



Droit administratif, droit pénal : aperçu de la pénalisation des migrations à travers l'UE

Remerciements

Le présent document a été rédigé par PICUM (Plateforme pour la coopération internationale relative aux personnes migrantes et sans papiers) pour Porticus en avril 2023, et a été révisé à des fins de publication en février 2024.

Il a été rédigé par Eleonora Celoria, consultante, et par Marta Gionco, responsable de plaidoyer de PICUM. Sa relecture a été assurée par Silvia Carta, responsable de plaidoyer, et par Michele LeVoy, directrice de PICUM.

Nous remercions tous les membres de PICUM qui ont contribué à ce document, ainsi que les personnes interrogées pour le partage de leur expertise :

- Lucie Audibert, Privacy International
- Hope Barker, Border Violence Monitoring Network
- Laure Baudrihay-Gérard, (anciennement de) Fair Trials
- Nicoletta Charalambidou, KISA
- Chiara Denaro, Alarm Phone
- Małgorzata Jaźwińska, Stowarzyszenia Interwencji Prawnej (Association pour l'intervention judiciaire, ou SIP)
- Alexandros Konstantinou, Greek Council for Refugees
- HIAS Greece
- Manon Louis, Mobile Info Team
- Luca Mario Masera, Association pour les études juridiques en matière d'immigration (ASGI)
- Gruša Matevžič, Comité Helsinki Hongrie
- Diana Radoslavova, Center for legal aid - Voice in Bulgaria (CLA)
- Anna Sibley, Gisti/Migreurop

Nous souhaitons également remercier Manuela De Koster, ancienne stagiaire en plaidoyer à PICUM, pour l'aide qu'elle nous a apportée.

Pour faciliter la lecture, des traductions non officielles de citations et de textes juridiques figurent dans ce document lorsqu'aucune traduction officielle n'était disponible.

© PICUM, 2024

Traduction : Morgane Delage

Image de couverture : ChaoticMind with AI support - Adobe Stock

Cette publication a été rendue possible grâce au soutien de :



Ce rapport a reçu le soutien financier du programme de l'Union européenne pour l'emploi et l'innovation sociale "EaSI" (2021-2027). Pour plus d'informations, veuillez consulter : <http://ec.europa.eu/social/easi>. Les informations contenues dans cette publication ne reflètent pas nécessairement la position officielle de la Commission européenne.

Table des matières

Résumé	4
Introduction	6
Des objectifs convergents : la rétention administrative pour des motifs de politique publique ..	9
Que peut-on réellement considérer comme une menace à l'ordre ou à la sécurité publics ?	11
Pratiques des États membres en matière de rétention pour motifs liés à la sécurité nationale	11
Pratiques des États membres en matière de rétention pour motifs liés à l'ordre public	12
Double incrimination et traitement discriminatoire	14
Le droit pénal comme outil de dissuasion à la migration.	16
Le prix à payer en matière de droits humains pour appliquer des politiques de lutte contre les passeurs	17
L'utilisation de la technologie pour appliquer les lois migratoires.....	21
Pratiques nationales en matière de surveillance de masse	22
Conclusion	25

Résumé

Ce document porte sur l'amalgame entre le droit pénal et le droit administratif dans le contexte des migrations. Ces deux branches du droit servent des fins différentes, mais cette distinction devient floue en matière de politique migratoire. D'une part, le droit des migrations, qui devrait appartenir à la branche du droit administratif, est utilisé à des fins d'application du droit pénal ; d'autre part, les États ont de plus en plus recours au droit pénal comme instrument d'application des lois migratoires. Le présent document étudie ces tendances croissantes à travers trois perspectives de recherche, en tenant compte de l'évolution politique et législative de l'Union européenne et dans des pays européens. Il se concentre principalement sur la Bulgarie, Chypre, la France, l'Espagne, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, la Pologne et le Royaume-Uni.

La première perspective de recherche est axée sur la détention des personnes migrantes pour des motifs liés à la « sécurité nationale » ou à « l'ordre public ».

Ces dernières années, il y a eu une convergence vers l'acceptation du placement en rétention de personnes migrantes pour ces motifs à l'échelle de l'UE, comme le montre la proposition de 2018 de la Commission européenne visant à modifier la Directive Retour. Au niveau national, des entretiens ont démontré qu'en Bulgarie, à Chypre, en Grèce, en Hongrie et en Pologne, il est particulièrement difficile de remettre en cause des décisions de mises en détention pour des motifs de sécurité nationale en raison d'un manque de garanties de procédure et d'un accès limité aux informations classifiées. En Italie et en France, des lois et des projets de lois ont priorisé l'expulsion et le placement en rétention de personnes considérées comme des menaces à l'ordre ou à la sécurité publics, bien que ce concept ne soit pas clairement défini. De ce point de vue, la rétention administrative est utilisée à des fins pénales. Par conséquent, cela crée un double poids deux mesures en termes d'accès aux garanties d'un procès équitable, en fonction de la nationalité et le statut migratoire de la personne concernée, et d'alimenter des récits préjudiciables qui assimilent les migrants à des criminels.

La deuxième perspective de recherche explore l'utilisation du droit pénal en tant qu'outil de régulation des migrations, en vue d'empêcher et de dissuader la mobilité des personnes.

Outre la pénalisation de l'entrée ou du séjour sur le territoire en situation irrégulière, les accusations liées au trafic sont de plus en plus régulières, et elles visent des acteurs de la société civile comme des personnes migrantes. Cette tendance est particulièrement visible en Grèce, en Italie et au Royaume-Uni, où le nombre de procédures pénales engagées contre des pilotes de bateaux a fortement augmenté ces dernières années. En conséquence, des personnes migrantes ont été placées en rétention de manière systémique, elles ont été exclues des procédures de demande d'asile, et les procédures de protection prévues en droit administratif n'ont pas été respectées. Cette approche néglige les torts subis par les personnes, qui découlent directement des politiques de lutte contre le trafic, et ignore le fait que le trafic de personnes migrantes est une réponse au contrôle des frontières, plutôt qu'une cause première de la migration.

La troisième perspective de recherche analyse le recours aux technologies informatiques et à l'intelligence artificielle (IA) à des fins de régulation des migrations et de surveillance.

La collecte et le traitement de données personnelles des personnes migrantes par les bases de données des autorités nationales et européennes sont au cœur de cette tendance ; les données ne sont pas uniquement utilisées à des fins administratives, mais aussi pour des opérations de contrôle et de prévention de la criminalité. À l'échelle de l'UE, de récentes propositions législatives incluent plusieurs éléments qui ouvriront la voie à un recours accru à l'IA et aux technologies de contrôle des frontières dans un contexte d'application des lois migratoires. Au niveau national, au moins 15 pays européens ont mis en place des systèmes de reconnaissance faciale et biométrique destinés à la surveillance de masse ; ces systèmes sont souvent utilisés pour renforcer les contrôles aux frontières existants et pour limiter la liberté de circulation des personnes migrantes.

En mettant en lumière des tendances émergentes et des études de cas précises, ce briefing vise à étudier différents enjeux liés à l'amalgame entre le droit administratif et le droit pénal, en mettant en

avant leurs répercussions sur les droits humains des personnes migrantes et en proposant d'autres perspectives de recherche.

Cadre et méthodologie

Ce document est publié dans le cadre du projet de PICUM intitulé « Stratégie tripartite contre la rétention administrative dans l'UE », qui vise à identifier les manques de connaissance dans le domaine de la rétention administrative et à transmettre des recommandations d'études et d'actions complémentaires dans ce secteur. Cet article se concentre plus particulièrement sur une tendance croissante à l'amalgame entre le droit administratif et le droit pénal. Il porte sur des questions sous-étudiées, liées à la transformation de la rétention administrative en « mesure de sécurité » dans un contexte où la migration elle-même est décrite comme une menace à la sécurité des États membre de l'UE.

Ce document s'appuie sur des recherches documentaires ainsi que sur des informations recueillies au cours d'entretiens semi-structurés avec des représentant-e-s de membres de PICUM et d'autres parties prenantes. Cette étude comprend une analyse des lois, des politiques et des pratiques liées à la rétention administrative et à la pénalisation des migrations, en accordant une attention particulière à l'Union européenne. Elle inclut également des entretiens qui retracent l'évolution juridique et les pratiques judiciaires dans les États membres de l'UE, notamment en Bulgarie, à Chypre, en Espagne, en France, en Grèce, en Hongrie, en Italie, en Pologne et au Royaume-Uni.

Introduction

L'amalgame entre le droit administratif et le droit pénal dans le contexte migratoire est défini comme le recours à l'une de ces branches du droit à des fins qui devraient relever de la compétence de l'autre branche, et inversement.

Le droit administratif encadre la relation entre l'État et les personnes, et ne comprend généralement pas de mesures punitives¹. Le droit des migrations est une sous-branche du droit administratif qui vise à encadrer les pouvoirs des États vis-à-vis des personnes qui ne comptent pas parmi leurs ressortissant-e-s.

Le droit pénal est la branche du droit qui détermine les crimes, délits et contraventions, et encadre l'arrestation, l'accusation et les poursuites judiciaires des personnes suspectées. Il détermine les peines et les traitements applicables aux auteurs d'infractions reconnus coupables.² Le droit pénal est fondé sur les concepts de prévention, de dissuasion, de sanction et de réinsertion des auteurs d'infractions.

Tandis que le droit administratif se concentre sur le statut migratoire de la personne (en situation régulière, sans papiers, demandeuse d'asile, etc.), le droit pénal est applicable uniquement si des actions spécifiques d'un individu sont présentées comme constitutives d'une infraction : la sanction est liée aux actions de la personne concernée, pas à son statut migratoire. Dans le cas des politiques migratoires actuelles, cette distinction est floue.

L'amalgame du droit administratif et du droit pénal dans le domaine des migrations et des contrôles aux frontières s'est pérennisé ces 30 dernières années. Des chercheurs-euses états-unien-ne-s ont créé le concept de **crimmigration**³ pour parler de cette tendance, ensuite appliqué au cas européen⁴. La *crimmigration* se fonde sur deux processus interdépendants. D'une part, les infractions migratoires (telles que l'entrée ou le séjour sur le territoire en situation irrégulière) sont de plus en plus sanctionnées par le droit pénal ; cela reflète une approche de « pénalisation stricte », qui sanctionne les personnes migrantes pour leur statut administratif. En outre, le statut migratoire des personnes déterminera souvent les conséquences d'infractions pénales mineures, indépendantes de leur migration (ex : dormir à la rue, mendier [ce qui est interdit par le droit pénal dans certains pays], voler à l'étalage, résister à leur arrestation), car des ressortissant-e-s de pays tiers sont bien plus souvent la cible de poursuites et de mises en détention pour les motifs précités. Par opposition, les ressortissant-e-s d'États membres de l'UE sont plus susceptibles de voir les poursuites à leur encontre abandonnées, ou de recevoir des sanctions alternatives (comme des amendes)⁵.

