



Défendre les droits dans le contexte de la rétention et de l'expulsion des étrangers

RAPPORT DE SYNTHÈSE

 **PICUM**

PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON
UNDOCUMENTED MIGRANTS

 **EuropeanMigrationLaw.eu**

Rapport de Synthèse établi par **Alix Loubeyre** (Université Panthéon-Sorbonne, Paris 1) et **Maité Fernandez** (Université Panthéon-Assas, Paris 2) à partir des interventions présentées lors du séminaire juridique organisé le 8 juin 2017 à Bruxelles par PICUM et EuropeanMigrationLaw.eu.

Merci également à Salomé Guibreteau pour son aide lors de la finalisation du présent rapport de synthèse.

Le séminaire juridique et ce rapport ont été rendus possibles avec le soutien généreux de:



WHITE & CASE



**OPEN SOCIETY
FOUNDATIONS**

SIGRID RAUSING TRUST



Ce rapport a bénéficié du soutien financier du programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale « EaSI » (2014-2020). Pour de plus amples informations, veuillez consulter : <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1081&langId=fr>. L'information contenue dans cette publication ne reflète pas nécessairement la position officielle de la Commission Européenne.

PICUM

Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants
Rue du Congrès / Congressstraat 37-41, post box 5
1000 Brussels, Belgium

Tel: +32/2/210 17 80
Fax: +32/2/210 17 89
info@picum.org
www.picum.org

novembre 2017

Photo de la couverture et photo de quatrième de couverture :
©Elisabeth Schmidt-Hieber | Clôture du centre de rétention 127bis à Steenokkerzeel, en Belgique, décorée par des défenseurs des droits des migrants.

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION	5
1. Développements récents en droit de l'Union européenne	6
2. Développements nationaux : Etudes de cas	8
Bulgarie	8
Hongrie	9
Italie	10
II. OUTILS POUR LES PRATICIENS : UTILISER LE DROIT DE L'UE POUR CONTESTER LA RÉTENTION ET L'EXPULSION DANS LES TRIBUNAUX NATIONAUX	13
1. Le risque de fuite	13
2. Droit d'être entendu et garanties procédurales	15
3. Le droit à un recours effectif et l'effet suspensif	16
4. Liberté de circulation / droits dérivés	19
III. LES IMPLICATIONS DE LA JURISPRUDENCE DE LA CEDH POUR LES DROITS DES MIGRANTS EN DROIT DE L'UE : ARRÊT KHLAIFIA	22
IV. LE RÈGLEMENT INSTITUANT UN CORPS EUROPÉEN DE GARDE-FRONTIÈRES ET GARDE-CÔTES : UN CADRE POUR LA RESPONSABILITÉ	28
1. Le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes	29
2. Aspects importants en matière de droits fondamentaux	30
3. Répartition des responsabilités en cas de violation des droits de l'homme	31
4. Mécanismes de mise en œuvre des responsabilités	33
V. CONCLUSION : UTILISER LE DROIT DE L'UNION POUR PROTÉGER LES DROITS DES ÉTRANGERS EN EUROPE	34



Photo: © PICUM Séminaire juridique « Droit de l'UE et migrants sans papiers : défendre les droits dans un contexte de rétentions et de expulsions », organisé le 8 juin 2017 à Bruxelles, par PICUM et EuropeanMigrationLaw.eu. Le contenu des discussions qui ont eu lieu before durant l'évènement est inclus dans ce rapport.

I. INTRODUCTION

L'arrivée de plus d'un million de personnes sur les côtes grecques et italiennes en 2015, parmi lesquelles une très grande majorité de réfugiés et de demandeurs d'asile, a provoqué une succession de « crises » à l'échelle européenne. Crise des réfugiés ou des migrants, crise de l'intégration et de la solidarité européenne. Le grand nombre de personnes aux frontières extérieures de l'Union européenne a mis à jour le caractère inachevé du « système d'asile européen commun » et l'inefficacité d'un certain nombre d'instruments européens.

L'orientation des différentes propositions de réforme de l'acquis et des instruments de crise adoptés démontrent qu'en matière migratoire, l'Union européenne cherche désormais principalement à accroître le

nombre de retours des étrangers présents irrégulièrement sur le territoire et à diminuer le nombre d'arrivées.

Le retour et la rétention des étrangers sont encadrés dans l'Union européenne par un certain nombre d'instruments de droit dérivé, qui doivent être appliqués dans le respect des Traités et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La jurisprudence de la CEDH a également des incidences fondamentales sur les questions migratoires en Europe.

Ce rapport vise à présenter les développements récents relatifs au retour et à la rétention des étrangers en droit de l'Union, analysés lors du séminaire juridique organisé par PICUM et EuropeanMigrationLaw.eu, qui a eu lieu à Bruxelles le 8 juin 2017.

En langue française, le droit de l'Union européenne utilise le terme de « rétention », pour désigner les mesures de privation de liberté prises à l'égard d'étrangers en situation irrégulière sur le territoire des États membres en vue de leur éloignement. Le séjour irrégulier n'étant pas un « délit » en droit de l'Union, ces mesures ne peuvent pas relever du droit pénal et donc de la « détention » [Consulter CJUE, 28 avril 2012, [El Dridi, C-61/11](#) et CJUE, 6 décembre 2011, [Achughbadian, C-329/11](#)]. La directive « retour » prévoit en règle générale, que la « rétention » de personnes étrangères s'effectue dans des centres spécialisés. Lorsqu'elle a lieu dans un centre pénitentiaire, les retenus doivent être séparés des prisonniers de droit commun ([directive « retour », art 16](#)).

Cette rencontre avait pour objet de réunir des praticiens du droit des étrangers en Europe, pour discuter des évolutions du droit européen en matière de retour et de rétention. Il a ainsi permis à des avocats, des juristes d'ONG et d'institutions européennes et des universitaires de discuter de la refonte (opérée ou envisagée) de l'acquis de l'Union, de son application dans différents systèmes nationaux et des potentialités juridictionnelles de décisions rendues par la CJUE et par la CEDH en 2016 et 2017.

1. DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Après avoir [constaté](#) à nouveau le « faible taux » d'éloignement des étrangers présents irrégulièrement dans l'Union, la Commission européenne a présenté en mars 2017 une « [recommandation pour une plus grande efficacité des retours](#) ».

Instrument de «soft law» (non-contraignant), cette recommandation doit orienter l'interprétation de la directive « retour » par les Etats membres et en promeut une approche plus stricte. Son application fait l'objet d'un suivi de la Commission pour inciter les Etats membres à s'y conformer et améliorer le taux de retour (qui est actuellement autour de 40%).

La Commission propose notamment d'élargir l'interprétation de la notion de « risque de fuite » prévue à l'article 15 § 1 de la [directive 2008/115/CE](#), de recourir à des sanctions à l'encontre des personnes « qui entravent délibérément le processus de retour », et d'allonger la durée légale de la rétention (très éloignée des 18 mois maximum prévus par la directive « retour » dans la plupart des Etats membres).

Elle incite également les Etats membres à limiter l'effet suspensif et les délais des recours contre les décisions de retour et à les assortir systématiquement d'une interdiction d'entrée, enregistrée dans le système d'information Schengen (SIS II).¹

Au plan législatif, deux textes sont venus renforcer l'arsenal juridique. Le premier concerne le « [document de voyage européen uniforme](#) » destiné à faciliter le retour

de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Le second - [le règlement \(UE\) 2016/1624](#) - institue un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et renforce le mandat de l'agence Frontex en matière de retour. L'agence a la possibilité de coordonner et d'organiser des vols de retours conjoints entre plusieurs Etats membres, y compris à sa propre initiative.

Parallèlement, le volet extérieur de la politique migratoire européenne est jugé primordial pour réduire les arrivées et accroître les retours. La [coopération](#) avec les pays tiers s'intensifie donc, et l'aide au développement est désormais liée à des clauses de réadmission et de gestion des flux migratoires. Il existe actuellement 17 accords de réadmission formels et un certain nombre de « coopérations informelles », plus faciles à négocier pour la Commission en l'absence de contrôle du Parlement européen. A côté de ces dispositifs, doivent également être mentionnés la conclusion par l'UE de documents juridiquement non-contraignants mais qui enferment des obligations liées au retour et à la réadmission tels que la « [déclaration UE-Turquie](#) » du 18 mars 2016, la « [déclaration conjointe UE-Afghanistan](#) » du 2 octobre 2016 et le « [Communiqué commun Mali - UE](#) » du 11 décembre 2016. Le caractère non-contraignant de ces « documents » rend impossible le contrôle des juges européens (voir à ce sujet, TUE, 28 février 2017, Ordonnances du Tribunal dans les affaires [NF](#), [NG](#) et [NM](#)/Conseil européen dans les affaires T-192/16, T-193/16 et T-257/16).

1 Une proposition de refonte du règlement SIS pour obliger les Etats membres à assortir les décisions de retour d'une alerte aux fins de refus d'entrée est actuellement en discussion : Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'utilisation du système d'information Schengen aux fins du retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, [COM\(2016\) 881](#) final, 21 décembre 2016.

