

La « directive retour » et le respect des droits fondamentaux

JEAN-YVES CARLIER*

Directive « de la honte » pour les uns, nécessaire instrument de lutte contre l'immigration illégale pour les autres, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil « relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » suscite de nombreux débats¹. Si la recherche de compromis dans l'élaboration de textes européens conduit souvent à mécontenter chacun plus qu'à satisfaire tout le monde, ce constat s'impose dans le domaine de la politique migratoire qui demeure, plus que d'autres, soumis à deux pressions contrastées : d'une part celle de la souveraineté nationale, d'autre part celle des droits fondamentaux des personnes. L'existence de deux ordres juridiques européens – Luxembourg et Strasbourg – qui complètent les ordres juridiques nationaux confirme à sa manière cette complexité qu'il serait vain de gommer tant elle ne fait que traduire en termes institutionnels et normatifs la complexité du réel. L'appartenance des personnes aux sociétés ne peut plus se réduire au binôme national (*in*)/étranger (*out*), mais se décline en modalités diverses : citoyen européen, étranger ressortissant d'État tiers résidant de longue durée, étranger réfugié ou bénéficiaire de protection subsidiaire, membre de la famille, étranger privilégié bénéficiant d'accords bilatéraux, étranger en séjour régulier, étranger en séjour irrégulier...

La proposition de directive « retour » s'inscrit dans le contexte de la politique migratoire européenne qu'il convient de rappeler avant d'analyser le contenu de la proposition. C'est pourquoi, l'examen du contexte (I) précède celui du texte (II). L'analyse du texte se fonde sur la proposition de la Commission européenne² et

sur le texte arrêté en première lecture par le Parlement européen le 18 juin 2008. Les références aux numéros de considérants ou d'article relèvent de ce dernier texte.

I. Le contexte

La directive retour se situe dans le cadre de l'élaboration d'une politique migratoire européenne (A) et constitue un test intéressant de la mise en œuvre du processus de co-décision en ce domaine (B).

A. La politique migratoire

Dès 1987, la Cour de justice des Communautés européennes reconnaît à la Commission européenne une certaine compétence en matière de politique migratoire dont les États voulaient l'exclure³. C'est que, dit la Cour, « les politiques migratoires [...] intéressent la politique sociale de la Communauté, au vu notamment de l'influence qu'elles exercent sur le marché de l'emploi communautaire » (pt. 17 de l'arrêt). Du lien entre l'immigration de travail et la libre circulation des travailleurs inscrite dans le Traité (art. 48 CEE devenu 39 CE), le débat va se déplacer vers le lien entre la suppression des contrôles aux frontières internes à l'Union et la gestion commune du contrôle des frontières extérieures à l'Union, notamment par une politique commune d'asile et d'immigration. Un peu plus de dix ans plus tard, la Cour admet que certains contrôles peuvent être maintenus aux frontières internes de l'Union « tant que des dispositions communautaires relatives aux contrôles aux frontières extérieures de la Communauté, impliquant également des règles communes ou harmonisées en matière notamment de contrôle d'accès, de visas et d'asile, n'ont pas été adoptées »⁴. En d'autres termes, de ce point de vue, le contrôle commun des frontières extérieures n'est plus simplement la conséquence de la liberté de circulation interne à l'Union, il est aussi une condition pour sa parfaite réalisation. Ce lien entre la suppression des contrôles aux frontières intérieures et les mesures compensatoires dont le renforcement du contrôle commun des frontières extérieures, pour logique qu'il paraisse, ne fut pas toujours évident. S'il a marqué la construction de l'espace commun Schengen depuis

internet ces analyses, parfois très détaillées, qui participent à la démocratie vivante.

³ CJCE, 9 juillet 1987, aff. jointes 281, 283, 284, 285 et 287/85, *République fédérale d'Allemagne et autres c. Commission*, dite *aff. politique migratoire*, *Rec.*, 1987, p. 3203.

⁴ CJCE, 21 septembre 1997, aff. C-378/97, *Wijzenbeek*, *Rec.*, 1999, p. I-6207, ici pt 42.

* Professeur aux universités de Louvain et de Liège, avocat.

¹ Proposition de la Commission COM(2005) 391 final du 1^{er} septembre 2005 et position du Parlement européen P6 –TC1-COD (2005) 0167 arrêtée le 18 juin 2008. Rapport de la Commission des libertés du Parlement européen du 20 septembre 2007, A6-0339/2007, rapporteur Manfred Weber.