Les personnes migrantes sont ensuite criminalisées davantage dans le cadre de la lutte contre le trafic d'êtres humains, un corpus législatif qui présente une réponse pénale à la facilitation de l'entrée, du transit ou du séjour sur un territoire en situation irrégulière et qui est de plus en plus utilisé comme outil de contrôle des frontières. D'autre part, les

1 Il faut cependant noter qu'au cours des dernières années, il y a une tendance généralisée à l'ajout d'éléments punitifs dans le droit administratif. On en voit des exemples dans des domaines liés aux infractions économiques et financières (droit fiscal et droit de la concurrence), où le droit administratif prévoit des mesures punitives, et notamment des sanctions. Dans *Engel et autres c. Pays-Bas*, la Cour européenne des droits de l'Homme a identifié les critères permettant de distinguer une sanction pénale d'une sanction administrative. Elle a également souligné que la nature de l'infraction et la sévérité de la sanction étaient plus importantes que la qualification officielle en droit interne. Cour EDH, 8 juin 1976, Affaire Engel et autres c. Pays-Bas, Requête n° 5370/72

2 Cette définition est une traduction de la définition disponible ici [en anglais] : <https://www.britannica.com/topic/criminal-law>

3 J.P. Stumpf (2006), *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power* [La crise de la crimmigration : les personnes immigrantes, les infractions pénales et le pouvoir souverain, en anglais], *American University Law Review*, 56(2), pp. 367–419.

4 M. Van der Woude, J. Van der Leun, V. Barker (2017), *Special issue on crimmigration in Europe* [Numéro spécial sur la crimmigration en Europe], in *European Journal of Criminology*, 14(1).

5 Entretien avec Laure Baudrihay-Gérard, *Fair Trials*, 8 décembre 2022.

ressortissant-e-s de pays tiers concerné-e-s par des accusations au pénal sont de plus en plus souvent la cible, pour la même action, d'une action au pénal et de répercussions encadrées par le droit des migrations (par exemple l'expulsion). En droit des migrations, les personnes migrantes sont soumises à une application des lois pénales « moins garantie » : elles ne sont pas concernées par les mêmes règles ni les mêmes mesures de protection applicables aux ressortissant-e-s d'États membres de l'UE soupçonné-e-s ou accusé-e-s d'une infraction pénale. Leur situation est encadrée par des procédures alternatives, ad hoc, dans lesquelles la différence floue entre le droit pénal et administratif donne une plus grande discrétion aux autorités nationales et moins de garanties aux personnes⁶.

Plus généralement, des tendances relevées dans plusieurs États membres de l'UE montrent que les procédures de lutte contre la criminalité et les procédures de contrôle des frontières se confondent progressivement. Par exemple, des outils utilisés traditionnellement au pénal, comme la détention ou les technologies de surveillance, ont été incorporés à l'application des lois migratoires. Dans ce cadre, la **réten-tion administrative** est la manifestation la plus évidente d'une hybridation

mutuelle (mais asymétrique) du droit administratif et du droit pénal⁷, car les garanties prévues au pénal ne sont pas pleinement incorporées à la rétention administrative⁸. En théorie, la rétention administrative ne devrait pas être conçue comme une mesure punitive. Pourtant, en pratique, les objectifs sous-jacents de la rétention sont souvent punitifs, de même que les conditions et le mode de rétention. PICUM a insisté à de nombreuses reprises sur le caractère nécessairement néfaste, disproportionné et inefficace de la rétention administrative, et a appelé les pays à cesser cette pratique⁹. En outre, un consensus émerge progressivement, y compris à l'échelle internationale, pour mettre peu à peu un terme à la rétention¹⁰. Plusieurs aspects de la rétention administrative renforcent sa nature néfaste et punitive. Par exemple, dans un certain nombre de pays européens, des personnes migrantes visées par des obligations de quitter le territoire sont enfermées avec des personnes placées en détention¹¹. La durée de la rétention contribue également à la perception de cette mesure comme une sanction. Plus quelqu'un est détenu-e longtemps sans preuve que son temps passé enfermé soit proportionnel à l'objectif recherché (par exemple, l'application de la Directive Retour), plus cette mesure devient

6 Bien que cela ne relève pas du propos principal du présent document, il faut souligner que l'extension du système pénal a également été critiqué par des organisations de la société civile qui ont indiqué que les poursuites pénales, si elles existaient, devaient être une mesure de dernier recours et que plusieurs problèmes sociaux pourraient être résolus plus efficacement par des mesures sociales, notamment en investissant dans la lutte contre la pauvreté, dans le logement et dans les aides. Voir Fair Trials, [Criminalisation](#) [Pénalisation, en anglais] (consulté le 5 avril 2024).

7 I. Majcher (2014), [Crimmigration in the European Union, the case of immigration detention](#) [La crimmigration dans l'Union européenne : le cas de la rétention administrative, en anglais]

8 S.H. Legomsky (2007), *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms* [La Nouvelle voie du droit des migrations : l'intégration asymétrique des normes pénales, en anglais], *Washington & Lee Law Review*, 64 (2), pp. 469-528.

9 PICUM (2022), [Immigration detention and de facto detention: what does the law say?](#) [La rétention administrative et la détention de fait : que dit la législation ?, en anglais]

10 L'objectif 13 du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières donne la priorité aux solutions non privatives de liberté plutôt qu'à la rétention administrative. [Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières](#) (2018). Voir également Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire (2018), [Délibération n°5 révisée sur la privation de liberté des migrants](#) [en anglais], Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants (2012), [Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau](#), A/HRC/20/24, paragraphe 72.

11 Commission européenne (2014), [Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour](#) Le rapport du Parlement européen sur la mise en œuvre de la directive retour indique que dans neuf États membres seulement, la rétention administrative est appliquée dans des établissements dédiés ; bien qu'il n'existe aucune donnée claire à ce sujet, cela peut suggérer que dans plusieurs pays, les personnes migrantes sont toujours enfermées dans des établissements pénitentiaires. Parlement européen (2020), [The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment](#) [Directive retour 2008/115/CE – Mise en œuvre européenne, en anglais]

injustifiée et acquiert des implications punitives¹². En outre, les personnes concernées ne savent généralement pas combien de temps elles seront enfermées, contrairement à ce que le droit pénal prévoit normalement pour la détention¹³.

La rétention n'est pas le seul outil majeur utilisé dans l'application du droit pénal comme des lois migratoires : les organes d'application des lois ont de plus en plus souvent recours aux **technologies numériques** à des fins de contrôle des frontières, dans un contexte de réduction des protections en matière d'exploitation et de collecte des données personnelles¹⁴. Plus globalement, la tendance à brouiller la frontière entre contrôle des migrations et sécurité est visible dans l'évolution politique et législative récente de l'Union européenne. Les migrations irrégulières sont souvent, et dans de nombreux États membres, décrites comme un problème de sécurité¹⁵. Cette tendance est reflétée dans une récente proposition réglementaire européenne : la révision du code frontières Schengen¹⁶. Les amendements déposés

ajouteraient les migrations irrégulières « de grande ampleur » à la définition d'une « menace grave »¹⁷ qui justifierait la réintroduction d'un contrôle aux frontières intérieures au sein de l'espace Schengen.

Dans ce contexte, le présent document vise à étudier certaines trajectoires récentes témoignant d'un amalgame entre le droit pénal et le droit administratif en matière migratoire, ce qui a entraîné à la fois la pénalisation des politiques d'application des lois migratoires et « l'immigrationisation » des politiques pénales¹⁸. Il est structuré en trois parties :

1. **Le recours à la rétention administrative à des fins de sécurité ;**
2. **L'utilisation du droit pénal comme outil de dissuasion à la migration ;**
3. **L'utilisation de la technologie pour appliquer les lois migratoires.**

12 Dans de nombreux États membres, l'extension de la durée de rétention est devenue une mesure punitive, car les taux de retours n'ont pas augmenté.

Par exemple, en **Italie**, la période de rétention a été allongée chaque fois qu'un gouvernement d'extrême-droite est arrivé au pouvoir (jusqu'à 18 mois en 2011, et jusqu'à six mois en 2018). Pendant ces périodes, il n'est pas apparu que le maintien prolongé en rétention entraînait une augmentation des retours. CILD (2021), [Buchi neri. La detenzione senza reato nei CPR](#) [en italien].

La période de rétention a été étendue en 2019 en **France** (elle est passée de 45 à 90 jours), ce qui a provoqué une augmentation de la moyenne de jours passés en rétention (22 jours en 2021), alors même que la grande majorité des retours se font dans les premiers jours de rétention. La Cimade (2022), [Rapport 2021 sur les centres et locaux de rétention administrative](#).

En **Grèce**, la période de rétention maximale a été étendue à 36 mois en 2020 (à cause de la possibilité de placer en rétention des personnes migrantes en situation irrégulière pendant 18 mois et, par conséquent, les personnes demandeuses d'asile pendant 18 mois supplémentaires – dans un sens ou dans l'autre), malgré le faible taux de retours dû à la pandémie ainsi qu'à l'absence d'accords de réadmission avec des pays tiers. Mobile Info Team (2023), ["Prison for Papers": Last Resort Measures as Standard Procedure Researching Pre-removal Detention Centres on Mainland Greece](#) [En prison pour des papiers : ces mesures de dernier recours deviennent procédure standard, en anglais]

13 Ce n'est cependant pas toujours le cas pour la détention préventive, qui peut aussi être prolongée à intervalles réguliers et, dans certains pays, sans limite de temps.

14 PICUM (2019), [Protection des données, application des lois migratoires et droits fondamentaux : quelles sont les conséquences des régulations de l'UE en matière d'interopérabilité pour les personnes en situation irrégulière ?](#)

15 Pour une perspective historique, voir : D. Bigo (1995), *Grands Débats Dans Un Petit Monde*, Cultures & Conflicts, 1995 (19-20), pp. 1- 29. Pour avoir un aperçu plus récent du processus de sécuritisation actuel dans l'Union européenne, voir : V. Bello, *The spiralling of the securitization of migration in the EU: from the management of a 'crisis' to a governance of human mobility?* [La spirale de la sécuritisation en matière migratoire dans l'UE : de la gestion d'une « crise » à une gouvernance de la mobilité des personnes ?], en anglais], *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 48(6), pp. 1327-1344.

16 Commission européenne (2021), [Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement \(UE\) 2016/399 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes](#), article 25. Ce texte a confirmé l'accord interinstitutionnel sur la révision du code frontières Schengen trouvé entre le Parlement européen et le Conseil en février 2024, et qui devrait être adopté en avril 2024. Voir [Provisional agreement resulting from interinstitutional negotiations on the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation \(EU\) 2016/399 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across border](#) [Accord provisoire trouvé à la suite de négociations interinstitutionnelles sur la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2016/399 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, en anglais].

17 *Idem*

18 J.A. Brandariz (2022), *Criminalisation or instrumentalism? New trends in the field of border criminology* [Criminalisation ou instrumentalisation ? Les nouvelles tendances de la criminologie des frontières, en anglais], *Theoretical Criminology*, 26(2), pp. 285-303.

Des objectifs convergents : la rétention administrative pour des motifs de politique publique¹⁹

La rétention administrative est définie comme une privation de liberté pour des motifs liés à la migration, fondés sur le statut migratoire de la personne concernée²⁰. Les États membres de l'UE peuvent recourir à la rétention administrative dans trois cas :

- avant l'entrée (rétention préalable à l'entrée), afin de déterminer le droit de la personne à accéder au territoire ;
- pendant l'examen de la demande d'asile, y compris dans le cadre d'un transfert en procédure dite « Dublin »²¹ ;
- pendant une procédure de retour, afin d'appliquer une mesure de rapatriement (rétention préalable au retour).

Ce type de rétention concerne uniquement les personnes migrantes, et ne dépend pas d'accusations au pénal. En théorie, il ne devrait donc pas être lié à la prévention ou à la répression d'infractions pénales.

Ces principes sont reflétés partiellement dans le cadre réglementaire de l'UE et dans sa jurisprudence. Selon l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme, une personne étrangère ne peut être privée de sa liberté que lorsque l'État décide de

l'autoriser ou non à pénétrer sur son territoire, ou d'appliquer une mesure d'expulsion ou d'extradition. La Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) a donc indiqué que la rétention administrative ne peut pas s'appuyer *uniquement* sur des motifs de sécurité publique : s'il n'y a aucune perspective raisonnable de retour, les personnes migrantes qui sont considérées comme une menace pour la sécurité nationale ou pour l'ordre public ne peuvent pas être placées en rétention administrative²².