En matière d'asile, la réforme des instruments composant le « [Système d'Asile Européen Commun](#) » est en cours. Elle repose sur sept propositions législatives présentées par la Commission. Cette refonte aura en particulier des incidences sur la rétention et le retour des étrangers. On peut notamment remarquer :

- Dans la proposition de [refonte](#) de la directive « conditions d'accueil », l'objectif de limiter les mouvements secondaires se traduit par la limitation des droits des demandeurs d'asile (article 5 et 17 bis) qui se déplacent dans un autre Etat que celui responsable de l'examen de leur demande, au sens du règlement Dublin III.
- La proposition de règlement Dublin IV prévoit le recours plus fréquent à la rétention (7 semaines maximum) pour faciliter les transferts (article 29).

- La [refonte](#) du règlement EURODAC prévoit de nouvelles obligations en termes de prises des empreintes digitales et de photographies d'identification, dès l'âge de 6 ans, et des sanctions « pour non-respect de l'obligation de relever les empreintes digitales et de capturer l'image faciale » (article 2 § 3).

En parallèle de ces développements législatifs, les juges européens et nationaux ont rendu un certain nombre de décisions importantes en matière de rétention et d'expulsion des étrangers. Concernant les étrangers malades par exemple, la CEDH et la CJUE se sont toutes deux prononcées pour limiter les possibilités d'expulsion (CEDH, Grande Chambre, [Paposhvili c. Belgique](#), 13 décembre 2016, Req. no 41738/10) et de transfert Dublin (CJUE, 16 février 2017, [C. K. e.a. contre Republika Slovenija](#), C-578/16 PPU).

RESSOURCES SUPPLÉMENTAIRES

- Pour un aperçu complet, consulter le [site de la Commission européenne](#). L'agenda européen pour la migration (COM (2015) 240 final, Bruxelles, 13.05.2015) constitue le point de départ des évolutions législatives en cours.
- Pour plus d'informations sur la réforme du « Système d'Asile Européen Commun », consulter [le site de du Parlement européen](#).
- Au sujet de la mise en œuvre de la directive « retour » dans les différents Etats membres, voir le projet [REDIAL](#).

2. DÉVELOPPEMENTS NATIONAUX : ETUDES DE CAS

En Bulgarie, en Hongrie et en Italie, la rétention des personnes lors de l'examen de leur demande d'asile ou dans l'attente de leur éloignement, pose de nombreux problèmes de compatibilité au regard de l'acquis européen. Il faut rappeler ici que les directives [2013/32](#) et [2013/33](#) prohibent la rétention systématique des personnes requérant une protection internationale. Celle-ci n'est possible que si elle est nécessaire et proportionnée et intervient à la suite d'un examen individuel démontrant l'absence de mesures moins coercitives.

BULGARIE

La Bulgarie met déjà en œuvre un certain nombre de changements proposés par la Commission pour la réforme du CEAS.

La loi sur les étrangers en République de Bulgarie ne fait pas de référence à la rétention et utilise le terme d'« hébergement ». Pourtant, 90% des étrangers qui demandent l'asile sont privés de liberté et passent en moyenne 6 mois en rétention.

L'article 44(6) de la loi relative à l'entrée des étrangers prévoit 3 motifs de rétention qui demeurent : (1) identité non établie, (2) risque de fuite, ou (3) refus de se conformer à une décision de retour. Ces critères vagues permettent le recours massif à la rétention des étrangers comme instrument de régulation des flux migratoires.

Les recours contre la rétention sont très peu nombreux (moins de 1% des placements en rétention) car les personnes retenues n'ont pas accès à l'aide juridictionnelle dans le délai de 14 jours qui permet de former un recours contre la décision de placement en rétention. Le contrôle de la légalité de la rétention par un juge n'est automatique que

dans les cas où celle-ci doit être prolongée à l'issue des 6 mois initiaux. Le manque de capacités administratives et d'interprètes est aussi un problème récurrent.

En décembre 2016, la loi sur les étrangers a été modifiée pour inclure « la rétention de courte durée », qui peut durer jusqu'à 30 jours suivant l'entrée sur le territoire, pour permettre l'identification des personnes et décider des mesures administratives à prendre.

En janvier 2016, la loi bulgare a également été modifiée pour inclure la rétention pour des durées « les plus courtes possibles », permettant le placement des demandeurs d'asile en centre de rétention aux fins de vérification d'identité et de nationalité, pour vérifier la véracité des éléments de fait présentés lors de la demande d'asile, pour des raisons de sécurité nationale et d'ordre

RESSOURCES SUPPLÉMENTAIRES

Voir au sujet de la rétention des étrangers en Bulgarie :

- www.detainedinbg.com
- Rapport (2016) par le Center for Legal Aid – Voice in Bulgaria, « [Who gets detained ? Increasing the transparency and accountability of Bulgaria's detention practices of asylum seekers and migrants](#) » (Qui est détenu? Accroître la transparence et la responsabilité de la Bulgarie dans ses pratiques de rétention envers les demandeurs d'asile et les migrants).
- Rapport (2016) par le Bulgarian Helsinki Committee, « [Detention Mapping Report – Bulgaria](#) » (Rapport cartographique de la détention – Bulgarie).

public et pour déterminer l'Etat compétent pour examiner la demande d'asile, en cas de risque de fuite.

HONGRIE

En 2016, [38.219 personnes ont tenté d'entrer irrégulièrement en Hongrie](#). La frontière avec la Serbie est la voie d'accès principale et les autorités hongroises y ont donc construit des murs et barrières. Des points d'entrée réguliers donnent accès aux conteneurs de la « zone de transit » permettant le dépôt d'une demande d'asile. Ceux-ci ne laissent toutefois entrer que 10 personnes par jour.

Une [nouvelle loi](#) est entrée en vigueur le 28 mars 2017, prolongeant l'état d'urgence jusqu'en septembre, et autorisant la rétention dans les zones de transit de toutes les personnes de plus de 14 ans, pendant toute la durée de l'examen de leur demande d'asile. Si les autorités hongroises ont moins recours à la rétention qu'auparavant, c'est parce qu'elles pratiquent le « push back » des personnes qui ont franchi irrégulièrement la frontière.

En effet, les « push back » sont désormais autorisés par le droit hongrois ([4. Modification de la loi LXXXIX de 2007 sur la frontière d'état, 11 §](#)) depuis n'importe quelle partie du territoire (auparavant seulement quand la personne était interceptée à moins de 8 km de la frontière). Les étrangers présents irrégulièrement sur le territoire, les demandeurs d'asile et ceux dont la demande a été rejetée sont directement renvoyés vers la Serbie. Cependant, ces pratiques sont

contraires à l'interdiction des expulsions collectives telles que précisées dans l'affaire [Hirsi Jamaa](#). Plusieurs affaires ont été soumises à la CEDH en 2017 pour faire constater la violation par la Hongrie de l'article 4 du protocole 4 et de l'article 13 CEDH.

De plus, la rétention systématique dans les zones de transit n'est ni ordonnée ni contrôlée par un juge.

Les conditions de privation de liberté dans les zones de transit sont très difficiles, et la CEDH a admis dans une décision de mars 2017 (CEDH, [Ilias et Ahmed c. Hongrie](#), 14 Mars 2017, Req. n° 47287/15) que le maintien des personnes dans la zone de transit constituait bien une rétention au sens de l'article 5 CEDH. Elle a alors constaté la violation des articles 3, 5 §1, 5 § 4 et 13 combiné avec l'article 3.

Le gouvernement hongrois considère que cette décision est inacceptable et inapplicable. [Certains membres du parlement Hongrois](#) ont été cités suggérant que [la Hongrie se retire de la Convention](#).

Les associations et avocats impliqués dans la défense des droits des étrangers en Hongrie ont développé une stratégie contentieuse consistant en un « marathon article 39 » devant la CEDH², visant à faire pression sur le gouvernement hongrois. Néanmoins, cette stratégie est compliquée par les nombreuses difficultés créées par les autorités hongroises pour accéder aux personnes enfermées dans les zones de transit.

En mai 2017, la Commission européenne a [entamé une procédure d'infraction](#) à

2 L'article 39 CEDH permet à la Cour d'indiquer des mesures provisoires, très demandées dans le cadre du contentieux de la rétention et de l'éloignement des étrangers. Voir à ce sujet CEDH, Unité de la presse, « [Fiche thématique - Les mesures provisoires](#) », janvier 2017.

l'encontre de la Hongrie suite à la modification de la loi nationale. Jusqu'à présent, les autorités nationales sont toutefois restées peu sensibles à ces pressions.

ITALIE

Il existe 4 hotspots dans le sud de l'Italie, par lesquels sont passées environ 1/3 des personnes arrivées irrégulièrement en Italie. Le taux d'identification de ces personnes est passé de 36% fin 2016 à plus de 85% en mai 2017, grâce à la systématisation de la rétention et à la prise d'empreintes forcée.

Il n'existe en droit italien aucune base légale pour détenir et avoir recours à la force dans les hotspots mais ce sont désormais des pratiques courantes. Les procédures sont standardisées et les formulaires qui doivent être remplis à l'arrivée (voir page suivante) incitent les personnes à ne pas se déclarer comme demandeurs d'asile, remettant en cause les possibilités réelles d'accès à la protection internationale.

