



COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS  
COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME



CommDH/IssuePaper(2010)1  
Original : anglais

## Document thématique

**La criminalisation des migrations en Europe :  
quelles incidences pour les droits de l'homme ?**

## Table des matières

I. Introduction .....	3
II. Vue d'ensemble des réactions internationales face à la tendance à l'incrimination des migrations .....	3
III. Le droit pénal et l'incidence de son application au domaine des migrations .....	4
a. Le droit pénal et les victimes.....	4
b. Incidence de la terminologie de l'incrimination.....	4
IV. Le droit européen des migrations et le développement de la politique d'incrimination .....	5
a. Le franchissement des frontières extérieures .....	5
L'entrée irrégulière sur le territoire et l'intéressé .....	6
L'entrée irrégulière sur le territoire et les tiers .....	6
Les enjeux en matière de droits de l'homme .....	7
b. Le séjour et l'emploi des immigrés.....	8
Les enjeux en matière de droits de l'homme .....	8
c. L'asile .....	9
Les enjeux en matière de droits de l'homme .....	11
d. La rétention administrative.....	11
Les enjeux en matière de droits de l'homme .....	12
e. Les incidences sur les droits sociaux.....	12
Les enjeux en matière de droits de l'homme .....	13
V. Les incidences de la législation et des politiques européennes en vigueur en matière de migrations .....	13
a. Le franchissement des frontières extérieures .....	14
Les mesures directes .....	14
Les mesures indirectes .....	15
b. Le séjour, l'emploi et le retour des immigrés.....	16
Les mesures directes .....	16
Les mesures indirectes .....	17
c. L'asile .....	17
Les mesures directes .....	17
Les mesures indirectes .....	17
d. La rétention administrative.....	18
Les mesures directes .....	18
VI. Conclusions et recommandations .....	19

**Les documents thématiques sont commandés et publiés par le Commissaire aux droits de l'homme pour contribuer au débat ou approfondir la réflexion sur une importante question d'actualité en matière de droits de l'homme. Les opinions exprimées par les experts dans ces documents ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Commissaire. Les documents thématiques sont disponibles sur le site Web du Commissaire : [www.commissioner.coe.int](http://www.commissioner.coe.int)**

**Le présent document thématique a été établi par Mme Elspeth Guild, professeur à l'Université Radboud de Nimègue, à la suite d'un atelier d'experts organisé par le Bureau du Commissaire à Paris les 24 et 25 septembre 2009.**

## I. Introduction

Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (ci-après le Commissaire) a publié le 29 septembre 2008 un Point de vue dans lequel il fait part de ses préoccupations à l'égard de la tendance à la criminalisation de l'entrée et de la présence irrégulières des migrants en Europe, présentée comme l'un des volets de la politique de gestion des migrations. « Une telle méthode de maîtrise des déplacements internationaux porte atteinte aux principes établis du droit international. Elle est aussi à l'origine de nombreuses tragédies humaines sans pour autant atteindre sa finalité qui est de maîtriser réellement l'immigration »<sup>1</sup>, y déclarait-il.

Le présent document thématique s'inscrit dans la continuité des préoccupations du Commissaire, en étudiant systématiquement les questions relatives aux droits de l'homme que soulève le phénomène de la criminalisation, par les États membres du Conseil de l'Europe, du franchissement des frontières par les migrants et de leur présence sur le territoire d'un État.

## II. Vue d'ensemble des réactions internationales face à la tendance à la criminalisation des migrations

Le recours à des sanctions pénales ou à des sanctions administratives qui équivalent à des sanctions pénales (comme la rétention administrative) en matière de contrôle des frontières et de maîtrise de l'immigration est devenu depuis quelque temps une source de préoccupation supplémentaire<sup>2</sup>. Les universitaires, les organisations non-gouvernementales et les organisations internationales ont contesté le bien-fondé des conséquences de ce durcissement, pour les réfugiés, d'un franchissement des frontières européennes, assorti de sanctions pénales<sup>3</sup>. En juillet 2008, dix experts indépendants des procédures spéciales du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies ont émis des critiques au sujet de la directive européenne sur le retour de migrants irréguliers, notamment parce qu'elle associait maîtrise de l'immigration et sanction pénale. Ils ont ainsi déclaré que « les immigrés en situation irrégulière ne sont pas des criminels. Ils ne devraient pas, en principe, faire l'objet de la moindre mesure de détention. Les États membres ont l'obligation de réfléchir à la mise en place d'alternatives à la détention : cette dernière doit en effet être la plus courte possible »<sup>4</sup>. S'agissant plus généralement du traitement des étrangers placés en détention, le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) du Conseil de l'Europe soulevait dès 2009 un certain nombre de questions au sujet des pratiques en vigueur en Finlande, aux Pays-Bas et au Portugal. Le Comité avait fait part à sept reprises en 2008 de ses préoccupations au sujet du traitement réservé aux ressortissants étrangers et s'était notamment montré extrêmement critique dans un rapport consacré aux centres de rétention en Grèce. Le recours parallèle aux sanctions pénales infligées aux personnes physiques et morales qui s'engagent en faveur de personnes en situation incertaine ou irrégulière est une autre source de grande inquiétude.

Cette question a trait aux conséquences de deux domaines assez distincts du droit – le droit pénal et le droit administratif en matière de frontières, d'immigration et d'asile – et à la manière dont ils s'entremêlent. L'un des principaux défis à relever à propos de cette interconnexion est l'engagement pris par les États de respecter leurs obligations relatives aux droits de l'homme et leur capacité à le faire. L'adoption de dispositions pénales qui incriminent uniquement les actes commis par des ressortissants étrangers ou à leur égard présente d'importants enjeux sur le plan des normes relatives aux droits de l'homme, à commencer par le principe fondamental de la non-discrimination. Bien que la discrimination en raison de la nationalité fonde le contrôle des personnes aux frontières – l'entrée du territoire est autorisée pour certaines personnes, c'est-à-dire pour les ressortissants des

---

<sup>1</sup> [http://www.coe.int/t/commissioner/viewpoints/080929\\_FR.asp?](http://www.coe.int/t/commissioner/viewpoints/080929_FR.asp?)

<sup>2</sup> M Lee, « Human Trade and the criminalisation of irregular migration », *International Journal of the Sociology of Law* 33 (2005) 1 – 15. E. Guild & P. Minderhoud *Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member states on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2006. R Cholewinski, « The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy' in A Baldaccini », E Guild & H Toner, *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart, Oxford, 2007 p. 301 – 336.

<sup>3</sup> Oxfam, *Foreign territory : the internationalisation of EU asylum policy*, Oxfam, Oxford, 2005 ; R Cholewinski, *Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social rights*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005 ; Médecins sans Frontières, *Not Criminals: Médecins sans Frontières Exposes Conditions for Undocumented Migrants and Asylum Seekers in Maltese Detention Centres*, avril 2009 ; S. Palidda, *Criminalisation and Victimization of Migrants in Europe*, Université de Gênes, 2009.

<sup>4</sup> <http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/227C3A187C0BDB81C125748A0037A405?opendocument>.

États concernés, mais interdite à d'autres, c'est-à-dire aux ressortissants étrangers – le traitement des ressortissants étrangers aux frontières n'échappe pas aux dispositions applicables en matière de droits de l'homme. Le traitement des personnes à l'intérieur des frontières matérielles de l'État, où s'exerce le contrôle des agents publics, est d'ailleurs lui aussi soumis aux obligations faites à l'État en matière de droits de l'homme<sup>5</sup>. La discrimination en raison de la nationalité dans des domaines sans rapport avec le franchissement des frontières peut être contraire aux principes énoncés par la Cour européenne des droits de l'homme en la matière<sup>6</sup>. Les obligations relatives aux droits de l'homme prévues par les États dans leurs dispositions constitutionnelles ne sauraient être uniquement applicables à leurs propres ressortissants.

### **III. Le droit pénal et l'incidence de son application au domaine des migrations**

#### **a. Le droit pénal et les victimes**

Dans les sociétés démocratiques, le droit pénal occupe une place très différente de celle du droit administratif. Il est en effet destiné à sanctionner les personnes qui causent un préjudice à autrui ou à la société dans son ensemble. Le droit pénal se subdivise en deux branches très distinctes l'une de l'autre : (a) l'incrimination d'actes commis à l'encontre des personnes qui en sont les victimes et (b) les infractions sans victimes concrètes, commises plutôt à l'encontre de la société en général. Dans les démocraties libérales, l'opinion publique se soucie davantage des infractions commises à l'encontre des personnes et y est plus attentive. La mission à l'évidence la plus légitime de la justice répressive consiste à sanctionner les auteurs d'actes préjudiciables à autrui. Les infractions qui portent atteinte à l'intérêt général défini par l'État ont tendance à être davantage contestées. Ainsi, l'attitude à l'égard de la consommation de drogue varie considérablement d'un État membre de l'Union européenne à un autre, car il n'existe aucun consensus au sein de la population et des gouvernements qui la représentent sur l'incrimination de la consommation, compte tenu de l'absence de victimes ou du fait que la seule victime éventuelle est précisément la personne qui choisit de consommer cette drogue. Les infractions liées au franchissement des frontières ne font pas davantage de victimes. Si l'on laisse de côté la question de la traite des êtres humains, le franchissement illégal des frontières ou le séjour irrégulier sur le territoire au-delà de la période autorisée ne nuit pas à une personne précise. Si tant est que cet acte soit préjudiciable, il porte uniquement atteinte à l'intégrité des frontières nationales et à la législation relative à la maîtrise de l'immigration.

#### **b. Incidence de la terminologie de la criminalisation**

Avant d'aborder les points précis qui sont autant de sujets de préoccupation, il importe de faire un état des lieux de la terminologie employée. La plupart des organisations internationales, dont le Conseil de l'Europe<sup>7</sup>, et des organisations non gouvernementales utilisent une terminologie assez neutre lorsqu'elles évoquent les ressortissants étrangers dont la présence sur le territoire national n'a pas été ou n'est plus autorisée par les pouvoirs publics. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a souligné l'importance des termes employés dans sa Résolution 1509(2006) : « L'Assemblée préfère l'expression « migrants en situation irrégulière » à d'autres comme « migrants illégaux » ou « migrants sans papiers ». Cette expression est en effet plus neutre et, contrairement au terme « illégal », n'a rien de stigmatisant. Elle est aussi l'expression que privilégient de plus en plus d'organisations internationales qui traitent des questions de migration ». L'ensemble des institutions de l'Union européenne et des gouvernements des États membres parlent néanmoins d'« immigrés illégaux » et d'« immigration illégale » à ce sujet<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Par exemple les actes des agents chargés de l'octroi des visas et des agents consulaires des pays d'origine des intéressés, pour ne citer qu'eux. Voir également E Guild, *Security and European Human Rights: protecting individual rights in times of exception and military action*, Wolf, Nimègue, 2006.

