pour expulser l'étranger par la République de Lituanie ou un autre État auquel la directive 2001/40/CE du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers ; 6) Dans le but d'empêcher la diffusion de maladies dangereuses et particulièrement contagieuses ; 7) Lorsque le séjour de l'étranger en République de Lituanie constitue une menace pour la sécurité nationale. Art. 113 (2) : Lorsque le retour d'un étranger vers le pays

		étranger [...] est en cours, l'étranger peut être détenu seulement dans le cas où la détention est nécessaire pour l'adoption ou la mise en œuvre de la décision appropriée (lorsque l'étranger entrave l'adoption ou la mise en œuvre de la décision, risque de fuir pour éviter le retour, l'expulsion ou le transfert, etc.).
LUXEMBOURG	Loi portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration du 29 août 2008, Mémorial A n° 138 du 10 septembre 2008. <i>Art. 120 (1) dans sa version officielle.</i>	Art. 120 (1) : Afin de préparer l'exécution d'une mesure d'éloignement en application des articles 111, 116 à 118 ou d'une demande de transit par voie aérienne en vertu de l'article 127 ou lorsque le maintien en zone d'attente dépasse la durée de quarante-huit heures prévue à l'article 119, l'étranger peut, sur décision du ministre, être placé en rétention dans une structure fermée, à moins qu'il ne soit assigné à résidence en application de l'article 125, paragraphe (1). Une décision de placement en rétention est prise contre l'étranger en particulier s'il existe un risque de fuite ou si la personne concernée évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement. [...]
MALTE	Loi sur l'immigration du 21 septembre 1970, Chapitre 217 des Lois de Malte. <i>Art. 14 (2) traduit par nous de l'anglais à partir du site Internet du Global Detention Project.</i>	Art. 14 (2) : Lorsqu'une [décision de retour] est adoptée, [un « migrant interdit »⁶⁴²] à l'encontre duquel une telle décision est adoptée doit être détenu jusqu'à ce qu'il soit retourné hors de Malte.
NORVEGE	Loi sur l'entrée et le séjour des étrangers dans le Royaume de Norvège (loi sur l'immigration) du 15 mai 2008, No. 35. <i>Chapitre 12 Section 99 et 106 traduites par nous de l'anglais à partir de la traduction anglais officielle du gouvernement norvégien.</i>	Chapitre 12, Section 99 : Une mesure coercitive ne doit être appliquée que lorsqu'il existe des raisons suffisantes de le faire. Une mesure coercitive ne doit pas être appliquée lorsqu'elle constituerait une intervention disproportionnée au regard de la nature du cas et d'autres facteurs. Les mesures coercitives destinées à assurer l'exécution d'une décision administrative doivent être appliquées lorsqu'une décision administrative qui implique qu'un étranger quitte le royaume a été adoptée, et durant le traitement du cas qui peut mener à une telle décision administrative. Chapitre 12, Section 106 : Un étranger peut être arrêté et placé en détention si a) L'étranger ne coopère pas quant à l'établissement de son identité conformément à la section 21 ou à la section 83 de la loi, ou il existe des motifs spécifiques pour suspecter que l'étranger ait donné

⁶⁴² Sont des « migrants interdits » au regard de la loi sur l'immigration (art. 5) : les personnes qui entrent ou séjournent à Malte sans autorisation et les personnes dont l'autorisation d'entrée ou de séjourner dans le pays est retirée parce qu'il ne peuvent subvenir à leurs besoins, souffrent de troubles mentaux, sont coupables de certains crimes, violent la loi sur l'immigration, ne se conforment plus les conditions au regard desquelles ils se sont vu accorder une autorisation d'entrer ou de séjourner à Malte ou lorsque les circonstances déterminant l'octroi d'une telle autorisation ont cessé d'exister, sont prostituées ou sont dépendantes d'un « migrant interdit ».

		une fausse identité ; b) Il existe des motifs spécifiques de suspecter que l'étranger va se soustraire à une décision administrative impliquant qu'il est obligé de quitter le royaume. L'étranger peut également être arrêté et placé en détention s'il existe un risque important qu'il se soustraie à une décision administrative impliquant son transfert vers un autre État européen conformément [au règlement Dublin III] ; c) L'étranger ne se conforme pas à une obligation de notification ou à une assignation à résidence sous la section 105 § 1 c), et le cas de l'étranger est en cours de traitement et n'a pas été tranché définitivement ou la limite temporelle pour la sortie n'a pas encore expiré ; d) Une décision administrative concernant l'expulsion a été adoptée et la décision est définitive ou une suspension de son exécution liée à un appel n'a pas été accordée, voir section 90, et des mesures sont adoptées à l'égard de l'étranger dans l'optique du retour. Il est nécessaire que l'étranger ait été expulsé du fait qu'il a été condamné à une amende et qu'il y ait un risque, au regard des circonstances personnelles de l'étranger, que l'étranger va commettre de nouvelles infractions pénales ; e) L'étranger ne fait pas le nécessaire pour remplir son obligation de fournir un titre de voyage valide, et le but est d'amener l'étranger au service des étrangers de l'État concerné de manière à ce qu'il puisse se voir délivrer un titre de voyage valide, ou ; f) L'étranger est en transit dans un aéroport norvégien, dans l'optique du retour. Aucune décision d'arrestation ou de placement en détention ne doit être adoptée lorsqu'une obligation de notification ou une assignation à résidence serait suffisantes, voir section 105.
PAYS-BAS	Loi sur les étrangers du 23 novembre 2000 (<i>Vreemdelingenwet</i>). <i>Section 59 traduite par nous de l'anglais à partir du site Internet de l'OSCE.</i>	Section 59 : 1. Si cela est requis par les intérêts de l'ordre public ou de la sécurité nationale, notre Ministre peut, dans une optique d'expulsion, ordonner le placement en détention d'un

		étranger qui : a) Est en séjour irrégulier ; b) Est en séjour régulier pour les motifs visés à l'art. 8 f) et g) (ndla : pendant la procédure d'obtention ou de renouvellement de certains permis de séjour). 2. Si les documents nécessaires pour le retour de l'étranger sont disponibles ou vont l'être sous peu, il est considéré comme étant dans l'intérêt de l'ordre public que l'étranger soit placé en détention à moins qu'il ait été en séjour régulier pour les motifs visés à l'art. 8 a), e) et l) (ndla : permis de séjour en cours de validité ou bénéficiaire du droit à la libre circulation des personnes). 3. Un étranger ne peut pas être placé en détention ou le placement doit être interrompu dès lors que l'étranger a indiqué qu'il souhaitait quitter les Pays-Bas et qu'il a également la possibilité de le faire.
POLOGNE	Loi sur les étrangers du 12 décembre 2013, Dziennik Ustaw 2012, No. 1650. <i>Art. 398 traduit par nous de l'anglais à partir de : WOJTASIK P (dir.), KOSIŃSKA A., « Voluntary return. EU legal and policy framework », Rule of Law Institute Fundation, Lublin, 2014</i>	Art. 398 : Motifs de placement en rétention : Un étranger doit être placé dans un centre fermé si : 1. Il est probable qu'une décision de retour sera adoptée sans octroyer à l'intéressé un délai de départ volontaire ; 2. Une décision de retour a été adoptée sans octroyer à l'intéressé un délai de départ volontaire ; 3. L'intéressé n'a pas quitté le territoire dans le délai accordé pour le départ volontaire et il n'est pas possible d'exécuter immédiatement la décision de retour ; 4. L'intéressé n'a pas respecté l'une des obligations prévues par le règlement sur le recours aux mesures visées au paragraphe 3.
PORTUGAL	Loi sur le cadre juridique d'entrée, de permanence, de sortie et de retour des étrangers vers et hors du territoire national du 4 juin 2007, No. 23/2007. <i>Art. 160 (2) traduit par nous de l'anglais à partir du site Internet du service des étrangers et des frontières portugais.</i>	Art. 160 (2) : Dans des situations dûment établies, plus spécifiquement lorsqu'il existe des raisons concrètes et objectives de croire qu'il existe un risque de fuite, lorsque le ressortissant de pays tiers utilise des faux documents, ou est surpris dans des situations indiquant la commission d'un crime, ou qu'il y a des raisons sérieuses de croire qu'il a commis de graves actes criminels, ou la preuve tangible de son intention de commettre de tels actes, le ressortissant doit être placé en détention au service des étrangers et des frontières dans l'optique d'exécuter le retour forcé ou

		la décision judiciaire d'expulsion.
REPUBLIQUE TCHEQUE	Loi sur le séjour des étrangers du 30 novembre 1999, No. 326/1999 Coll. Sections 124 (1) et 129 (1)	Section 124 (1) : La police peut placer en détention un étranger âgé de plus de 15 ans à l'égard duquel l'initiation d'une procédure administrative d'expulsion a été dûment notifiée ou à l'égard duquel une décision de retour définitive a été adoptée ou qui fait l'objet d'une interdiction d'entrée adoptée par un autre État membre de l'Union européenne qui s'applique sur le territoire des États membres de l'Union européenne imposant des mesures spécifiques pour l'expulsion si : a) Il existe un risque que l'étranger menace la sécurité nationale ou trouble gravement l'ordre public ; b) Il existe un risque que l'étranger puisse ne pas coopérer pour l'exécution de la décision de retour ou en entrave l'exécution ; c) L'étranger n'a pas quitté le territoire dans le délai fixé par la décision de retour ; d) L'étranger a gravement violé une obligation qui lui était imposé au titre d'une mesure alternative à la rétention ; e) L'étranger est inscrit au Système d'Information Schengen. Section 129 (1) : La police doit, pour la durée nécessaire, placer en détention un étranger qui est entré ou résidait illégalement sur le territoire de la République Tchèque, aux fins de sa réadmission dans le cadre d'un accord international (ndla : accord de réadmission) ou le règlement directement applicable de l'Union européenne (ndla : règlement Dublin III). La police doit également, pour la durée nécessaire, placer en détention un étranger qui est transité par la République Tchèque, si un tel transit ne peut pas être mené à bien sans un arrêt nécessaire.
ROUMANIE		
SLOVAQUIE	Loi sur le séjour des étrangers du 21 octobre 2011, No. 404/2011 Coll. <i>Art. 88 (1) et (2) traduit par nous de l'anglais à partir de la traduction officielle du ministère de l'Intérieur slovaque.</i>	Art. 88 (1) : L'officier de police peut détenir le ressortissant de pays tiers : a) Qui fait l'objet d'une procédure administrative d'expulsion dans le but d'assurer son départ conformément à l'art. 77 (1) si : 1. Il existe un risque de fuite, ou ; 2. Le ressortissant de pays tiers évite ou empêche l'exécution de la procédure préparant son