Conformément à la directive retour de 2008²³, la rétention ne peut être utilisée que pour préparer ou pour appliquer le retour d'une personne, s'il existe un risque de fuite ou si le ou la ressortissant-e d'un pays tiers pose des difficultés à l'application effective du retour. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a précisé que la directive ne prévoit pas de rétention pour des motifs d'ordre ou de sécurité publics²⁴.

Au cours des dernières années, pourtant, il y a eu une convergence à l'échelle de l'UE vers l'acceptation de la rétention de personnes migrantes pour des motifs liés à la « sécurité nationale » ou à « l'ordre public ». Par exemple, la proposition de modification de la Directive Retour présentée en 2018 par la

19 Cette définition se rapporte à la fois aux motifs d'ordre et de sécurité publics, ainsi que de sécurité nationale.

20 PICUM, 2022, [Immigration detention and de facto detention: what does the law say?](#) [La rétention administrative et la détention de fait : que dit la législation ?, en anglais]

21 La « procédure Dublin » est une procédure encadrée par la réglementation européenne (règlement 603/2013/UE) visant à déterminer l'État membre compétent pour l'examen d'une demande d'asile déposée dans un État membre de l'UE, et à transférer les personnes demandeuses d'asile en fonction.

22 Cour EDH, 19 février 2009, *Affaire A. et autres c. Pays-Bas*, Requête n° 3455/05. Néanmoins, la Cour a déterminé que la détention d'une personne demandeuse d'asile pour des motifs de sécurité publique était compatible avec l'article 5, si la procédure de retour a été lancée. Cour EDH, 18 mars 2019, *Affaire K.G. c. Belgique*, Requête n° 52548/15.

23 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.

24 CJUE, *Kadzoev*, 30 septembre 2009, C- 357/09. Quelques années plus tard, dans l'affaire *El Dridi*, la Cour a également précisé que la mise en œuvre d'une procédure de retour ne devait pas être mise en danger par l'application de mesures aux visées pénales. CJUE, *El Dridi*, C-61/11, 28 avril 2011.

Commission²⁵ comprenait un nouveau motif de rétention : la présence d'un « risque à la politique publique, à la sécurité publique ou à la sécurité nationale » posé par une personne migrante. La procédure d'amendement législatif est en cours pour cette modification de la directive, car le Parlement européen, le Conseil et la Commission ne se sont pas encore accordés sur cette refonte. Néanmoins, si elle venait à être adoptée, cette modification élargirait grandement le nombre de situations autorisant la rétention de personnes migrantes sans papiers. En outre, la directive de 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, qui a mis en place des règles communes pour l'accueil et la rétention des personnes migrantes²⁶, autorise la rétention des demandeurs-euses d'asile « lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige ». Plusieurs États membres ont transposé cette directive dans leur droit national en y ajoutant la possibilité de placer en rétention les personnes demandeuses d'asile considérées comme des menaces à la sécurité publique ou nationale, souvent sans expliciter la définition d'une telle menace.²⁷ Ces concepts sont aussi largement répandus dans les textes adoptés

dans le cadre du Pacte européen sur la migration et l'asile²⁸. Dans le nouveau règlement relatif à la procédure d'asile et le nouveau règlement relatif à la procédure de retour à la frontière,²⁹ les personnes considérées comme représentant « un risque pour la sécurité nationale » ou « l'ordre public », y compris des mineur-e-s non accompagné-e-s, relèveront automatiquement des « procédures aux frontières » qui offrent moins de protection pendant le traitement de la demande d'asile et augmentent la probabilité du placement en rétention.³⁰

Les objectifs de la rétention administrative pour motifs de politique publique sont similaires à ceux des procédures pénales : lutter contre le « danger », dissuader et neutraliser les menaces. Au bout du compte, ils servent de « défense sociale »³¹. De ce point de vue, la rétention administrative est utilisée à des fins pénales. Par conséquent, cela crée un double poids de deux mesures en termes d'accès aux garanties d'un procès équitable, en fonction de la nationalité et du statut migratoire de la personne concernée, et d'alimenter des récits préjudiciables qui assimilent les migrants à des criminels.

25 Commission européenne (2018), [Proposition de directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier \(refonte\)](#).

26 La rétention de personnes demandeuses d'asile est encadrée par les articles 8 à 10 de la directive, qui établit que la rétention ne peut pas s'appuyer uniquement sur la nécessité d'examiner la demande d'asile et qui donne une liste exhaustive des situations dans lesquelles des personnes demandeuses d'asile peuvent être placées en rétention. Voir [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 \(refonte\)](#). Bien que la directive sur les conditions d'accueil ait été révisée (le nouveau texte a été finalisé en avril 2024), la possibilité de placer des personnes demandeuses d'asile en rétention uniquement en s'appuyant sur une liste exhaustive de situations n'a pas changé. Voir le [texte final](#) de la refonte de la directive du Parlement européen et du Conseil établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant une protection internationale, articles 10-12.

27 Par exemple, l'Italie a élargi les motifs de rétention des personnes demandeuses d'asile en 2015 (D. Lgs. 142/2015), lorsqu'elle a appliqué les directives 2013/32/UE et 2013/33/UE ; la Grèce a ajouté des modifications à son cadre national sur la rétention administrative des personnes demandeuses d'asile en 2019, supposément pour transposer quelques éléments des mêmes directives (L. L.4636/2019).

28 Le Pacte européen sur la migration et l'asile est un train de mesures et de recommandations législatives [proposé](#) par la Commission européenne en septembre 2020 et [adopté](#) en 2024.

29 Parlement européen (2024), [MEPs approve the new Migration and Asylum Pact](#) [Les députés européens adoptent le nouveau Pacte sur la migration et l'asile, en anglais].

30 PICUM et al. (2021), [Recommandations de PICUM relatives au règlement sur les procédures d'asile](#).

31 G. Campesi, G. Fabini (2020), *Immigration detention as social defense: policing dangerous mobility in Italy* [La rétention administrative comme défense sociale : encadrement des mobilités dangereuses en Italie, en anglais], in *Theoretical Criminology*, 24(1), pp. 50-70. Selon les auteurs, une personne migrante « dangereuse » est généralement quelqu'un avec un casier judiciaire, ou qui a eu maille à partir avec la justice pénale. Pourtant, la grande majorité des infractions liées aux personnes migrantes sont mineures, généralement liées à leur survie. Leur analyse a été menée au vu de la situation italienne, mais peut être appliquée à d'autres pays.

Que peut-on réellement considérer comme une menace à l'ordre ou à la sécurité publics ?

Les risques associés à la rétention administrative pour motifs liés à la sécurité publique sont exacerbés par l'absence d'une définition commune de ce qui constitue une menace à la « sécurité publique », à « l'ordre public » ou à la « sécurité nationale ». Cette lacune apparaît dans la législation européenne comme dans les droits nationaux. Cependant, la Cour de justice a précisé que la marge d'interprétation de ces motifs était restreinte et devait être adaptée au cas-par-cas.³² Elle a également souligné que le concept d'« ordre public » impliquait l'existence (outre la perturbation de l'ordre social causée par tout manquement à la loi) d'une menace véritable, réelle et suffisamment grave affectant l'un des intérêts

fondamentaux de la société. La notion de « sécurité publique » renvoie à une menace au fonctionnement des institutions et des services publics essentiels, ainsi qu'à la survie de la population, au risque d'une grave perturbation des relations internationales ou de la coexistence pacifique des nations, ou à un risque pour les intérêts militaires. Ces définitions ne couvrent pas l'ensemble des comportements réprimandés par la loi pénale, mais seulement les atteintes au droit les plus graves. Enfin, la Cour a déclaré que la simple existence d'une condamnation antérieure ne pouvait pas justifier la présence d'une menace à l'ordre public.

Pratiques des États membres en matière de rétention pour motifs liés à la sécurité nationale

Les pratiques des États membres montrent pourtant que des motifs de politique publique sont invoqués dans un large panel de situations et sont souvent appliqués automatiquement, sans évaluation individuelle de l'affaire. Ces pratiques ont été signalées au cours d'entretiens en **Bulgarie**, à **Chypre**, en **Grèce**, en **Hongrie** et en **Pologne**. Dans certains de ces pays, des motifs de politique publique sont également utilisés pour placer en rétention des personnes migrantes ne pouvant pas faire l'objet d'un retour, ce qui est contraire à l'article 15 de la Directive Retour³³.

À Chypre, en Pologne et en Hongrie, il n'y a pas de protection liée aux procédures qui permettraient de faire effectivement appel d'une décision déclarant

qu'une personne représente une menace pour la sécurité nationale. Aucun de ces trois États ne dispose non plus de protection contre l'absence de justification de ce type de décision, et ils limitent les possibilités pour les personnes concernées et pour leurs avocat-e-s d'accéder à des informations classifiées³⁴. En Hongrie et en Pologne, les tribunaux ne peuvent pas étudier cette classification afin de se prononcer sur sa légalité. En **Hongrie**, plusieurs affaires ont été portées devant la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)³⁵ et la CJUE. Cette dernière a indiqué que les personnes demandeuses d'asile devaient pouvoir exprimer leur avis sur les informations classifiées ayant conduit au refus ou à l'arrêt du statut de réfugié-e pour des motifs liés

32 CJUE, *J.N. v. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, 15 février 2016, C-601/15 PPU.

33 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.

34 À Chypre, les tribunaux s'alignent souvent sur les autorités administratives et confirment que la personne ayant déposé la requête ne peut avoir qu'un accès limité, voire inexistant, aux fichiers du dossier. En outre, selon la jurisprudence en matière de compétence des autorités administratives, les tribunaux ne peuvent pas interférer avec le pouvoir discrétionnaire de l'administration, qui sont très étendus en matière de sécurité nationale. Par exemple, ils ne peuvent pas interférer pour vérifier l'existence des informations et des preuves, ni que leur véracité a été réellement établie. Entretien avec Nicoletta Charalambidou, *KISA*, Malte, 30 novembre 2022. Voir aussi Matevžič, G. (2021), *The Right to Know – Comparative Report on Access to Classified Data in National Security Immigration Cases in Cyprus, Hungary and Poland*. [Le droit de savoir : rapport comparatif sur l'accès aux données classifiées dans les affaires de sécurité nationale concernant des personnes migrantes à Chypre, en Hongrie et en Pologne, en anglais]

35 Cour EDH, *L. c. Hongrie*, No. 6182/20, publiée le 20 avril 2021.

à la sécurité nationale³⁶. Ce problème concerne également la rétention : en cas de préoccupation liée à la sécurité nationale, il est possible que des personnes demandeuses d'asile soient placées en rétention pendant l'examen de leur dossier. En outre, elles peuvent voir leur demande rejetée pour des motifs de sécurité nationale et être maintenues en rétention en attendant leur retour, sauf en cas d'existence prouvée d'un risque de *refoulement*. L'impossibilité de faire appel d'une caractérisation de « menace pour la sécurité nationale » peut également entraîner la prolongation de la rétention et un risque d'expulsion.