Lorsqu'une décision de retour est prise, les étrangers sont retenus dans des « centres d'expulsion ». Les possibilités de recours sont limitées et inefficaces, les juges autorisent la prolongation de la rétention dans 78% des cas et les appels contestant la légalité de la rétention doivent être examinés par la Cour de Cassation italienne, ce qui prend une à deux années, sans effet suspensif.

RESSOURCES SUPPLÉMENTAIRES

Voir au sujet de la rétention des étrangers en Hongrie :

- Le site du [Hungarian Helsinki Committee](#), y compris « [Hungary: Law on automatic detention of all asylum seekers in border transit zones enters into force, despite breaching human rights and EU law](#) », (Hongrie: la loi sur la rétention automatique de tous les demandeurs d'asile dans les zones de transit frontalières entre en vigueur, en dépit de la violation des droits de l'homme et du droit communautaire) de mars 2017.

RESSOURCES SUPPLÉMENTAIRES

- Voir au sujet des « hotspots » en Italie les rapports d'Amnesty International (2016), « [Hotspot Italy](#) » (Hotspot Italie) et d'Oxfam (2016), « [Hotspot, Rights Denied](#) ». (Hotspot, droits refusé).
- Pour un examen systématique de la jurisprudence du *guidici de pace* en Italie concernant l'expulsion des étrangers, consulter le site du *Monitoring Centre on Judicial Control on Migrants' Removal* (www.lexilium.it). Un résumé (mars 2017) en anglais de leurs conclusions est disponible [ici](#).

Augusta 16.09.2015 ore 20.30

POLIZIA DI STATO
Questura di Siracusa
Ufficio Immigrazione

FOGLIO NOTIZIE
صفحة التعريف الشخصية

Nr

773

Nucleo parentela	

Numero M.M.

Informazioni rese dall'interessato	Sesso	
COGNOME - NOM - SURNAME: القب	M	
NOME - PRENOM - NAME: الاسم		
DATA DI NASCITA - DATE DE NAISSANCE - DATE OF BIRTH: تاريخ الميلاد	2/10/1997	
'CITTA' DI NASCITA - VILLE DE NAISSANCE - PLACE OF BIRTH: مكان الولادة		
'CITTA' DI RESIDENZA - VILLE DE RESIDENCE - PLACE OF RESIDENCE: مكان	Gambia	
PATERNITA' - SITUATION FAMILIALE - FATHER'S NAME: تلو		
NAZIONALITA' - NATIONALITE' - NATIONALITY: الجنسية		
LUOGO DI PARTENZA - LIEU DE DEPART - PLACE OF DEPARTURE: لمطن المغادرة مكان		
VENUTO IN ITALIA PER - VENU EN ITALIE POUR - REASONS TO REACH ITALY - اسباب الوصول الى إيطاليا		
LAVORO - TRAVAIL - JOB SEARCH العمل		
RAGGIUNGERE I FAMILIARI - REJOINDRE LA FAMILLE - REJOINING FAMILY التجمع العائلي		
FUGGIRE DALLA POVERTA' - FUJR LA PAUVRETE - FLEEING FOR POVERTY الهروب من الفقر		
FUGGIRE PER ALTRI MOTIVI - FUJR POUR AUTRES MOTIFS - FLEEING FOR OTHER REASONS اسباب أخرى		
ORCHIEDERE ASILO POLITICO - DEMANDE D'ASILE POLITIQUE - REQUEST POLITICAL ASYLUM طلب اللجوء السياسي		
Firma dell'Interprete	Firma dell'Operatore	Firma dello Straniero (Signature)

A seguito di verifica da parte del mediatore culturale è stata rilevata la seguente nazionalità di appartenenz

PARTE RISERVATA ALL'OPERATORE DELLA POLIZIA SCIENTIFICA

RILIEVI FOTODATTILOSCOPICI
 NR. DATA

Exemple d'une première fiche d'information à remplir par les migrants à leur arrivée dans les 'hotspots'. Si le champ de recherche d'emploi est coché, comme dans cet exemple, ils recevront un ordre d'expulsion et seront exclus de toute protection. Photo fournie par Maurizio Veglio, Asgi et International University College of Torino, Italie, 2017.



Photo: © Elisabeth Schmidt-Hieber | Clôture du centre de rétention 127bis à Steenokkerzeel, en Belgique.

II. OUTILS POUR LES PRATICIENS : UTILISER LE DROIT DE L'UE POUR CONTESTER LA RÉTENTION ET L'EXPULSION DANS LES TRIBUNAUX NATIONAUX

La directive « retour » ([2008/115/CE](#)) laisse une large marge d'appréciation aux Etats membres, ce qui explique qu'elle soit appliquée différemment par les Etats membres. Les pratiques administratives et judiciaires n'ont pas été harmonisées, et différents « types » de juges sont donc amenés à connaître des recours relatifs à la rétention et à l'expulsion des étrangers, ce qui a des incidences sur l'étendue du contrôle qu'ils peuvent opérer.

Néanmoins, tous les juges nationaux peuvent poser des questions préjudicielles à la CJUE et doivent contrôler la compatibilité

des mesures nationales à l'acquis de l'Union. L'eupéanisation de la matière permet donc d'étendre le contrôle de légalité opéré par les juges nationaux et européens. La CJUE s'est ainsi prononcée à de nombreuses reprises sur l'interprétation et la validité des articles de la directive « retour ».

L'invocation du droit de l'Union par les avocats et organisations d'aide aux étrangers devant les juges nationaux et européens a récemment permis de clarifier les obligations des Etats membres en matière de rétention et d'éloignement des étrangers.

1. LE RISQUE DE FUITE

Le risque de fuite est défini à l'article 2 du [règlement Dublin III](#) et à l'article 3 §7 de la directive « retour » comme « le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour (ou de transfert dans le cas de Dublin) peut prendre la fuite ». La fuite est caractérisée par le fait de se soustraire ou d'entraver la procédure de retour (ou de transfert). Or, dans de nombreux Etats membres, comme en République Tchèque par exemple, la mise en œuvre du règlement Dublin ne s'est pas accompagnée d'une définition dans la loi nationale de « critères objectifs » permettant d'évaluer le risque de fuite.

La CJUE s'est prononcée sur la compatibilité de la loi tchèque avec le droit de l'Union dans un arrêt [Al-Chodor](#) de mars 2017.

Dans cette affaire, une famille iraquienne fuyant Daesh et composée de deux jeunes enfants, a été détenue à la frontière Tchéco-hongroise, les autorités tchèques ayant estimé qu'elle présentait un risque de fuite vers l'Allemagne. Lors du recours exercé contre la décision de placement en rétention dans le cadre d'une procédure Dublin, le requérant a fait valoir qu'en vertu de la CEDH et de la Charte, le risque de fuite devrait être défini par la loi nationale, et évalué de manière individuelle.

Dans une affaire jugée en 2013, la CEDH a estimé en effet que la loi nationale autorisant « toute privation de liberté doit être régulière, non seulement dans le sens que celle-ci doit avoir une base légale en droit interne, mais cette régularité concerne aussi la qualité de la loi et implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté doit être suffisamment accessible, précise et prévisible dans son application afin d'éviter tout danger d'arbitraire » (CEDH, [Del Río Prada c. Espagne](#), 21 octobre 2013, § 125).

Dans ces circonstances, le juge national a donc exercé un renvoi préjudiciel en interprétation des articles 2, sous n) et 28 § 2 du règlement Dublin III. La Cour administrative

suprême demande en substance si le droit tchèque encadrant la rétention, qui repose sur une pratique administrative et une jurisprudence constante, est compatible avec le droit de l'Union, exigeant que le risque de fuite justifiant la rétention soit « défini par la loi ».

La CJUE a confirmé qu'une pratique administrative et une jurisprudence constante ne suffisent pas à considérer que le risque de fuite est évalué selon des critères objectifs, et que ceux-ci doivent impérativement être définis par la loi, c'est à dire « des dispositions contraignantes de portée générale ».

Exemple de critères objectifs utilisés au niveau national pour établir le risque de fuite :

Critères objectifs	BE	BG	FR	IT	SK	SI	HU	CZ	AT	ES
Aucune demande de permis de séjour après une entrée irrégulière			X							
Rester plus longtemps qu'un visa ne le permet , ou, dans les cas où le visa n'est pas nécessaire, rester au-delà d'une période de trois mois sans demande de permis de séjour			X							X
Rester pendant plus d'un mois après l'expiration d'un permis de séjour , d'un accusé de réception de la demande de permis de séjour ou d'une carte temporaire de résidence, sans demander leur	X		X							
Pas de permis de séjour					X					
Information fausse sur l'identité	X		X	X			X			X
Aucun lieu de résidence effectif ou permanent			X*							
Les déclarations faites indiquent la probabilité de fuite							X			

*Lié avec l'absence de garanties suffisantes de réapparaître devant les autorités compétentes

Basé sur : M. Moraru, G. Renaudiere, European Synthesis Report on the Judicial Implementation of Chapter IV of the Return Directive Pre-Removal Detention, p. 63. [Annexe I. Exemple de critères objectifs utilisés au niveau national pour établir le risque de fuite.](#)

2. DROIT D'ÊTRE ENTENDU ET GARANTIES PROCÉDURALES

Si le droit d'être entendu n'est pas prévu dans la directive « retour », il est un aspect du « principe fondamental de respect des droits de la défense » (voir en ce sens, notamment, CJCE, 9 novembre 1983, [Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission](#), 322/81, point 7, et CJCE, 18 octobre 1989, [Orkem/Commission](#), 374/87, point 32 ; CJCE, 18 décembre 2008, [Sopropé](#), C349/07, point 36). La Cour a explicitement fondé le droit d'être entendu sur le principe général du droit de l'Union du respect des droits de la défense dans l'affaire [Mukarubega](#) (CJUE, 5 novembre 2014, C-166/13) protégés par les articles 41 § 1 et 41 § 2 et 47 de la [Charte](#) des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il est également reconnu par la CEDH et dans de nombreuses constitutions nationales. La CJUE s'est prononcée à plusieurs reprises sur sa portée lors des procédures d'asile et de retour.