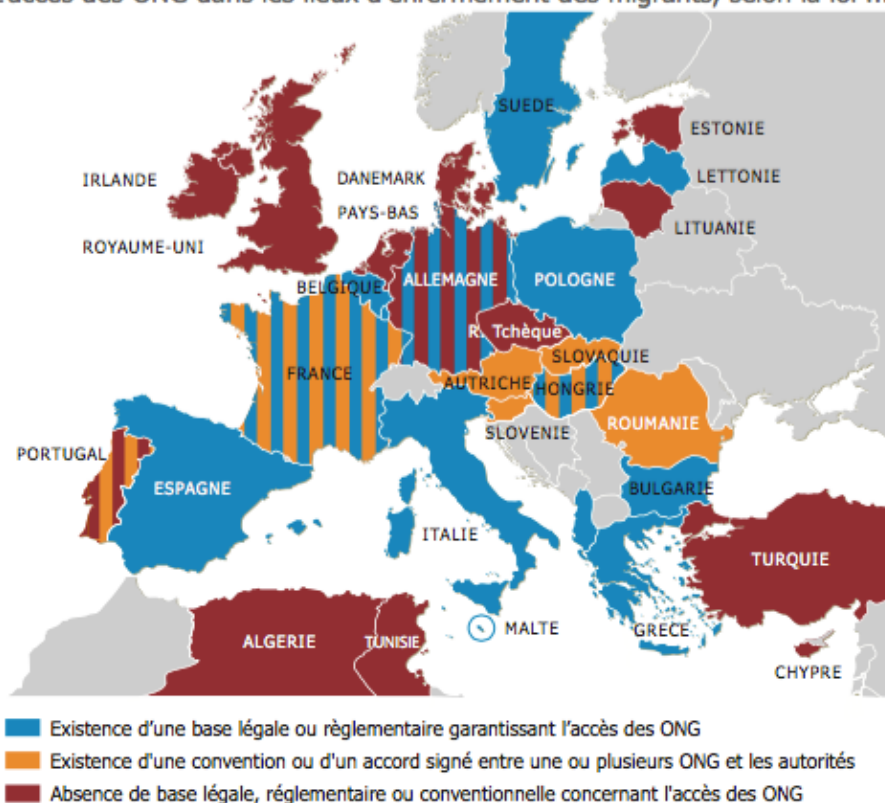
		expulsion administrative ; b) Aux fins de l'exécution de l'expulsion administrative ou de l'exécution de l'expulsion punitive ; c) [...] d) Aux fins de son retour conformément à un traité international, s'il est entré ou est présent sur le territoire de la République Slovaque sans autorisation. Art. 88 (2) : Le risque de fuite du ressortissant de pays tiers existe lorsqu'il peut être prévu, sur la base d'une appréciation raisonnable ou d'une menace directe, que le ressortissant de pays tiers va fuir ou se cacher spécialement s'il est impossible de l'identifier immédiatement, s'il n'a pas de permis de séjour conforme à cette loi ou s'il existe un risque d'interdiction d'entrée de plus de trois ans.
SLOVÉNIE	Loi sur les étrangers du 27 juin 2011 (<i>Zakon O Tujcih</i>), Journal Officiel No . 50/2011. <i>Art. 76 (1) et (2) 398 traduit par nous de l'anglais à partir de : www.refworld.org/docid/4c407cbd2.html ; National Contact Point Slovenia of the European Migration Network, Use of Detention of Alternative to Detention in the Context of Immigration Policies in Slovenia, 2014.</i>	Art. 76 (1) : Un étranger qui présente un risque de fuite ou ne quitte pas le pays dans le délai imparti et qui pour une raison quelconque ne peut être retourné immédiatement doit faire l'objet d'une décision de la police restreignant sa liberté de mouvement et l'obligeant à séjourner au Centre ou à proximité du Centre jusqu'à ce qu'il soit déporté du pays [...] Art. 76 (2) : La disposition précédente doit aussi être appliquée au cas où l'identité de l'étranger est inconnue.
SUÈDE	Loi sur les étrangers du 29 septembre 2005, No. 2005:716. <i>Art. traduit par nous de l'anglais à partir de la traduction officielle du gouvernement suédois.</i>	Chapitre I, Section 8 : La loi doit être appliquée de manière à ne pas limiter la liberté des étrangers au-delà de ce qui est nécessaire dans chaque cas particulier. Chapitre 10, Section 1 : [...] § 2. Un étranger qui a atteint l'âge de 18 ans peut également être détenu si : 1. Cela est nécessaire pour permettre la réalisation d'une enquête sur le droit de l'étranger à rester en Suède ; 2. Il est probable que l'étranger se verra refuser l'entrée ou sera expulsé conformément au Chapitre 8, Section 1, 2 ou 7, ou ; 3. L'objectif est d'exécuter un refus d'entrée ou une décision d'expulsion. Une décision de placement en détention sous

		le second paragraphe point 2 ou 3 ne doit être adoptée que s'il existe des raisons, au regard de la situation personnelle de l'étranger ou d'autres circonstances, de supposer que l'étranger puisse sans cela se cacher ou poursuivre des activités criminelles en Suède.
SUISSE	Loi fédérale sur les étrangers du 16 septembre 2005, RO 2007 5437. <i>Art. 76 (1) dans sa version officielle.</i>	Art. 76 (1) : Lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance a été notifiée, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, prendre les mesures ci-après: a. maintenir en détention la personne concernée lorsque celle-ci est déjà détenue en vertu de l'art. 75 (ndla : détention en phase préparatoire) ; b. mettre en détention la personne concernée: 1. Pour les motifs cités à l'art. 75, al. 1, let. a b, c, f, g, h ou 1 bis⁶⁴³ ; 2. Abrogé ; 3. Si des éléments concrets font craindre que la personne concernée entende se soustraire au renvoi ou à l'expulsion, en particulier parce qu'elle ne se soumet pas à son obligation de collaborer en vertu de l'art. 90 de la présente loi ou de l'art. 8, al. 1, let. a, ou al. 4, LAsi ; 4. Si son comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités ; 5. Si la décision de renvoi prise est notifiée dans un centre d'enregistrement ou dans un centre spécifique au sens de l'art. 26, al. 1^{bis}, LAsi et que l'exécution du renvoi est imminente, 6. Si la décision de renvoi au sens de l'art. 31a, al. 1, let. b, LAsi ou de l'art. 64a, al. 1, de la présente loi a été notifiée dans le canton concerné et que l'exécution du renvoi est imminente.

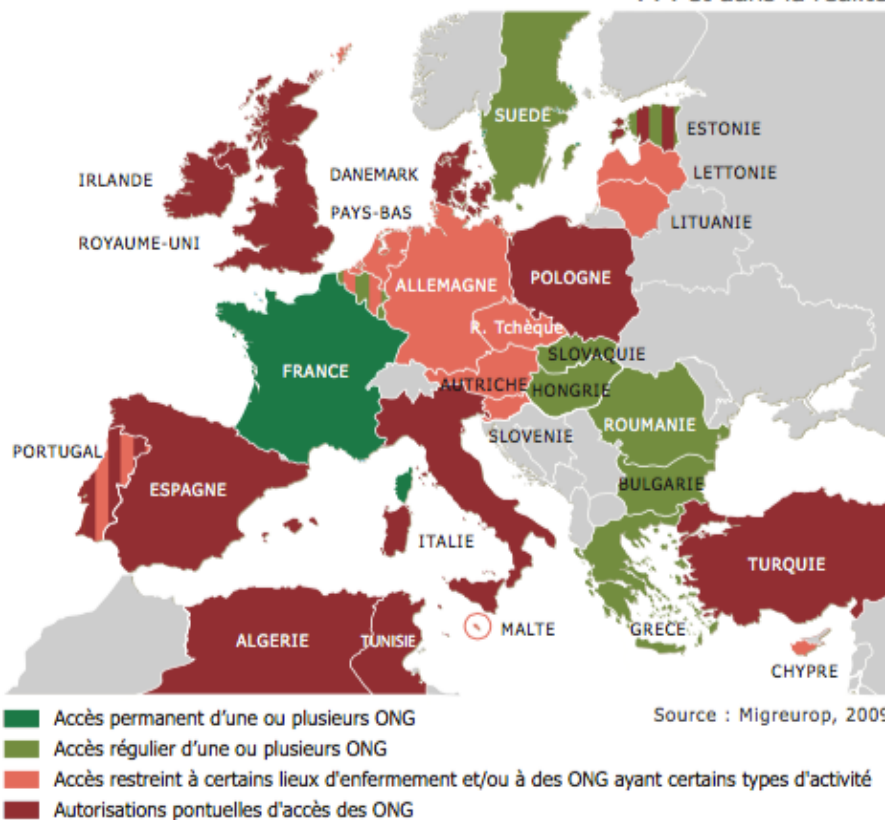
⁶⁴³ Art. 75 al. 1 let. a : « la personne refuse de décliner son identité lors de la procédure d'asile ou de renvoi, dépose plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes, ne donne pas suite à une convocation, à répétées reprises [sic] et sans raisons valables [...] ». Let. b : « elle quitte la région qui lui est assignée ou pénètre dans une zone qui lui est interdite en vertu de l'art. 74 ». Let. c : « elle franchit la frontière malgré une interdiction d'entrer en Suisse et ne peut pas être renvoyée immédiatement ». Let. f : « elle séjourne illégalement en Suisse et dépose une demande d'asile dans le but manifeste d'empêcher l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion [...] » ; Let. g : « elle menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle et fait l'objet d'une poursuite pénale ou a été condamnée pour ce motif ». Let. h : « elle a été condamnée pour crime ». Art. 75 al. 1 bis : l'étranger « nie devant l'autorité compétente posséder ou avoir possédé un titre de séjour ou un visa délivré par un État lié par l'un des accords d'association à Dublin ou y avoir déposé une demande d'asile ».

Annexe II - L'accès des ONG aux lieux de rétention

L'accès des ONG dans les lieux d'enfermement des migrants, selon la loi ...



... et dans la réalité



Source : Migreurop, *Atlas des migrants en Europe. Géographie critique des politiques migratoires européenne*, Paris, Armand Colin, 2009.