À **Chypre**, comme en Pologne et en Hongrie, les dossiers relatifs à des procédures liées à la sécurité nationale sont classifiés. Ce n'est que récemment

que la Cour suprême chypriote a estimé que dans ces affaires, le droit à la défense était bafoué ; à la fin de l'année 2022, les tribunaux ont changé de position et se sont rangés derrière la décision de la CJUE dans l'affaire GM³⁷. De même, en **Bulgarie**, les personnes placées en rétention pour des motifs liés à la sécurité nationale ne reçoivent pas de justification suffisante pour appuyer cette décision. Dans ces affaires, les tribunaux se contentent des déclarations des services de sécurité nationaux, émises en cas de refus ou d'interruption du statut de réfugié-e et, par conséquent, dans le cas d'une décision de retour. Les tribunaux n'acceptent pas les demandes des avocat-e-s à accéder aux preuves présentées par les services de sécurité nationaux³⁸.

Pratiques des États membres en matière de rétention pour motifs liés à l'ordre public

Parallèlement à l'augmentation du placement en rétention des personnes sans papiers présentées comme des menaces à la sécurité, il y a eu de plus en plus de tentatives d'accroître les placements en rétention en invoquant des **motifs liés à l'ordre public**. Comme l'explique la CJUE (voir l'affaire J.N. citée plus haut), ces deux notions sont liées, mais différentes : l'ordre public est un large concept, utilisé par l'administration et par les autorités d'application des lois pour garantir « la sécurité de la société »³⁹.

En tant que concept caractéristique du droit

administratif, il considère que la définition d'une menace à l'ordre public relève de la discrétion des autorités⁴⁰.

En **Grèce**, l'article 30, paragraphe 1, alinéa c de la Loi 3907/2011 cite explicitement les préoccupations relatives à la sécurité nationale comme motif de rétention préalable au retour, contrairement à ce qu'établit la directive retour. En pratique, des motifs d'ordre public vaguement justifiés sont souvent invoqués pour justifier le placement en rétention de personnes demandeuses d'asile. Cette pratique est

36 CJUE, *GM*, 22 septembre 2022, Affaire C-159/21. L'affaire portait sur le droit de personnes demandeuses d'asile à avoir accès à un recours effectif dans les affaires relevant de la sécurité nationale. La Cour a estimé qu'elles devaient pouvoir exprimer leur point de vue au sujet des informations classifiées qui avaient entraîné l'interruption de leur statut de réfugié pour un motif de sécurité nationale, et que l'autorité compétente devait pouvoir conduire sa propre évaluation de la situation. Voir aussi ELENA (2022), [CJEU: Asylum-seekers must be able to effectively express their views regarding classified information that led to the deprivation of refugee status on grounds of national security and the determining authority must be able to carry out its own assessment of the circumstances](#) [CJUE : Les personnes demandeuses d'asile doivent pouvoir exprimer leur point de vue au sujet des informations classifiées qui ont entraîné l'interruption de leur statut de réfugié pour un motif de sécurité nationale, et l'autorité compétente doit pouvoir conduire sa propre évaluation de la situation, en anglais].

37 Cour suprême de Chypre, *Mustafa El Hussein c La République de Chypre*, 17 novembre 2022, C-15/22. L'affaire portait sur une demande d'*habeas corpus* déposée par un ressortissant syrien détenu au centre de détention de la police de Lakatamia. Elle concernait la légalité de la période de détention et, en première instance, le plaignant avait également déposé une demande de transmission des documents qui avait été initialement rejetée. La Cour suprême a accepté l'*habeas corpus*, tout en reconnaissant que le plaignant avait le droit de recevoir les documents.

38 Diana Radoslavova, [Center for legal aid - Voice in Bulgaria](#) (CLA)

39 Voir par exemple la loi britannique de 1986 sur l'ordre public, qui définit ce dernier comme « la prévention du désordre, du crime, ou de menaces à la sécurité publique ».

40 Selon la définition de la [Global Encyclopaedia of Public Administration](#), « la discrétion administrative autorise les agences à avoir recours à une expertise professionnelle dans le cadre d'une prise de décision ou de leurs activités officielles, par opposition à la seule adhésion à des réglementations strictes. Par conséquent, un administrateur a un pouvoir de discrétion administrative lorsqu'il ou elle a la liberté de faire un choix parmi plusieurs voies d'action » (consulté en avril 2024).

de plus en plus courante depuis 2019, entraînant ainsi le placement en rétention généralisé des demandeurs-euses d'asile⁴¹. En outre, après les modifications de 2020 et 2021, la législation nationale dispose que la rétention est imposée par défaut aux personnes engagées dans une procédure de retour (sauf s'il est possible de prouver qu'il n'existe aucun risque de fuite ni aucune absence de coopération, et que les personnes concernées ne représentent aucune menace pour la sécurité nationale)⁴². Cette inversion de la charge de la preuve contrevient à l'article 15 de la directive retour et revient à généraliser les placements en rétention, sans examen individuel de la situation. Quand des personnes migrantes se voient accusées d'infractions mineures qui ne donnent pas lieu à une détention préventive (comme le vol, ou des infractions liées à leur statut migratoires telles qu'une entrée sur le territoire en situation irrégulière ou la présentation d'un faux document d'identité), elles sont plus susceptibles d'être placées en rétention administrative pour des motifs d'ordre public. Dans une affaire, la rétention administrative a été maintenue malgré l'absence de chefs d'accusation, alors même que l'expulsion était impossible⁴³.

En **Italie**, des chercheurs-euses ont affirmé que le placement en rétention pour motifs liés à l'ordre public avait été utilisé arbitrairement dans le but de « retirer de la sphère publique certaines catégories

de personnes migrantes »⁴⁴ à cause de leur soi-disant « dangerosité »⁴⁵. La réforme de 2020 de la loi sur l'immigration a confirmé cette position, en priorisant explicitement la rétention de personnes migrantes considérées « dangereuses » en raison d'une ancienne condamnation pénale ou d'une implication dans une enquête de police en cours⁴⁶.

De même, en **France**, les personnes migrantes déjà condamnées au pénal sont souvent enfermées dans des centres de rétention administrative après avoir purgé leur peine pénale, selon une politique informelle⁴⁷. Des obligations de quitter le territoire s'appuient fréquemment sur des motifs liés à l'ordre public⁴⁸, y compris lorsque les personnes concernées vivent dans la pauvreté extrême ou l'exclusion sociale et qu'elles n'ont aucun lien avec des procédures pénales, passées ou en cours. Après l'émission de ces OQTF, les personnes migrantes⁴⁹ peuvent être placées en rétention, même en l'absence d'une possibilité raisonnable de retour (par exemple, pendant la pandémie en 2020 et 2021). En 2023, une réforme de la loi Asile-Immigration a été présentée en France⁵⁰. Selon plusieurs ONG françaises, l'une des inquiétudes soulevées par ce projet de loi est l'élargissement des situations pouvant donner lieu à une émission automatique d'un ordre d'expulsion et de rétention pour des motifs liés à l'ordre public, sans évaluation individuelle de l'affaire. Cette approche a été préparée par une circulaire du ministère de

41 Entretien avec Manon Luis, Mobile Info Team/Border Violence Monitoring Network, Grèce, le 8 février 2023. voir Mobile Info Team (2023), [Prison for Papers: Last Resort Measures as Standard Procedure](#) [En prison pour des papiers : ces mesures de dernier recours deviennent procédure standard, en anglais].

42 Loi 4686/2020 du 12 mai 2020, qui a modifié l'article 30 de la Loi 3907/2011 relatif aux motifs de rétention des personnes migrantes sans papiers. Pour lire une analyse de la réforme législative, voir PICUM (2020), [Immigration detention becomes the rule in new Greek law](#) [La rétention administrative devient la norme dans une nouvelle loi grecque, en anglais].

43 Cela est arrivé à Lesbos, en 2020 Entretien avec un représentant de l'ONG judiciaire grecque HIAS, le 7 avril 2023.

44 G. Campesi, G. Fabini (2020), *Immigration detention as social defense: policing dangerous mobility in Italy* [La rétention administrative comme défense sociale : encadrement des mobilités dangereuses en Italie, en anglais], in *Theoretical Criminology*, 24(1), pp. 50-70, p.51.

45 *Ibid.*

46 D.L. 130/202 convertie en L. 173/2020, article 3.

47 [Migreurop](#) Entretien avec Anna Sibley, GISTI/Migreurop, France, le 6 février 2023. En 2021, près d'un quart des personnes détenues (23 %) ont été directement transférées dans des centres de rétention administrative depuis les centres pénitentiaires.

48 Les personnes migrantes sans papiers peuvent faire l'objet d'un retour, qui est encadré par deux procédures : l'adoption d'une OQTF, qui sous-entend que les personnes ont droit à un rapatriement volontaire, et l'expulsion coercitive. Cette dernière est choisie lorsque la présence de la personne en France constitue une menace grave pour l'ordre public, et elle est généralement appliquée par le biais de la rétention. Le droit ne définit pas la notion de « menace grave ».

49 En outre, l'article L742-4 du Code de l'immigration et de l'asile prévoit que la rétention peut être prolongée en cas de menace particulièrement grave à l'ordre public.

50 Au cas où la personne est considérée comme une menace grave à l'ordre public, la protection contre une OQTF normalement garantie par la loi à certaines catégories de personnes ne s'appliquerait plus. Entretien avec Anna Sibley, GISTI/Migreurop, France, le 6 février 2023 ; Gisti, [Projet de loi 2023 : tout savoir sur le future loi d'asile et immigration](#) ; La Cimade (2023), [Décryptage du projet de loi asile et immigration](#) ; Amnesty International (2023), [Pourquoi la criminalisation des migrants étrangers ne règlera pas la question migratoire?](#). Voir aussi Défenseur des droits, [Avis n. 32-02 du 23 février 2023](#), selon lequel « L'ensemble de ces dispositions signent une extension inquiétante de l'ordre public, au détriment de la protection des droits fondamentaux des étrangers ».

l'Intérieur de novembre 2022, qui demandait aux forces d'application des lois d'utiliser les mêmes méthodes de retour (fondées sur la priorisation de l'expulsion forcée par rapport à un retour volontaire)

pour des personnes migrantes sans papiers interpellées dans la rue et pour des personnes migrantes condamnées au pénal⁵¹.

Double incrimination et traitement discriminatoire

La rétention administrative pour des motifs liés à l'ordre public brouille la frontière entre l'application des lois migratoires et les procédures pénales. Elle permet également aux États d'appliquer des protections moindres en matière de **garantie d'un procès équitable** et du **principe de l'habeas corpus**, comme le **droit à la présomption d'innocence**, à la **révision de la détention** et à l'**accès immédiat à un recours effectif**⁵². Ce type de rétention est aussi une source de **discrimination** formelle entre les personnes migrantes et les ressortissant-e-s de l'UE : des personnes dans des situations identiques (par exemple, suspectées de crimes tels que le terrorisme, les activités de passeurs ou la traite d'êtres humains) dépendront de deux corpus législatifs complètement différents, en fonction de leur citoyenneté européenne (ou de leur absence de citoyenneté européenne) et de leur statut migratoire. Enfin, cette rétention crée une « **double incrimination** » pour les personnes migrantes qui se voient sanctionnées par le droit pénal et par le droit des migrations pour la même action. Dans la mesure où la rétention administrative est fortement punitive, ce traitement enfreint le principe « ne bis in idem » selon lequel personne ne peut être condamné deux fois pour la même infraction.