Elle a ainsi estimé dans l'arrêt [MM](#) (CJUE, 22 novembre 2012, C-277/11; voir également à ce sujet CJUE, 11 décembre 2014, [Boudjlida](#), C-249/13) concernant le rejet d'une demande de protection subsidiaire que « [l]e 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 d'affecter de manière défavorable ses intérêts » et « [l]edit droit implique également que l'administration prête toute l'attention requise aux observations ainsi 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 » (point 87 et 88).

Les États membres lorsqu'ils prennent des décisions en matière de retour doivent donc respecter le droit de toute personne d'être entendue avant de prendre une mesure individuelle défavorable. Ils doivent permettre l'accès de toute personne au dossier qui la concerne et à un conseiller juridique.

Les administrations nationales doivent tenir compte des observations faites par la personne concernée et motiver leurs décisions. La Cour a en effet estimé dans l'arrêt [Mahdi](#) que l'obligation de motivation « est nécessaire tant pour permettre au ressortissant concerné d'un pays tiers de défendre ses droits dans les meilleures conditions possibles et de décider en pleine connaissance de cause s'il est utile de saisir le juge compétent que pour mettre ce dernier pleinement en mesure d'exercer le contrôle de la légalité de la décision en cause » (CJUE, 5 juin 2014, [Bashir Mohamed Ali Mahdi](#), C-146/14 PPU, § 45). L'article 15, paragraphes 2 et 6, de la [directive 2008/115](#) oblige l'administration à indiquer, dans une décision écrite, les motifs de fait et de droit justifiant le placement ou la prolongation de la rétention.

La Cour a précisé dans l'affaire [G. et R.](#) (CJUE, 10 septembre 2013, [G. et R.](#), C-383/13 PPU) que le non-respect du droit d'être entendu n'entraînait l'annulation de la décision que si l'issue de la procédure s'en trouverait affectée. Elle considère par ailleurs que l'administration n'est pas tenue d'entendre à nouveau la personne « au sujet d'une décision de retour lorsque, après avoir constaté le caractère irrégulier de son séjour sur le territoire national à l'issue d'une procédure ayant pleinement respecté son droit d'être entendu, elle envisage de prendre à son égard une telle décision » (CJUE, 5 novembre 2014, [Mukarubega](#), C-166/13).

Dès lors, la jurisprudence de la Cour implique que l'étranger soit entendu avant qu'une décision de retour ne soit édictée et que la décision de placement en rétention (et de prolongation de celle-ci) soit contrôlée par un juge, au regard des principes de nécessité et de proportionnalité. Ces décisions doivent être motivées et fondées sur des critères objectifs après un examen individuel de la situation de l'étranger³.

RESSOURCES SUPPLÉMENTAIRES

- Le projet *HEAR : Hearing Entails Awareness and Rights* (Être entendu conduit à la sensibilisation et aux droits) promeut l'application du droit d'être entendu, et a créé un [manuel](http://www.hear.farbg.eu) à ce sujet. www.hear.farbg.eu
- [L'analyse](#) du projet *REDIAL (REturn Directive DIALogue)* de la mise en œuvre de chapitre III de la directive de « retour », y compris le droit d'être entendu.

3. LE DROIT À UN RECOURS EFFECTIF ET L'EFFET SUSPENSIF

Le « droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial » est consacré à l'article 47 de la [Charte des droits fondamentaux](#) de l'UE et à l'article 19 du [TUE](#). Un principe général du droit de l'Union, consacré par la CJUE, garantit l'accès à un juge (voir notamment CJCE, 15 mai 1986, [Johnston](#), 222/84). Le droit à un recours effectif est également protégé par la [Convention européenne](#) des droits de l'homme et son article 13, qui constitue une garantie d'ordre général, lorsque des garanties plus spécifiques ne s'appliquent pas comme le droit à un procès équitable (article 6 §1) ou le droit au contrôle de la légalité de la rétention (article 5 §4).

DANS LE CADRE DE DÉCISIONS RELATIVES À L'ÉLOIGNEMENT

Les dispositions de la directive « retour » sur le droit à un recours effectif à l'encontre des décisions liées à l'éloignement sont loin des propositions originelles de la Commission. Le paragraphe 1 de l'article 13 du texte ne prévoit un droit de recours qu'à l'encontre des décisions de retour, d'interdiction d'entrée et d'éloignement visées à l'article 12 §1 et autorise les États à organiser des voies de recours administratives ou ad hoc, plutôt que juridictionnelles.

³ Pour un résumé des obligations pesant sur les autorités nationales telles qu'interprétées par la Commission voir : [Recommandation de la Commission du 1er octobre 2015 établissant un « manuel sur le retour »](#) commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour, C (2015) 6250 final. La Commission a annoncé une mise à jour de ce manuel à l'été 2017, pour l'harmoniser avec sa recommandation visant à rendre les retours plus effectifs.

Cet instrument de droit dérivé doit toutefois être interprété en conformité avec le droit primaire. Dès lors, l'ensemble des décisions liées à l'éloignement doivent pouvoir faire l'objet d'un recours (ex : article 7 § 2 sur l'extension du délai de départ volontaire). De plus, si les autorités nationales peuvent prévoir des modalités de recours en première instance devant une autorité administrative ou ad hoc, le droit d'accès à un juge exige l'existence d'un recours juridictionnel, au moins en dernière instance.

Dans la directive « retour », le caractère suspensif du recours contre une décision d'éloignement demeure optionnel, puisque la directive autorise simplement l'autorité ou l'instance pertinente à suspendre l'exécution de la décision contestée (article 13 §2). Dans l'arrêt [Abdida](#), la CJUE adopte sur ce point un raisonnement très proche de celui de la Cour de Strasbourg relatif à l'article 13, combiné aux articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, en faisant le lien entre l'état de santé et le principe de non refoulement.

L'affaire concerne le refus de séjour et la décision d'éloignement imposée par la Belgique à un ressortissant Nigérian atteint du sida, au motif que les soins nécessaires sont disponibles dans son pays. Deux questions préjudicielles sont posées par la Cour du travail de Bruxelles à la CJUE. Elles concernent l'effet suspensif du recours contre ces deux décisions et la prise en charge des besoins élémentaires jusqu'à une décision définitive.

La CJUE réfute l'applicabilité de l'acquis asile à l'espèce, c'est-à-dire des directives « accueil » [2003/9](#), « qualification » [2004/83](#) et « procédure » [2005/85](#), dans la mesure où les demandes présentées à la juridiction de renvoi ne constituent pas des demandes de protection internationale. En conséquence, elle décide de soulever les dispositions pertinentes de la directive « retour ». Elle

considère que les articles 5 et 13 de la directive « retour », lus en conformité avec les articles 19 §2 et 47 de la Charte et interprétés à la lumière de la jurisprudence de la CEDH, exigent de reconnaître l'effet suspensif d'un recours exercé contre une décision d'éloignement qui exposerait le requérant à un risque sérieux de détérioration grave et irréversible de son état de santé.

Elle en déduit également que l'article 14 de la directive « retour » implique la prise en charge, dans la mesure du possible, des besoins de base (soins médicaux d'urgence et traitements indispensables des maladies) en cas de report de l'éloignement lié à l'effet suspensif du recours.

DANS LE CADRE DE DÉCISIONS RELATIVES À LA RÉTENTION

L'article 15 de la directive « retour » porte sur la rétention à des fins d'éloignement. En son paragraphe 2, elle prévoit les modalités du contrôle juridictionnel de la légalité de cette décision, lorsqu'elle est ordonnée par une autorité administrative.

Le paragraphe 3 de ce même article prévoit le réexamen de la rétention à intervalles raisonnables, d'office ou à la demande du ressortissant d'État tiers. En cas de rétention prolongée, ces réexamens doivent faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Cette disposition ne précise pas toutefois la nature dudit contrôle. Le caractère suspensif ou non d'un recours contre une mesure de placement n'est pas non plus abordé.

En l'absence de précisions supplémentaires dans la directive, les États membres demeurent compétents, conformément au principe de l'autonomie procédurale, pour organiser les modalités de réexamen de la rétention. Dans la pratique, on constate que la plupart des juges nationaux se limitent à un contrôle succinct de légalité de la

décision de placement en rétention (lorsque ce recours est rendu possible).

Cela étant, il ressort des considérants 13, 16, 17 et 24 de la [directive 2008/115](#) et de l'arrêt [El Dridi](#) (points 39 à 42) que toute rétention ordonnée est strictement encadrée par les dispositions du chapitre IV. Les autorités nationales doivent ainsi garantir le respect des droits fondamentaux, notamment l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux sur le droit à la liberté et la sûreté, interprété à la lumière de la jurisprudence de la CEDH relative à l'article 5 de la Convention. Les principes de proportionnalité et de nécessité de la mesure doivent également être respectés.