<sup>6</sup> Voir, par exemple, *Gaygusuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996.; *Koua Poirrez c. France*, arrêt du 30 septembre 2003 ; voir également le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) des Nations Unies, Recommandation générale XXXI sur la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement du système de justice pénale, 2005, disponible sur [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>7</sup> Par exemple la Recommandation 1755 (2006) sur les droits fondamentaux des migrants irréguliers de l'Assemblée parlementaire.

<sup>8</sup> Voir, par exemple, la décision du Conseil « Justice et affaires intérieures » (JAI) des 27-28 avril 2006 d'intensifier les vols conjoints pour l'expulsion des résidents en situation illégale, document du Conseil 11185/06 ; ou la réunion du Groupe de

Cette terminologie est malheureusement appliquée à des situations où les intéressés n'ont pas même approché le territoire des États membres de l'Union européenne et où rien, à ce stade, ne permet aux agents de l'UE de savoir s'ils en sont ressortissants ou non<sup>9</sup>. L'emploi de l'expression « immigré illégal » ou « immigration illégale » est erroné, puisque ces personnes n'ont pas nécessairement commis une infraction pénale au regard de la législation d'un État membre ; le terme d'immigration n'est pas davantage légitime lorsque l'intéressé est un ressortissant du pays dans lequel il vit et peut envisager ou non de voyager à l'étranger.

Le choix de la terminologie est primordial pour l'image que les autorités concernées donnent de ces situations à leur population et au reste du monde. La qualité d'immigré demeure associée, en fonction de l'emploi d'une terminologie, à des actes illicites au regard du droit pénal. Tout immigré devient suspect. La notion d'immigration illégale a pour effet de rendre suspectes aux yeux de la population (et notamment aux yeux des agents publics) les personnes qui franchissent les frontières internationales. Ce soupçon est associé au droit pénal, c'est-à-dire à ce qui détermine la ligne de partage entre légalité et illégalité. D'autres organisations internationales et gouvernements ont choisi de parler de migrants sans papiers et de migration de sans-papiers ou de migrants en situation irrégulière et d'immigration irrégulière. Ce choix politique des termes utilisés attire l'attention sur le rapport de l'intéressé avec l'un des dispositifs prévus par l'État pour prouver ou régulariser un statut, au lieu d'évoquer les services de police et la justice répressive.

#### **IV. Le droit européen des migrations et le développement de la politique d'incrimination**

##### **a. Le franchissement des frontières extérieures**

Le franchissement des frontières extérieures des États membres du Conseil de l'Europe est régi par le droit national, tel que modifié par les obligations imposées par l'UE et les droits de l'homme. Les États sont tenus d'admettre leurs propres ressortissants. Cette obligation découle de l'article 3(2) du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>10</sup>. L'adhésion à l'UE impose aux États d'admettre les ressortissants de tout autre État membre (et les membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité) pendant trois mois et sans formalités, à moins qu'un refus puisse se justifier pour des raisons d'ordre public, de sûreté publique ou de santé publique<sup>11</sup>. Les ressortissants d'autres États peuvent être autorisés ou non à entrer sur le territoire, conformément au droit interne ou au droit de l'UE, en fonction des dispositions applicables. Dans les États membres de l'UE qui font partie de l'espace de libre circulation de Schengen (c'est-à-dire d'un espace dépourvu de contrôle interne de la circulation des personnes)<sup>12</sup>, tout ressortissant d'un pays tiers (c'est-à-dire qui n'est pas ressortissant de l'un des États qui en font partie) en possession d'un document dont l'État émetteur a signalé à la Commission européenne la validité aux fins de circulation est autorisé à circuler pendant trois mois sur le territoire de ces États<sup>13</sup>.

---

travail des hauts fonctionnaires et experts de Grèce, du Pakistan, de Turquie et d'Iran relatif à la lutte contre la traite des immigrés en situation illégale et la traite des êtres humains, qui s'est tenue à Islamabad les 5 et 6 septembre 2006, document du Conseil 16872/06. Pour le Parlement européen, citons par exemple le document n° RSP/2008/2562 « Immigration clandestine. Action extérieure de l'UE et Frontex » ; le document de la Commission européenne « Développement d'une politique commune relative à l'immigration illégale, la contrebande et le trafic d'êtres humains, les frontières extérieures et le retour de résidents illégaux. Troisième rapport annuel » SEC (2009) 320 final.

<sup>9</sup> Voir, par exemple, le document de la Commission européenne « Développement d'une politique commune relative à l'immigration illégale, la contrebande et le trafic d'êtres humains, les frontières extérieures et le retour de résidents illégaux. Troisième rapport annuel » SEC (2009) 320 final, qui envisage l'immigration illégale comme un phénomène qui s'étend au-delà de l'ensemble des frontières de l'UE.

<sup>10</sup> « Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant ».

<sup>11</sup> Article 18 CE et Directive 2004/38 ; ce droit est également étendu aux membres de la famille d'un citoyen qui l'exerce, lorsque ceux-ci sont ressortissants d'un pays tiers.

<sup>12</sup> C'est-à-dire tous les États membres à l'exception de la Bulgarie, de Chypre et de la Roumanie, qui n'ont pas encore été autorisés à en faire partie, ainsi que de l'Irlande et du Royaume-Uni, qui ont choisi de rester en dehors de cet espace. L'Islande, la Norvège et la Suisse font également partie de l'espace de libre circulation de Schengen.

<sup>13</sup> Voir la liste des permis de séjour sur le site Web de la Commission européenne : [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/freetravel/rights/doc\\_freetravel\\_rights\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/freetravel/rights/doc_freetravel_rights_en.htm) Elle comprenait jusqu'au 30 octobre 2007 les reçus spéciaux des bureaux de poste italiens. Des exceptions sont prévues pour des motifs d'ordre public et de sécurité.

### *L'entrée irrégulière sur le territoire et l'intéressé*

Les étrangers qui font l'objet d'un contrôle d'immigration et franchissent les frontières extérieures pour entrer sur le territoire des États européens sans respecter la législation nationale en la matière sont bien souvent passibles de sanctions administratives. C'est par exemple le cas depuis longtemps au Royaume-Uni, où « l'entrée illégale » sur le territoire désigne à la fois l'entrée clandestine destinée à éviter tout contrôle des services d'immigration et l'entrée obtenue en trompant un agent des services d'immigration qui, s'il avait eu pleinement connaissance des faits, ne l'aurait pas autorisée. L'entrée irrégulière est par ailleurs une infraction pénale passible d'une amende, d'une peine d'emprisonnement maximale de six mois et d'une expulsion<sup>14</sup>. En Allemagne, l'entrée (et la résidence) irrégulière est une infraction pénale<sup>15</sup>. Sa forme la moins grave est passible d'une peine d'emprisonnement d'un an ou d'une amende assortie d'une expulsion. Le droit grec en matière d'immigration prévoit des sanctions pénales identiques en cas d'entrée irrégulière sur le territoire<sup>16</sup>. En 2008, le droit italien a été modifié pour faire de la situation irrégulière d'un ressortissant étranger auteur d'une infraction pénale une circonstance aggravante aux fins de condamnation à une peine. En outre, la location d'un logement à des migrants en situation irrégulière est désormais une infraction pénale passible d'une peine de six mois à trois ans d'emprisonnement<sup>17</sup>. L'entrée irrégulière sur le territoire italien est devenue en 2009 une infraction pénale passible d'une amende.

### *L'entrée irrégulière sur le territoire et les tiers*

Les activités illicites exercées dans le reste du monde ont poussé certains États membres à adopter des dispositions pénales relatives à l'entrée irrégulière sur le territoire et au fait de prêter assistance à ces activités. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (2000) et les protocoles qui s'y rapportent (habituellement baptisés Protocoles de Palerme) comprennent le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air et le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants. Les Protocoles invitent à sanctionner les personnes qui aident les ressortissants étrangers à franchir les frontières sans autorisation ; le Protocole contre le trafic illicite impose aux pays signataires de prendre des mesures lorsque ces activités sont exercées à but lucratif et le Protocole sur la traite des personnes exige expressément que des sanctions soient infligées en cas d'exploitation sous diverses formes. La Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (2005) prévoit également l'incrimination de la traite des êtres humains, du recours aux services d'une victime et des actes relatifs aux documents de voyage ou aux pièces d'identité. Il convient de noter qu'aucune de ces conventions internationales ne comporte de disposition relative à l'incrimination de l'entrée irrégulière sur le territoire d'un État Partie des migrants victimes de la traite des êtres humains. L'article 5 du Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants, notamment, proscrit expressément l'engagement de la responsabilité pénale des migrants pour des actes en rapport avec leur entrée sur le territoire d'un État donné dans le cadre d'un trafic<sup>18</sup>.

Le fait de prêter assistance à l'entrée irrégulière et au trafic des ressortissants étrangers est habituellement constitutif d'une infraction pénale. Celle-ci peut être commise par des ressortissants nationaux ou étrangers, mais uniquement à l'égard d'un ressortissant étranger qui ne possède pas de titre d'entrée sur le territoire de l'État concerné. En Allemagne, par exemple, l'infraction de trafic de personnes a été modifiée en profondeur pour sévir contre les auteurs de tels actes en 1992 et 1994<sup>19</sup>. Le 13 mai 2009, la Chambre basse italienne a adopté une loi qui vise à mettre un frein aux

---

<sup>14</sup> Article 24 de la loi relative à l'immigration de 1971, telle que modifiée par la loi relative au droit d'asile et à l'immigration de 1996.

<sup>15</sup> §94 AufenthG.

<sup>16</sup> Article 83 de la loi relative à l'immigration n° 3386/2005.

<sup>17</sup> Voir la partie III du rapport du Commissaire du 16 avril 2009, CommDH(2009)16.

<sup>18</sup> En 2003, le Comité exécutif du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) a formulé la recommandation suivante : « les demandeurs d'asile et les réfugiés interceptés ne devraient pas pouvoir être traduits en justice en vertu du Protocole contre le trafic illicite du fait d'avoir été l'objet d'une conduite consignée dans l'article 6 du Protocole et toute personne interceptée ne devrait pas encourir de sanction pour entrée ou présence illégale sur le territoire d'un Etat dans les cas où les termes de l'article 31 de la Convention de 1951 sont respectés » (*Conclusion sur les garanties de protection dans les mesures d'interception*, 10 octobre 2003, n° 97 (LIV) - 2003, paragraphe (a) vi).

<sup>19</sup> §§96, 97 AufenthG. Voir K. Ziegler « The Legal framework of Trafficking and Smuggling in Germany: victims protection emerging from witness protection? » in E. Guild & P. Minderhoud, op.cit. p. 69-111.

embarcations affrêtées par les réseaux de passeurs<sup>20</sup>. Elle a pour effet d'incriminer les propriétaires ou capitaines des embarcations qui transportent jusqu'en Italie des ressortissants étrangers sans papiers<sup>21</sup>. Le train de mesures sécuritaires adopté en Italie pose globalement problème sur plusieurs points délicats en matière de criminalisation des ressortissants étrangers<sup>22</sup>.