Cette tendance a été clairement démontrée en **Espagne**, notamment entre 2008 et 2015, lorsque les autorités migratoires priorisaient l'expulsion et la rétention des personnes qui purgeaient ou avaient purgé une peine pénale, annihilant ainsi la supposée fonction de réhabilitation des procédures pénales⁵³. En outre, même lorsque la personne concernée n'avait pas été accusée d'une infraction pénale, les

forces de sécurité nationale et de police espagnoles prenaient l'initiative de la procédure d'expulsion. Cette dernière entraînait un traitement comparable à celui appliqué lors d'une procédure pénale, mais sans les protections garanties par le Code espagnol de procédure pénale, telles que la présomption d'innocence et le droit à un procès en bonne et due forme. Une fois la procédure d'expulsion entamée, la personne concernée était enfermée dans un centre de rétention administrative (*Centro de Internamiento de Extranjero*, ou CIE), où elle était privée de sa liberté sans bénéficier des garanties prévues par le règlement pénitentiaire⁵⁴.

Aux **Pays-Bas**, les personnes sans papiers placées en détention ne peuvent pas se voir accorder de remise de peine, sauf si elles coopèrent dans le cadre de leur procédure d'expulsion. Cela est également valable si la personne concernée ne peut pas faire l'objet d'une procédure de retour ou d'expulsion, par exemple à cause d'un grave danger qu'elle courrait dans son propre pays⁵⁵.

La rétention administrative pour des motifs liés à la politique publique, et notamment à la sécurité nationale, accorde aux autorités une plus grande marge de manœuvre pour accomplir des **objectifs relevant manifestement du droit pénal**, comme la prévention et la répression des infractions. Ce problème devient encore plus prononcé lorsque des personnes migrantes, arrêtées au départ pour des infractions pénales, sont ensuite placées en rétention administrative pour des raisons d'application des lois migratoires.

51 Fédération des acteurs de la solidarité (28 novembre 2022), [En réponse à la circulaire portant sur l'exécution des obligations de quitter le territoire \(OQTF\) et le renforcement des capacités de rétention](#).

52 Conformément au principe de l'habeas corpus, la personne détenue doit voir cette mesure examinée une seconde fois par un tribunal, afin d'éviter toute détention arbitraire.

53 J. A. Brandariz, *Crimmigration in Spain* [La crimmigration en Espagne, en anglais], in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (2021), *Controlling Immigration through Criminal Law*, pp. 119-140.

54 Message écrit de l'[Asociación Por Ti Mujer](#), membre de PICUM, Espagne, 18 janvier 2024.

55 Message écrit de [Stitching Los](#), membre de PICUM, 9 janvier 2024.

À **Chypre**, par exemple, l'amalgame entre les procédures administratives et pénales génère de la confusion quant au cadre administratif ou pénal de l'interrogatoire d'une personne enfermée. Dans plusieurs cas, des personnes migrantes ont été placées en rétention administrative et il est ensuite apparu qu'elles étaient également impliquées dans une enquête pénale, sans qu'aucune information ne soit donnée aux personnes concernées au sujet de leurs droits et sans la présence d'un-e avocat-e. Juridiquement, les déclarations faites dans le cadre d'une enquête pénale qui ne respecte pas les droits garantis par la procédure pénale ne devraient pas être admises en tant que preuves. Pourtant, quand les avocat-e-s ont pointé l'invalidité de ces déclarations dans le cadre d'une procédure administrative, les juges ont nié le lien avec le droit pénal et ont rappelé que la procédure qui les occupait relevait du droit administratif⁵⁶.

En **Grèce**, les poursuites pour des infractions mineures telles que la vente de cigarettes dans la rue, même en cas de sursis, ont été utilisées pour prolonger des rétentions administratives sous couvert de protéger l'ordre public. Lorsqu'un tribunal pénal décide de donner une peine d'emprisonnement avec sursis, ou d'accorder une réduction de peine, la remise en liberté est souvent suivie d'un placement en rétention administrative pour des motifs liés à

l'ordre public. C'est par exemple le cas de plusieurs personnes condamnées pour être entrées sur le territoire en situation irrégulière en mars 2020 (voir plus bas) et qui, après la fin de leur détention, se sont vues placées en rétention administrative pour des motifs liés à l'ordre public qui s'appuyaient sur leur condamnation au pénal⁵⁷. En effet, *n'importe quel* lien avec le droit pénal est exploité pour justifier d'une rétention administrative pour des motifs d'ordre public.

Dans ce contexte, les avocat-e-s et les ONG s'emploient activement à déposer des recours afin de contester : a) les pratiques de rétention d'information dans les affaires de sécurité nationale et les protections limitées prévues dans ce cas, et b) le fait que la définition d'une menace à l'ordre ou à la sécurité publics relève de la discrétion de l'administration et des autorités de police. L'affaire précédemment citée de la Cour de justice de l'Union européenne⁵⁸ a, jusqu'ici, fait jurisprudence et fourni une base pour plaider en faveur de l'ajout de protections complémentaires et d'une interprétation plus stricte des politiques publiques à l'échelle nationale, comme dans le cas de la Hongrie et de Chypre présenté plus haut. Un changement de paradigme est cependant nécessaire pour inverser la tendance à la sécurisation dans ce domaine.

56 Entretien avec Nicoletta Charalambidou, [KISA](#), Chypre, 30 novembre 2022.

57 Entretien avec un représentant du [Greek Council for Refugees](#), Grèce

58 CJUE, *J.N.* (voir note 29) ; CJUE, *GM* (voir note 33).

Le droit pénal comme outil de dissuasion à la migration

Si le droit administratif, notamment la rétention administrative, est de plus en plus utilisé pour poursuivre des objectifs de droit pénal dans le domaine de la prévention et de la dissuasion des infractions, **les États ont également recours au droit pénal pour dissuader les migrations**. Cela s'observe, par exemple, par la pénalisation de l'entrée et du séjour en situation irrégulière sur le territoire de l'UE, pénalisation appliquée par les États membres depuis au moins 10 à 15 ans. Une étude de 2014 menée par l'Agence des droits fondamentaux de l'UE a démontré que dans 16 des 27 États membres, une personne qui entrait ou séjournait (ou les deux) en situation irrégulière sur le territoire pouvait se voir condamnée à une peine d'emprisonnement et/ou à une amende. Dans neuf autres États membres, au moins l'une de ces situations est passible d'une amende, ce qui peut, dans certaines situations, entraîner aussi une peine d'emprisonnement⁵⁹.

Selon la jurisprudence de la CJUE, les personnes migrantes sans papiers ne doivent pas être condamnées à des peines d'emprisonnement pénales au cours d'une procédure de retour⁶⁰.

Pourtant, elles sont confrontées à des amendes et à des peines d'emprisonnement disproportionnées lorsqu'elles arrivent sur un territoire national.

Par exemple, en **Bulgarie**, des chefs d'accusation pénaux sont régulièrement portés contre des personnes qui traversent la frontière en situation irrégulière ou qui présentent de faux documents d'identité. En vertu du droit pénal, une personne ne devrait pas être accusée d'entrer sur le territoire national en situation irrégulière si elle y demande l'asile. Pourtant, il est arrivé plusieurs fois que des personnes aient été accusées d'entrée en situation irrégulière et placées en détention pour 6 à 12 mois parce qu'elles avaient quitté le pays après y avoir déposé une demande d'asile. Cela a été considéré comme un manquement à leur liberté sous caution. Parmi ces personnes se trouvaient des individus en situation vulnérable, dont des femmes qui ont dû accoucher en prison⁶¹.

En **Grèce**, depuis 2020, des autorités judiciaires ont commencé à condamner régulièrement des personnes migrantes pour être entrées sur le territoire national en situation irrégulière, et à

59 En 2014, le séjour en situation irrégulière était passible d'une amende en Autriche, en Bulgarie, en Espagne, en Finlande, en Grèce, en Hongrie, en Italie, en Lettonie, en Lituanie, en Pologne, en République tchèque, en Roumanie, en Slovaquie, en Slovénie et en Suède. Il était passible d'une amende et/ou d'une peine d'emprisonnement en Allemagne, en Belgique, à Chypre, en Croatie, au Danemark, en Estonie, en Irlande, au Luxembourg et aux Pays-Bas. L'entrée sur un territoire en situation irrégulière était passible d'une amende en Autriche, en Hongrie, en Italie, aux Pays-Bas, en Pologne, en République tchèque, en Slovaquie et en Slovénie. Elle était passible d'une amende et/ou d'une peine d'emprisonnement en Allemagne, en Belgique, en Bulgarie, à Chypre, en Croatie, au Danemark, en Estonie, en Finlande, en France, en Grèce, en Irlande, en Lettonie, en Lituanie, au Luxembourg, en Roumanie et en Suède. Seuls deux pays, le Portugal et Malte, n'ont pénalisé ni l'entrée, ni le séjour en situation irrégulière. Voir Agence européenne des droits fondamentaux (2014), [Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them](#) [La criminalisation des personnes migrantes en situation irrégulière et des personnes qui les aident, en anglais]. Ce rapport de la FRA est l'analyse comparative la plus récente de la pénalisation du séjour en situation irrégulière sur le territoire européen. Cependant, depuis sa publication, certains États membres peuvent avoir fait évoluer leur législation. Par exemple, la « migration irrégulière » a fait son retour comme infraction pénale passible d'une amende dans la nouvelle loi française sur l'immigration de décembre 2023. Avant cela, les personnes en séjour irrégulier ne pouvaient être placées en rétention que dans le cadre d'une procédure de retour. Aux Pays-Bas, il n'y a aucune sanction pour l'entrée ni pour le séjour en situation irrégulière. Il est possible d'écoper d'une amende pour ne pas avoir signalé un tel cas aux autorités, et une accusation au pénal peut être portée si une personne interdite de séjour se trouve sur le territoire néerlandais. Le Monde, 20 décembre 2023, [What's in France's controversial immigration law?](#) [Que contient la controversée loi française sur l'immigration ?, en anglais, consulté le 5 avril 2024] ; Message écrit de [Stichting Los](#), membre de PICUM, Pays-Bas, 12 février 2024.

60 CJUE, *El Dridi*, C-61/11, 28 avril 2011 ; CJUE, *Achugabian*, C-329/11, 6 décembre 2011.

61 Entretien avec Diana Radoslavova, [Centre for Legal Aid](#) (CLA), Bulgarie, 25 novembre 2022.

appliquer des peines disproportionnées⁶². Le nombre de condamnations pour ce motif a augmenté après le début de la pandémie de COVID-19 et l'accroissement des tensions à la frontière gréco-turque, au début de l'année 2020. Pendant les deux premières semaines de mars 2020, les tribunaux ont condamné 103 personnes pour entrée sur le territoire en situation irrégulière, et ont appliqué

des peines de prison ferme à 80 personnes⁶³. Les peines prononcées allaient jusqu'à quatre ans d'emprisonnement. Le 2 mai 2020, le gouvernement grec a fermé la frontière, renforcé les mesures qui empêchaient le passage de la frontière à Evros et suspendu l'ensemble des demandes d'asile déposées à l'entrée sur le territoire.

Le prix à payer en matière de droits humains pour appliquer des politiques de lutte contre les passeurs

Au cours des dernières années, les pays se sont davantage tournés vers la lutte contre les passeurs pour dissuader les migrations. Le train de mesures relatives aux passeurs, adopté à l'échelle européenne en 2002⁶⁴, a été utilisé pour criminaliser la solidarité de la société civile, les opérations de recherche et de sauvetage en mer par les ONG, et les militant.e.s qui aident les personnes migrantes en Europe⁶⁵. Les arrestations et les poursuites ouvertes à l'encontre de personnes migrantes pour avoir eu recours à des passeurs ont d'importantes répercussions sur leur vie. C'est notamment le cas au niveau des frontières extérieures de l'UE, ainsi qu'au Royaume-Uni⁶⁶,

et entraîne la rétention systémique de personnes migrantes, leur exclusion de l'asile et la violation des protections applicables dans le cadre d'une procédure administrative.