La directive « retour » et la jurisprudence de la CJUE la concernant imposent au juge national de s'assurer notamment du respect des exigences suivantes :

- **Placement en rétention possible en l'absence d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, et uniquement pour préparer le retour et/ou procéder à l'éloignement de l'étranger (directive « retour », art 15 § 1);**
- **Exigence d'une décision écrite expliquant en droit et fait le motif du placement et prévoyant un droit de recours (directive « retour », art 15 § 2) ;**
- **Examen régulier du placement et maintien en rétention (directive « retour », art 15 §2 et 3);**
- **Motifs de rétention limitativement énumérés, même si l'interprétation du « risque de fuite » reste à la discrétion des États membres (directive « retour », art 15 §1) ;**
- **Cessation de la rétention lorsqu'il n'existe plus de perspectives raisonnables d'éloignement (directive « retour », art 15 § 6), etc.**

L'article 5 §4 de la Convention européenne des droits de l'homme protège également le droit de « *toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention (...) 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* ». Si la forme du recours n'importe pas pour la Cour EDH, l'ampleur du contrôle doit « *s'étendre à chacune des conditions indispensables à la régularité de la détention d'un individu* » au regard de l'article 5 §1, le but de cet article étant de protéger l'individu contre l'arbitraire (CEDH, [A.M. c/ France](#), 12 juillet 2016, n°56324/13, §38). L'effet suspensif du recours contre la mesure de placement en rétention n'est en revanche pas obligatoire (§40).

Dès lors, le droit de l'UE, comme celui de la CEDH, fournissent matière à contestation dans le cadre d'un recours contre un placement en rétention, en exigeant un contrôle juridictionnel relativement étendu de la légalité de cette mesure.

RESSOURCES SUPPLÉMENTAIRES

- Pour plus d'information, consulter « [Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux](#) », JOUE C 303/17 du 14 décembre 2007.
- Pour accéder aux arrêts de la CJUE précisant la directive « retour », consulter le blog [European Migration Law](#), [accessible en ligne](#), et cliquer sur les liens en marge des articles pertinents.

4. LIBERTÉ DE CIRCULATION / DROITS DÉRIVÉS

Au titre du droit de l'UE, certaines catégories de personnes jouissent d'un droit à la libre circulation sur le territoire des États membres⁴. La directive « retour » ne leur est donc pas applicable (directive « retour », art 2 §3).

LE DROIT À LA LIBRE CIRCULATION DES MEMBRES DE LA FAMILLE D'UN CITOYEN DE L'UE

Très rapidement, le droit communautaire a fait bénéficier les travailleurs et autres agents économiques d'une liberté de circulation et d'établissement⁵. Désormais, la seule qualité de [citoyen européen](#), actif ou non, est génératrice de droits pour la personne (droit de circulation, droit de séjour, accès aux activités économiques), formalisés par des obligations imparties aux États membres (interdiction des discriminations à raison de la nationalité, principe d'égalité de traitement, interdiction des entraves indistinctement applicables)⁶.

A l'inverse, l'accès à la circulation et au séjour des ressortissants d'États tiers sur le territoire de l'UE est circonscrit et déterminé par l'applicabilité des législations européennes sur les visas court séjour, l'asile et l'immigration. Dans une grande majorité des situations individuelles toutefois, le statut migratoire des ressortissants d'États tiers relève exclusivement du droit national de chaque État membre.

Néanmoins, certains ressortissants d'États tiers bénéficient d'un droit à la libre circulation « par ricochet » ou de manière « dérivée ». Il s'agit des membres de la famille (conjoint, partenaire, descendants directs de moins de 21 ans ou à charge, ascendants directs à charge) d'un citoyen européen, agent économique (TFUE, art 45 ; règlement n°1612/68, art 11) ou inactif (directive 2004/38, art 3).

Toutefois, la jouissance de ces droits dérivés est conditionnée à l'usage, par le citoyen européen, de sa propre liberté de circulation dans un autre État membre que celui dont il a la nationalité. Cela signifie que dans les situations où cette condition de migration intra-européenne fait défaut, le ressortissant d'État tiers membre de la famille d'un citoyen européen⁷ ou d'un travailleur européen⁸ ne pourra en principe pas bénéficier de droits dérivés tirés du droit de l'UE.

4 La définition de cette catégorie de personne figure à l'article 2 §5 du [Code frontières Schengen](#)

5 Voir [TFUE](#), art 45, 49 et 56 ; [Règlement \(UE\) n°492/2011](#) du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union ; [Directive 2006/123/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur ; CJCE, 5 juillet 1984, [Caisse d'allocations familiales de la région parisienne c. Meade](#), aff. 238/83.

6 Voir [TFUE](#), art 20 et 21 ; [Directive 2004/38](#) du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

LE CAS PARTICULIER DES PARENTS ÉTRANGERS D'ENFANTS CITOYENS DE L'UNION, EN L'ABSENCE D'UN DROIT À LA LIBRE CIRCULATION « DÉRIVÉ »

L'article 20 du TFUE trouve toutefois à s'appliquer dans certaines situations dites « purement internes », c'est-à-dire lorsque le citoyen n'a pas exercé son droit à la libre circulation, et peut fonder un recours contre une mesure d'éloignement. Il fait en quelque sorte « naître un droit » pour le ressortissant d'État tiers lié à un citoyen de l'UE. Dans l'arrêt [Ruiz Zambrano](#) (C-34/09), la CJUE a estimé que « (...) l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union. »

Ce levier argumentatif, fondé sur « l'effet utile de la citoyenneté de l'Union », s'applique exclusivement aux situations où une décision de refus de séjour et d'éloignement à l'encontre d'un ressortissant d'État tiers oblige le citoyen de l'Union à « (...) quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble » ([Dereci e.a.](#), [C-256/11](#)). Le besoin de « vivre ensemble » ne suffit pas.

Dans la jurisprudence de la CJUE, ces cas très particuliers ne relèvent que de la mise en cause des droits d'un enfant citoyen de l'Union. Ce moyen ne fonctionne pas lorsqu'une mesure d'éloignement contraint un couple, sans enfant, à quitter le territoire de l'UE pour maintenir l'unité familiale.

Selon la CJUE, l'affectation des droits du citoyen européen doit être appréciée par le juge national au regard de plusieurs critères :

- **La mesure d'éloignement affecterait le parent assurant la garde légale de l'enfant, les charges financières et avec lequel existe un lien de dépendance affective, en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit à une vie privée et familiale (CJUE, [C-133/15](#)).**
- **L'existence d'une nationalité européenne de l'enfant autre que celle de l'État membre dans lequel il réside et dans lequel la demande de séjour a été introduite, et qui pourrait permettre à l'enfant et au parent étranger de s'y rendre pour ne pas quitter l'UE (CJUE, [C-165/14](#)).**
- **Dans le contexte d'une recomposition familiale, le lien de dépendance existant entre un beau-père ressortissant d'État tiers et l'enfant citoyen européen de sa conjointe, et l'existence parallèle d'un parent biologique demeurant sur le territoire de l'UE (CJUE, [C-356/11](#) et [C-357/11](#)).**

7 [Directive 2004/38](#) du 29 avril 2004, art 3 ; CJUE, [Shirley McCarthy c/ Secretary of State for the Home Department](#), C-434/09, 05.05.2011

8 Voir notamment, CJCE, 28 juin 1984, [Hans Moser c. Land Baden-Württemberg](#), C-180/83 ; CJCE, 27 octobre 1982, [Morson et Jhanjan c. Staat der Nederlanden](#), aff jtes 35 et 36/82 ; CJCE, 5 mai 1997, [Land Nordrhein-Westfalen c. Uecker et Jacquet](#), aff jtes C-64/96 et C-65/96.



Photo: © Anjo Kan | Dreamstime.com
Enfants dans le camp de Moria, Lesbos, Grèce.

**III. LES IMPLICATIONS DE LA JURISPRUDENCE DE LA
CEDH POUR LES DROITS DES MIGRANTS EN DROIT DE
L'UE : *ARRÊT KHLAIFIA***

Photo: © Piotr Adamowicz | Dreamstime.com

Trois ressortissants tunisiens débarquèrent irrégulièrement sur les côtes italiennes en 2011. Ils furent placés en rétention dans un centre d'accueil de Lampedusa, puis transférés à bord des navires *Vincent et Audace* amarrés à Palerme et tous trois éloignés vers Tunis les 27 et 29 septembre 2011.

Dans une requête portée devant la CEDH le 9 mars 2012, les requérants allèguent une violation de l'article 3, et de l'article 13 combiné à l'article 3 de la Convention par les autorités italiennes, dans la mesure où ils ont été exposés à des traitements inhumains et dégradants durant leur séjour, et n'ont pas bénéficié d'un recours effectif à cet égard. A noter que des poursuites entamées par des associations contre les conditions d'accueil en question ont été classées sans suite le 1^{er} juin 2012.