### *Les enjeux en matière de droits de l'homme*

Bien que la Cour européenne des droits de l'homme ait pris soin d'affirmer le droit des États à maîtriser leurs frontières, les mesures prises par eux au sujet des frontières peuvent bien souvent avoir une incidence sur les droits de l'homme. En premier lieu, l'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH reconnaît à toute personne la liberté de quitter un pays, y compris le sien<sup>23</sup>. Il n'existe aucun droit d'entrée sur le territoire d'un autre pays, mais lorsque les États membres s'associent pour empêcher leurs ressortissants nationaux de quitter leur pays d'origine (ou leur lieu de résidence actuel), ou incitent les pays tiers à y faire obstacle, par crainte que les intéressés puissent devenir immigrés « illégaux » dans un autre État européen, la responsabilité de ces mêmes États peut sans aucun doute être engagée au titre de cette disposition. En outre, les modalités des contrôles aux frontières peuvent être soumises à une obligation de non-discrimination à l'égard des ressortissants étrangers, à moins que celle-ci ne soit justifiée. Le Protocole n° 12 à la CEDH interdit aux États membres de prendre des mesures discriminatoires fondées sur des motifs qu'il énonce<sup>24</sup>.

En deuxième lieu, les critères permettant de refuser à une personne l'accès à un pays ou l'entrée sur un territoire peuvent poser problème au regard de l'article 3 CEDH, qui interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Troisièmement, lorsqu'une personne se présente en situation irrégulière à l'entrée d'un territoire pour échapper à la torture et à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le fait de la traiter comme un délinquant peut être contraire à l'article 3 CEDH. S'agissant des réfugiés, la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (1951) et son protocole de 1967 prévoient expressément à l'article 31(1) que « les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée [...], entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation ». Quatrièmement, le fait qu'une personne ne soit pas entrée de manière régulière sur le territoire d'un État n'interdit pas que sa vie familiale puisse empêcher son expulsion. Dans une affaire concernant les Pays-Bas, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que la vie familiale d'une ressortissante étrangère entrée clandestinement sur le territoire avait plus de poids que l'intérêt que représentait pour l'État sa demande d'expulsion<sup>25</sup>. Cinquièmement, la criminalisation des activités exercées par les personnes qui prêtent assistance à l'entrée de ressortissants étrangers sur le territoire peut avoir des répercussions en matière de droits de l'homme. Ainsi, une juridiction britannique a estimé que l'amende automatiquement infligée à un chauffeur routier pour avoir transporté des personnes auxquelles l'entrée sur le territoire avait été refusée était contraire au respect de la vie privée de l'intéressé, consacré par l'article 8 CEDH<sup>26</sup>. Sixièmement, toute accusation pour des faits liés ou non au franchissement des frontières doit respecter le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 CEDH.

### **b. Le séjour et l'emploi des immigrés**

Si on laisse de côté la question de l'entrée sur le territoire, on assiste dans un autre domaine à une criminalisation accrue de l'immigration : la présence de ressortissants étrangers sur le territoire et

---

<sup>20</sup> <http://www.guardian.co.uk/world/2009/may/13/italy-illegal-migration-bill-berlusconi/print>.

<sup>21</sup> En août 2007 les autorités italiennes ont arrêté et accusé sept pêcheurs tunisiens d'avoir favorisé l'immigration irrégulière pour avoir sauvé 44 immigrants en mer et les avoir conduit en Italie. Ils ont été acquittés en novembre 2009 par un tribunal d'Agrigente, en Sicile.

<sup>22</sup> M. Merlino, *The Italian (In)Security Package: Security vs Rule of Law and Fundamental Rights in the EU* CEPS, Bruxelles 2009 ; *Mémoire par Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Italie, les 19-20 juin 2008*, Strasbourg, 28 juillet 2008, et *Rapport de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Italie du 13 au 15 janvier 2009*, Strasbourg, 16 avril 2009.

<sup>23</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a conclu que le refus de délivrer un passeport à un citoyen constituait une violation de l'article 2 du Protocole n° 4, *Sissanis c. Roumanie*, arrêt du 25 janvier 2007.

<sup>24</sup> R. Cholewinski, *Borders and Discrimination in the European Union*, ILPA, Londres, 2002.

<sup>25</sup> *Rodrigues da Silva and Hoogkamer c. Pays-Bas*, arrêt du 31 janvier 2006.

<sup>26</sup> *International Transport Roth GmbH & Ors v Secretary of State For the Home Department* [2002] EWCA Civ 158.

l'exercice par eux d'une activité économique. C'est le cas des ressortissants étrangers entrés légalement sur le territoire, mais qui y demeurent après l'expiration de leur permis de séjour ou qui exercent une activité qui leur est interdite par la législation nationale, notamment une activité professionnelle. Les États incriminent de plus en plus le séjour permanent sur leur territoire ; il constitue bien souvent une infraction pénale qui perdure. Il s'avère, en pratique, que les États membres continuent à recourir à des mesures de droit administratif tant que rien ne fait obstacle à l'expulsion de l'intéressé, alors même qu'ils disposent de sanctions pénales lorsque le séjour excède la durée prévue.

Ceux qui prêtent assistance aux ressortissants étrangers en situation irrégulière sont également passibles de sanctions pénales. Le cas de Jennifer Chary, en France, en est l'illustration. En avril 2009, elle avait été accusée d'avoir prêté aide et assistance à un homme en situation irrégulière sur le territoire français, qu'elle s'apprêtait à épouser. Le couple vivait ensemble depuis plus de cinq mois et avait été interrogé à l'occasion de sa demande de mariage. Son fiancé avait alors été expulsé de France au vu de sa situation irrégulière et Jennifer Chary avait été accusée d'un délit passible d'une peine de cinq années d'emprisonnement et de 30 000 EUR d'amende. Suite aux remous considérables provoqués par cette affaire, le procureur avait décidé d'abandonner les charges retenues contre elle<sup>27</sup>. En Italie, une proposition d'amendement du train de mesures sécuritaires avait tenté de supprimer l'impunité de poursuites dont jouissent les médecins qui traitent des patients en situation irrégulière<sup>28</sup>. Les entreprises qui emploient des ressortissants étrangers non titulaires d'un permis de séjour font également l'objet d'une criminalisation. Alors que de nombreux États membres infligent des amendes aux sociétés qui ne vérifient pas les titres de résidence de leurs employés, ils y ajoutent de plus en plus fréquemment des sanctions pénales et des sanctions qui ont des conséquences pénales. Ces dispositions légales sont bien souvent mises en place à l'occasion de la prise de mesures de lutte contre la traite des êtres humains<sup>29</sup>. Le Royaume-Uni a récemment inscrit sur son site Web les noms de toutes les entreprises auxquelles une amende administrative a été infligée parce qu'elles avaient employé des personnes en situation irrégulière sur le territoire britannique<sup>30</sup>. Il est très surprenant de constater que les noms de l'immense majorité des entreprises sanctionnées indiquent l'appartenance à une minorité ethnique de leurs propriétaires.

#### *Les enjeux en matière de droits de l'homme*

Le droit à la jouissance effective des droits de l'homme ne repose pas sur l'autorisation donnée par les pouvoirs publics d'un État à une personne d'être présente sur son territoire. Comme le proclame l'article 1 CEDH, il est accordé à toute personne relevant de la juridiction des États membres du Conseil de l'Europe ; il ne se limite pas aux personnes dont l'État a autorisé la présence sur son territoire, mais s'applique, exactement comme le prévoit le libellé de cette disposition, à *toute personne*. Deux droits de l'homme ont ici une importance particulière : le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 CEDH, et le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, consacré par l'article 3 CEDH.

S'agissant du premier, la présence irrégulière d'une personne sur le territoire d'un État constitue uniquement l'un des éléments qui permettent d'apprécier si sa vie privée et familiale oblige l'État concerné à lui accorder un permis de séjour<sup>31</sup>. La criminalisation de la présence d'un ressortissant étranger sur le territoire d'un État n'exonère pas ce dernier de son obligation de veiller à ce que toute personne jouisse de son droit au respect de sa vie privée et familiale. S'agissant du second, l'article 3 CEDH impose aux États de veiller à ce que nul ne soit soumis à la torture et à des peines ou traitements inhumains et dégradants. Le traitement réservé à une personne par suite de sa classification dans la catégorie des délinquants éventuels (ou des condamnés) doit respecter les

---

<sup>27</sup> [http://www.lemonde.fr/societe/article/2009/05/11/renvoi-du-proces-d-une-francaise-poursuivie-pour-aide-au-sejour-irregulier-de-son-concubin\\_1191708\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2009/05/11/renvoi-du-proces-d-une-francaise-poursuivie-pour-aide-au-sejour-irregulier-de-son-concubin_1191708_3224.html).

<sup>28</sup> Voir la proposition d'amendement du décret-loi 286/1998, déposée par la Ligue du Nord et retirée le 27 avril 2009. L'immigration et le séjour irréguliers sont toujours incriminés au titre de l'article 10bis du projet de loi 2180.

<sup>29</sup> B. Pieters « Dutch Criminal and Administrative Law Concerning Trafficking in and Smuggling of Human Beings: The Blurred Legal Position of Smuggled and trafficked Persons: Victims, Instigators or Illegals? » in E. Guild & P. Minderhoud, op.cit. p. 201 – 239.

<sup>30</sup> <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/employersandsponsors/listemployerspenalties/>

<sup>31</sup> D. Thym « Respect for private and family life under article 8 ECHR in immigration cases: a human right to regularize illegal stay? » International and Comparative Law Quarterly Vol 57, n° 1, janvier 2008, p. 87-112.



exigences de l'article 3, indépendamment de la situation de l'intéressé sur le plan de l'immigration<sup>32</sup>. Le refus, notamment, de nourrir ou d'assurer l'hébergement et le traitement médical d'une personne peut être contraire à l'article 3 de la Convention, dans la mesure où il risque de réduire l'intéressé à une situation inhumaine et/ou dégradante<sup>33</sup>.

Les tiers, y compris les membres de la famille de l'intéressé, dont Jennifer Chary espérait faire partie, sont également fondés à invoquer l'article 8 CEDH pour protéger leur vie familiale. L'affaire la plus célèbre en la matière, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme avait fixé un seuil de l'expulsion des ressortissants étrangers, porte sur des faits similaires à ceux de l'affaire Chary, si ce n'est que la requérante et son compagnon étaient cette fois parvenus à se marier et donc à mener une vie familiale<sup>34</sup>. On peut s'interroger sur la compatibilité avec le droit au mariage, consacré par l'article 12 CEDH, de la mesure d'expulsion appliquée par l'administration française à l'encontre du concubin de Jennifer Chary à la veille de leur mariage, qui avait empêché qu'il ait lieu en France (mais pas au Maroc, où ils s'étaient par la suite mariés). Les entreprises peuvent être titulaires d'un droit à l'octroi d'un permis de travail pour leurs employés et ont sans aucun doute droit à un procès équitable au titre de l'article 6 CEDH lors de l'examen de leur demande<sup>35</sup>. Elles ont également droit au respect de la confidentialité, au titre de l'article 8 CEDH. La publication de leurs noms et de précisions au sujet des amendes qui leur ont été infligées eu égard au statut de leurs employés peut ainsi porter atteinte à ce droit<sup>36</sup>.