Au **Royaume-Uni**, depuis 2019 et le début de la hausse du nombre de personnes traversant la Manche à bord de « small boats », petites embarcations, des centaines de personnes ont été arrêtées et des dizaines ont été condamnées pour avoir eu recours à des passeurs⁶⁷. En **Grèce**, 7 000 personnes ont été arrêtées entre 2015 et 2019, avec un doublement du nombre de condamnations signalées pour ce motif entre 2016 (951 condamnations) et 2019 (1 905

62 HumanRights 360 (2020), [Defending human rights in times of border militarization](#) [Défendre les droits humains à l'époque de la militarisation des frontières, en anglais]

63 Informations fournies par un représentant du [Greek Council for Refugees](#), Grèce. Voir aussi CPT (2020), [Report to the Greek Government on the visit to Greece carried out from 13 to 17 March 2020](#) [Rapport au gouvernement grec concernant la visite en Grèce menée du 13 au 17 mars 2020, en anglais]. Le CPT a rappelé qu'entre le 18 février et le 14 mars 2020, le tribunal des manquements à la loi d'Orestiada (qui ne compte qu'un seul membre) a condamné 103 personnes à des peines d'emprisonnement en s'appuyant sur ce règlement. Dans 19 cas qui concernaient des femmes, les peines ont été suspendues et la procédure administrative d'expulsion a été appliquée (la délégation a rencontré un certain nombre d'entre elles à Filakio). Parmi les 84 affaires restantes, 79 hommes ont été condamnés à jusqu'à quatre ans d'emprisonnement et à 10 000 euros d'amende, et cinq femmes ont été condamnées à trois ans ou trois ans et demi d'emprisonnement et 5 000 euros d'amende.

64 Le train de mesures relatives aux passeurs est un ensemble de textes législatifs de l'UE selon lesquels toute personne qui participe intentionnellement à l'entrée, au transit ou au séjour non autorisés d'un.e ressortissant.e d'un pays tiers dans l'UE ou qui, pour son gain financier, à y résider, doit être sanctionné sauf s'il le fait pour des motifs humanitaires.

65 À ce sujet, voir M. Gionco, J. Kanics (2022), *Resilience and Resistance. In defiance of the criminalisation of solidarity across Europe* [Résilience et résistance. Lutte contre la criminalisation de la solidarité en Europe, en anglais], et PICUM (2023), [More than 100 People Criminalised for acting in solidarity with migrants in 2022](#) [Plus de 100 personnes criminalisées pour avoir été solidaires avec des personnes migrantes en 2022, en anglais]. Ce rapport rappelle qu'en 2022, des personnes migrantes ont été criminalisées pour avoir conduit un bateau sur le point de chavirer, conduire une voiture pour passer une frontière extérieure de l'UE, être sur un bateau qui a traversé une frontière de manière irrégulière, allumer la localisation GPS d'un téléphone en étant perdu en mer, et résister contre des renvois forcés illégaux en mer. Pour ces actions, elles ont été accusées d'entrée en situation irrégulière, d'aide à l'entrée en situation irrégulière, de recherche de profit, d'homicide involontaire, d'avoir causé un accident en mer, de mise en danger de la vie d'autrui (y compris d'un enfant), de résistance violente et d'appartenance à une organisation criminelle.

66 O. Spaggiari, I. Thompson and I. Papangeli (2022), *How European courts are wrongfully prosecuting asylum seekers as smugglers* [Comment les Cours européennes poursuivent à tort des personnes demandeuses d'asile en les considérant comme des passeurs, en anglais], The New Humanitarian.

67 *Idem*

condamnations).⁶⁸ Récemment, des membres d'ONG ayant officiellement informé ou tenté d'informer les autorités grecques de la présence de ressortissant-e-s de pays tiers sur le territoire national et de leur volonté de déposer une demande d'asile ont été accusé-e-s d'être des passeurs-euses⁶⁹ (alors même qu'auparavant, la transmission de cette information aux autorités était présentée comme une obligation). Cela concerne à la fois des défenseurs-euses des droits humains⁷⁰ et des personnes migrantes. Selon les informations fournies par HIAS, cette pratique a été observée à Kos et sur d'autres îles et, dans un cas au moins, impliquait un mineur non accompagné⁷¹. Elle est toujours appliquée, bien qu'elle contrevienne à une décision précédente de la CJUE qui avait indiqué que la criminalisation de l'aide au dépôt d'une demande d'asile en Hongrie était contraire au droit européen⁷².

En **Italie**, entre 2015 et 2021, plus de 2 000 personnes migrantes et demandeuses d'asile ont été accusées d'être des passeuses et ont été emprisonnées⁷³. Cette criminalisation touche particulièrement les pilotes de bateaux (dits « scafisti »), qui sont constamment les boucs émissaires des tragédies en mer Méditerranée et sont aujourd'hui la cible principale (avec les ONG) des politiques répressives d'extrême-droite en Italie⁷⁴. Cependant, si en février 2023, la criminalisation des membres d'ONG qui sauvent et aident des personnes migrantes n'avait pas encore entraîné de condamnation définitive en Italie, des centaines de personnes migrantes ont été condamnées à plusieurs

années de prison pour avoir aidé des gens à traverser illégalement la frontière⁷⁵. Cela s'est produit malgré le fait que les pilotes de bateaux soient souvent eux-mêmes des personnes migrantes, qui fuient des pays connus pour leur atteinte aux droits humains comme la Libye, et qui sont soit forcées de conduire le bateau par les autres, soit le font par nécessité. Les personnes migrantes peuvent également être criminalisées pour avoir partagé leur position GPS et demandé de l'aide⁷⁶, ou par des photographies aériennes de bateaux prises par les autorités ; les personnes migrantes en possession d'un téléphone sont plus susceptibles d'être accusées d'être des passeurs.

En Italie comme en Grèce, les procès pénaux des personnes migrantes se caractérisent par de multiples violations du Code de procédure telles que l'interdiction de contacter leurs familles lorsqu'elles sont en détention provisoire, de l'absence de traduction des documents juridiques officiels et de la difficulté d'obtenir une défense adéquate⁷⁷. En outre, aucun service de traduction et d'interprétation n'est fourni pour les échanges entre les avocat-e-s et leurs clients, ce qui nuit à l'efficacité de la défense⁷⁸. En Grèce, aucune interprétation n'est même mise en place pendant le procès et, en pratique, il est attendu que chaque accusé réserve ses propres services d'interprétation⁷⁹. Dans plusieurs cas, des personnes migrantes ont été retenues en détention provisoire pendant des années en attendant la décision de justice, avant de finir par être acquittées⁸⁰. Enfin, la

68 [V. Hänsel, R. Moloney, D. Firla, R. Serkepkani](#) (2020), *Incarcerating the marginalized. The fight against alleged smugglers on the Greek Hotspot Islands* [L'incarcération des personnes marginalisées : la lutte contre les « passeurs » sur les hotspots des îles grecques, en anglais].

69 Rapporteur spécial sur la situation des défenseurs et défenseuses des droits humains (2023), [Visite en Grèce, AI/HRC/52/29/Add.1](#).

70 OMCT (18 octobre 2022), [Smear campaign against Panayote Dimitras for defending migrants' rights](#) [Une campagne de diffamation à l'encontre de Panayote Dimitras pour avoir défendu les droits des personnes migrantes, en anglais].

71 Entretien avec un représentant de [HIAS Greece](#), 7 avril 2023.

72 CJUE, 16 novembre 2021, *Commission c. Hongrie*, C-821/19.

73 Arci Porco Rosso et Alarm Phone (2021), [From Sea to Prison. The Criminalization of Boat Drivers in Italy](#) [De la mer à la prison : la criminalisation des pilotes de bateaux en Italie, en anglais].

74 Entretien avec Chiara Denaro, Alarm Phone, Italie, 8 février 2023. Accuser les pilotes de bateaux et accroître les sanctions pour les passeurs a été la seule réponse du gouvernement italien à la suite du naufrage meurtrier de Cutro, le 2 février, qui a causé la mort de 73 personnes migrantes. [Le gouvernement a refusé de voir sa responsabilité étudiée dans cette tragédie](#), alors que les responsables doivent être identifiés.

75 Entretien avec Luca Masera, [ASGI](#), Italie, 7 février 2023.

76 Arci Porco Rosso et Alarm Phone (2021), [From Sea to Prison. The Criminalization of Boat Drivers in Italy](#). [De la mer à la prison : la criminalisation des pilotes de bateaux en Italie, en anglais]. Voir aussi PICUM (2024), [Cases of criminalisation of migration and solidarity in the EU in 2023](#) [Cas de criminalisation de la migration et de la solidarité dans l'UE en 2023, en anglais].

77 V. Hänsel, R. Moloney, D. Firla, R. Serkepkani (2020) ; Arci Porco Rosso and Alarm Phone, *Ibid*.

78 Entretien avec un représentant de [HIAS Greece](#), 7 avril 2023.

79 *Ibid*.

80 Arci Porco Rosso et Alarm Phone (2021).

détention pénale est souvent suivie d'une rétention administrative, car les personnes migrantes accusées d'être des passeurs sont considérées comme « dangereuses » et se voient remettre une obligation de quitter le territoire pour des motifs liés à la sécurité nationale et publique⁸¹. Cela crée une spirale d'enfermements, dans laquelle les personnes migrantes sont prises sans pouvoir réellement exercer leurs droits garantis par les procédures à cause de l'amalgame entre le droit pénal et le droit administratif.

Le cas de l'**Italie** reflète une tendance plus générale, partagée dans d'autres États membres de l'UE, où la politique migratoire tend à prioriser l'application des lois plutôt que l'accès au droit. L'identification de potentiels passeurs et pilotes de bateaux semble être la première préoccupation des autorités nationales et européennes lors des opérations de recherche et de sauvetage en mer, ainsi que durant le premier enregistrement des personnes migrantes. L'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex) alloue d'importantes ressources à l'identification des pilotes de bateaux au moyen de vidéos et de photos prises lors d'opérations de surveillance aérienne. Frontex est présente sur les *hotspots* italiens⁸² pour interroger les survivant·e·s immédiatement après leur arrivée et pour enquêter sur de potentielles activités criminelles⁸³. Un exemple récent de cette tendance est le naufrage de Cutro du 26 février 2023, qui a causé la mort de 87 personnes⁸⁴. Juste avant cette

tragédie, les autorités italiennes avaient déployé les forces de l'ordre (la *Guardia di Finanza*) au lieu des garde-côtes, lançant ainsi une opération pénale au lieu d'une mission de recherche et de sauvetage. Entre 2019 et 2023, 75 % des opérations qui ont entraîné l'interception et le sauvetage de personnes migrantes en mer, ou leur débarquement autonome sur les côtes italiennes, ont été classées comme relevant de « l'application des lois » plutôt que de « la recherche et du sauvetage »⁸⁵.