Annexe III-A - Auto-évaluation de l'impact de la rétention sur leur santé physique par les personnes vulnérables retenues

Chart 2: Detainees' physical health prior to detention

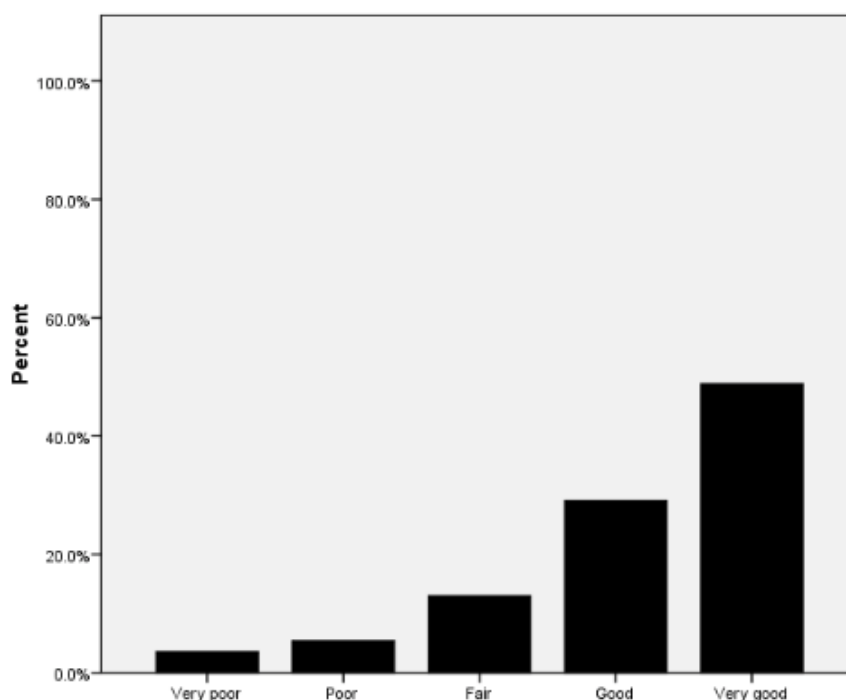
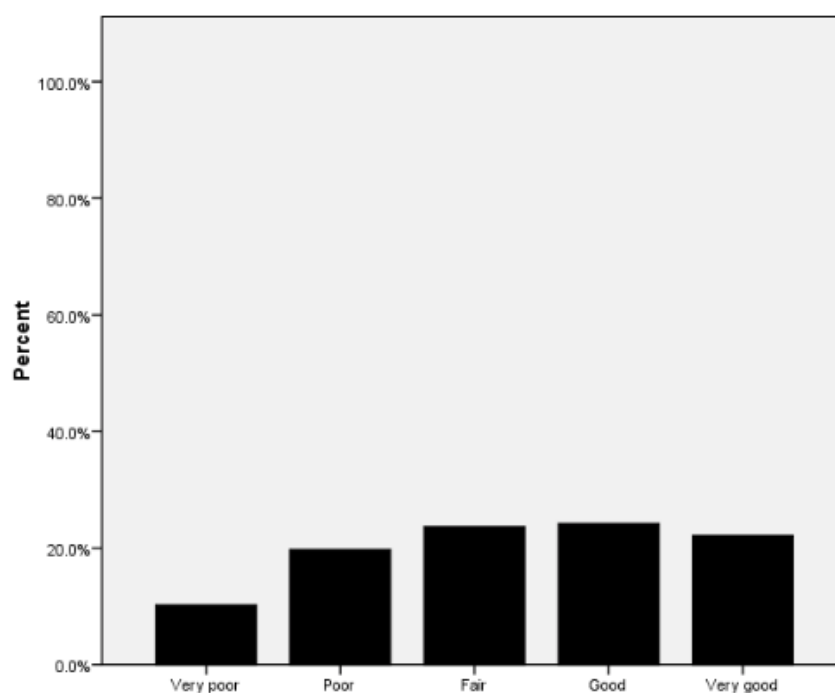


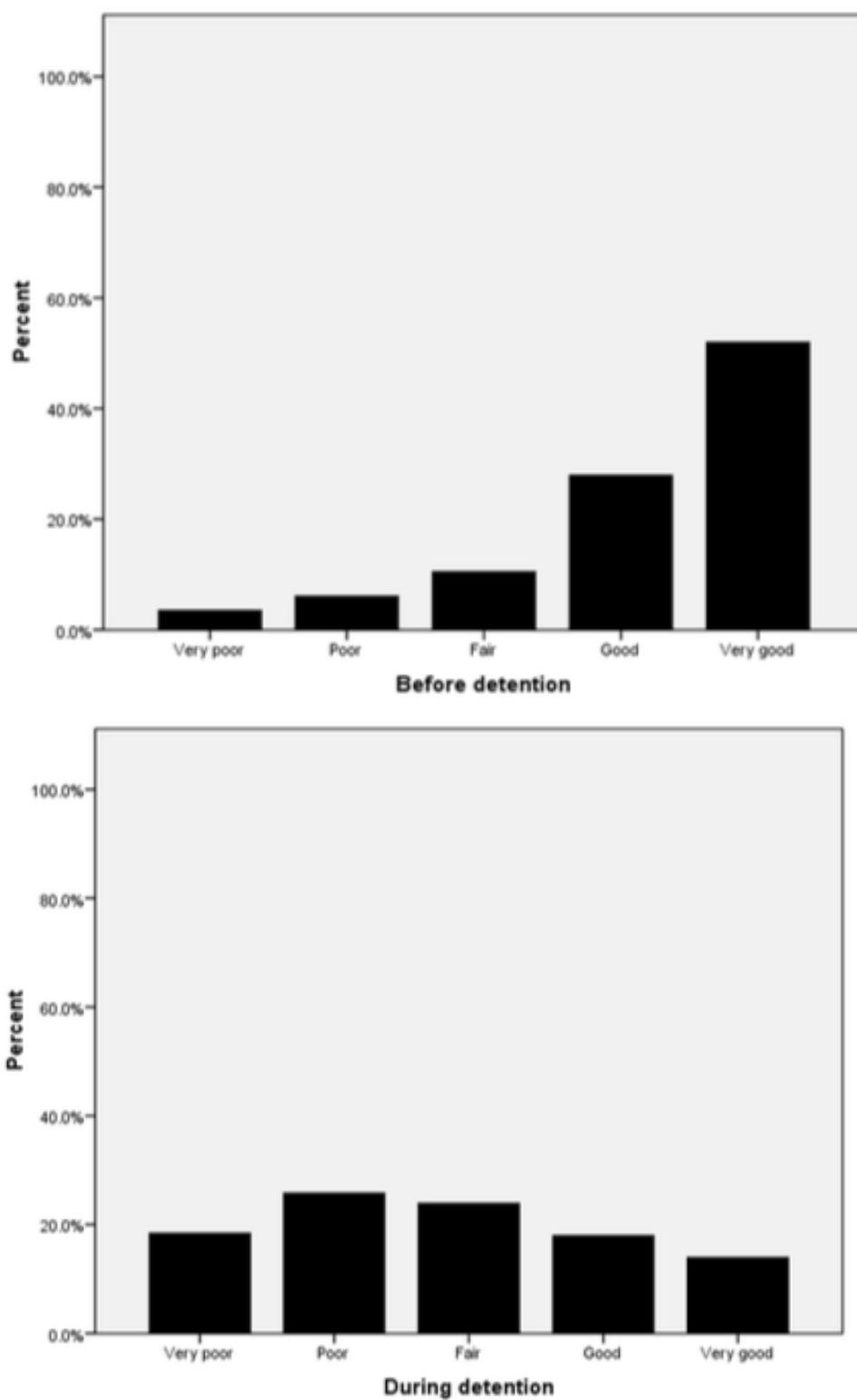
Chart 3: Detainees' physical health during detention



Source : Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention. Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union (The DEVAS Project)*, 2010, pp. 62-63.

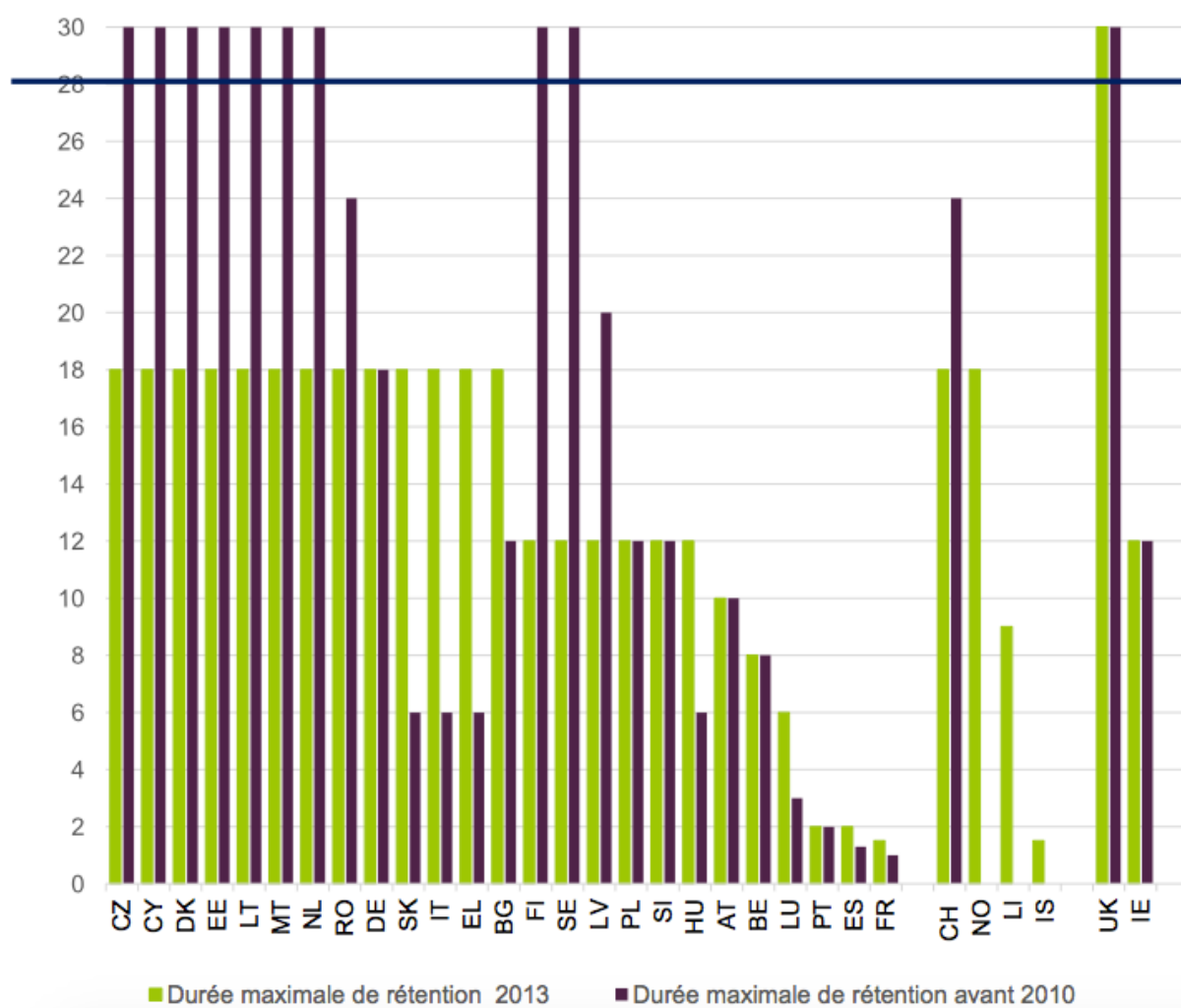
Annexe III-B - Auto-évaluation de l'impact de la rétention sur leur santé mentale par les personnes vulnérables retenues

Chart 4 and 5: Mental health in detention, before and during



Source : Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention. Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union (The DEVAS Project)*, 2010, pp. 62-67.

Annexe IV – Durée maximales de rétention dans les États membres avant et après la directive retour



Source : Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour du 28 mars 2014, COM(2014) 199 final, p. 21.