### c. L'asile

La criminalisation des personnes recherchant une protection internationale est un sujet de grande préoccupation en Europe<sup>37</sup>. Elle prend la forme des diverses mesures qui rendent l'accès des réfugiés au territoire européen extrêmement difficile, comme les obligations de visa, les sanctions infligées aux transporteurs, les interdictions imposées en mer, les sanctions pénales dont est passible l'usage de faux documents ou d'autres encore. En deuxième lieu, lorsque les demandeurs d'asile parviennent à arriver en Europe, ils se heurtent souvent à des sanctions pénales supplémentaires : l'engagement de poursuites pour la manière dont ils sont entrés sur le territoire, l'interdiction de travail et l'incrimination de l'exercice d'une activité professionnelle sans permis de travail, alors qu'il n'existe aucun mécanisme d'accueil opérationnel qui leur permette d'être nourris et logés<sup>38</sup>. Il est par ailleurs de plus en plus courant, et autorisé par l'acquis de l'UE, que des sanctions pénales leur soient infligées pour avoir changé d'adresse sans autorisation ou pour n'avoir pas notifié un changement de situation et qu'ils soient placés en rétention administrative.

Plusieurs organisations non-gouvernementales ont établi dans leurs rapports que le traitement réservé aux demandeurs d'asile et à ceux dont la demande a été rejetée soulève de sérieuses questions sur la conformité de ces pratiques avec les droits de l'homme<sup>39</sup>. Là encore, l'incrimination

---

<sup>32</sup> *Slawomir Musial c. Pologne*, requête n° 28300/06.

<sup>33</sup> *R v Secretary of State for the Home Department ex p Adam, Limbuela and Tesema* [2005] UKHL 66.

<sup>34</sup> *Boultif c. Suisse*, arrêt du 2 août 2001.

<sup>35</sup> *Jurisc & Collegium Mehrerau c. Autriche*, arrêt du 27 juillet 2006.

<sup>36</sup> À l'occasion de l'adoption par l'UE d'une mesure relative aux sanctions infligées pour l'emploi de personnes en situation irrégulière sur le territoire d'un État membre, que nous évoquerons brièvement plus loin, le gouvernement allemand a joint à ces observations la déclaration suivante : « s'agissant de la publication à la fois de la décision de justice, prévue à l'article 10(2), et de la liste des employeurs jugés responsables de cette situation, prévue à l'article 12(2) de la présente directive, l'Allemagne souhaite attirer l'attention sur les effets de l'article 6(2) du traité sur l'Union européenne [obligation de protéger les droits fondamentaux] sur les institutions et les États membres lorsqu'ils transposeront cette directive en droit interne ».

<sup>37</sup> Déclaration de George Okoth-Obbo, directeur de la Division des services internationaux de protection du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, faite au Symposium sur la mise en œuvre de la Stratégie antiterroriste des Nations Unies, Vienne 17 – 18 mai 2007 : « Cinquièmement, comme l'ont souligné hier et aujourd'hui les orateurs qui m'ont précédé lorsqu'ils ont souligné la nécessité impérieuse de combattre l'opprobre et l'incitation à la fois à la haine et au terrorisme, le HCR considère qu'il faut s'attacher en priorité à éviter que les demandeurs d'asile et les réfugiés donnent lieu à des stéréotypes conduisant à les considérer comme des criminels. Au contraire, ces personnes, qui cherchent elles-mêmes à échapper aux persécutions et aux dangers, méritent la sympathie et le soutien des États et des populations au sein desquelles elles vivent ».

<sup>38</sup> Voir par exemple le *Rapport de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Turquie du 28 juin au 3 juillet 2009*, Strasbourg, 1er octobre 2009 (en anglais), CommDH(2009)31.

<sup>39</sup> Amnesty International, *Seeking Asylum is not a Crime*, juin 2005.

[http://www.amnesty.org.uk/uploads/documents/doc\\_16178.pdf](http://www.amnesty.org.uk/uploads/documents/doc_16178.pdf) ; Human Rights Watch *Fleeing Refuge: The Triumph of Efficiency over Protection in Dutch Asylum Policy*, avril 2003.

des tiers pose problème. Les transporteurs se voient infliger des amendes et font de plus en plus l'objet de sanctions pénales lorsqu'ils font entrer sur le territoire des États membres de l'Union européenne des personnes qui ne sont pas autorisées à y entrer ou qui possèdent de faux documents. Or, les réfugiés sont bien souvent incapables de produire des documents authentiques, puisqu'ils redoutent d'être persécutés par les autorités de leur pays. Les sanctions infligées aux transporteurs peuvent ainsi contraindre les réfugiés à recourir aux services de passeurs, qui leur fournissent de faux documents pour tromper la vigilance des transporteurs. Mais ces réfugiés risquent de commettre une infraction pénale en produisant de faux documents à leur arrivée sur le territoire<sup>40</sup>. Les transporteurs sont alors condamnés à une amende, tandis que les tiers qui ont facilité son entrée sur le territoire, c'est-à-dire bien souvent les membres de la famille du demandeur d'asile, font fréquemment l'objet de poursuites pénales pour trafic d'êtres humains<sup>41</sup>.

Le Commissaire estime que le destin des demandeurs d'asile est véritablement celui qui, parmi tous les domaines dans lesquels s'exerce la criminalisation des migrations, pose le plus problème à l'heure actuelle en Europe. Les gouvernements semblent avoir accordé une place excessive, pour des raisons politiques, à un traitement énergique de la question des demandeurs d'asile. Cela les a conduit à employer des dispositions pénales à l'encontre de personnes qui cherchent à se placer sous leur protection et a produit, dans les différents États membres de l'Union européenne, des degrés de protection contradictoires et très peu satisfaisants. Ainsi, d'après le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, les demandeurs d'asile afghans ont obtenu la protection des États européens dans les proportions suivantes en 2008 : 67 % de ceux qui avaient déposé une demande d'asile en Italie l'ont obtenue ; ils étaient 80 % en Autriche et 95 % en Finlande, tandis que la Grèce n'a accordé l'asile à aucun d'entre eux<sup>42</sup>. Ceux dont la demande avait été rejetée, soit 100 % des demandeurs d'asile afghans en Grèce, risquent de commettre une infraction pénale s'ils séjournent sur le territoire sans autorisation, alors que 95 % d'entre eux auraient bénéficié du droit d'asile en Finlande s'ils étaient parvenus à y déposer leur demande<sup>43</sup>.

La rétention administrative des demandeurs d'asile en Europe est également un sujet de grande préoccupation pour la communauté internationale. La Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation, par la Grèce, non seulement de l'article 3, en raison des conditions déplorables de détention d'un demandeur d'asile turc, mais encore de l'article 5(1)(f) de la Convention européenne des droits de l'homme (sur la possibilité même de le placer en détention) pour deux motifs : premièrement, en raison des tentatives de poursuites engagées à l'encontre de ce demandeur d'asile suite à son entrée irrégulière sur le territoire (il avait franchi la frontière à la nage depuis le territoire turc) ; deuxièmement, les autorités n'avaient pas tenu compte du fait qu'il était demandeur d'asile et ne pouvait par conséquent pas faire l'objet d'une expulsion avant la clôture de l'examen de sa demande. La Cour a relevé que les autorités grecques n'avaient pas justifié la détention de l'intéressé par des motifs d'ordre public ou de sécurité, ce qui constituait une atteinte aux droits de l'homme<sup>44</sup>. Comme l'indique le Commissaire, « il ressort [des] principes [du Conseil de l'Europe et du droit international] que la détention des demandeurs d'asile à leur arrivée ne doit être autorisée que pour des motifs définis par la loi, pour une durée aussi brève que possible et uniquement à l'une des fins suivantes :

- vérifier l'identité des réfugiés ;
- déterminer les éléments de leur demande de statut de réfugié ou d'asile ;
- traiter les cas dans lesquels les demandeurs d'asile ont détruit leurs documents de voyage et/ou d'identité ou ont utilisé des documents falsifiés pour tromper les autorités de l'Etat dans lequel ils ont l'intention de demander l'asile ;
- protéger la sécurité nationale ou l'ordre public<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> La Chambre des Lords britannique a annulé de justesse la condamnation d'une Éthiopienne qui avait obtenu le statut de réfugiée, mais avait produit de faux documents à son entrée sur le territoire britannique. Elle avait été condamnée au pénal pour usage de faux documents, malgré son statut de réfugiée. *R v Asfaw* [2008] UKHL 31.

<sup>41</sup> K. Ziegler « The Legal framework of Trafficking and Smuggling in Germany: victims protection emerging from witness protection? » in E. Guild & P. Minderhoud, op.cit. p. 69-111.

<sup>42</sup> <http://www.unhcr.org/statistics/45c063a82.html> 2007, tableau 12.

<sup>43</sup> UNHCR, 2008 Global Trends: Refugees, Asylum Seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons, Country Data Sheets, 16 juin 2009 <http://www.unhcr.org/4a375c426.html>.

<sup>44</sup> *S. D. c. Grèce*, arrêt du 11 juin 2009.

<sup>45</sup> Point de vue du Commissaire aux droits de l'homme, « Les Etats ne doivent pas imposer de sanctions aux demandeurs d'asile à leur arrivée sur le territoire », 17 mars 2008, [http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/080317\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/080317_fr.asp).

La Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (1951) et son protocole de 1967 impose aux États de ne pas refouler<sup>46</sup> une personne qui craint légitimement d'être persécutée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social particulier ou de ses opinions politiques, vers un pays où elle ferait l'objet d'une telle persécution (article 1A). L'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984) et l'article 3 CEDH interdit le retour forcé de toute personne vers un pays où elle court un risque substantiel d'être victime de torture (et, dans le cas de la Convention européenne des droits de l'homme, également de peines ou traitements inhumains ou dégradants). L'incrimination, dans le cadre de la procédure d'octroi de l'asile, des actes qui ont permis l'entrée sur le territoire de l'intéressé, puis l'incrimination de son séjour sur le territoire une fois la demande rejetée ont pour effet cumulé (outre le fait que les réfugiés et les demandeurs d'asile sont trop souvent présentés dans les médias comme des « délinquants ») de rendre la situation des réfugiés et des demandeurs d'asile particulièrement fragile et de les exposer à des sanctions pénales.