L'accent mis sur la pénalisation des migrations se reflète également dans la proposition de la Commission européenne d'un texte sur « la prévention et le combat contre le trafic de migrants », présenté en novembre 2023⁸⁶. Ce train de mesure est axé presque exclusivement sur la nécessité de renforcer les réponses pénales au trafic de personnes migrantes, alors même que des données montrent que ce type de texte cause plus de mal que de bien à la sécurité et aux droits des personnes migrantes⁸⁷. Ces propositions considèrent, sans présenter de preuve significative, que le trafic de personnes migrantes est l'une des causes principales des migrations en situation irrégulière et entendent le combattre afin, entre autres, de protéger « les objectifs de l'Union en matière de gestion des flux migratoires »⁸⁸. Le même raisonnement est utilisé pour justifier des propositions telles que l'augmentation des peines d'emprisonnement pour trafic de personnes migrantes, ou l'élargissement des pouvoirs politiques d'Europol, l'Agence européenne d'application des

81 Entretien avec Luca Masera, [ASGI](#), Italie, 7 février 2023. L'organisation Arci Porco Rosso a signalé le cas d'un ressortissant Libyen qui, bien qu'il ait été innocenté de tous les chefs d'accusation portés contre lui, a été placé en rétention dans un centre de rapatriement à cause de sa « dangerosité ». ARCI Porco Rosso (2023), [Finché Puoi Ascoltare: La Criminalizzazione Dei Cosiddetti Scafisti Nel 2022](#).

82 Le terme hotspot se réfère à la fois à un lieu physique, sur des îles ou près de lieux de débarquement, et à une approche qui y est appliquée. L'approche des hotspots a été envisagée dans l'[Agenda européen sur la migration et l'asile 2015](#) et a entraîné l'installation d'un certain nombre de centres, au niveau des frontières extérieures de l'UE, où étaient réalisés l'enregistrement, l'identification, la prise d'empreintes digitales et l'information des personnes demandeuses d'asile, et où les procédures de retour étaient appliquées.

83 Entretien avec Chiara Denaro, Alarm Phone, Italie, 8 février 2023.

84 ANSA, 18 mars 2023, [Cutro shipwreck, death toll rises to 87](#) [Le nombre de morts du naufrage de Cutro s'élève à 87, en anglais ; consulté le 5 avril 2024].

85 Altreconomia, 14 avril 2023, [Soccorsi in mare classificati come operazioni di polizia: i dati 2019-2023 certificano la prassi](#) [consulté le 5 avril 2024].

86 Commission européenne, 2023, [La Commission lance une alliance mondiale pour lutter contre le trafic de migrants et propose un cadre juridique de l'UE renforcé](#).

87 PICUM (2022), [Migrant Smuggling. Why we need a paradigm shift](#) [Le trafic de personnes migrantes : pourquoi il faut un changement de paradigme, en anglais].

88 Commission européenne, [Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des règles minimales pour prévenir et combattre l'aide à l'entrée, au transit et au séjour non autorisés dans l'Union, et remplaçant la directive 2002/90/CE du Conseil et la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil](#), COM/2023/755 final, Exposé des motifs.

lois⁸⁹. Cette approche néglige les torts subis par les personnes, qui découlent directement des politiques de lutte contre le trafic, et ignore le fait que le trafic de personnes migrantes soit une réponse au contrôle des frontières, plutôt qu'une cause première de la migration⁹⁰.

89 Commission européenne, [Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à améliorer la coopération policière en ce qui concerne la prévention, la détection et les enquêtes en matière de trafic de migrants et de traite des êtres humains, et à renforcer le soutien apporté par Europol pour prévenir et combattre ces formes de criminalité, et modifiant le règlement \(UE\) 2016/794](#), COM/2023/754 final. Pour une analyse plus poussée de cette proposition, voir le [site Internet](#) de PICUM.

90 H. De Haas (2013), [Smuggling is a reaction to border control, not the cause of migration](#) [Le trafic de personnes migrantes est une réponse aux contrôles aux frontières, pas la cause des migrations, en anglais]

L'utilisation de la technologie pour appliquer les lois migratoires.

La tendance à faire l'amalgame entre les méthodes et objectifs relevant du droit pénal et du droit administratif est profondément ancrée dans le recours aux **technologies numériques** et à **l'intelligence artificielle** (IA) à des fins de régulation des migrations et de surveillance. Au cours des dernières années, des chercheurs-euses ont étudié « la transition numérique de la politique migratoire européenne » et ont attiré l'attention sur l'utilisation d'outils comme la prise de décisions automatisée, le recueil de données biométriques, la reconnaissance faciale et le scan de l'iris afin d'améliorer la surveillance aux frontières extérieures de l'UE⁹¹. Les nouvelles technologies sont également de plus en plus exploitées pour la rétention et ses alternatives. Le recours aux outils numériques est étroitement lié au traitement à grande échelle des données individuelles des personnes migrantes. Ces données, collectées par les autorités nationales et stockées dans des bases transnationales et européennes (conformément à un nouveau cadre juridique sur l'interopérabilité⁹²) ne sont pas uniquement exploitées à des fins administratives, mais aussi pour des opérations de contrôle des infractions et

de prévention. Par conséquent, les technologies numériques sont développées et utilisées pour contrôler les migrations de manière discriminatoire, souvent en enfreignant les principes et protections essentiels⁹³.

À l'échelle de l'UE, de récentes propositions législatives incluent plusieurs éléments qui risquent d'ouvrir la voie à un recours accru à l'IA et aux technologies de contrôle des frontières dans un contexte d'application des lois migratoires :⁹⁴

- La proposition de 2021 de la Commission de réformer le **code frontières Schengen** élargirait les pouvoirs des États en matière de contrôles d'identité en ciblant les personnes en fonction de leur couleur de peau, de leur origine ethnique, de leur nationalité ou de leur religion⁹⁵. L'objectif sous-jacent des contrôles est d'empêcher les personnes migrantes de traverser les frontières. Les forces de police peuvent recourir à des technologies de suivi et de surveillance⁹⁶. Un accord politique confirmant ces éléments a été trouvé par les

91 M. Besters et F. Brom (2010), *"Greedy" Information Technology: The Digitalization of the European Migration Policy* [Les technologies « goinfres » de l'information : Transition numérique de la politique migratoire européenne, en anglais], in *European Journal of Migration and Law*, 12(4) et, plus récemment, N. Vavoula (2021), *Artificial Intelligence (AI) at Schengen Borders: Automated Processing, Algorithmic Profiling and Facial Recognition in the Era of Techno-Solutionism* [Intelligence artificielle (IA) aux frontières de Schengen : traitement automatisé, profilage et reconnaissance faciale à l'ère du techno-solutionnisme, en anglais], in *European Journal of Migration and Law*, 23(4), pp. 457-484.

92 Les règlements communautaires sur l'interopérabilité ont établi une nouvelle base de données centralisée (le répertoire commun de données d'identité), alimenté par des données collectées sur des bases déjà existantes (EES, ETIAS, Eurodac, SIS, CIS et ECRIS-TCN). À ce sujet, voir PICUM (2019) [Quelles sont les conséquences des régulations de l'UE en matière d'interopérabilité pour les personnes en situation irrégulière ?](#)

93 PICUM et Statewatch (2019), [Protection des données, application des lois migratoires et droits fondamentaux : quelles sont les conséquences des régulations de l'UE en matière d'interopérabilité pour les personnes en situation irrégulière ?](#)

94 En 2021, la Commission européenne a proposé l'adoption d'un [nouveau règlement sur l'intelligence artificielle](#). Ce dernier sera soumis au vote en avril 2024. Selon plusieurs ONG, cette proposition n'encadre pas suffisamment l'utilisation de l'IA dans le domaine migratoire, afin de veiller à ce que les personnes migrantes soient protégées contre des utilisations dangereuses et potentiellement manipulatoires de l'IA. EDRI (2024), [EU's AI Act fails to set gold standard for human rights](#) [Le règlement sur l'IA de l'UE ne met pas la barre haute pour les droits humains, en anglais].

95 Pour lire un commentaire sur cette proposition, voir aussi PICUM et al. (2022), [Joint civil society statement on the Schengen Borders Code](#) [Déclaration conjointe de la société civile sur le code frontières Schengen, en anglais].

96 PICUM (2022), [Digital technology, policing and migration – what does it mean for undocumented migrants?](#) [Nouvelles technologies, surveillance policière et migrations : quelles conséquences pour les personnes migrantes sans papiers ?, en anglais]

législateurs européens en février 2024⁹⁷.

- Le nouveau **règlement en matière d'examen préalable**, pris dans le cadre du Pacte européen sur la migration, ajoute une nouvelle procédure de filtrage aux frontières extérieures de l'Union et souligne la nécessité de recueillir sans délai des données biométriques à des fins de sécurité, lorsque des ressortissant·e·s de pays tiers entrent sur le territoire de l'UE⁹⁸. Cela reflète des pratiques déjà mises en œuvre dans les hotspots grecs et italiens, où les données biométriques des personnes migrantes sont régulièrement collectées par Europol, l'agence européenne chargée de l'application des lois, dans le cadre d'opérations de lutte contre le passage illégal de frontières.
- Les agences européennes Europol et Frontex ont également été accusées de collecter et de transférer des données de personnes migrantes

au sein du **programme PeDRA** (« *Processing of Personal Data for Risk Analysis* »). Comme l'a découvert Balkan Insight⁹⁹, dans le cadre de ce programme, Frontex a partagé les données personnelles (y compris les noms, descriptions individuelles et numéros de téléphone) de plus de 11 000 personnes avec Europol entre 2016 et 2021. Les données des personnes migrantes ont fini par être stockées illégalement dans des bases de données pénales, alors que les concerné·e·s n'étaient pas visés par des enquêtes en cours.

L'accès des autorités d'application des lois aux bases de données liées à l'immigration pour des raisons de « sécurité » est l'une des manifestations les plus claires de l'amalgame entre les objectifs pénaux et administratifs à l'échelle de l'UE¹⁰⁰, renforçant ce qui a été défini comme un « spectre de (l'in)sécurité¹⁰¹ ».

Pratiques nationales en matière de surveillance de masse

Selon l'ONG European Digital Rights (EDRi), au moins 15 États membres de l'Union européenne ont lancé ou utilisé des systèmes hautement intrusifs de reconnaissance faciale et biométrique à des fins de surveillance de masse¹⁰². Ces systèmes sont souvent exploités pour renforcer les contrôles aux frontières extérieures et intérieures déjà existants, et sont généralement directement liés à la privation ou à la limitation de la liberté de circulation des personnes migrantes.

En **Espagne**, des caméras de surveillance et des technologies de reconnaissance faciale sont

déployées depuis 2019 dans les enclaves de Ceuta et de Melilla, à la frontière marocaine. D'autres technologies ont été mises en place par le Maroc grâce à des subventions de l'UE¹⁰³.

En Italie, les projets gouvernementaux d'utilisation d'un système de reconnaissance faciale (Système de reconnaissance automatique des images, ou SARI) dans les hotspots afin de suivre les arrivées des personnes migrantes et demandeuses d'asile sur les côtes italiennes, et les activités qui y sont liées, n'ont été interrompus que grâce à l'intervention du Garant national de la protection des données, qui a donné

97 Conseil de l'UE, 6 février 2024, [Schengen: le Conseil et le Parlement européen conviennent d'une révision du code frontières de l'UE](#).

98 Parlement européen (2024), [MEPs approve the new Migration and Asylum Pact](#) [Les députés européens adoptent le nouveau Pacte sur la migration et l'asile, en anglais].

99 L. Stavinoha, A. Fotiadis et G. Zandonini (7 July 2022), [EU's Frontex tripped in its plan for 'intrusive' surveillance of migrants](#) [L'agence européenne Frontex face à des difficultés d'application de son plan de surveillance « intrusive » des personnes migrantes, en anglais], Balkan Insight.

100 Entretien avec Laure Baudrihaye-Gérard, Fair Trials, 8 décembre 2022. Voir aussi Fair Trials (2022), [Fair Trials raises serious concerns about increasing mandates of Europol and Frontex](#) [Fair Trials exprime ses préoccupations profondes quant à l'élargissement des mandats d'Europol et de Frontex, en anglais].