Annexe V – Nombre de place dans les centres de rétention et nombre de personnes retenues

Au regard de la diversité des sources, du manque d'information sur la méthodologie utilisée par les sources et de la difficulté à obtenir des données complètes sur une même année, la valeur de ces chiffres ne saurait être qu'indicative.

État	Nombre de places dans les centres de rétention	Nombre total de personnes retenues	Nombre de personnes en « surplus »
Allemagne	1557 (2013)	4812 (2013)	3255
Autriche	903 (2014)	4171 (2013)	3268
Belgique	568 (2009)	6902 (2008)	6334
Finlande	40 (2009)	541 (2008)	501
France	1755* (2014)	45 000** (2013)	43 245
Hongrie	770 (2013)	1424 (2012)	654
Malte	720 (2011)	1500 (2011)	780
Pays-Bas	2757 (2009)	8585 (2008)	5828

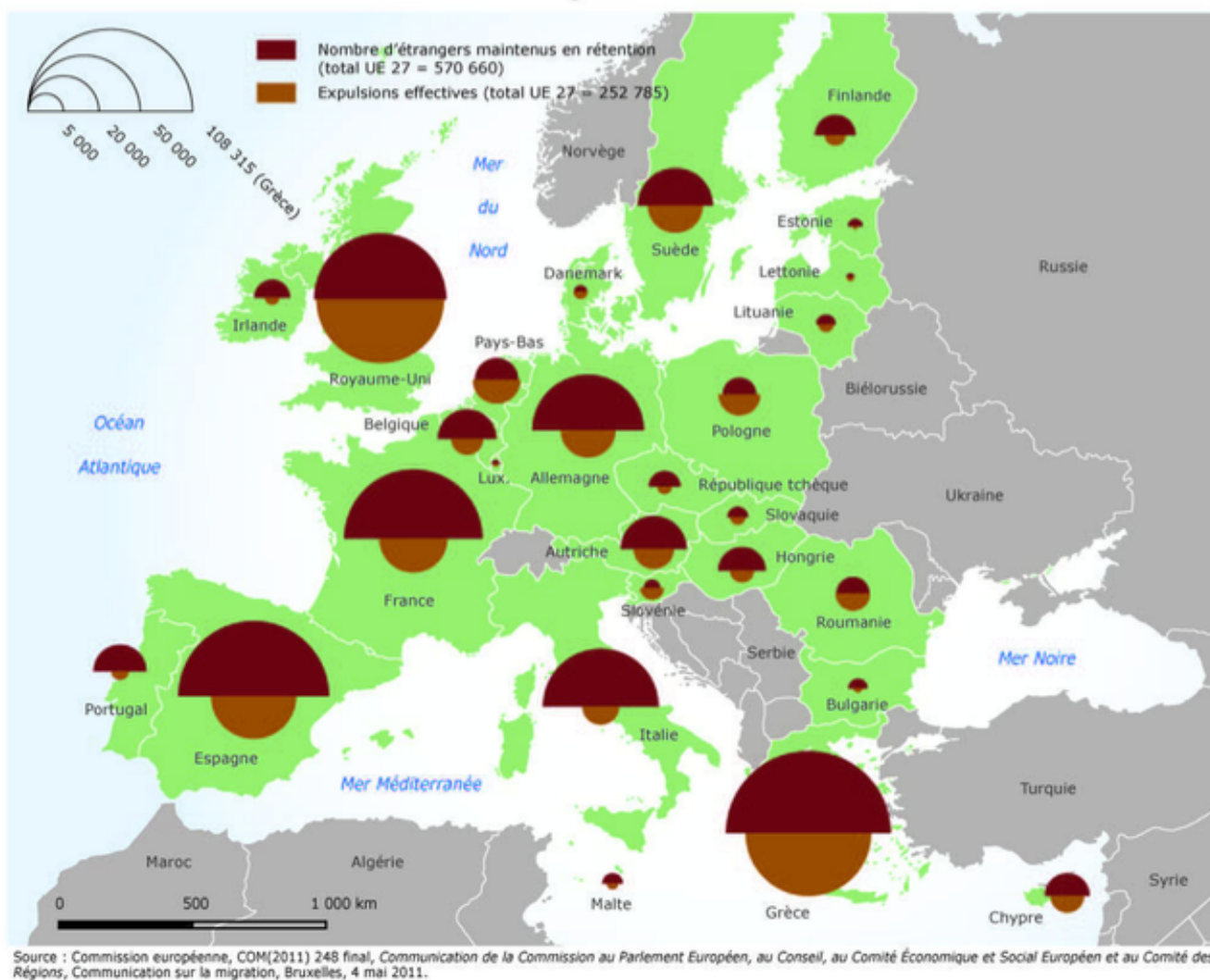
*Source : site Internet du ministère de l'Intérieur : <http://www.immigration.interieur.gouv.fr/Immigration/La-lutte-contre-l-immigration-irreguliere/Les-centres-de-retention-administrative-CRA>

**Source : Rapport 2013 des associations habilitées à intervenir dans les centre de rétention administrative français : http://cimade-production.s3.amazonaws.com/publications/documents/95/original/Rapport_Retention_2013.pdf?1418986330

Source (sauf mention contraire) : site Internet du Global Detention Project : <http://www.globaldetentionproject.org>

Annexe VI – Part des personnes effectivement éloignées parmi les personnes retenues

Moins de la moitié des étrangers maintenus en rétention administrative ont été expulsés en 2009



Source : Migreurop, *Atlas des migrants en Europe. Géographie critique des politiques migratoires européenne*, Paris, Armand Colin, 2012.

Annexe VII : Incrimination des entrées irrégulières et des séjours irréguliers

Figure 1: Punishment of irregular entry, EU-28

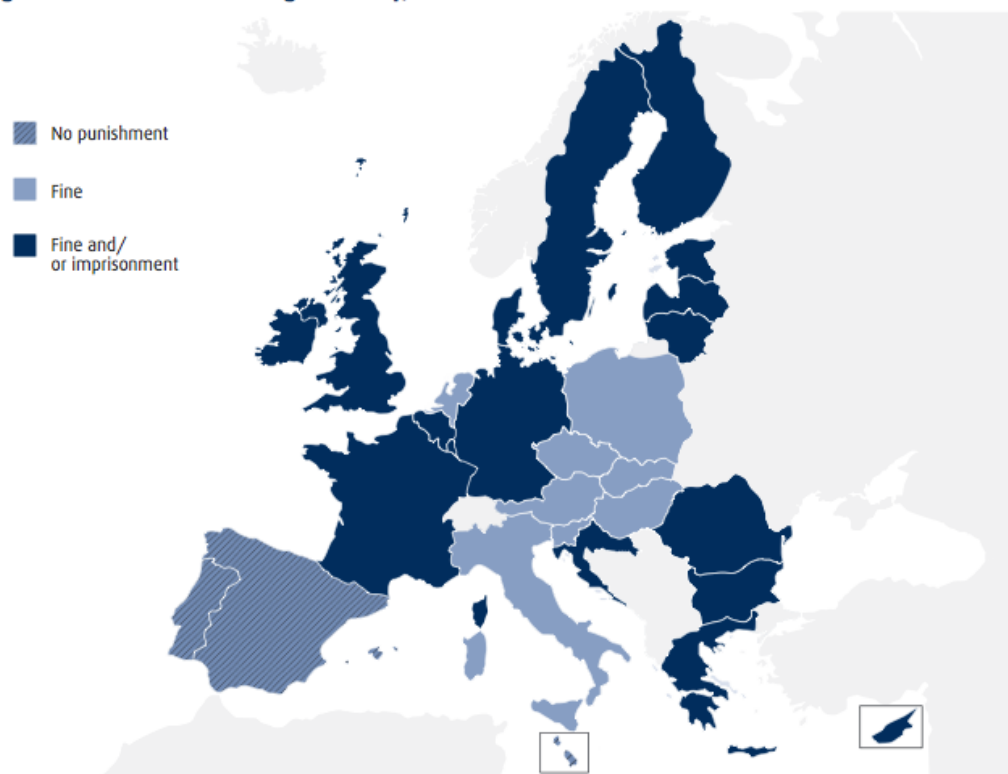
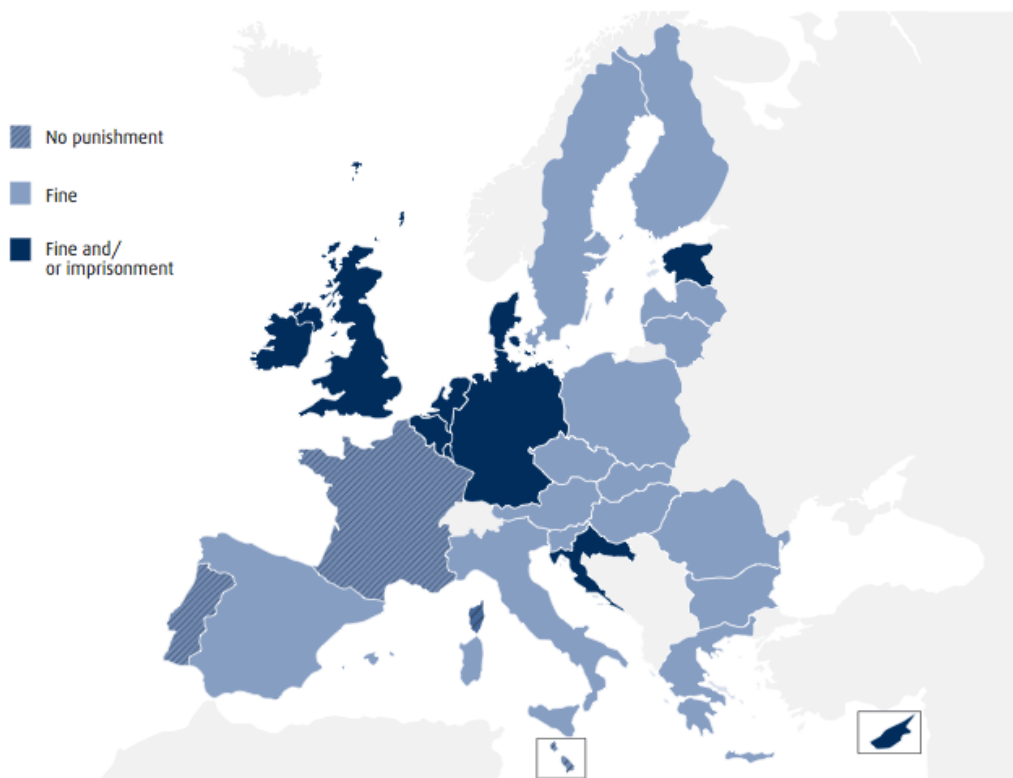


Figure 2: Punishment of irregular stay, EU-28



Source : FRA, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, Vienne, Office des publications de l'Union européenne, 2014 pp. 4 et 6.