² Parmi les commentaires on notera E. Canetta, « The EU Policy on Return of Illegally Staying Third-Country Nationals », *EJML*, 2007, p. 435-450 et le rapport détaillé de la House of Lords du Royaume-Uni même si ce pays ne participe pas à l'adoption du texte : House of Lords, European Union Committee, *Illegal Migrants : proposals for a common EU return policy, Report with Evidence*, 32nd Report of Session 2005-2006, 9 mai 2006, 311 p., accessible sur www.parliament.uk/parliamentary_committees/lords_s_comm_fcwm3. cfm, avec les échanges de lettres ultérieurs entre le président du comité et le ministre. De nombreuses associations et organismes ont pris position sur la proposition de directive : HCR, AI, FIDH, ECRE, CIMADE, CIRE... On trouvera aisément sur leurs sites

1985 (les Accords) et surtout depuis 1990 (la Convention et le Code⁵), il ne fut guère présent dans la création des espaces communs des pays nordiques et des pays du Benelux dans les années soixante. Plus que la logique, c'est la réalité sociopolitique, dont le besoin ou non de main-d'œuvre et l'évaluation des risques pour la sécurité, qui guide cette évolution. Il reste que c'est la réalité et que, progressivement, une politique migratoire commune s'est mise en place, d'abord par coopération intergouvernementale restreinte (Schengen) ou non (Maastricht), ensuite par l'élaboration d'un droit communautaire (Amsterdam) inscrit aux articles 61 et suivants du Traité CE sous un intitulé explicite : « Visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes ». Sous l'impulsion du Conseil européen de Tampere et du programme de La Haye, plusieurs textes de droits dérivés ont été élaborés⁶. Ces textes peuvent se classer en un tableau de six catégories (voir annexe) et peuvent se résumer en trois objectifs : le contrôle des frontières (I, catégorie A), le droit au séjour (II, catégories B, C, D, E, asile, regroupement familial, études, intégration) et la lutte contre l'immigration irrégulière (III, catégorie F). Dans cette dernière catégorie trois textes, cités dans l'exposé des motifs de la proposition de directive retour, ont déjà été adoptés et sont en vigueur : la directive 2001/40 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement⁷, la directive 2003/110 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement (n° 18

dans le tableau), la décision 2004/573 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement (n° 19 dans le tableau). Les premiers mots de l'exposé des motifs de la proposition de directive retour rappellent expressément « *qu'une politique en matière de retour fait partie intégrante de la lutte contre l'immigration clandestine* ». Cette politique sera soutenue par un Fonds européen pour le retour chargé de « soutenir les efforts faits par les États membres pour améliorer la gestion des retours dans toutes ses dimensions en recourant à la notion de gestion intégrée et en prévoyant des actions communes »⁸. Reprenant une ancienne communication de la Commission, l'exposé des motifs de la proposition initiale de directive retour précise encore que « *l'efficacité de l'action communautaire en matière de rapatriement [...] ne produira tous ses effets que si elle s'inscrit harmonieusement dans le contexte d'une véritable gestion du phénomène migratoire qui suppose une consolidation sans ambiguïté des canaux de l'immigration régulière...* ». L'objectif est louable, mais n'est pas atteint. Les dispositions relatives à l'immigration régulière concernent les personnes qui disposent d'un droit à la migration, principalement sur la base de textes de protection internationale des droits de l'homme. Il s'agit des réfugiés, des membres de la famille d'un migrant régulier, des résidents de longue durée et, marginalement, des étudiants et des chercheurs⁹. Aucun texte ne concerne la consolidation d'autres formes de migration régulière. Ce contexte d'une politique migratoire partielle explique un constat qui se fera à l'analyse du texte : il est difficile de légiférer avec précision sur les « irréguliers » sans avoir défini les possibilités d'être « régulier ».

B. La codécision

Depuis le 1^{er} janvier 2005, certaines mesures relatives à la politique migratoire sont adoptées selon la procédure de codécision de l'article 251 TCE¹⁰. Cette décision, fondée sur l'article 67 TCE, tendait à extraire une partie de la politique migratoire des difficultés de l'unanimité. Ce mouvement de démocratisation dans l'élaboration du

⁵ Code frontières Schengen, Règlement (CE), 562/2006 du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, JO, L105 du 13 avril 2006.