Les requérants allèguent par ailleurs avoir fait l'objet d'une violation des articles 5 § 1, 2 et 4 de la Convention, ainsi que de l'article 4 du Protocole 4, et de l'article 13 combiné à ce dernier. Estimant avoir fait l'objet d'une rétention arbitraire et d'une expulsion collective, ils affirment n'avoir reçu aucun document ni information sur la base légale des mesures prises à l'encontre et les possibilités de recours existantes. En réponse, le gouvernement signale que les requérants ont été d'abord identifiés individuellement à Lampedusa, puis reçus par le consul de

Tunisie pour vérification de l'état civil. Il produit également trois décrets de refoulement, remis le jour de l'éloignement, et portant la mention d'un refus de signature. Pour appuyer l'existence d'une voie de recours effective (mais non suspensive) mentionnée sur ces actes, le gouvernement présente deux ordonnances d'annulation de décrets de refoulement par le juge de paix, au motif qu'ils n'ont pas été adoptés dans un délai raisonnablement court à compter de l'interpellation, générant une privation de liberté de fait.

La Cour de Strasbourg délibère ici pour la première fois sur la rétention des migrants à Lampedusa, à l'heure où les arrivées ne cessent d'augmenter.

La [Grande Chambre](#) (Khlaifia et autres c. Italie, No. 16483/12, 15 décembre 2016), confirmant l'arrêt de la [Chambre](#), estime que les mesures contraignantes prises à l'égard des requérants relèvent d'une privation de liberté couverte par l'article 5 de la Convention et de la compétence *ratione materiae* de la Cour. Peu importe la qualification en droit interne des lieux concernés, qui ne relevaient pas de la « *détention* » selon le gouvernement défendeur, mais du « *premier secours* » de l'« *assistance* » et de l'« *accueil* » (§§58-60).

La Cour constate plusieurs violations de la Convention par les autorités italiennes :

- **Violation de l'article 5 § 1 (droit à la liberté et à la sûreté)**

L'absence de « *base légale claire et accessible (..) ne satisfait pas au principe général de la sécurité juridique et ne s'accordait pas avec le but de protéger l'individu contre l'arbitraire* » (§§105-108).

La Cour considère que les dispositions relatives à la privation de liberté des étrangers en situation irrégulière doivent être clairement définies en droit interne. Cette disposition ne se borne pas à renvoyer à l'existence d'une loi interne, mais concerne aussi « *la qualité de la loi* ».

La CJUE s'est également fondée sur cette exigence de la qualité de la loi, telle qu'elle ressort de l'article 5 CEDH, dans l'arrêt [Al Chodor du 15 mars 2017](#) pour considérer que l'article 2 n) et l'article 28 §2 du Règlement Dublin III imposent aux États membres de « *de fixer, dans une disposition contraignante de portée générale, les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite du demandeur d'une protection internationale qui fait l'objet d'une procédure de transfert* » et peuvent justifier un placement en rétention.

La combinaison de ces deux jurisprudences de la CEDH et de la CJUE offre donc un point de départ intéressant à des recours futurs concernant la qualité de la loi interne relative à la rétention des étrangers, en particulier relativement à la précision des motifs de privation de liberté d'un étranger, comme par exemple le risque de fuite.

- **Violation de l'article 5 § 2 (droit d'être informé dans le plus court délai sur les raisons de sa privation de liberté)**

Les décrets de refoulement émis par les autorités italiennes ne comportaient aucune référence aux « *raisons juridiques et factuelles* » de la rétention et ne leur ont pas été transmis dans le délai requis (§§117-122).

- **Violation de l'article 5 § 4 (droit de faire statuer à bref délai sur la légalité de sa privation de liberté)**

L'absence d'information sur les recours contre la privation de liberté des requérants vidait de son contenu leur droit d'introduire un recours contre les décisions litigieuses et d'obtenir une décision juridictionnelle à leur sujet (§§132-135).

En effet, la jurisprudence de la CEDH (comme celle de la CJUE) exige un contrôle juridictionnel étendu de la régularité de la mesure de placement en rétention (voir supra « droit à un recours effectif »).

- **Absence de violation de l'article 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants)**

Les conditions d'accueil dans le centre de Lampedusa et les navires de Palerme n'atteignent pas le seuil de gravité nécessaire pour tomber sous le coup de l'article 3 (§§187-201 et 202-211). (La Chambre avait pourtant considéré que les conditions d'enfermement dans le centre d'accueil de Lampedusa violaient l'article 3 CEDH).

- **Absence de violation de l'article 4 du Protocole 4 (interdiction des expulsions collectives d'étrangers)**

Selon la CEDH, cette disposition « *ne garantit pas en toute circonstance le droit à un entretien individuel* », mais seulement la « *possibilité, réelle et effective, d'invoquer les arguments s'opposant à son expulsion* » et leur examen « *d'une manière adéquate par les autorités de l'État défendeur* » (§248). Les requérants ayant fait l'objet de deux procédures d'identification, la Cour considère qu'ils ont bénéficié de cette possibilité (§§243-255). La Chambre avait pourtant conclu à la violation de l'article 4 du Protocole 4, se fondant sur le caractère standardisé des décrets de refoulement.

Certains praticiens et universitaires considèrent⁹ que les conclusions de la Grande Chambre relatives à l'article 4 du Protocole 4 vident cette interdiction procédurale de ses garanties et constituent un recul de la jurisprudence de la CEDH s'agissant du droit à un entretien individuel. Comment savoir si une personne allègue ou non des risques individuels en cas d'expulsion sans entretien individuel ?

En droit de l'UE, les procédures d'asile garantissent le droit systématique à un entretien individuel¹⁰. Ce droit est limité dans le cadre des procédures relatives au retour (voir supra « droit d'être entendu »).

- **Violation de l'article 13 (droit à un recours effectif) combiné avec l'article 3**

L'absence d'indication d'une voie de recours permettant aux requérants de dénoncer leurs conditions d'enfermement (§§270-271) justifie ce constat.

- **Absence de violation de l'article 13 combiné avec l'article 4 du Protocole 4**

La possibilité d'un recours signalée dans les décrets de refoulement suffit, puisque « *l'absence d'effet suspensif d'un recours contre une décision d'éloignement n'est pas en soi constitutive d'une violation de l'article 13 de la Convention lorsque, comme en l'espèce, les requérants n'allèguent pas un risque réel de violation des droits garantis par les articles 2 et 3 dans le pays de destination* ». (§281 et §§272-281). La Chambre avait adopté la position inverse.

9 Voir [Denise Venturi](#), « The Grand Chamber's ruling in *Khlaifia and Others v Italy*: one step forward, one step back? » (La décision de la Grande Chambre dans *Khlaifia et autres contre l'Italie*: un pas en avant, un pas en arrière?), 10 janvier 2017 ; [Stefano Zirulia & Steve Peers](#), « A template for protecting human rights during the 'refugee crisis'? Immigration detention and the expulsion of migrants in a recent ECtHR Grand Chamber ruling » (Un modèle pour protéger les droits de l'homme pendant la « crise des réfugiés »? La rétention et l'expulsion des migrants dans une décision récente de la Grande Chambre de la Cour de justice), 5 janvier 2017 ; [L. Tsourdi](#) « Refining the prohibition of collective expulsion in situation of mass arrivals: a balance well struck? » (Affiner l'interdiction de l'expulsion collective en situation d'arrivées de masse: un juste équilibre?), Newsletter EDEM, janvier 2017

10 Voir notamment Directive [2013/32/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, articles 14 et 15, Règlement UE [n°604/2013](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, articles 3 et 5

Les précisions de la Cour concernant la conditionnalité du caractère suspensif du recours prévu par l'article 13 à l'existence d'un grief fondé sur l'article 2 ou 3 CEDH, qui semblent revenir sur les conclusions de l'arrêt de la Grande Chambre dans [Souza Ribeiro c. France \(n°22689/07\)](#), sont problématiques. Les développements jurisprudentiels de la CJUE évoqués plus haut sur le sujet s'avèrent plus protecteurs.

De nombreux commentateurs considèrent qu'il est indispensable de faire évoluer la jurisprudence de la CEDH sur cet aspect, afin de garantir l'effectivité des recours par un effet suspensif en toute circonstance dans le cadre des procédures d'éloignement.

Depuis cette décision, la rétention a toujours lieu sans fondement légal ni limite de temps dans les *hotspots* italiens. Il faut donc mobiliser les praticiens, en espérant un arrêt pilote.

RESSOURCES SUPPLÉMENTAIRES

- Pour plus d'information sur le cas Khlaifia, consulter « [A template for protecting human rights during the 'refugee crisis'? Immigration detention and the expulsion of migrants in a recent ECtHR Grand Chamber ruling](#) » (Un modèle pour protéger les droits de l'homme pendant la «crise des réfugiés»? La rétention et l'expulsion des migrants dans une décision récente de la Grande Chambre de la Cour de justice), 5 janvier 2017.
- Pour plus d'information, voir aussi « [Detention of asylum-seekers: the first CJEU judgment](#) » (Rétention des demandeurs d'asile: premier jugement de la CJUE) par Steve Peers, 9 mars 2016.



Photo: © Maxironwas | Dreamstime.com
Des migrants attendent d'être identifiés après leur arrivée en Italie.