#### **d. La rétention administrative**

Le placement prolongé de migrants en rétention administrative représente l'un des principaux aspects du phénomène de la criminalisation des migrations en Europe. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a accordé une attention toute particulière à cette situation et a invité les États membres « à interdire progressivement la rétention administrative des migrants en situation irrégulière et des demandeurs d'asile, en établissant une distinction claire entre ces deux groupes, et, dans l'intervalle, à permettre le placement en rétention uniquement lorsque cela s'avère nécessaire pour empêcher l'entrée illégale dans le pays ou pour assurer l'expulsion ou l'extradition, conformément à la Convention européenne des droits de l'homme », ainsi qu'à « veiller à ce que le placement en rétention soit autorisé par les autorités judiciaires »<sup>47</sup>.

Le recours à la rétention administrative, conçue comme un mécanisme de préexpulsion, a fleuri partout en Europe au cours de ces dix dernières années. L'organisation non-gouvernementale Migreurop a établi et mis à jour la carte des centres de rétention pour ressortissants étrangers en Europe<sup>48</sup>. L'examen rapide de cette carte montre qu'il existe des centaines de centres de ce genre. L'O.N.G. française Cimade a publié un rapport sur la rétention administrative en France et consacré plus de 400 pages à ce grave problème signalé depuis longtemps. Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a souligné un autre aspect négatif de la rétention des ressortissants étrangers : leurs conditions de rétention trop souvent épouvantables<sup>49</sup>.

Comme l'a indiqué le CPT à plusieurs reprises, les personnes placées en rétention courent davantage le risque d'être victimes d'atteintes aux droits de l'homme. Les préoccupations exprimées par le CPT au sujet de la rétention des ressortissants étrangers transparaissent clairement dans son recueil de normes, qui comporte un chapitre spécialement consacré au traitement des personnes retenues en vertu de la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers<sup>50</sup>. Le CPT a clairement affirmé qu'il n'acceptait pas l'argument selon lequel les ressortissants étrangers placés en rétention n'étaient pas des détenus puisqu'ils pouvaient quitter quand ils le souhaitent le territoire sur lequel ils se trouvaient. Le Comité a fait part de sa profonde inquiétude à l'égard du placement en rétention des ressortissants étrangers dans des établissements pénitentiaires, qu'il juge fondamentalement imparfait<sup>51</sup>. Le CPT s'est en outre prononcé sur le recours à la force dans le cadre des procédures

---

<sup>46</sup> L'obligation faite aux États de ne pas refouler une personne vers un pays où sa vie ou sa liberté serait menacée est consacrée par l'article 33 de la Convention de 1951 et est devenue un principe du droit international coutumier.

<sup>47</sup> Résolution 1637 (2008), *Les boat people de l'Europe: arrivée par mer de flux migratoires mixtes en Europe du Sud*, paragraphes 9.3 et 9.4 ; voir également le chapitre III des *Vingt principes directeurs sur le retour forcé* du Comité des Ministres, Conseil de l'Europe, septembre 2005.

<sup>48</sup> <http://www.migreurop.org/IMG/pdf/carte-en.pdf>

<sup>49</sup> UNHCR delegation visits detention centre on Greek island, urges closure Greece, 23 octobre 2009, [www.unhcr.org/4ae1af146.html](http://www.unhcr.org/4ae1af146.html).

<sup>50</sup> Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, *Les normes du CPT - Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond*, Strasbourg, CPT/Inf/E(2002) 1 – Rev 2006 ; chapitre IV ; CPT, *19e Rapport général d'activités*, 2009, chapitre concernant les garanties pour les étrangers en situation irrégulière privés de liberté, p. 37-44, <http://www.cpt.coe.int/fr/annuel/rapp-19.pdf>.

<sup>51</sup> Ibid. paragraphe 28.

d'expulsion : « les membres des forces de l'ordre peuvent, à l'occasion, être contraints de recourir à la force pour procéder à un tel éloignement. Toutefois, la force employée devrait être limitée à ce qui est strictement nécessaire. Plus particulièrement, il serait totalement inacceptable que des personnes faisant l'objet d'un ordre d'éloignement soient agressées physiquement pour les persuader de monter à bord d'un moyen de transport ou pour les punir de ne pas l'avoir fait »<sup>52</sup>. Le fait de séparer une personne du reste du groupe dans des conditions qui permettent aux gardiens d'exercer un pouvoir considérable sur le bien-être de l'intéressé le met spécialement en danger et impose de lui accorder une attention particulière. Le recours croissant au placement des ressortissants étrangers en rétention préoccupe gravement le CPT.

#### *Les enjeux en matière de droits de l'homme*

Au regard de l'article 5 CEDH, la détention régulière fait exception au droit à la liberté et la sûreté d'une personne. Cette exception est strictement délimitée et uniquement applicable aux personnes condamnées par une juridiction, en vue de conduire une personne devant une juridiction, aux mineurs, aux malades et aux ressortissants étrangers. S'agissant de ces derniers, l'exception doit être motivée par le fait qu'il « s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

La Cour européenne des droits de l'homme a statué sur la légalité du placement en rétention d'un ressortissant étranger à des fins administratives, alors que son expulsion n'était pas envisagée<sup>53</sup>. Elle a déclaré à cette occasion qu'elle « [tenait] compte de l'importance de cette disposition dans le système de la Convention : elle consacre un droit fondamental de l'homme, à savoir la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'Etat à sa liberté » (paragraphe 63). Elle a cependant estimé que « tant qu'un Etat n'a pas « autorisé » l'entrée sur son territoire, celle-ci est « irrégulière », et que la détention d'un individu souhaitant entrer dans le pays mais ayant pour cela besoin d'une autorisation dont il ne dispose pas encore peut viser – sans que la formule soit dénaturée – à « empêcher [l'intéressé] de pénétrer irrégulièrement ». La Cour a cependant ajouté que « pour ne pas être taxée d'arbitraire, la mise en œuvre de pareille mesure de détention doit donc se faire de bonne foi ; elle doit aussi être étroitement liée au but consistant à empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement sur le territoire ; en outre, le lieu et les conditions de détention doivent être appropriés, car « une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays » (*Amuur*, précité, § 43) ; enfin, la durée de la détention ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi » (paragraphe 74). Compte tenu des graves conséquences d'une détention sur une personne, les lignes directrices définies par la Cour en matière de légalité sont extrêmement importantes. Les États ne sauraient enfermer les ressortissants étrangers du seul fait de leur statut (c'est-à-dire l'absence d'autorisation), puis se désintéresser du problème.

#### **e. Les incidences sur les droits sociaux**

La criminalisation des ressortissants étrangers nuit considérablement à leur accès aux droits sociaux, comme les soins de santé ou le logement. Lorsque les pouvoirs publics décident qu'une personne ne séjourne plus de façon régulière sur le territoire, son accès aux droits sociaux s'en trouve modifié en profondeur. Alors que les ressortissants étrangers qui séjournent et travaillent de manière régulière sur le territoire jouissent de la protection de la Charte sociale européenne, ceux qui sont en situation irrégulière n'en bénéficient généralement pas en pratique<sup>54</sup>. Les pouvoirs publics peuvent ainsi, d'un simple coup de crayon administratif, supprimer les droits et l'accès des ressortissants étrangers aux prestations sociales et au logement social, nonobstant le fait qu'ils travaillent, payent leurs cotisations sociales ou aient longtemps cotisé.

#### *Les enjeux en matière de droits de l'homme*

---

<sup>52</sup> Ibid. paragraphe 36.

<sup>53</sup> *Saadi c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 janvier 2008.

<sup>54</sup> Conseil de l'Europe, *Digest de la jurisprudence du Comité des droits sociaux*, Strasbourg, 2008.

La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les prestations sociales entraînent dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 à la CEDH sous forme d'un droit de propriété, même lorsque l'intéressé ne cotise plus ou n'a jamais travaillé ni payé de cotisations sociales<sup>55</sup>. Les prestations sociales peuvent également relever du champ d'application de l'article 8 CEDH quand elles sont mises par l'État à la disposition des familles de ses ressortissants ; l'obligation de non-discrimination prévue à l'article 14 (et éventuellement par le Protocole n° 12) impose de mettre également ces prestations à la disposition des ressortissants étrangers et des membres de leur famille qui remplissent les critères prévus<sup>56</sup>. En outre, le Comité européen des droits sociaux, l'instance chargée de surveiller l'application de la Charte sociale européenne, a estimé « qu'une législation ou une pratique qui nie le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, sur le territoire d'un Etat partie, fussent-ils en situation irrégulière, est contraire à la Charte »<sup>57</sup>. Le Commissaire a fait part de ses inquiétudes au sujet du respect des droits de l'homme par l'Italie, suite à l'adoption en 2008 d'une loi qui incrimine la location d'un logement à des personnes en situation irrégulière (et permet la saisie du bien et des revenus tirés de celui-ci) et au projet de loi déposé en 2009 par le gouvernement en vue de supprimer l'interdiction faite au personnel soignant de notifier aux autorités l'accès aux services médicaux de personnes en situation irrégulière sur le territoire<sup>58</sup>. Les migrants devenus handicapés au moment où ils franchissaient les frontières forment un groupe particulièrement vulnérable ; c'est le cas de ceux qui ont été mutilés en traversant le champ de mines de la frontière gréco-turque à Evros<sup>59</sup>. Il convient de noter que le traitement réservé par les États à ce groupe de personnes peut poser sérieusement problème au regard de leur droit à la vie (article 2 CEDH) et de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (article 3 CEDH).

## V. Les incidences de la législation et des politiques européennes en vigueur en matière de migrations

La partie suivante traite des mesures adoptées par l'Union européenne, acteur majeur dans le domaine de l'immigration et de l'asile en Europe, qui touchent à la question de la criminalisation. La plupart des dispositions examinées ci-dessous fixent des normes minimales. C'est donc à l'occasion de la transposition de ces textes que les États membres risquent de ne pas respecter leurs obligations nées des conventions internationales ou européennes relatives aux droits de l'homme.

Le traité de Lisbonne est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, ce qui a eu pour effet de rendre juridiquement contraignante la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'UE a également adopté en décembre le nouveau programme quinquennal de développement de son Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), dans lequel figurent la législation et la politique de l'Union européenne en matière de contrôle des personnes aux frontières, d'immigration et d'asile (le Programme de Stockholm). À cet égard, la question du respect des droits de l'homme est capitale pour la légitimité et la légalité du programme législatif en vigueur et à venir de l'UE dans ce domaine. La Commission européenne procède déjà à l'évaluation des incidences de la législation proposée, notamment au regard des droits fondamentaux ; ces évaluations sont cependant contestées, au motif qu'elles seraient incomplètes<sup>60</sup>.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est un instrument interne à l'UE, qui reprend les dispositions essentielles de la CEDH, en ajoutant des droits qui découlent de la législation communautaire. Comme elle présente un caractère contraignant, le non-respect des normes énoncées par la CEDH enfreindra également la Charte. Cette dernière permettra de faire plus simplement valoir en justice, au sein de l'Union européenne, les normes qu'elle énonce en matière de droits de l'homme, sans pour autant diminuer la responsabilité des États membres de l'UE au sein du dispositif de protection des droits de l'homme mis en place par le Conseil de l'Europe.