Recueil de la jurisprudence citée (ordre chronologique)

I. Cour de justice

CJCE, *Veuve G. Vaassen-Göbbels*, 30 juin 1966, 61/65

CJCE, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, 16 décembre 1976, 33/76

CJCE, *Comet BV*, 16 décembre 1976, 45/76

CJCE, *Hoffman-La Roche & Co*, 13 février 1979, 85/76,

CJCE, *Distillers Company Limited c. Commission*, 10 juillet 1980, 30/78

CJCE, *Pretore di Salò*, 11 juin 1987, 14/86

CJCE, *Hoechst*, 21 septembre 1989, 46/87 et 227/88

CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93

CJCE, *Baustahlgewebe GmbH c. Commission*, 17 décembre 1998, C-185/95 P

CJCE, *Rudy Grzelczyk*, 20 septembre 2001, C-184/99

CJCE, *Roquette Frères*, 22 octobre 2002, C-94/00

CJCE [GC], *IATA et ELFAA*, 10 janvier 2006, C-344/04

CJCE, *Graham J. Wilson contre Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, 19 septembre 2006, C-506/04

CJCE, *Sopropé – Organizações de Calçado Lda*, 18 décembre 2008, C-349/07

CJCE, *Friederike Wallentin-Hermann*, 22 décembre 2008, C-549/07

CJCE, *María Julia Zurita García*, 22 octobre 2009, C-261/08

CJCE [GC], *Said Shamilovich Kadzoev*, 30 novembre 2009, C-357/09 PPU

CJUE, *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, C-61/11 PPU

CJUE [GC], *Solvay SA c. Commission*, 25 octobre 2011, C-110/10

CJUE [GC], *Alexandre Achughbabian*, 6 décembre 2011, C-329/11

CJUE [GC], 24 avril 2012, *Servet Kamberaj*, C-571/10 (interprétation stricte des dérogations aux principes)

CJUE [GC], *Lukasz Marcin Bonda*, 5 juin 2012, C-489/10

CJUE, *M.M.*, 22 novembre 2012, C-277/11

CJUE, *Id Sagor*, 6 décembre 2012, C-430/11

CJUE (ordonnance), *Abdoul Khadre Mbaye*, 21 mars 2013, C-522/11

CJUE, *Mehmet Arslan*, 30 mai 2013, C-534/11

CJUE [GC], *Commission et al. c. Yassin Abdullah Kadi*, 10 juillet 2013, C-534/10 P

CJUE, *M. G. et N. R.* 10 septembre 2013, C-383/13 PPU

CJUE, *Gjoko Filev et Adnan Osmani*, 19 septembre 2013, C-297/12

CJUE, *Textada Software GmbH*, 26 septembre 2013, C-418/11

CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, C-146/14 PPU

CJUE, *Kamino International Logistics BV*, 3 juillet 2014, C-129/13 (droits de la défense)

CJUE [GC], *Adala Bero et Ettayebi Boulzamate*, 17 juillet 2014, C-473/13 et C-514/13

CJUE [GC], *Thi Ly Pham*, 17 juillet 2014, C-474/13

CJUE, *Sophie Mukarubega*, 5 novembre 2014, C-166/13

CJUE, *Khaled Boudjlida*, 11 décembre 2014, C-249/13

CJUE, *Samir Zaizoune*, 23 avril 2015, C-38/14

CJUE, *Z. Zh. et I. O.*, 11 juin 2015, C-554/13,

II. Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, *Neumeister c. Autriche*, 27 juin 1968, req. n°1936/63

Cour EDH [CP], *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (« Vagabondage »)*, 18 juin 1971, req. n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66

Cour EDH [CP], *Engel et al. c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n°5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72

Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, req. n° 5856/72

Cour EDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n° 6289/73

Cour EDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, req. n° 6301/73

Cour EDH, *Schiesser c. Suisse*, 4 décembre 1979, req. n° 7710/76

Cour EDH [CP], *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, req. n° 7367/76

Cour EDH, *Piersack c. Belgique*, 1^{er} octobre 1982, req. n° 8692/79

Cour EDH, *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas*, 22 mai 1984, req. n° 8805/79, 8806/79 et 9242/81

Cour EDH, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, 21 octobre 1986, req. n° 9862/82

Cour EDH, *Bozano c. France*, 18 décembre 1986, req. n° 9990/82

Cour EDH [CP], *Brogan et al. c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85

Cour EDH, *Bezicheri c. Italie*, 25 octobre 1989, req. n° 11400/85

Cour EDH, *Van der Leer*, 21 février 1990, req. n° 11509/85

Cour EDH, *E c. Norvège*, 29 août 1990, req. n° 11701/85

Cour EDH, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, 30 août 1990, req. n° 12244/86, 12245/86 et 12383/86

Cour EDH, *Letellier c. France*, 26 juin 1991, req. n° 12369/86

Cour EDH, *Kemmache c. France (N° 1 et 2)*, 27 novembre 1991, req. n° 12325/86 et 14992/89

Cour EDH, *Clooth c. Belgique*, 12 décembre 1991, req. n° 12718/87

Cour EDH, *Tomasi c. France*, 27 août 1992, req. n° 12850/87

Cour EDH [GC], *Murray c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1994, req. n° 14310/88

Cour EDH [GC], *Benham c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, req. n° 19380/92

Cour EDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, req. n° 19776/92

Cour EDH [GC], *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, req. n° 22414/93

Cour EDH, *Foucher c. France*, 18 mars 1997, req. n° 22209/93

Cour EDH, *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, req. n° 25357/94

Cour EDH, *Assenov et al. c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, req. n° 24760/94

Cour EDH [GC], *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, req. n° 25642/94

Cour EDH [GC], *T. W. c. Malte*, 29 avril 1999, req. n° 25644/94

Cour EDH [GC], *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, req. n° 25803/94

Cour EDH [GC], *V. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, req. n° 24888/94.

Cour EDH [GC], *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, 16 février 2000, req. n° 28901/95

Cour EDH, *Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000, req. n° 28358/95

Cour EDH, *Niedbala c. Pologne*, 4 juillet 2000, req. n° 27915/95

Cour EDH [GC], *Maaouia c. France*, 5 octobre 2000, req. n° 39652/98

Cour EDH (décision), *Koniarska c. Royaume-Uni*, 12 décembre 2000, req. n° 33670/96

Cour EDH, *Čonka c. Belgique*, 5 février 2002, req. n° 51564/99

Cour EDH, *Murat Satik et al. c. Turquie*, 22 octobre 2002, req. n° 4737/94, 24739/94, 24740/94 et 24741/94

Cour EDH, *Mouisel c. France*, 14 novembre 2002, req. n° 67263/01

Cour EDH, *Brand c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, req. n° 49902/99

Cour EDH, *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, req. n° 56529/00

Cour EDH, *Sulaoja c. Estonie*, 15 février 2005, req. n° 55939/00.

Cour EDH, *Chamaïev et al. c. Géorgie et Russie*, 12 avril 2005, req. n° 36378/02

Cour EDH, *Storck c. Allemagne*, 16 juin 2005, req. n° 61603/00

Cour EDH [GC], *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98

Cour EDH [GC], *Hirst c. Royaume-Uni*, 6 octobre 2005, req. n° 74025/01

Cour EDH, *Khudoyorov c. Russie*, 8 novembre 2005, req. n° 6847/02

Cour EDH, *Reinprecht c. Autriche*, 15 novembre 2005, req. n° 67175/01

Cour EDH [GC], *McKay c. Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, req. n° 543/03

Cour EDH, *Mubilanzila Makeya et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, req. n° 13178/03

Cour EDH, *John c. Grèce*, 10 mai 2007, req. 199/05

Cour EDH, *Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janvier 2008, req. n° 29787/03 et 29810/03

Cour EDH [GC], *Saadi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, req. n° 13229/03

Cour EDH, *Aleksanian c. Russie*, 22 décembre 2008, req. n° 46468/06

Cour EDH [GC], *A. et al. c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, req. n° 3455/05

Cour EDH [GC], *Mooren c. Allemagne*, 9 juillet 2009, req. n° 11364/03

Cour EDH, *Muskhadzhiyeva et al. c. Belgique*, 19 janvier 2010, req. n° 41442/07

Cour EDH, *Louled Massoud c. Malte*, 27 juillet 2010, req. n° 24340/08

Cour EDH, *Moulin c. France*, 23 novembre 2010, req. n° 37104/06

Cour EDH, *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, req. n° 8687/08

Cour EDH, *Kanagaratnam et al. c. Belgique*, 13 décembre 2011, req. n° 15297/09

Cour EDH, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, 20 décembre 2011, req. n° 10486/10

Cour EDH, *Popov c. Belgique*, 19 janvier 2012, req. n° 39472/07 et 39474/07

Cour EDH [GC], *Scoppola c. Italie*, 22 mai 2012, req. n° 126/05

Cour EDH [GC], *Idalov c. Russie*, 22 mai 2012, req. n° 5826/03

Cour EDH, *Simons c. Belgique*, 28 août 2012, déc. n° 71407/10

Cour EDH, *Amie et al. c. Bulgarie*, 12 février 2013, req. n° 58149/08

Cour EDH, *Azimov c. Russie*, 18 avril 2013, req. n° 67474/11

Cour EDH, *Suso Musa c. Malte*, 23 juillet 2013

Cour EDH, *Černák c. Slovaquie*, 17 décembre 2013, req. n° 36997/08

III. Juridictions nationales

Cour constitutionnelle italienne, décision n°105/2001.

Conseil d'État grec, avis 44/2014, 20 mars 2014.

Bibliographie

Dans les catégories « ouvrages », « sélection d'articles » et « communications », les références bibliographiques qui ont eu une importance plus particulière sont précédées d'un astérisque.

I. Droit positif

A. Droit international

Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.

Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

B. Droit européen

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

C. Droit de l'Union européenne

Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Journal officiel n° L 239 du 22/09/2000 p. 0013 – 0018.

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Journal officiel n° L 239 du 22/09/2000 p. 0019 – 0062.

Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes du 2 octobre 1997.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000.

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

Directive 2003/9/CE du Conseil du 23 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres.

Règlement (CE) 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Règlement (UE) n° 1077/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil.

Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte).

D. Droit national

Allemagne :

Loi sur la résidence, l'activité économique et l'intégration des étrangers sur le territoire fédéral du 25 février 2008 (*Aufenthaltsgesetz*), Journal Officiel Fédéral I p. 162.

Autriche :

Loi fédérale sur l'exercice de la police des étrangers, la délivrance de documents pour les étrangers et l'octroi de permis d'entrée du 1^{er} janvier 2006 (*Fremdenpolizeigesetz*), Journal Officiel Fédéral I No. 100/2005.

Belgique :

Loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers du 15 décembre 1980, Moniteur Belge du 31 décembre 1980, No. 1980121550, p. 14584.

Bulgarie :

Loi pour les étrangers dans la République de Bulgarie du 23 décembre 1998, Journal Officiel No. 153/23.12.1998.

Chypre :

Loi sur les étrangers et l'immigration du 19 juin 1952, Chapitre 105 des Lois de Chypre.

Croatie :

Loi sur les étrangers du 13 novembre 2011 novembre, Journal Officiel No. 130/11.