IV. LE RÈGLEMENT INSTITUANT UN CORPS EUROPÉEN DE GARDE-FRONTIÈRES ET GARDE-CÔTES : UN CADRE POUR LA RESPONSABILITÉ

Photo: © Vladimir Jovanovic | Dreamstime.com
Clôture frontalière, Hongrie.

1. LE CORPS EUROPÉEN DE GARDE-FRONTIÈRES ET DE GARDE-CÔTES

Adopté en un temps record et dans un contexte d'urgence, le règlement (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes¹¹ est désormais entré en vigueur. Ses dispositions s'appuient sur le texte qui avait donné

naissance à l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'UE (Frontex)¹² et renforcent ou développent un certain nombre d'activités préexistantes.

Corps européen de garde-frontières et de garde-côtes – les principales nouveautés :

- le « *corps européen de garde-frontières et de garde-côtes* », composé des autorités nationales des États membres et de l'« *Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes* » (art 3 §1) ;
- la définition de la « *gestion européenne des frontières* » (art 4) ;
- le principe de « *responsabilité partagée de l'Agence et des autorités nationales* » en matière de gestion européenne intégrée des frontières (art 5) ;
- le renforcement des capacités de l'Agence (art 8), parmi lesquels :
 - son rôle en matière de surveillance des flux migratoires et d'analyse des risques aux frontières de l'Union (art 11), assurée par une obligation d'échange d'information faite aux États membres (art 10) et les officiers de liaison dans les États membres (art 12) ;
 - l'évaluation de « *la vulnérabilité* », c'est à dire, « *la capacité et l'état de préparation des États membres pour faire face aux défis à venir (...) aux frontières extérieures (...)* » et des mesures correctives nécessaires (art 13), avant intervention du Conseil de l'UE et de la Commission (art 19 et Code frontières Schengen, art 29) ;
 - la création d'une « *réserve de réaction rapide* » permanente de 1 500 garde-frontières minimum (art 20) ;
 - la mission opérationnelle nouvelle des équipes européennes de garde-frontières et de garde-côtes dans le cadre des « *équipes d'appui à la gestion des flux migratoires* » déployées dans les « *hotspots* » et coordonnées par la Commission (art 18) ;
 - l'extension des capacités de coordination et d'assistance de l'Agence en matière de retour (art 27 à 33) ;
 - la coordination des opérations conjointes entre États membres et États tiers, y compris sur les territoires de ces derniers (art 54) ;
 - le développement de l'étendue des données à caractère personnel collectées et des finalités de leur traitement par l'Agence (art 46 à 49) ;
 - la mise en place d'un mécanisme administratif de traitement des allégations d'« *atteintes aux droits fondamentaux* » par des individus dans le cadre des opérations couvertes par le règlement, en coopération avec l'officier aux droits fondamentaux (art 72).

2. ASPECTS IMPORTANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX

Le règlement, qui fait référence de manière insistante et répétée aux obligations de droits de l'homme pesant sur les États membres et les institutions européennes, alerte le praticien. L'article premier rappelle que les missions du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes doivent s'effectuer dans le plein respect des droits fondamentaux. L'agence est tenue par l'article 34 de développer et mettre en œuvre une stratégie de protection des droits fondamentaux, comprenant un mécanisme efficace de contrôle du respect de ces obligations¹³.

En effet, les activités du corps européen de garde-côtes et de garde-frontières sont fortement susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux des étrangers, tels que le droit d'asile ou le principe de non refoulement. Les opérations conjointes entre États membres, coordonnées par Frontex, visent à contrôler les mouvements migratoires le plus en amont possible des frontières extérieures de l'UE. Elles conduisent donc à des interceptions ou barrages tout au long du parcours de personnes susceptibles d'être éligibles à une protection internationale ou

de risquer des traitements inhumains ou dégradants en cas de retour.

De plus, ces mesures coercitives sont souvent mises en œuvre dans les eaux internationales ou sur le territoire d'États tiers, ce qui génère un manque de transparence, tout autant qu'un déficit de contrôle démocratique et juridictionnel sur d'éventuels comportements illicites.

Par ailleurs, de nouvelles thématiques surgissent, comme celle de la protection des données personnelles. Dans le règlement, ces aspects sont traités sous l'angle des compétences de l'Agence uniquement (art 44-50). Aucune disposition n'encadre les données exploitées par les garde-frontières nationaux.

Toute personne peut évidemment se prévaloir des textes qui encadrent cette question en droit de l'Union¹⁴, mais l'hypothèse d'un éloignement de l'individu déjà effectué rend l'établissement d'une violation difficile.

11 [Règlement \(UE\) 2016/1624](#) du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) [2016/399](#) du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, JOUE n° L 251, 16 septembre 2016, p. 1-76

12 [Règlement \(CE\) n° 2007/2004](#) du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JOUE n° L 349, 25 novembre 2004, amendé 4 fois par le règlement (EC) n° [863/2007](#) du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007, JOUE n° L 199, 31 juillet 2007, le règlement (UE) n° [1168/2011](#) du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011, JOUE n° L 304, 22 novembre 2011, le règlement (UE) n° [656/2014](#) du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014, JOUE n° L 189, 27 juin 2014.

13 Au-delà de ces deux dispositions, les occurrences de la notion de « droits fondamentaux » dans le règlement apparaissent en grand nombre.

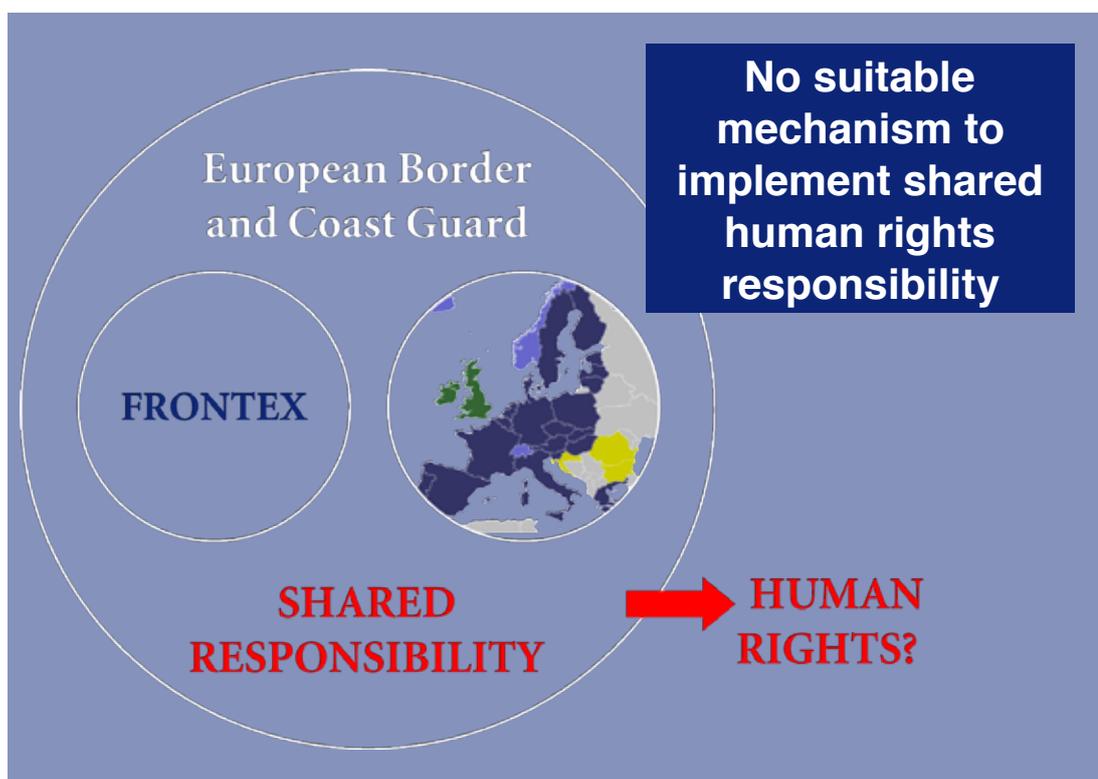
14 Voir notamment le [Règlement \(UE\) 2016/679](#) du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant [la directive 95/46/CE](#) (règlement général sur la protection des données).

3. RÉPARTITION DES RESPONSABILITÉS EN CAS DE VIOLATION DES DROITS DE L'HOMME

Le régime classique de la responsabilité de l'État ou d'un organe de l'UE pour violation du droit de l'UE s'applique à ces activités. Trois conditions doivent être remplies¹⁵:

1. une règle de droit violée qui confère des droits aux particuliers ;
2. une violation constituant une méconnaissance manifeste et grave des limites du pouvoir d'appréciation de l'État membre ou de l'institution européenne ;
3. un lien de causalité direct entre la violation et le dommage.

Au vu du nombre d'acteurs impliqués dans les opérations conjointes, l'attribution de la violation à un ou plusieurs acteurs pose problème. Le droit international et le droit de l'UE exigent un contrôle effectif pour attribuer le comportement illicite en cause (contrôle de jure ou de facto) à un sujet de droit international. Au regard du DUE, il s'agit aussi d'évaluer la marge d'appréciation laissée aux États membres dans la mise en œuvre de la politique de gestion des frontières extérieures.



Source: la nouvelle *agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes*: responsabilité partagée des droits de l'homme? Présentation par Melanie Fink, Chercheuse à l'Université de Leiden, séminaire juridique de PICUM à Bruxelles, le 8 juin 2017.