---

<sup>55</sup> *Gaygusuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996, ; *Koua Poirrez c. France*, arrêt du 30 septembre 2003.

<sup>56</sup> *Niedzwiecki c. Allemagne*, arrêt du 25 octobre 2005.

<sup>57</sup> Conseil de l'Europe, *Digest de la jurisprudence du Comité des droits sociaux*, Strasbourg, 2008, paragraphe 183.

<sup>58</sup> *Rapport de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Italie du 13 au 15 janvier 2009*, Strasbourg, 16 avril 2009.

<sup>59</sup> *Rapport de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Grèce du 8 au 10 décembre 2008*, Strasbourg, 4 février 2009.

<sup>60</sup> H. Toner (2006) « Impact Assessments and Fundamental Rights Protection in EU Law », *European Law Review* (3), 316-341.

Le nouveau programme quinquennal de l'Union européenne pour le contrôle aux frontières des personnes, l'immigration et l'asile (et les autres domaines connexes de l'ELSJ) invite l'UE à adhérer à la CEDH. Cette adhésion permettrait la mise en place d'un système plus cohérent et plus complet, dans lequel l'Union européenne participerait directement à la CEDH, au lieu de le faire indirectement par l'intermédiaire de ses États membres. Le Programme de Stockholm continue malheureusement à parler de « l'immigration illégale », en préconisant l'adoption de politiques efficaces pour lutter contre elle. Plus positivement, ce programme invite à mettre en œuvre ces politiques en respectant le principe de non-refoulement, les droits fondamentaux et la dignité de la personne.

Jusqu'en 2003, on considérait généralement que la législation contraignante de l'Union européenne (directives et règlements) ne pouvait comporter aucune sanction pénale. Une série d'arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes ont précisé que ces textes juridiquement contraignants pouvaient prévoir des sanctions pénales aux fins d'atteindre les objectifs de la Communauté européenne. Le premier texte juridiquement contraignant, adopté dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne, à comporter de telles sanctions pénales est la directive qui prévoit les normes minimales en matière de sanction et de mesures prises à l'encontre des employeurs de ressortissants des pays tiers en situation illégale (du 25 mai 2009). Les dispositions antérieures de l'UE dans ce domaine, soit autorisent et encouragent l'application de sanctions pénales, soit sont adoptées dans le cadre du « troisième pilier » de l'Union européenne, sous forme de décisions-cadres qui, tout en présentant un caractère contraignant pour les États membres, sont soumises à des obligations moins rigoureuses pour leur mise en œuvre. Chacune des parties suivantes se subdivisera en deux sous-parties : (a) les mesures de criminalisation directes et (b) les mesures de criminalisation indirectes.

## **a. Le franchissement des frontières extérieures**

### *Les mesures directes*

Le règlement 562/2006, dit « code frontières Schengen », adopté par l'Union européenne le 15 mars 2006, est entré en vigueur dans les États membres le 13 octobre 2006<sup>61</sup>. Ce règlement fixe les conditions d'entrée sur le territoire de l'UE et de franchissement des frontières intérieures qui séparent les États membres pour les ressortissants de pays tiers (ou les membres de leur famille). Il vise, notamment, à lutter contre la criminalité. La dimension policière des contrôles aux frontières transparaît en particulier dans les mesures nécessaires à l'identification de documents volés, détournés, perdus et périmés, ainsi que dans les mesures destinées à établir la présence de signes de falsification ou de contrefaçon (article 7(2)).

Le 28 novembre 2002, l'Union européenne a adopté la directive 2002/90 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. Les États membres étaient tenus de transposer ce texte en droit interne avant le 5 décembre 2004<sup>62</sup>. La directive impose aux États membres d'adopter des sanctions appropriées pour l'aide volontairement accordée à l'entrée ou au transit sur le territoire d'un État membre d'une personne ressortissante d'un État tiers, qui enfreint la législation relative à l'entrée ou au transit des ressortissants étrangers de l'État concerné, ou pour l'aide accordée dans un but lucratif au séjour d'une personne (réunissant les conditions précitées) sur le territoire d'un État membre, qui enfreint la législation relative au séjour des ressortissants étrangers de l'État concerné (article 1(a) et (b)). Les sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives (article 3).

Une décision-cadre portant sur la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, 2002/20/CE, a été adoptée le 28 novembre 2002 dans le cadre du troisième pilier de l'UE et devait être transposée par les États membres au plus tard le 5 décembre 2004. Cette mesure est liée à la

---

<sup>61</sup> Aux fins du présent règlement, les États membres comprennent l'ensemble des 27 États membres de l'UE, à l'exception du Danemark (qui l'applique en tant qu'instrument de droit international), de l'Irlande et du Royaume-Uni. Les dispositions relatives à l'abolition des contrôles aux frontières qui séparent les États membres ne sont pas encore applicables à la Bulgarie, à Chypre et à la Roumanie. L'Islande, la Norvège et la Suisse y adhèrent en revanche.

<sup>62</sup> La Commission a commandé au Réseau Odysseus, réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe, une analyse de la mise en œuvre de 10 directives en la matière, y compris celle-ci, dans les 27 États membres. Cette étude a été achevée en 2008, mais la Commission a décidé de maintenir la confidentialité de l'ensemble des informations recueillies, y compris le rapport, les recherches sur lesquelles il se fonde et l'analyse.

directive 2002/90, dans la mesure où elle prévoit que, parmi les sanctions applicables aux personnes qui aident les ressortissants étrangers, figurent l'expulsion et l'interdiction d'exercer directement ou par un intermédiaire l'activité professionnelle dans le cadre de laquelle l'infraction a été commise. Les États membres sont tenus de prendre les « mesures qui s'imposent pour veiller à ce qu'une personne morale tenue responsable d'une infraction fasse l'objet de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives ». Le fait d'inscrire l'expulsion au nombre des sanctions montre que les auteurs du texte envisageaient sans aucun doute que cette infraction puisse être commise davantage par des ressortissants étrangers que par des ressortissants nationaux ou avec la complicité de ressortissants nationaux. Le texte prévoit par ailleurs une exception discrétionnaire pour raison humanitaire.

La directive 2001/51 renforce les sanctions infligées aux personnes qui prêtent assistance aux ressortissants étrangers en les étendant expressément aux transporteurs. Cette directive devait être transposée en droit interne avant le 11 février 2003. L'article 4 de la directive prévoit que les États membres prennent « les mesures nécessaires pour assurer que les sanctions applicables aux transporteurs sont dissuasives, effectives et proportionnelles » et fixe le montant minimum des amendes.

La décision-cadre 2002/629, adoptée le 19 juillet 2002, incrimine certains actes liés à la traite des êtres humains. Elle impose à chaque État membre de prendre des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, et notamment d'infliger des amendes pénales ou non, à l'encontre du recrutement, du transport, du transfert et de l'hébergement d'une personne ou de son accueil ultérieur et de la passation du contrôle exercé sur elle. Ces actes doivent être commis aux fins de l'exploitation du travail ou des services d'une personne, notamment le travail ou les services forcés ou obligatoires, l'esclavage ou les pratiques assimilées à l'esclavage ou l'exploitation de la prostitution d'autrui et les autres formes d'exploitation sexuelle, dont la pornographie (article 1(1) & (2)).

#### *Les mesures indirectes*

L'Union européenne dispose de trois bases de données principales consacrées aux ressortissants étrangers. La première est le Système d'Information Schengen (SIS). Bien que cette base de données comporte également des informations sur le casier judiciaire des ressortissants de l'Union européenne, l'immense majorité de ses informations concerne les ressortissants étrangers. Elle dresse la liste des personnes dont l'entrée sur le territoire de l'UE a été interdite par un État membre<sup>63</sup>. Elle ne contient pour l'instant aucune donnée biométrique, mais présente un caractère stigmatisant qui équivaut à une criminalisation<sup>64</sup>.

La deuxième base de données est celle d'EURODAC : elle contient les empreintes digitales de tout demandeur d'asile et de toute personne interpellée en situation irrégulière lors du franchissement d'une frontière extérieure. La Commission européenne a proposé en septembre 2009 que cette base de données soit mise à la disposition de l'ensemble des services répressifs de l'Union européenne. Les demandeurs d'asile risquent ainsi davantage d'être stigmatisés comme des délinquants.

La troisième base de données, le Système d'information sur les visas (VIS), est en cours de constitution et devrait, d'après la présidence de l'UE, être opérationnel dans les deux ans. Le VIS comportera des informations sur tout demandeur de visa souhaitant entrer sur le territoire de l'Union européenne, c'est-à-dire les informations figurant sur le formulaire de demande de visa classique, ainsi que des données biométriques sous la forme d'images faciales et des dix empreintes digitales (sauf si l'intéressé possède moins de dix doigts). Le règlement 767/2008, qui porte création du VIS, lui assigne notamment pour mission de « contribuer à la prévention des menaces pesant sur la sécurité intérieure de l'un des États membres »<sup>65</sup>. L'article 3(1) dispose : « les autorités désignées des États membres peuvent, dans des cas spécifiques et sur la base d'une demande motivée, présentée sous la forme écrite ou électronique, accéder aux données conservées dans le VIS, visées aux

---

<sup>63</sup> E. Brouwer *Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third Country nationals in the Schengen Information System*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008. L'analyse, faite par l'auteur, des contrôles effectués par les autorités nationales chargées de la protection des données sur l'exactitude des données présentes dans le SIS et portant sur les ressortissants étrangers, révèle que jusqu'à 40 % des cas examinés posent problème ; voir p. 329-510.

<sup>64</sup> Ibid. p. 514.

<sup>65</sup> Cette base de données vise avant tout à recueillir des informations sur les demandes de visa et non à assister les services répressifs.

articles 9 à 14, s'il y a des motifs raisonnables de considérer que la consultation des données VIS contribuera substantiellement à la prévention, à la détection ou à l'investigation d'infractions terroristes et autres infractions pénales graves ». « Les autorités désignées » sont celles que désignent les États membres et Europol aux fins de la prévention, de la détection et de l'investigation des infractions terroristes et autres infractions pénales graves. Les auteurs d'une demande de visa se trouvent ainsi classés dans la même catégorie que les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions terroristes ou d'autres infractions graves. Tous les ressortissants étrangers ne se sont bien entendu pas soumis à l'obtention d'un visa. Seuls les ressortissants des pays qui figurent sur la liste noire donnée en annexe du règlement 539/2001 (tel que modifié) doivent obtenir un visa pour séjourner brièvement sur le territoire de l'Union européenne. L'examen des pays inscrits sur cette liste noire montre que leur caractéristique la plus frappante est celle d'avoir des ressortissants pour l'essentiel (a) non blancs, (b) musulmans et/ou (c) pauvres (par rapport à la moyenne de l'UE)<sup>66</sup>.