Danemark :

Loi sur les étrangers consolidée du 25 juin 2013, No. 863.

Espagne :

Loi organique No. 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale du 11 janvier 2000 (*Ley orgánica No. 4/2000 sobre derechos y libertades del los extranjeros en España y su integración social*), BOE No. 10, 12 janvier 2000.

Estonie :

Loi sur l'obligation de partir et l'interdiction d'entrée du 21 octobre 1998, Journal Officiel I 1998, 98, 1575.

Finlande :

Loi finlandaise sur les étrangers du 22 février 1991, No. 378/1991.

France :

Loi No. 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Journal Officiel No. 0263 du 14 novembre 2014 p. 19162.

Grèce :

Loi No. 3907 sur l'établissement d'un service d'asile et un service de premier accueil, transposition dans la législation grecque de la directive 2008/115/EC « relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » et autres dispositions du 26 janvier 2011 (Journal Officiel vol. A No. 7).

Hongrie :

Loi sur les ressortissants de pays tiers de 2007.

Italie :

Décret législatif No. n° 286/1998 portant texte unique des dispositions concernant la réglementation de l'immigration et les règles relatives à la condition de l'étranger, 25 juillet 1998, GURI No. 191, 18 août 1998.

Lettonie :

Loi sur l'immigration du 1^{er} mai 2003, Latvian Herald, No.169.

Lituanie :

Loi de la République de Lituanie sur le statut juridique des étrangers du 29 avril 2004, No. IX-2206.

Luxembourg :

Loi portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration du 29 août 2008, Mémorial A n° 138 du 10 septembre 2008.

Malte :

Loi sur l'immigration du 21 septembre 1970, Chapitre 217 des Lois de Malte.

Norvège :

Loi sur l'entrée et le séjour des étrangers dans le Royaume de Norvège (loi sur l'immigration) du 15 mai 2008, No. 35.

Pays-Bas :

Loi sur les étrangers du 23 novembre 2000, (*Vreemdelingenwet*).

Pologne :

Loi sur les étrangers du 12 décembre 2013, Dziennik Ustaw 2012, No. 1650).

Portugal :

Loi sur le cadre juridique d'entrée, de permanence, de sortie et de retour des étrangers vers et hors du territoire national du 4 juin 2007, No. 23/2007.

République Tchèque :

Loi sur le séjour des étrangers du 30 novembre 1999, No. 326/1999 Coll.

Slovaquie :

Loi sur le séjour des étrangers du 21 octobre 2011, No. 404/2011 Coll.

Slovénie :

Loi sur les étrangers du 27 juin 2011 (*Zakon O Tujcih*), Journal Officiel No . 50/2011.

Suède :

Loi sur les étrangers du 29 septembre 2005, No. 2005:716.

Suisse :

Loi fédérale sur les étrangers du 16 septembre 2005, RO 2007 5437.

II. *Soft law*

A. Nations unies

a. Assemblée générale

Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

Règles des Nations unies pour la protection des mineurs privés de liberté ("règles de la Havane") adoptées par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/113 du 14 décembre 1990.

Règles des Nations unies concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes (« règles de Bangkok ») adoptées par l'Assemblée générale dans sa résolution 65/229 du 16 mars 2011.

b. Conseil des droits de l'homme

Note du secrétaire général des Nations unies, *Rapport sur les droits de l'homme des migrants présenté par la Rapporteuse spéciale de la Commission des droits de l'homme, Gabriella Rodríguez Pizzaro*, 9 août 2002, A/57/292.

CDH, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, 18 janvier 2010, A/HRC/13/30.

Note du secrétaire général des Nations unies, *Rapport sur les droits de l'homme des migrants présenté par la Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante*, 3 août 2010, A/65/222.

CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau », 2 avril 2012, A/HRC/20/24.

CDH, « Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau. Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants », 24 avril 2013, A/HRC/23/46.

Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, « Concluding remarks », FRA-ECtHR Seminar on European Law on Asylum, borders and immigration, 11 juin 2013.

c. Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés

UNHCR, « UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals », 16 juin 2008.

UNHCR, « Detention guidelines. guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum-seekers and alternatives to detention », 2012.

d. Comité économique et social des Nations unies

ECOSOC, additif au rapport sur la mission du Groupe de travail sur la détention arbitraire, « Rapport sur la mission du Groupe de travail au Royaume-Uni concernant la question des migrants et demandeurs d'asile », 18 décembre 1998, E/CN.4/1999/63/Add.3.

e. Comité des droits de l'enfant

CDE, « Report on the 2012 Day of General Discussion: The Rights of All Children in the Context of International Migration », 28 septembre 2012.

B. Conseil de l'Europe

a. Assemblée parlementaire

APCE, résolution 1509 « Droits fondamentaux des migrants irréguliers », 27 juin 2006.

APCE, résolution 1707 « Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe », 28 janvier 2010.

APCE, recommandation 1985 « Les enfants migrants sans-papiers en situation irrégulière: une réelle cause d'inquiétude », 7 octobre 2011.

APCE, résolution 2020 « Les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants », 3 octobre 2014.

APCE, projet de résolution « La criminalisation des migrants en situation irrégulière: un crime sans victime », 23 avril 2015, doc. n° 13788.

b. Comité des ministres

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, « 20 principes directeurs sur le retour forcé des étrangers en situation irrégulière », 4 mai 2005, (CM(2005)40add).

c. Commissaire aux droits de l'homme

Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « Rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammberg, faisant suite à sa visite en Belgique 15-19 décembre 2008 », Strasbourg, 17 juin 2009, CommDH(2009)14.

C. Union européenne

Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission concernant le respect des droits fondamentaux et de la CEDH, 27 avril 1977, JOCE, n° C 103.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2005 « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice », COM(2005) 184 final.

Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour du 28 mars 2014, COM(2014) 199 final.

III. Documents institutionnels

A. Nations unies

Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, « Concluding remarks », FRA-ECtHR Seminar on European Law on Asylum, borders and immigration, 11 juin 2013.

UNHCR, Table Ronde globale sur les alternatives à la détention des demandeurs d'asile, réfugiés, migrants et apatrides, Genève, 11-12 mai 2011.

E. GUILD, *La criminalisation des migrants en Europe : quelles incidences pour les droits de l'homme ?*, document thématique commandé par Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, février 2010.

B. Conseil de l'Europe

Division de la recherche de la Cour EDH :

- *Guide sur l'article 5 de la Convention. Droit à la liberté et à la sûreté*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2014, p. 31 [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_FRA.pdf].
- Division de la recherche de la Cour EDH, *Guide de l'article 6. Droit à un procès équitable (volet pénal)*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2014.

C. Union européenne

a. Parlement européen

STEPS, « Conditions des ressortissants de pays tiers retenus dans des centres (camps de détention, centres ouverts, ainsi que des zones de transit), avec une attention particulière portée aux services et moyens en faveur des personnes aux besoins spécifiques au sein des

25 États membres de l'Union Européenne », étude commandée par la Commission LIBE du Parlement européen, Bruxelles, Direction Générale Politiques Internes de l'Union, décembre 2007, PE 393.275.

b. Conseil européen

Conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999.

Conclusions du Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001.

Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 décembre 2005.

Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 10 et 11 décembre 2009.

c. Commission européenne

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier {SEC(2005) 1057} / COM/2005/0391 final / COD 2005/0167.

Contact group « return directive », « Brainstorming on best practices in relation to “non-removable returnees” », 21 mars 2013, MIGRAPOL CC Return Dir 50, p. 7. [<http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=2232>].

d. Groupes parlementaires

Communiqué de presse du groupe parlementaire européen GUE/NGL, « La Commission doit agir rapidement contre les violations des droits fondamentaux », 17 avril 2014 [<http://pr.euractiv.com/pr/commission-must-act-swiftly-against-violation-migrant-human-rights-106192>].

IV. Ouvrages

A. Ouvrage généraliste

BARNARD C., PEERS S. (dirs.), *European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

B. Ouvrages spécialisés

CORNELISSE G., *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGUÉS, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2011.

*GIORGI (de) A., *Re-thinking the Political Economy of Punishment. Perspectives on Post-Fordism and Penal Politics*, Ashgate, coll. Advances in Criminology, juin 2006.

PIN X., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 4ème éd., 2010, pp. 10-17.

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2015, 12^{ème} éd.

C. Thèse

GOSMES C., *Limbo spaces between illegal and legal stay: resulting from EU management of non-removable third country nationals*, thèse sous la direction de DEHOUSSE R., IEP de Paris, soutenue le 19 novembre 2014.

D. Mémoires de recherche

FERNANDEZ M., *La responsabilité du fait des violations des droits de l'homme dans le cadre des opérations maritimes coordonnées par l'Agence Frontex*, mémoire de recherche master droits de l'homme et droit humanitaire sous la direction de C. SANTULLI, Paris II, 2012.

GUYON F., *La directive retour, reflet des enjeux de la politique migratoire européenne*, mémoire sous la direction de M. MENDENEZ, IEP de Rennes, 2008-2009.

E. Contributions à un ouvrage

ALCAZAR H., « La rétention de l'étranger en Espagne après la transposition de la directive "retour" », in C. SEVERINO (dir.), *La transposition de la directive « retour »*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 183-196.

BASILIEU-GAINCHE M.-L. :

- *« La démocratie et les limbes : le confinement des immigrants dans un espace public juridictionnalisé », in ZARKA. Y.-C (dir.), *Repenser la démocratie*, Armand Colin, 2010, pp. 290-304.
- « L'éloignement de l'étranger en France », in C. SEVERINO (dir.), *La transposition de la directive retour : France, Espagne et Italie*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 130-155.

BIGO D. :

- « Death in the Mediterranean Sea: The Results of the Three Fields of Action of Eu Border Controls », in BLOIST (de) J., CELIKATES R., JANSEN Y., (dirs.), *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe : Detention, Deportation, Drowning*, Rowman & Littlefield International, 2014.
- *D. BIGO, « Du panoptisme au ban-optisme. Les micros logiques du contrôle dans la mondialisation », in P.-A. CHARDEL, G. ROCKHILL (dirs.), *Technologies de contrôle dans la mondialisation : enjeux politiques, éthiques et esthétiques*, Paris, Kimé, 2009, pp. 59-80
[<http://bigo.zgeist.org/documents/PanoptismeAuBanoptism.pdf>]

BLUMANN C., « Les frontières de l'Union européenne : rapport introductif général », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice et 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011.

*CAMPESI G., « Immigrant Detention and the double logic of securitization in Italy », in N. Labanca, M. Ceccorulli M. (dirs.), *The EU, Migration and the Politics of Administrative Detention*, Routledge, London, 2014, pp. 145-165.

CARLIER J.-Y., « L'entrée et le séjour des ressortissants d'États tiers : le déplacement des frontières migratoires », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice et 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011.

DESCAMPS O., « La formation historique des frontières extérieures », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice et 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011.

*DUEZ D., « La surveillance des frontières : efficacité et limites du projet "smart border" européen », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice et 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011.