⁶ Sur l'ensemble, voy. les travaux du réseau académique Odysseus d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe : www.ulb.ac.be/assoc/odysseus. Parmi les publications du réseau Odysseus ; Fr. Julien-Laferrrière, H. Labayle et O. Edström (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005. Sur l'ensemble voy. J.-Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007, partic. Ch. II : La circulation externe (politique migratoire), p. 131-186. Voy. aussi H. Labayle, « Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne », *CDE*, 2004, p. 591-661 et « L'Espace de liberté, de sécurité et de justice dans la Constitution pour l'Europe », *RTDE*, 2005, p. 437-472.

⁷ N° 17 dans le tableau. Pour une première étude des transpositions voy. les rapports nationaux des membres du réseau Odysseus précité et le rapport de synthèse de K. Groenendijck in J.-Y. Carlier et Ph. De Bruycker (dir.), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 169-280. La directive est complétée par la décision 2004/191 du 23 février 2004 définissant les critères et modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de la directive 2001/40.

⁸ Décision 575/2007 du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général *Solidarité et gestion des flux migratoires*, JO, L144 du 6 juin 2007, art. 2, par. 1. Le fonds est évalué à 676 millions d'euros pour la période 2008-2013 (art. 13).

⁹ Soit, dans le tableau annexe, les textes numérotés 6 à 10, 11, 12 et 13.

¹⁰ Décision du Conseil visant à rendre la procédure définie à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne applicable à certains domaines couverts par la troisième partie, titre IV dudit traité, 15 décembre 2004, document du Conseil n° 15226/04.

droit communautaire de la politique migratoire, renforcé à Nice, pourrait se généraliser avec l'adoption du Traité de Lisbonne. Il était dès lors intéressant de voir comment le premier texte de la politique migratoire s'inscrirait dans le processus de codécision. Or, ce premier texte est précisément la directive retour. Il n'est pas exagéré de dire que ce test prend des allures d'épreuve. En limitant la procédure de codécision à l'article 63, par. 3, lettre b) relatif à « *l'immigration clandestine et au séjour irrégulier, y compris le rapatriement des personnes en séjour irrégulier* », à l'exclusion de la lettre a) qui concerne les « *conditions d'entrée et de séjour [...] y compris aux fins du regroupement familial* », le Conseil n'a pas fait le choix de la facilité. Il semble en effet que l'opposition entre les sensibilités, plus sécuritaires, du Conseil et celles, plus sensibles aux libertés, du Parlement se manifeste de façon plus forte lorsqu'il s'agit d'élaborer un texte d'exclusion par le retour des étrangers que s'il s'était agi d'un texte d'inclusion par droit d'entrée et de séjour. Si l'aspect binaire de l'entrée et de la sortie apparaît conjointement dans tous les textes relatifs à l'immigration, la portée de principe ou d'exception de chaque composante s'inverse selon qu'il y va à titre principal de séjour ou de retour. La distinction au sein même du cadre institutionnel entre les étrangers « irréguliers » et « réguliers » complexifie la tâche du législateur européen. La recherche d'un accord et de compromis sur un projet commun n'est guère aisée. Ce prix équitable à payer pour l'élaboration plus démocratique d'un texte est-il compensé par l'espoir d'atteindre la majorité qualifiée au sein du Conseil plus aisément que l'unanimité antérieurement nécessaire ? C'est peu probable. Les États savent que l'adoption en ces domaines de textes qui ne rencontreraient pas l'unanimité risque de se heurter par la suite à d'importantes difficultés de transposition et de mise en œuvre. À tout prendre, il était plus facile à un ministre dont l'État s'opposait à telle règle d'accepter l'ensemble du texte sous la pression du tout ou rien de l'unanimité, que de justifier qu'il ne s'oppose pas à tel texte alors que l'unanimité n'est pas requise. La démocratie a un coût : la lenteur. Il serait vain de l'ignorer. La démocratie a une force : la participation d'un plus grand nombre d'acteurs à l'élaboration des choix du bien commun. De ce point de vue, la directive retour est un micro-test intéressant de démocratie européenne qui tente de maintenir une certaine efficacité dans la complexité croissante qualitativement et quantitativement. Qualitativement, en raison du rôle accru de chaque acteur institutionnel, en particulier du Parlement, lui-même plus soumis aux influences extérieures parmi lesquelles les as-