15 Voir notamment [TFUE](#), art 340 ; [Règlement EBCG](#), art 60(3) ; CJCE, 19 novembre 1991, [Frankovitch et Bonifaci](#), C-6/90 et C-9/90; CJCE, 05 mars 1996, [Brasserie du Pêcheur et Factortame](#), C-46/93 et 48/93

En dépit du principe de « *responsabilité partagée* » et de la création d'une « *réserve de réaction rapide* », le corps européen maintient la responsabilité principale des États membres (art 5 §1). Les actes de coercition à l'égard des individus sont donc présumés imputables aux officiers des États membres.

En principe, le mécanisme de l'État membre hôte prévu par le règlement régit l'allocation des responsabilités entre États membres participant aux opérations. Les équipes du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes agissent sur instructions et en présence d'agents de l'État membre hôte, ou peuvent être autorisés à agir en son nom (art 21 et 40). L'État membre hôte d'une opération est réputé responsable en cas de dommage, conformément à son droit national (Art 42) même si les membres des équipes demeurent soumis aux mesures

disciplinaires de leur État membre d'origine (art 21, 29, 30, 31). Les membres des équipes déployées durant les opérations sont traités conformément au droit national de l'État membre hôte en cas de mise en cause de leur responsabilité pénale (art 43).

Pour autant, la chaîne de commandement semble moins établie dans la pratique entre agents nationaux. Par ailleurs, le personnel de Frontex est de plus en plus présent au sol, bien que ne disposant pas, formellement du moins, de pouvoirs exécutifs.

De plus, chaque opération conjointe est conduite sur la base d'un plan opérationnel adopté conjointement par les États membres concernés et Frontex. L'Agence est soumise à des obligations positives dans l'exercice de ses compétences de supervision, et pourrait être tenue responsable à ce titre.

4. MÉCANISMES DE MISE EN ŒUVRE DES RESPONSABILITÉS

Les mécanismes de recours accessibles aux individus en droit de l'UE sont insuffisants, et révèlent un décalage entre le droit et la pratique.

Le mécanisme de plainte institué par le règlement instituant le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes prévoit seulement une évaluation de l'admissibilité des requêtes individuelles par l'officier des droits fondamentaux de l'Agence, puis leur transmission aux États membres ou au Directeur exécutif de Frontex (art 72).

Ce système, qui renvoie au droit national de chaque État, ne garantit aucune harmonisation en termes de sanction ou de réparation.

La protection des droits fondamentaux ne semble donc pas faire un bond avec ce nouveau règlement.

Si le recours en responsabilité prévu par le droit de l'UE semble plus adapté, il n'existe pas de tribunal unique devant lequel un individu pourrait déposer une plainte et faire valoir cette responsabilité partagée. Il serait alors nécessaire de s'adresser aux juridictions de chaque État membre concerné, en parallèle d'un éventuel recours devant la CJUE contre Frontex.

Parallèlement et conformément à la jurisprudence *Bosphorus* de la CEDH¹⁶, un recours individuel alléguant de comportements illicites perpétrés par un ou plusieurs États membres lors d'une opération Frontex, ne pourra aboutir devant la Cour de Strasbourg que si ces derniers disposent d'un pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre du droit de l'UE.

RESSOURCES SUPPLÉMENTAIRES

- Voir aussi « [Agenda européen en matière de migration: la Commission fait rapport sur les progrès réalisés pour assurer le plein fonctionnement du nouveau corps européen de garde-frontières et de garde-côtes](#) », Commission européenne, 25 janvier 2017.
- Voir aussi « [The Proposal for a European Border and Coast Guard: Evolution or Revolution in External Border Management?](#) » (La proposition d'un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes: évolution ou révolution dans la gestion des frontières extérieures?), étude pour le comité LIBE du Parlement européen, 2016.

16 CEDH, Grand Chamber, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticared Anonim Sirketi c. Irlande*, 30 juin 2005, Req. n° 45036/98

V. CONCLUSION :

UTILISER LE DROIT DE L'UNION POUR PROTÉGER LES DROITS DES ÉTRANGERS EN EUROPE

La question de l'accès des étrangers à la justice est primordiale.

Cependant, le droit de l'Union en matière migratoire est caractérisé par un déficit de mise en œuvre de la part des autorités nationales. C'est donc devant le juge national que l'avocat peut au mieux faire valoir les droits que les étrangers tirent du droit de l'Union. Le changement des pratiques administratives, pour les rendre conformes à l'acquis européen, est difficile à provoquer et le dialogue juridictionnel entre juges nationaux et européens est un moyen efficace pour contraindre les autorités nationales à respecter leurs obligations européennes.

Les praticiens doivent se saisir du droit de l'Union et mieux l'utiliser pour assurer la protection des droits des migrants face aux administrations nationales. La période actuelle est néanmoins marquée par une politique de plus en plus restrictive à l'égard des migrants. Les défenseurs du droit des étrangers en Europe ont donc beaucoup à faire pour faire face au durcissement de la politique de retour.

Dans le contexte d'abondance de voies de droit qui caractérise l'Union européenne, la créativité et l'utilisation de toutes les possibilités juridictionnelles et para-juridictionnelles, internes, régionales et internationales peut permettre des évolutions jurisprudentielles majeures. La multiplication des recours permet d'encourager la « fertilisation croisée » des jurisprudences européennes et nationales. Il suffit d'un seul avocat et d'un seul juge pour poser une question préjudicielle à la CJUE par exemple.

Un contentieux est aussi « stratégique » lorsqu'il s'inscrit dans une vision de long terme et a pour objectif d'engager des changements sociaux et juridiques profonds. Pour répondre à cette exigence, la coopération entre avocats et ONG est essentielle.

Les organisations de défense des droits des étrangers jouent un rôle important pour sensibiliser l'opinion publique et les décideurs politiques, en parallèle de la procédure juridictionnelle. Comme l'ont démontré les actions des organisations américaines dans le cas du « travel ban » (interdiction de voyager) ou de l'expulsion des parents étrangers d'enfants américains, il est important de combiner une approche contentieuse avec des actions de plaidoyer et une stratégie de communication pour maximiser les chances de succès.

L'intervention des activistes dans le travail des avocats ou d'avocats activistes, permet aussi d'identifier les changements requis en fonction des besoins du terrain, et les moyens parfois détournés pour y arriver. Elle peut permettre de promouvoir un changement dans la culture des avocats, qui ont parfois l'habitude d'anticiper les résultats des affaires, risquant ainsi d'adopter un positionnement conservateur.

L'affaire [Zambrano](#) est à ce titre significative : c'est grâce au renvoi préjudiciel exercé par une juridiction spécialisée en droit social que les parents d'enfants citoyens européens se sont vu reconnaître un droit de séjour dans l'Union européenne (et non lors de la contestation plus classique d'une décision de retour).

Les organisations de défense des droits des étrangers sont indispensables pour collecter et fournir des informations de terrain, fiables et précises, aux juges chargés du contentieux des étrangers.

Sur ce point, l'implication des avocats est aussi déterminante. A l'occasion de l'affaire [Khlaifia](#), les avocats se sont rendus en Tunisie pour recueillir les témoignages et les mandats de représentation des personnes victimes de « push-back ». Pour monter des dossiers relatifs à l'article 4 du Protocole 4 de la Convention et espérer modifier cette jurisprudence de la Cour de Strasbourg, il faut désormais encourager les praticiens à se rendre dans les pays tiers pour y rencontrer les victimes d'expulsions collectives.

L'absence de recours effectifs dans le domaine de la gestion des mouvements migratoires est assez fréquente, de sorte qu'il faut également sensibiliser les praticiens à l'action directe devant la Cour EDH, et pas uniquement après épuisement des voies de recours internes¹⁷.

Un plus grand partage du savoir juridique à destination des étrangers eux-mêmes peut enfin s'avérer décisif dans le domaine. Une meilleure connaissance de leurs droits peut permettre aux individus concernés par les pratiques en cause de participer activement à la stratégie contentieuse.

Ainsi, une approche stratégique et volontariste de la part de tous les acteurs est souhaitable pour mieux protéger les droits que les étrangers tirent du droit européen, et obliger les autorités nationales à respecter l'acquis européen en matière de rétention et de retour.

17 La règle d'épuisement des voies de recours internes posée par l'article 35 §1 ne prescrit toutefois l'épuisement « que des seuls recours à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquats », et existants « à un degré suffisant de certitude non seulement en théorie mais aussi en pratique ». Dès lors, la Cour considère que dans les cas où le droit national ne permet pas un recours effectif, il n'est pas nécessaire de démontrer l'épuisement des instances avant la saisine de la CEDH. Voir parmi beaucoup d'autres, CEDH, Grande Chambre, [Salman c. Turquie](#), 27 juin 2000, Req. n° 21986/93, § 81, CEDH, [Ilhan c. Turquie](#), 27 juin 2000, Req. n° 22277/93, § 58, et plus récemment, CEDH, 19 janvier 2017, [I.P. c. Bulgarie](#), Req. n° 72936/14, §§40-49



 **PICUM**

PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON
UNDOCUMENTED MIGRANTS

www.picum.org



EuropeanMigrationLaw.eu

www.europeanmigrationlaw.eu