## **b. Le séjour, l'emploi et le retour des immigrés**

La directive 2002/90 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, évoquée plus haut, est également applicable au séjour sur le territoire. La plupart des mesures de criminalisation présentées dans la partie qui suit sont liées à l'expulsion.

### *Les mesures directes*

La directive 2001/40 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers prévoit un mécanisme qui permet à une décision prise à l'encontre d'un ressortissant étranger dans un État membre d'être automatiquement traitée comme une décision équivalente dans un autre État membre pour la légalité de l'expulsion de l'intéressé. La directive n'emploie pas le terme d'illégalité (à l'exception du préambule (1)). L'article 3(1) de la directive précise qu'elle est applicable aux décisions prises à l'encontre de ressortissants étrangers, fondées sur une menace grave et actuelle pour l'ordre public ou la sécurité nationale, dans les cas suivants : a) en cas de condamnation pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an ; b) lorsqu'il existe de sérieuses raisons de croire que le ressortissant d'un pays tiers a commis de graves infractions pénales ou lorsqu'il existe de réels indices qu'il envisage de commettre de tels actes sur le territoire d'un État membre (article 3(1)(a) et (b)).

Le seuil à partir duquel un ressortissant étranger est classé dans la catégorie des personnes qui présentent le risque inacceptable d'être des criminels (c'est-à-dire qui représentent une menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale) est étonnamment bas. Comme les peines prévues pour les différents types d'infractions varient d'un État membre à l'autre, il arrive que ce seuil prenne en compte des infractions véritablement mineures. Le motif du soupçon pose par ailleurs problème.

La directive 2009/52 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier est la première mesure juridiquement contraignante dans ce domaine à prévoir expressément des sanctions pénales. Son préambule préconise que les États membres renforcent leur lutte contre l'immigration illégale (préambule (1)). En outre, toujours selon le préambule, « l'un des facteurs d'attraction essentiels de l'immigration illégale dans l'Union est la possibilité de trouver du travail » (préambule (2)). La directive compte deux définitions capitales : premièrement, le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier est un ressortissant étranger qui ne réunit pas ou ne réunit plus les conditions de séjour ou de résidence prévues par l'État membre en question. Deuxièmement, « l'emploi illégal » est défini comme l'emploi d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier. Les infractions prévues par la directive concernent toutes l'emploi de ressortissants étrangers « en séjour irrégulier », que les États membres ont l'obligation d'interdire. Les employeurs sont tenus de démontrer de diverses manières, énoncées par la directive, qu'ils ont veillé à ne pas employer une personne en situation irrégulière (articles 4 et suivants). En cas de non-respect de cette obligation, l'employeur est passible de sanctions civiles et pénales (article 9) et est tenu, le cas échéant, de verser les salaires et cotisations sociales impayés. L'infraction pénale doit être passible de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives (article 10).

---

<sup>66</sup> D. Bigo & E. Guild, *La mise à l'écart des étrangers : la logique du visa Schengen*, Cultures et Conflits, l'Harmattan, Paris, printemps 2003.



La directive 2008/115 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier a été la cible de nombreuses critiques, notamment de la part d'un certain nombre de rapporteurs spéciaux des Nations Unies (voir plus haut). Le libellé de la directive met énormément l'accent sur la situation illégale des immigrés. Ainsi, le préambule (8) précise que « la légitimité de la pratique du retour par les États membres des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

est reconnue », sans préjudice d'un certain nombre d'exceptions prévues. Le choix terminologique de l'illégalité confère une certaine légitimité aux dispositions relatives au recours des pouvoirs publics à la force. L'article 8(4) dispose : « Lorsque les États membres utilisent – en dernier ressort – des mesures coercitives pour procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui s'oppose à son éloignement, ces mesures sont proportionnées et ne comportent pas d'usage de la force allant au-delà du raisonnable ». Il est assez contestable de dire qu'un État devrait recourir à la force à l'encontre d'une personne hors du cadre de la justice répressive et du contrôle rigoureux des services de police dans une telle situation, surtout au vu des mauvais traitements infligés à des ressortissants de pays tiers constatés dans divers États membres à l'occasion des procédures d'expulsion<sup>67</sup>. Si les ressortissants étrangers étaient qualifiés de sans-papiers, le recours à la force à leur encontre pourrait être plus difficile à justifier. La terminologie de la criminalisation aide à justifier le déploiement de mécanismes d'exécution par la force des décisions prises dans ce domaine.

#### *Les mesures indirectes*

La directive 2003/110 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne vise à mettre fin « au séjour irrégulier des ressortissants de pays tiers tenus de quitter le territoire » (préambule (1)). La terminologie de la directive privilégie l'image de délinquants condamnés (et éventuellement dangereux).

### **c. L'asile**

#### *Les mesures directes*

La directive 2003/9 définit les normes minimales relatives à l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres. Elle est applicable à tout demandeur d'asile dans un État membre et définit les conditions de vie que ce dernier doit lui assurer. L'article 16(3) traite de l'hébergement des demandeurs d'asile. Il dispose : « Les États membres peuvent déterminer les sanctions applicables en cas de manquement grave au règlement des centres d'hébergement ou de comportement particulièrement violent ». Cette disposition empiète à l'évidence sur le droit pénal, qui incrimine le fait de causer un dommage matériel ou d'agresser une personne. Parmi les sanctions prévues figurent « les décisions portant limitation, retrait ou refus du bénéfice des conditions d'accueil ou les sanctions. [Elles] sont prises au cas par cas, objectivement et impartialement et sont motivées. Elles sont fondées sur la situation particulière de la personne concernée [...] » (article 16(4)). Comme les conditions d'accueil correspondent, de par leur nature même, au minimum requis, le fait d'autoriser les États à les abaisser pour sanctionner un comportement délictuel a pour effet de réduire l'intéressé à un état de pauvreté pitoyable.

#### *Les mesures indirectes*

Le règlement 2725/2000 prévoit la création d'une base de données contenant les empreintes digitales de tous les demandeurs d'asile de l'Union européenne et des personnes interpellées alors qu'elles franchissaient une frontière extérieure en situation irrégulière<sup>68</sup>. Comme nous l'avons indiqué plus haut, la Commission a proposé d'autoriser l'ensemble des services répressifs de l'UE à consulter cette base de données.

---

<sup>67</sup> Le décès d'une ressortissante nigériane lors de son expulsion du territoire belge, alors qu'elle se trouvait entre les mains de fonctionnaires belges, a donné lieu à l'ouverture d'une enquête par le Comité des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale en 2002. <http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/B89EC49E63Cafb7AC1256B7C004F013F?opendocument>.

<sup>68</sup> E. Guild, « The Bitter Fruits of a Common Asylum Policy » in T. Balzacq et S. Carrera, *Security versus Freedom? A Challenge for Europe's Future* Ashgate, Aldershot, 2006, p. 61-76.

La directive 2005/85 fixe les normes minimales applicables à la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres. Tandis qu'elle privilégie le choix du terme « illégal » à celui de « irrégulier » (voir par exemple l'article 23(4)(l) « le demandeur est entré [...] illégalement sur le territoire de l'État membre »), un certain nombre de ses dispositions soulèvent la question de l'effet indirect de la criminalisation des demandeurs d'asile. Ainsi, l'article 11 impose aux demandeurs d'asile une série d'obligations auxquelles sont d'ordinaire soumises uniquement les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale ou condamnées à ce titre<sup>69</sup>. Parmi celles-ci figurent l'obligation de se présenter aux autorités compétentes au moment où elles le décident, l'obligation de remettre les documents qui sont en leur possession et qui présentent un intérêt aux yeux des autorités pour l'examen de leur demande et l'obligation d'informer les autorités de tout changement d'adresse, alors que les autorités ne sont pas tenues de veiller à ce que la correspondance qu'elles destinent à l'intéressé est automatiquement envoyée à la bonne adresse ; par ailleurs, les autorités compétentes peuvent fouiller, à tout instant et sans en préciser le motif, le demandeur ainsi que les objets qu'il transporte et enregistrer les déclarations orales de l'intéressé sans son consentement.

#### **d. La rétention administrative**

La banalisation du placement en rétention des ressortissants étrangers, au motif qu'ils n'ont pas la nationalité du pays dans lequel ils se trouvent, a déjà été étudiée dans de nombreux ouvrages<sup>70</sup>. La partie suivante porte sur les trois mesures prises par l'Union européenne, dont certaines dispositions restreignent la liberté des ressortissants étrangers.

##### *Les mesures directes*

La directive 2008/115 (déjà évoquée plus haut) relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier prévoit dans son chapitre IV - Rétention à des fins d'éloignement - que les ressortissants étrangers peuvent être placés en rétention à des fins de retour ou d'éloignement lorsque d'autres mesures moins coercitives ne sont pas applicables (article 15(1)). Elle donne deux exemples de recours au placement en rétention : lorsqu'il existe un risque de fuite et lorsque le ressortissant concerné évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement (article 15(1)(a) et (b)). Dans le premier cas, le placement en rétention ne peut excéder six mois (article 15(5)). Cette période peut cependant être prolongée de 12 mois.

La directive 2005/85 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié comporte également une disposition sur le placement en rétention, qui précise que « les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile » (article 18(1)). En cas de placement en détention, le deuxième alinéa de cette disposition impose aux États de prévoir « la possibilité d'un contrôle juridictionnel rapide ».

Enfin, la directive 2003/9 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile évoque indirectement le placement en rétention à l'article 7(3) : « lorsque cela s'avère nécessaire, les États membres peuvent obliger un demandeur à demeurer dans un lieu déterminé conformément à leur droit national ». Cette obligation de demeurer dans un lieu est une autre façon de décrire la rétention. Une proposition actuellement à l'examen vise à étendre les dispositions en la matière de la présente directive.

## **VI. Conclusions et recommandations**

Comme le montre la description que nous venons de faire des mesures prises par les États membres du Conseil de l'Europe et l'Union européenne dans le cadre de la criminalisation des migrations, le discours employé par la législation et les politiques en la matière souligne constamment « l'illégalité » de la situation des ressortissants étrangers. Alors que la législation de l'UE s'abstenait autrefois

---

<sup>69</sup> À cet égard, le traitement réservé à certaines personnes pour leur propre sécurité, comme c'est le cas pour les mineurs et les personnes handicapées mentales, n'est pas ici pris en compte.

<sup>70</sup> C. Fernandez, A. Manavella & J. -M. Ortuno *The Effects of exceptional legislation on criminalisation of immigrants and people suspected of terrorism* CHALLENGE, Report 9, 2009.

d'utiliser cette terminologie, elle est devenue courante vers 2003 environ et n'a pas cessé depuis de réapparaître dans l'ensemble des documents, de la législation et des décisions<sup>71</sup>. On peut s'interroger sur la conformité de cette tendance avec les obligations faites en matière de droits de l'homme aux États membres et avec l'action que ces derniers mènent au sein du Conseil de l'Europe. Pour ce qui est des droits de l'homme, toutes les mesures examinées plus haut affirment, au moins dans leur préambule, respecter les droits fondamentaux de l'Union européenne. Elles évoquent expressément les obligations des États membres nées de la CEDH et, pour les mesures relatives à l'asile, de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés. La reconnaissance de ces engagements ne semble toutefois pas influencer, en pratique, leur point de vue sur la criminalisation.