sociations jouent un rôle important. Quantitativement, par l'accroissement des États concernés, au-delà même de l'élargissement de l'Union. La directive séjour se situant dans l'acquis Schengen, l'Islande, la Norvège, la Suisse et le Liechtenstein y participent (considérants 28 à 30). Quant aux positions en retrait du Danemark ainsi que du Royaume-Uni et de l'Irlande, elles sont très relatives. Il est probable que le Danemark fasse choix, a posteriori, de l'*opting in* (considérant 25). Si le Royaume-Uni et l'Irlande ont fait choix de l'*opting out*, ils ne se privent pas de participer aux discussions au sein du Conseil et de suggérer des amendements (voir le rapport de la *House of Lords*, *supra*, note 2). Il est piquant de voir la place variable faite au Royaume-Uni selon les sujets concernés. Il fut écarté de l'élaboration de textes liés à l'acquis Schengen alors même qu'il souhaitait y participer, au motif que pour ce faire il devait participer à l'ensemble de l'acquis¹¹. En revanche, il est associé, au bénéfice de l'absence de nécessaire unanimité, à l'élaboration d'un texte auquel il a annoncé qu'il n'adhérerait pas. Du point de vue des droits fondamentaux, la recherche d'équilibres dans l'élaboration normative européenne trouve dans la directive européenne un terrain d'étude aussi intéressant que celui du contenu du texte.

II. Le texte

En proposant une directive, la Commission a préféré au statu quo de la souveraineté nationale, le choix d'un texte contraignant, mais plus souple que le règlement. Ce choix a guidé l'essentiel du droit dérivé communautaire en matière de politique migratoire. Composée de vingt-trois articles, la proposition de directive retour, telle qu'adoptée par le Parlement européen le 18 juin 2008, se divise en cinq chapitres : I. Dispositions générales (art. 1 à 5), II. Fin de séjour irrégulier (art. 6 à 11), III. Garanties procédurales (art. 12 à 14), IV. Rétention à des fins d'éloignement (art. 15 à 18) et V. Dispositions finales (art. 19 à 23). Les dispositions essentielles peuvent se classer en deux parties qui correspondent à deux moments d'une mesure de retour : les décisions (A) et leur exécution (B).

¹¹ CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-77/05, *Royaume Uni c. Conseil (Frontex)* et aff. C-137/05, *Royaume Uni c. Conseil (Passeports biométriques)*, commentaire in *Chronique*, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1^{er} janvier-31 décembre 2007) », *JDE*, 2008, p. 83, n° 8. Cette exclusion du Royaume Uni et de l'Irlande du Nord qui ne figurait pas dans le texte initial est, à la suite de ces deux arrêts, confirmée expressément aux considérants 26 et 27 du texte adopté par le Parlement européen.

A. Les décisions

Selon l'article 1^{er}, la directive « fixe les normes et procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers, en séjour irrégulier ». Cette phrase invite à définir les notions de « séjour irrégulier » et de « retour », qui détermineront le champ d'application matériel de la directive. Si ces définitions concernent également l'exécution, elles s'imposent dès la prise de décision.

Séjour irrégulier et retour

Le séjour irrégulier est défini comme « la présence sur le territoire d'un État membre d'un ressortissant de pays tiers qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée [...] de séjour ou de résidence dans cet État membre » (art. 3, b). La confusion ainsi faite entre entrée et séjour est renforcée par l'exclusion possible du champ de la directive des personnes « faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée, conformément à l'article 13 du Code frontière Schengen » (art. 2, par. 2, a). Or, cette disposition du Code frontières Schengen concerne toute personne non munie des documents requis pour son accès au territoire. Cette approche permet d'abandonner à chaque État la détermination des critères de régularité de séjour, en dehors des dispositions plus favorables de droit communautaire qui sont réservées (art. 2, par. 3 et art. 4). C'est acceptable dans une logique de souveraineté nationale. Ce l'est moins dans une logique de droits fondamentaux. La personne qui n'est pas expulsable en raison du risque de torture ou de traitement inhumain et dégradant est techniquement en séjour irrégulier, sans l'être du point de vue des articles 3 CCT ou 3 CEDH. La question est renforcée par la définition du retour qui est « le fait de rentrer [...] dans son pays d'origine, ou un pays de transit [...] ou un autre pays tiers ». Ces questions montrent une lacune de la politique migratoire commune. Le négatif « irrégulier » ne peut se définir qu'au regard du positif « régulier ». Or, il n'est pas de définition communautaire du séjour régulier en l'absence de politique d'immigration en dehors des catégories de droits : asile, regroupement familial, études, résidant de longue durée. Les modalités de retour de l'« irrégulier » sans définition du « régulier » correspondraient aux possibilités d'éloignement d'un « non-réfugié » sans définition du « réfugié ». Le droit européen d'asile évite ce problème en donnant, depuis la directive 2004/83, une définition commune des personnes devant être reconnues réfugiées ou bénéficiaires de la protection subsidiaire. C'est le motif pour lequel les réfugiés et les candidats réfugiés devraient être exclus du champ d'application de la directive