GAUTIER M., « La rétention en droit communautaire », in O. LECUCQ (dir.), *La rétention administrative des étrangers : entre efficacité et protection*, Paris, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2011, pp. 14-31.

LHUILIER G., « Essai de définition : l'institution juridique des camps », in O. LE COUR GRANDMAISON, G. LHUILIER, J. VALLUY (dirs.), *Le retour des camps ?*, Paris, Autrement, coll. Frontières, 2007.

PICKERING S., BOSWORTH M., FRANKO-AAS K., « The Criminology of Mobility », in PICKERING S., HAM J. (dirs.) *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*, Routledge, 2014.

ROSSETO J., « Le contrôle de l'immigration », in J.-C. MARTIN (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, actes du colloque de Nice et 4 - 5 novembre 2010, Paris, Pedone, 2011.

SILVERMAN S., NETHERY A., « Introduction : Understanding Immigration Detention », in S. SILVERMAN, A. NETHERY (dirs.), *Immigration Detention: The migration of a policy and its human impact*, Routledge, 2015.

F. Essais

BAUMAN Z., *Le coût humain de la mondialisation*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1999.

*FOUCAULT M., *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, coll. Tel, No. 9, 1976.

*FOUCAULT M., *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, coll. Tel, n°225, 1993.

HOBBS T., *Léviathan*, Bréal, coll. La philothèque, 1651 (éd. de 2004).

LOMBROSO C., *L'homme criminel*, Paris, Félix Alcan, 1887.

G. Autres

BENSLIMANE I., *Étude critique d'un système d'analyse prédictive appliqué à la criminalité : Predpol*, 18 juin 2014
[http://cortecs.org/wp-content/uploads/2014/10/rapport_stage_Ismael_Benslimane.pdf].

V. Articles

A. Articles académiques

ALIVERTI A., « Making people criminal : The role of the criminal law in immigration enforcement », in *Theoretical Criminology*, vol. 16, n° 4, novembre 2012.

AMBROSIO (d') L., « Les politiques criminelles en matière d'immigration irrégulière à l'épreuve du droit de l'Union européenne. Quelques réflexions sur l'après El Dridi au regard des expériences italienne et française », in *AJ Pénal*, novembre 2011, pp. 502-505.

*BARKER V., « Global Mobility and Penal Order : Criminalizing Migration, A View from Europe », in *Sociology Compass*, 2012, Vol. 6, No. 2, pp. 113-121.

BASILIEU-GAINCHE M.-L. :

- « La pénalisation du séjour irrégulier est contraire aux objectifs du droit de l'Union européenne », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 29 avril 2011
[<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/04/29/directive-retour-la-cour-de-luxembourg-met-en-cause-la-penalisation-de-lirregularite-entravant-lefficacite-du-droit-de-lue-cjue-premiere-chambre-28-avril-2011-hassen-el-dridi-alias-soufi-karim/>].
- *« Judicial control of Detention: A deceptive upheaval? », mis en ligne le 10 juin 2014 sur le blog « EU Law Analysis »
[<http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/06/marie-laure-basilien-gainche.html>].
- « Removal orders and the right to be heard : the CJEU fails to understand the dysfunctional French asylum system », mis en ligne le 12 décembre 2014 sur le blog « EU Law Analysis » [<http://eulawanalysis.blogspot.fr/2014/12/removal-orders-and-right-to-be-heard.html>].
- *« Immigration Detention under the Return Directive : the CJEU shadowed lights », in *European Journal for Migration and Law*, n°17, 2015, pp. 107-129.
- *« The EU External Edges: Borders as Walls or Ways? », in *Journal of Territorial and Maritime Studies*, vol. 2, n° 1, 2015, pp. 97-117.

BASILIEU-GAINCHE M.-L., RACHO T., « Quand le souci d'efficacité de l'éloignement l'emporte sur l'application effective des droits fondamentaux », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 18 novembre 2014, § 37
[<http://revdh.revues.org/957>].

BERNARD F., BERTHE A., « Les garanties procédurales en matière de reconduite à la frontière au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1997, pp. 17-33.

*BERNARDOT M., « Invasions, subversions, contaminations : de quelques figures et lieux contemporains d'un Autre exceptionnel », in *Cultures & Conflits*, n°84, 2011, pp. 45-62 [<http://conflits.revues.org/18237>].

BIGO D. :

- *« La mondialisation de l'(in)sécurité ? Réflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytiques de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation », *Cultures & Conflits*, n° 58, 2005, pp. 53-101 [<http://conflits.revues.org/1813>].
- « Frontières, territoire, sécurité, souveraineté », in *CERISCOPE Frontières*, 2011, mis en ligne sur le site Internet Ceriscope [<http://ceriscope.sciences-po.fr/content/part1/frontieres-territoire-securite-souverainete>].

BIGO D., BOCCO R., PIERMAY J.-L., « Logiques de marquage : murs et disputes frontalières », in *Cultures & Conflits*, n° 73, 2009, [<http://conflits.revues.org/17484>].

BIGO D., GUILD E., « Schengen et la politique des visas », in *Cultures & Conflits*, n° 49, 2003 [<http://conflits.revues.org/921>].

*BOSWORTH M., « Border Control and the Limits of the Sovereign State », in *Social & Legal Studies*, vol. 17, n° 2, 2008, pp. 199-215.

BOURDIEU P., « L'opinion publique n'existe pas », in *Les temps modernes*, n° 318, janvier 1973, pp. 1292-1309.

*BRUYCKER (de) P., MANANASHVILI S., « *Audi alteram partem* in immigration detention procedures, between the ECJ, the ECtHR and Member States : *G & R* », in *Common Market Law Review*, n° 52, 2015.

CARLIER J.-Y., « La “directive retour” et le respect des droits fondamentaux », in *L'Europe des libertés*, n° 26, pp. 13-21 [http://leuropedeslibertes-ustrasbg.fr/IMG/EdL_26_doctrine_2_bis_v1-0.pdf].

*CUTTITA P., « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », in *Culture et Conflits*, n° 68, 2007, pp. 61-84 [<http://conflits.revues.org/5593>].

ESCUILLIE C., « Un encadrement cosmétique du renvoi des mineurs étrangers arbitrairement rattachés à des adultes accompagnants », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne en février 2015 [<http://revdh.revues.org/1067>]

FOUCAULT M., « Une histoire de la manière dont les choses font problème », Entretien de Michel Foucault avec André Berten du 7 mai 1981, in *Cultures & Conflits*, n° 94-95-96, 2014.

FRENCH M., « In the Shadow of Canada's Camps », in *Social & Legal Studies*, vol. 17, n° 1, mars 2007, pp. 49-69 [<http://sls.sagepub.com/content/16/1/49.full.pdf+html>].

GANTY S., « S.J. v. Belgium: missed opportunity to fairly protect seriously ill migrants facing expulsion », mis en ligne le 30 avril 2015 sur le blog « Strasbourg Observers »

[<http://strasbourgobservers.com/2015/04/30/s-j-v-belgium-missed-opportunity-to-fairly-protect-seriously-ill-migrants-facing-expulsion/>].

GENOVA (de) N., « The Legal Production of Mexican/Migrant “Illegality” », *Latino Studies*, Vol. 2, 2004, pp. 160-185 [<http://nicholasdegenova.net/resources/De+Genova+-+Legal+Production+of+Mexican+Illegality.pdf>].

HERVIEU N., « Confirmations, novations et incertitudes conventionnelles sur la détention de familles d'étrangers accompagnées d'enfants », in *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 22 janvier 2012 [https://groupes.renater.fr/sympa/arc/droits-libertes/2012-01/msg00002/Lettre_ADL_du_CREDOF_-_22_janvier_2012.pdf].

HERVIEU N., SLAMA S., « Lacunes et infortunes de l'État de droit(s) à Mayotte », in *AJDA*, 2014, p. 1849.

JEANDESBOZ J., « Chronique bibliographique. Europe, frontières et politique : chronique autour d'Etienne Balibar », in *Cultures & Conflits*, n° 70, p. 192 [<http://conflits.revues.org/12963#ftn5>].

JOBARD F., « Schengen ou le désordre des causes », in *Vacarme*, n° 8, 15 mai 1999 [<http://www.vacarme.org/article19.html>].

KAUFF-GAZIN F., « L'arrêt Bosphorus de la Cour européenne des droits de l'homme : quand le juge de Strasbourg pallie le retard du constituant de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux », in *L'Europe des libertés*, n° 17 [http://leuropeledeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=2&id_rubrique=3].

LANGRONET F., « De l'incantation à la norme : l'incidence statistique croissante de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contentieux de l'éloignement des étrangers », in *La Revue des droits de l'homme*, n° 7, 2015 [<http://revdh.revues.org/1099#bodyftn26>].

*LEERKES A., BROEDERS D., « A Case of Mixed Motives ? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention », *British Journal of Criminology*, Vol. 50, n° 5, 2010, pp. 830-850 [<http://bjc.oxfordjournals.org/content/50/5/830.abstract>].

LEPOULTRE N., « Le droit d'être entendu avant l'adoption d'une mesure d'éloignement, un droit fondamental réduit à portion congrue », in *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 6 janvier 2015 [<http://revdh.revues.org/1042>].

*MAJCHER I., SENARCLENS (de) C., « Discipline and punish ? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe », in *AmeriQuests* Vol. 11, n° 2, 2014 [<http://ssrn.com/abstract=2545487>].

MARTIN D., « Twilight Statuses : A Closer Examination of the Unauthorized Population », in *Policy Brief*, Migration Policy Institute, n° 2, juin 2005 [<http://www.migrationpolicy.org/research/twilight-statuses-closer-examination-unauthorized-population>].

NABER N., « The Rules of Forced Engagement. Race, Gender and the Culture of Fear among Arab immigrants in San Francisco Post-9/11 », in *Cultural Dynamics*, vol. 18, n°3, novembre 2006, pp. 197-204 [http://sfonline.barnard.edu/immigration/naber_01.htm].

PAUGAM S., « Les formes contemporaines de la pauvreté et de l'exclusion. Le point de vue sociologique », in *Genèses*, n° 31, 1998, pp. 138-159 [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/genes_11553219_1998_num_31_1_1516].

PEERS S., « The EU's Returns Directive: Does it improve or worsen the lives of irregular migrants? », mis en ligne le 28 mars 2014 sur le blog « EU Law Analysis » [<http://eulawanalysis.blogspot.fr/2014/03/the-eus-returns-directive-does-it.html>].

PEYRONNET C., « Le programme de travail de Frontex pour 2015 : Une fuite en avant mal dissimulée », in *La Revue des droits de l'homme*, Lettres Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 9 juin 2015 [<http://revdh.revues.org/1373>].

RODIER C., « L'encadrement juridique de la détention des migrants à l'heure de la directive "retour" », mis en ligne le 10 avril 2011 sur le blog « Combats pour les droits de l'homme » [<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/04/10/lencadrement-juridique-de-la-detention-des-migrants-a-lheure-de-la-directive-retour/>].