La criminalisation des ressortissants étrangers par l'Union européenne présente deux aspects frappants. Tout d'abord la constance avec laquelle les mesures concernées (a) distinguent les ressortissants étrangers des ressortissants nationaux par le vocabulaire du droit administratif et pénal et (b) soumettent les ressortissants étrangers à des mesures qui ne sauraient être appliquées aux ressortissants nationaux, comme la détention sans chef d'accusation, sans procès ou sans condamnation. Deuxièmement, la criminalisation touche également les personnes, et ce quelle que soit leur nationalité, qui se mettent en rapport avec des ressortissants étrangers. Le message ainsi adressé est clair : tout contact avec des ressortissants étrangers présente un risque, puisqu'il peut conduire à l'engagement de poursuites pénales. Cela vaut tout particulièrement pour les entreprises de transport (il leur est difficile de ne pas transporter de ressortissants étrangers) et les employeurs (il leur est sans doute plus facile de n'employer aucun ressortissant étranger). D'autres personnes sont également au quotidien la cible de cette criminalisation: c'est notamment le cas des propriétaires, médecins et amis. Le droit pénal est de plus en plus associé au fait d'entretenir des contacts avec les ressortissants étrangers. Cette situation risque d'accroître la discrimination à l'encontre des personnes soupçonnées d'être des ressortissants étrangers (du fait bien souvent de leur race, de leur origine ethnique ou de leur religion)<sup>72</sup>, tout comme la xénophobie et/ou la délinquance motivée par la haine<sup>73</sup>.

Il importe que les États membres du Conseil de l'Europe inversent cette tendance et adoptent, vis-à-vis des migrations irrégulières, une attitude respectueuse des droits de l'homme.

C'est la raison pour laquelle un certain nombre de recommandations sont formulées ci-dessous, qui permettent d'aboutir à cette situation satisfaisante où le traitement réservé aux ressortissants étrangers respecte les droits de l'homme. Elles abordent la question délicate de la dignité de la personne, qui se heurte à celle de la souveraineté de l'État. Mais l'obligation faite aux États membres du Conseil de l'Europe de protéger les personnes et de promouvoir les droits de l'homme ne se limite pas aux ressortissants de leur propre pays. Il appartient à chaque État membre de relever le défi du traitement réservé aux ressortissants étrangers, qui permet de mesurer à l'échelle internationale le respect de leurs engagements pris en matière de droits de l'homme.

Les questions essentielles qui doivent être prises en compte et les recommandations se répartissent entre les six catégories suivantes.

## **1. Principes directeurs et questions relatives à la législation**

---

<sup>71</sup> La Cour de justice des Communautés européennes elle-même a récemment employé ce terme dans un arrêt, bien qu'il semble n'être que la répétition de celui qu'employait la juridiction nationale dans sa question préjudicielle : « Par cette question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si l'article 12 CE s'oppose à une réglementation nationale qui exclut les ressortissants d'États membres de l'Union européenne du bénéfice de prestations d'assistance sociale octroyées aux immigrés clandestins ». C-22/08 & 23/08 *Vatsouras*, 4 juin 2009, paragraphe 48.

<sup>72</sup> Voir par exemple le rapport de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *European Union's Minorities and Discrimination Survey*, résultats des mois d'avril et mai 2009 [http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/home/pub\\_eu-midis\\_en.htm](http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/home/pub_eu-midis_en.htm).

<sup>73</sup> S. Cohen *Moral Panics and Folk Devils*, 3<sup>e</sup> édition, Routledge, New York, 2003.

- Les États membres du Conseil de l'Europe doivent s'abstenir de qualifier les ressortissants étrangers « d'immigrés en situation illégale ». Cette formule est en effet erronée et va à l'encontre du but recherché. Ces personnes ne se trouvent pas dans « l'illégalité » ; elles peuvent ne pas être en situation régulière vis-à-vis des pouvoirs publics, mais elles n'en perdent pas pour autant leur humanité.
- Il convient que les États membres s'abstiennent d'adopter des dispositions pénales exclusivement applicables aux ressortissants étrangers, sauf si cette démarche est spécifiquement et clairement motivée par les engagements qu'ils ont pris au regard du droit international des droits de l'homme et si elle est conforme aux conventions applicables du Conseil de l'Europe.
- Il importe que les États membres n'emploient pas les termes d' « immigrés en situation illégale » ou d' « immigration illégale » dans leurs communiqués de presse et dissuadent de manière générale les médias d'en faire usage. Il appartient aux ministres et aux autres agents publics de se montrer vigilants en la matière dans l'ensemble de leurs déclarations et débats publics et semi-publics.

## **2. Franchissement des frontières extérieures**

- Il convient de traiter avec respect et dignité les ressortissants étrangers à leur arrivée aux frontières extérieures des États membres. Leur demande d'entrée sur le territoire devait être examinée sur le fond et ne pas être empreinte d'une discrimination contraire aux droits de l'homme.
- Il importe que les garde-frontières n'emploient pas le terme d' « immigré en situation illégale ». Tout refus d'autoriser l'entrée sur le territoire d'une personne ne devrait pas avoir automatiquement des conséquences en matière pénale.
- Lorsque les intéressés se présentent ailleurs qu'aux points officiels de passage des frontières, les raisons de cette situation doivent être prises en compte et ne doivent pas influencer sur leur demande d'entrée sur le territoire ni lui porter préjudice d'aucune manière.
- Quelles que soient les circonstances dans lesquelles une personne manifeste son désir de se placer sous protection internationale (que ce soit en confiant sa peur de retourner dans son pays ou en faisant plus expressément une demande en ce sens) elle doit pouvoir exercer le droit de non-refoulement et de protection que lui garantit le droit international pendant l'examen de sa demande.

## **3. Séjour et emploi des immigrés**

- Les États membres doivent veiller à ce que leurs appareils administratifs soient suffisamment efficaces pour que le séjour des ressortissants étrangers ne devienne pas irrégulier du simple fait que les autorités n'ont pas traité en temps utile la demande qui leur était soumise.
- Les États membres devraient veiller à ce que leur ordre juridique prévoie, si besoin est, que tant que les autorités n'ont pas rendu leur décision au sujet de la demande en suspens déposée par un ressortissant étranger avant l'expiration de son permis de séjour, l'intéressé est autorisé à séjourner sur le territoire de l'État concerné et à y exercer une activité professionnelle en attendant qu'une décision définitive soit prise.
- Les États membres doivent veiller à ce que les ressortissants étrangers reçoivent, à chaque stade de leur séjour, des documents qui précisent clairement à l'intention de tout autre autorité publique et privée le statut de l'intéressé en matière de séjour, de manière à ce qu'il puisse prouver, sans doute possible, la régularité de son séjour et de son emploi.
- Lorsqu'un État membre refuse d'octroyer un permis de séjour à un ressortissant étranger mais n'assure pas son départ dans un délai de 30 jours, il est tenu de lui délivrer au moins un titre de séjour et un permis de travail provisoires. Les États ne sauraient laisser une personne dans l'incertitude au sujet de son permis de séjour ou de son expulsion.
- Lorsqu'il n'existe raisonnablement aucune perspective d'expulsion d'un ressortissant étranger dans un délai de 30 jours à compter du moment où sa situation a été portée à la connaissance des autorités, il convient de lui accorder un titre de séjour et un permis de travail provisoires.

## **4. Asile**

- Tous les États membres du Conseil de l'Europe ont pris l'engagement de protéger les personnes qui ont besoin de se placer sous protection internationale par crainte des persécutions, de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants qui leur seraient réservés dans leur propre pays. Il leur appartient de veiller à ce que cet engagement soit pleinement suivi d'effet.
- Chaque fois qu'une personne qui a besoin de se placer sous protection internationale et qui se trouve hors de son pays d'origine et hors de portée des persécutions qu'elle y subissait exprime son besoin de protection, les pouvoirs publics ont le devoir de la protéger et d'examiner sa demande conformément à leurs engagements internationaux.
- Lorsqu'une personne demande à être placée sous protection internationale, les pouvoirs publics sont tenus d'enregistrer sa demande en temps utile et de veiller à ce que lui soient remis des documents qui attestent de la régularité de son séjour sur le territoire.
- Il appartient aux États membres du Conseil de l'Europe, lorsqu'une personne demande à être placée sous leur protection internationale, de pourvoir à ses besoins élémentaires (logement, alimentation, soins de santé, éducation) pendant l'examen de sa demande.
- En cas de rejet d'une demande de protection internationale, les pouvoirs publics doivent veiller à ce que l'intéressé puisse rentrer dignement dans son pays d'origine ou lui accorder un titre de séjour et un permis de travail provisoires.

#### **5. Rétention administrative**

- Nul ne devrait faire l'objet d'aucune forme de rétention du seul fait de sa nationalité étrangère.
- Tout placement en rétention d'un migrant devrait être soumis à un contrôle juridictionnel effectif.
- Il convient qu'aucune personne demandant à être placée sous protection internationale ne soit placée en rétention.
- Les conditions de rétention de tout lieu prévu à cet effet doivent permettre de satisfaire les besoins des intéressés et être conformes aux obligations imposées par les normes du Conseil de l'Europe.
- Aucun enfant de migrant ne saurait être placé en rétention. Le fait que des parents aient un enfant qui a besoin d'eux doit être un motif de ne pas les placer en rétention, sauf si une juridiction répressive en décide autrement par voie d'ordonnance judiciaire.

#### **6. Droits sociaux**

- L'inégalité de l'accès aux droits sociaux du fait de la nationalité doit faire l'objet d'un examen scrupuleux, afin de garantir qu'elle respecte les obligations imposées en matière de droits de l'homme aux États membres du Conseil de l'Europe.
- Aucune inégalité de jouissance des prestations sociales ne devrait reposer exclusivement sur un critère de nationalité.
- Le seuil minimal d'ouverture des droits aux prestations sociales ne devrait pas induire une discrimination entre ressortissants étrangers et nationaux – lorsqu'un État juge inacceptable que ses ressortissants se situent en dessous d'un certain seuil de pauvreté, il convient que ce même seuil s'applique également aux ressortissants étrangers.
- Le fait qu'un ressortissant étranger ne soit pas autorisé à séjourner sur le territoire d'un État ne devrait pas être le principal critère de refus d'accès aux prestations sociales. Il ne saurait en aucun cas être un critère de refus d'accès à des soins médicaux d'urgence.
- L'obligation de confidentialité imposée aux professionnels de santé à l'égard de leurs patients, aux enseignants à l'égard de leurs élèves et à d'autres professionnels devrait systématiquement être respectée et ne jamais pouvoir faire l'objet d'une déclaration du fait du statut d'immigré de l'intéressé.