101 V. Mitsilegas (2020), [Interoperability as a rule of law challenge](#) [L'interopérabilité, un défi pour l'État de droit], Robert Schuman Centre Blog.

102 EDRi (2020), [Ban biometric mass surveillance!](#) [Stop à la surveillance biométrique de masse !, en anglais].

103 BVMN (2021), [Border violence, pushbacks and containment in Ceuta and Melilla](#) [Violences aux frontières renvois forcés et enfermement à Ceuta et Melilla, en anglais].

son avis d'expert et remis en question le fondement juridique de l'autorisation de la collecte de données personnelles par ce système¹⁰⁴.

En **Grèce**, des drones et des caméras servent à suivre les migrations, ainsi qu'à dissuader et à cibler les personnes migrantes et les défenseurs-euses des droits humains qui ont été témoins ou ont surveillé les renvois forcés illégaux à la frontière au niveau d'Evros¹⁰⁵. L'association Border Violence Monitoring Network (BVMN) a documenté les recours aux technologies de surveillance dans le cadre de l'interpellation et du renvoi forcé illégal de personnes aux frontières entre la Grèce et la Turquie, entre la Croatie et la Bosnie, entre la Serbie et la Hongrie, et entre la Bulgarie et la Turquie. Les technologies identifiées dans les témoignages recueillis par BVMN comprennent des drones, des caméras, des senseurs thermiques, des lunettes de vision nocturne, des senseurs spécifiquement dédiés à la détection des émissions des téléphones portables, des outils de pistage et des tours de surveillance aérienne¹⁰⁶. Les nouveaux « camps fermés » sur les îles grecques de la mer Égée (où l'approche du *hotspot* est appliquée) sont entièrement équipés de caméras, de haut-parleurs et de diverses technologies destinées à surveiller les personnes migrantes, qui se sentent emprisonnées à cause du contrôle permanent et inévitable dont elles font l'objet¹⁰⁷. Pour entrer et sortir du camp, les résident-e-s doivent traverser des tourniquets, des portes magnétiques et des détecteurs à rayons X, et passer par un système de contrôle à deux facteurs (carte électronique et empreintes digitales). En outre, à chaque retour au

camp, ils et elles doivent se soumettre à une fouille corporelle et de leur sac, et traverser une nouvelle fois un détecteur de métaux. Cela concerne également les enfants qui vont à l'école, qui sont obligés de passer ces sécurités deux fois par jour¹⁰⁸.

Des critiques similaires ont été soulevées par l'ONG Privacy International (PI) au sujet de la situation au **Royaume-Uni**, où l'industrie de la surveillance alimente les contrôles migratoires aux frontières comme au sein du territoire. Les pratiques les plus graves concernent l'utilisation de bracelets de cheville à localisation GPS comme outils d'application des lois migratoires¹⁰⁹, et la confiscation des téléphones portables pour en extraire les données personnelles des personnes migrantes. Cette dernière politique, qui a commencé en 2020, a été remise en question par des avocat-e-s et des membres de la société civile et a été déclarée contraire à l'article 8 de la CEDH sur le droit à la vie privée et à la vie de famille¹¹⁰. Pour la première pratique, les bracelets de cheville GPS sont aujourd'hui utilisés sans distinction dans le cadre de la rétention administrative. Depuis 2011, le ministère de l'Intérieur britannique a commencé à surveiller électroniquement toutes les personnes remises en liberté sous caution après une rétention administrative, et qui avaient déjà été condamnées au pénal. Il a donc transformé une solution au cas-par-cas en une politique généralisée¹¹¹. La même année, des bracelets de radiofréquence, qui mesuraient uniquement la distance entre une certaine station et le domicile de la personne, ont été remplacés par la technologie GPS qui collecte les données de localisation 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7. Cela

104 Garant national de la protection des données, [Décision n° 127 du 25 mars 2021](#) [en anglais]. Selon les autorités, le gouvernement n'a pas présenté de preuves suffisantes pour établir un fondement juridique clair qui autorise la collecte de données personnelles pendant l'application du système SARI Real Time.

105 Entretien avec Hope Barker, Border Violence Monitoring Network, 8 février 2023.

106 Ibid. Sur l'utilisation de drones par la police grecque, voir aussi Homo Digitalis (2020), [Open Letter to the Ministry of Citizen Protection for the use of drones by Hellenic Police](#) [Lettre ouverte au ministère de la Protection des citoyens quant à l'utilisation de drones par la police grecque, en anglais].

107 Entretien avec Manon Luis, Mobile Info Team/Border Violence Monitoring Network, Grèce, 8 février 2023.

108 Selon le règlement général sur les opérations des unités régionales du Service d'accueil et d'identification des îles, les résident-e-s ne sont autorisés à entrer et sortir du camp que pendant une certaine période. En cas d'absence ou de retard, ils et elles peuvent se voir refuser le séjour et interrompre les aides matérielles relevant de l'accueil (aide financière et nourriture). Voir : HCDH, [UN human rights experts call on Greece to strengthen oversight of private security industry](#) [Des experts des Nations unies en matière de droits humains appellent la Grèce à renforcer son encadrement du secteur de la sécurité privée, en anglais] (16 décembre 2022) ; GCR et Oxfam (7 mars 2022), Lesbos Bulletin Update on [Lesbos and the Aegean Islands](#) [Actualités sur Lesbos et sur les îles de la mer Égée, en anglais].

109 Privacy International (2022), [Electronic monitoring using GPS tags: a tech primer](#) [La surveillance électronique au moyen de bracelets GPS : les bases de la technologie, en anglais]

110 [Cour suprême britannique](#), 25 mars 2022 ; [Cour suprême britannique](#), 14 octobre 2022.

111 Entretien avec Lucie Audibert, Privacy International, Royaume-Uni, 2 février 2023. Entre le 31 décembre 2021 et le 31 décembre 2022, le nombre de personnes suivies à l'aide d'un bracelet GPS est passé de 3 188 à 5 694. Au 31 décembre 2022, les remises en liberté sous caution GPS représentaient 40 % des personnes avec un bracelet GPS ([Statistiques des autorités britanniques](#), 2022).

a un impact conséquent sur la santé mentale des personnes migrantes, et accroît leur anxiété et leur stress à cause de cette surveillance constante¹¹².

Un nouveau dispositif pilote, mis en œuvre en 2022, impose un bracelet GPS à toute personne arrivant au Royaume-Uni « par un itinéraire non nécessaire et dangereux », c'est-à-dire en pratique à toutes les personnes migrantes qui traversent la Manche sur des « small boats » et qui sont soit placées en rétention administrative, soit surveillées par ces bracelets électroniques. En outre, de nouveaux appareils de lecture d'empreintes digitales ont été déployés en solution alternative aux bracelets de cheville. Les personnes migrantes doivent les avoir sur elles à tout moment et faire lire leurs empreintes jusqu'à cinq fois par jour, souvent en n'ayant qu'une fenêtre d'une minute pour transmettre leurs résultats¹¹³. Bien que le ministère de l'Intérieur britannique considère ces mesures comme moins invasives, car elles ne sont pas attachées au corps des personnes concernées, PI a découvert qu'elles étaient perçues comme hautement invasives, traumatisantes et disproportionnées par rapport à l'objectif recherché.

PI, en association avec des ONG spécialisées sur les questions de migrations, soutient des affaires judiciaires qui dénoncent le recours indiscriminé à des bracelets GPS, qui a dépassé les limites imposées par la loi de 2016. Cette loi imposait une évaluation individuelle de chaque situation¹¹⁴. Les tribunaux n'ont pas encore rendu de décision définitive. Le fait qu'un suivi GPS en matière migratoire relève du droit administratif et non du droit pénal entraîne de plus faibles garanties procédurales (par exemple, la mesure n'est pas limitée dans le temps) et un plus grand pouvoir discrétionnaire de l'administration. Comme la rétention administrative, les instruments du droit pénal sont transposés au domaine migratoire en diminuant les protections échues aux personnes concernées. Les droits des personnes migrantes dépendent uniquement de leur statut, remettant en cause le principe d'universalité des droits humains.

112 M. Bhatia (2021), *Racial surveillance and the mental health impacts of electronic monitoring on migrants* [La surveillance raciale et les répercussions de la surveillance électronique sur la santé mentale des personnes migrantes, en anglais], in *Race & Class*, 62(3), pp. 18-36.

113 New Scientist (2022), [UK Home Office will use fingerprint scanner to track people facing deportation](#) [Le ministère de l'Intérieur britannique utilisera un lecteur d'empreintes digitales pour suivre les personnes en attente d'expulsion, en anglais].

114 Privacy International (2022), [Privacy International files complaints against GPS tagging of migrants in the UK](#) [Privacy International dépose des plaintes contre le suivi GPS des personnes migrantes au Royaume-Uni, en anglais].

Conclusion

Ce briefing a exploré trois axes autour desquels se manifestent l'amalgame entre le droit pénal et le droit administratif en matière de migrations. Si la *crimmigration* n'est pas un phénomène nouveau, certaines de ses dynamiques restent sous-étudiées et doivent être examinées. Plusieurs nouvelles tendances sont liées à la rétention administrative : tout d'abord, l'usage de la rétention comme d'un instrument multifonctions déployé pour des raisons de sécurité, comme l'ordre public ou la sécurité nationale ; ensuite, l'association de la détention provisoire, appliquée dans le cadre de la lutte contre le trafic de personnes migrantes, et de la rétention administrative le long d'un spectre continu de privation de liberté ; enfin le recours à des technologies de surveillance aux frontières et dans les établissements de rétention, ou comme alternatives à la détention.

Les trois dynamiques étudiées ici sont liées. Les personnes migrantes accusées de trafic peuvent ensuite être placées en rétention administrative car considérées « dangereuses ». Les technologies de surveillance déployées aux frontières intérieures et extérieures de l'UE sont utilisées pour dissuader les passeurs et les identifier. L'IA (intelligence artificielle) joue un rôle de plus en plus important dans l'anticipation de la « dangerosité » des personnes migrantes, ce qui entraîne leur placement en rétention. Des recherches supplémentaires

seraient utiles pour explorer les manières dont ces dynamiques interagissent, et l'étendue de ces interactions ; par exemple, le recours à la technologie dans les procédures d'expulsion et de rétention mériterait des enquêtes plus poussées.

La militarisation accrue des frontières a favorisé l'acceptation des renvois forcés illégaux, le démantèlement des opérations de recherche et de sauvetage, et la criminalisation de la solidarité avec les personnes sans papiers. Les droits fondamentaux à la vie, à la liberté, à la vie privée et de famille et à un recours effectif, ainsi que le droit d'être protégé-e de la torture, de la persécution et du refoulement sont de plus en plus ignorés. La réponse d'organisations de la société civile, d'avocat-e-s et de chercheurs-euses s'est caractérisée par la surveillance et la dénonciation de violations des droits humains, l'assistance judiciaire et sociale aux personnes concernées, l'appel aux États à rendre des comptes et l'ouverture de poursuites judiciaires stratégiques pour contester les pratiques illégales à l'échelle de l'UE et des États membres. Plus l'amalgame entre le droit administratif et le droit pénal deviendra la règle, plus un contrôle indépendant des cas de violations de droits humains (menée par des organes de surveillance nationaux et internationaux) et l'accès effectif à des recours judiciaires sera primordial pour les personnes migrantes.

Un changement de paradigme est nécessaire afin que la « sécurité » soit comprise comme un processus de garantie des droits humains, plutôt que comme une justification de leur mise en péril.



PICUM

For undocumented migrants,
for social justice.

Rue du Congres 37,
1000 Brussels, Belgium
+32 2 883 68 12
info@picum.org
www.picum.org