RUSU G. A., « L'effectivité du droit de l'Union européenne, une exigence renforçant les pouvoirs du juge national », Institutul European din România, Iași (Roumanie), 2011 [http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2010/1_effectivite.pdf].

SAAS C., « Principes généraux du droit de l'Union européenne, droits de la défense et directive "retour" », in *AJ Pénal*, novembre 2013.

SAMPSON R., MITCHELL G., « Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention : Practical, Political and Symbolic Rationales », in *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 1, n° 3, 2013, pp. 97-121.

SCHUMACHER P., « La politique de l'Union européenne en matière de retour sous le regard de la Commission européenne », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 14 avril 2014 [<http://revdh.revues.org/646>].

SITAROPOULOS N., « Judicial Review of Migrant Detention in Europe: In Search of Effectiveness and Speediness », mis en ligne le 27 juillet 2014 sur le site Internet Oxford Human Right Hub [<http://ohrh.law.ox.ac.uk/judicial-review-of-migrant-detention-in-europe-in-search-of-effectiveness-and-speediness/>].

*STUMPF J., « The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign power », in *American University Law Review*, vol. 56, n° 2, pp. 367-419, 2006 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=935547].

SLAMA S. :

- « Nouvelle bataille judiciaire autour de l'information des étrangers retenus et le droit de visite des ONG compétentes », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 2 mars 2013.

- *« Directive “retour” : la Cour de justice remodèle le contrôle juridictionnel et les modalités de prolongation de la rétention », in *Lexbase Hebdo*, n° 340, 17 juillet 2014.

B. Articles de presse

LEPRINCE C., « Directive retour : l’Europarlement approuve le tout-expulsion », in *Rue 89*, 18 juin 2008 [<http://rue89.nouvelobs.com/2008/06/18/directive-retour-leuparlement-approuve-le-tout-expulsion>].

AFP, « Grèce : la “provocation” de Jean-Claude Juncker », in *Le Point*, 13 décembre 2014 [http://www.lepoint.fr/monde/juncker-veut-des-visages-familiers-a-athenes-13-12-2014-1889466_24.php].

VI. Communications

*KOROS D., « The unlimited extension of immigrant’s detention : Towards governance through uncertainty? », communication présentée lors de la session commune du Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology, Corinthe, 31 octobre 2014 [https://www.academia.edu/11997564/The_unlimited_extension_of_immigrants_detention_Towards_governance_through_uncertainty].

Compte-rendu du séminaire de la Clinique des droits de l’Homme de Strasbourg du 3 avril 2014 « La rétention administrative des migrants et la protection des droits fondamentaux ».

VII. Rapports

A. Agence des droits fondamentaux de l’Union européenne

FRA, *Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour*, Luxembourg, Office des publications de l’Union européenne, 2011.

FRA, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, Vienne, Office des publications de l’Union européenne, 2014.

B. Réseau européen des migrations

REM, *La détention et les alternatives à la détention dans le contexte des politiques d’immigration*, 2014.

C. Rapports académiques

GREEN J. P., EAGAR K., « The health of people in Australian immigration detention centers », Université de Wollongong, New South Wales, 2010, [https://www.mja.com.au/system/files/issues/192_02_180110/gre10973_fm.pdf].

HANSEN R., PAPADEMETRIOU D., *Securing Borders : The Intended, Unintended And Perverse Consequences*, Migration Policy Institute, janvier 2014.

FLYNN M., *Immigration Detention and Proportionality*, Global Detention Project, février 2011.

BRUYCKER (de) P., MANANASHVILI S. (dirs.), RENAUDIERE G., *The Extent of Judicial Control of Pre-Removal Detention in the EU. European Synthesis Report of the Project CONTENTION*, Migration Policy Centre, 2014 (cité avec l'autorisation des auteurs).

BRUYCKER (de) P. (dir.), *Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation*, Odysseus Academic Network dans le cadre du MADE REAL project, janvier 2015.

WOJTASIK P. (dir.), KOSIŃSKA A., « Voluntary return. EU legal and policy framework », Rule of Law Institute Fundation, Lublin, 2014.

D. ONG

Jesuit Refugee Service – European Regional Office, *Becoming Vulnerable in Detention. Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union (The DEVAS Project)*, 2010.

International Detention Coalition, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, Melbourne, 2011.

La face cachée des camps d'étrangers en Europe, ouvrage réalisé dans le cadre de la campagne « Open Access Now » lancée en 2011 par les réseaux Migreurop et Alternatives européennes, 15 octobre 2014.

FLYNN M., CANNON C., « Detention at the Borders of Europe : report on the Joint Global Detention Project – International Detention Coalition Workshop in Geneva », Genève, 2-3 octobre 2010.

Rapport annuel des associations habilitées à intervenir dans les centres et locaux de rétention administrative français, « Centre et locaux de rétention administrative », 2014.

E. Principaux sites Internet

Site Internet du projet CONTENTION : <http://contention.eu/>

Blog du Professeur Steve Peers : <http://eulawanalysis.blogspot.fr/>

Site Internet du Global Detention Project : <http://www.globaldetentionproject.org/>

Site Internet du Social Science Research Network : <http://ssrn.com/en/>

Table des matières

Remerciements	I
Liste des abréviations	II
Sommaire	III
Introduction	1
Partie I - Le recours à la rétention : une privation de liberté banalisée	8
Chapitre I - Les motifs de placement en rétention : une marge d'appréciation trop vaste	10
I. La formulation des motifs : le règne du flou	11
A. Le principe de sécurité juridique, grand oublié de la directive retour	11
1. L'interprétation des motifs par la Cour de justice, indifférente au principe de sécurité juridique	11
2. L'éclairage de la Cour EDH, révélateur des oublis de la directive retour	13
B. L'imprécision des motifs de placement en rétention, amplifiée par les États membres	15
1. La transposition des motifs visés par la directive retour, un « copié-collé » sans valeur ajoutée	15
2. La référence à des motifs non visés par la directive retour, un élargissement préoccupant	17
II. Les alternatives à la rétention : des mesures cosmétiques	18
A. La présomption de liberté, un principe insuffisamment affirmé	19
1. L'existence de mesures alternatives à la rétention, un prérequis éludé par la Cour de justice	19
2. Le silence de la directive retour sur les mesures alternatives à la rétention dans la directive retour, révélateur des réticences nationales	21
B. Le recours aux mesures alternatives à la rétention, une pratique encore marginale	22
1. La priorisation des mesures alternatives à la rétention, une obligation peu contraignante	23
2. La sous-utilisation des mesures alternatives à la rétention, une situation anormale	24
Chapitre II - La décision de placement en rétention : des garanties procédurales lacunaires	27
I. L'adoption de la décision de placement : une procédure rudimentaire	28
A. La matière administrative, prétexte à l'atrophie des garanties procédurales	29
1. L'adoption de la décision de placement par une autorité judiciaire, une simple faculté	29
2. L'accessibilité de la décision de placement, un droit fondamental non garanti	31
B. L'application des droits de la défense, affirmée mais minimisée	33
1. Le droit d'être entendu, une garantie vidée de sa substance	34
2. Le droit à une assistance juridique, une garantie évincée	36
II. Le contrôle de la décision placement : un <i>sous-habeas corpus</i>	38
A. Le contrôle de la légalité, une effectivité limitée	39
1. L'accès au contrôle initial de la légalité, une garantie conditionnelle	39
2. Le contrôle subséquent de la légalité, un enjeu négligé	42
B. Les modalités du contrôle de la légalité, entre insuffisance et excès	44
1. Le rejet du principe du contradictoire, une insuffisance préjudiciable	44
2. Le non-encadrement des autorités nationales, une autonomie excessive	46
Partie II - La proportionnalité du recours à la rétention : une exigence ignorée ...	50
Chapitre I - Les limites au recours à la rétention : des garde-fous insuffisants	52
I. Les limites personnelles, inadaptées à la vulnérabilité	53
A. La prise en compte des mineurs et des familles, des obligations minimales	53
1. L'intérêt supérieur de l'enfant, une acception trop restrictive	54
2. Les pratiques observées depuis la directive retour, un état des lieux inquiétant	57

B.	La prise en compte des autres personnes vulnérables, balayée par la directive retour.....	59
1.	La rétention des personnes vulnérables, une absence de limites	59
2.	La rétention comme facteur vulnérabilisation, une réalité ignorée par la directive retour.....	61
II.	Les limites temporelles, inadaptées aux enjeux	63
A.	La durée de la rétention, plafonnée mais peu encadrée.....	63
1.	La durée de rétention maximale, une privation de liberté excessive	63
2.	Les motifs de prolongation de la rétention, des ambiguïtés persistantes	66
B.	Le terme de la rétention, zone d'ombre de la directive retour.....	70
1.	L'obligation de remise en liberté, une exigence mal encadrée	70
2.	Les conséquences de la remise en liberté, non réglées par la directive retour.....	71
Chapitre II - L'inefficacité du recours à la rétention : une légitimité mise à mal.....		75
I.	Rétention et objectifs officiels de la directive retour : un bilan insatisfaisant.....	76
A.	Le lien entre rétention et effectivité du retour, un postulat chimérique	76
1.	L'aptitude de la rétention à assurer l'éloignement, démentie par les faits	76
2.	L'aptitude des mesures alternatives à la rétention, une vérité négligée	79
B.	L'amélioration du respect des droits fondamentaux, affirmée sans être démontrée	81
1.	Le respect des droits fondamentaux des personnes retenues, non amélioré par la directive retour.....	82
2.	La criminalisation des migrants, favorisée par le recours à la rétention	84
II.	Rétention et objectifs officieux de la directive retour : des clés de compréhension.....	87
A.	La rétention à des fins d'éloignement, une ramification du droit pénal	88
1.	La désignation des migrants comme groupe à risque, un dispositif ban-optique.....	88
2.	Discipliner et punir, objectifs pénaux de la rétention.....	90
B.	Le recours croissant à la rétention, manifestation d'une souveraineté en détresse	92
1.	La régulation de l'appartenance au groupe, objectif politique de la rétention.....	92
2.	La gouvernance par l'insécurité, symptôme des limites de l'État souverain.....	95
Conclusion		98
Annexes.....		V
Annexe I - Motifs de placement en rétention retenus par les États membres		VI
Annexe II - L'accès des ONG aux lieux de rétention.....		XX
Annexe III-A - Auto-évaluation de l'impact de la rétention sur leur santé physique par les personnes vulnérables retenues		XXI
Annexe III-B - Auto-évaluation de l'impact de la rétention sur leur santé mentale par les personnes vulnérables retenues.....		XXII
Annexe IV - Durée maximale de rétention dans les États membres avant et après la directive retour.....		XXIII
Annexe V - Nombre de place dans les centres de rétention et nombre de personnes retenues.....		XXIV
Annexe VI - Part des personnes effectivement éloignées parmi les personnes retenues		XXV
Annexe VII : Incrimination des entrées irrégulières et des séjours irréguliers.....		XXVI
Recueil de la jurisprudence citée.....		XXVII
Bibliographie		XXXII
Table des matières.....		XLVII