retour jusqu'à décision sur leur statut, comme le précise le considérant n° 9, sans que cela soit expressément repris dans les articles de la directive autrement que par le rappel du principe de non-refoulement (art. 4, par. 4, art. 5 et art. 9, par. 1). De même, le champ d'application limité aux « ressortissants de pays tiers » selon le titre même de la directive, en exclut a contrario les citoyens de l'Union définis, toujours par référence au Code frontières Schengen (art. 2, point 5) qui fait lui-même référence à la directive 2004/38, comme les citoyens et les membres de la famille bénéficiaires de la libre circulation en droit communautaire (Directive, art. 3, a). En revanche, cette définition en miroir du non-réfugié et du non-citoyen ne peut s'étendre à l'irrégulier (non-régulier) en l'absence de définition en droit communautaire du régulier autrement que par références aux droits nationaux relatifs aux étrangers. Or, si l'on admet que ce n'est pas le document, mais le droit, fût-il national, qui détermine la régularité du séjour¹², il eût été utile, à défaut de définition commune, de mentionner que la décision de retour définie à l'article 6 et par hypothèse soumise à contrôle juridictionnel (art. 12) devrait préciser, au regard du droit interne et du droit international, les motifs de l'irrégularité du séjour. Telle obligation pourrait se déduire de la combinaison de l'article 3, d) qui définit la décision de retour (infra) avec l'article 12 qui impose dans la décision de retour la précision des « motifs de fait et de droit ». Elle eût été mieux exprimée dans l'examen du caractère régulier ou non du séjour.

La prise en compte d'un titre de séjour valable ou en cours de renouvellement dans un autre État membre (principe de reconnaissance mutuelle, art. 6, par. 2, 3 et 5) eût, elle aussi, mieux figuré dans la définition du caractère régulier d'un tel séjour, de même que les possibilités de régularisation pour motif humanitaire (art. 6, par. 4). Certes, en principe, toutes ces questions, comme d'autres qui suivent, peuvent trouver une réponse pré-torienne sous le couvert de l'article premier qui réserve, de façon générale, « le droit international, notamment les obligations en matière de protection des réfugiés et des droits de l'homme ».

Décision de retour et/ou l'éloignement

Deux décisions sont prévues, l'une de retour (art. 6), l'autre d'éloignement (art. 8). La décision de retour déclare « illégal le séjour » et impose ou énonce « une obligation de retour » (art. 3, d) alors que la décision d'éloignement ordonne l'éloignement. La distinction en deux

¹² En matière de circulation intra-communautaire, voy. CJCE, 8 avril 1976, aff. 48/75, *Royer, Rec.*, 1976, p. 497.

étapes tend à promouvoir le départ volontaire qui s'insère entre les deux (art. 7). Selon l'exposé des motifs, si l'intéressé « ne retourne pas de son plein gré, les États membres exécutent l'obligation de retour au moyen d'une décision d'éloignement ». Cette procédure en deux étapes, l'une positive et volontaire, l'autre négative et forcée, est affaiblie par un silence et par une expression. Le silence est l'absence de dispositions qui comporteraient de véritables mesures positives incitant au retour. L'expression est le choix abandonné aux États de fusionner les deux étapes en un seul acte inscrivant conjointement les décisions de retour et d'éloignement (art. 6, par. 6). Cette fusion pourrait miner l'objectif d'une étape volontaire effective avant la contrainte. C'était évident dans le texte initial qui prévoyait un délai de départ volontaire fixé à « quatre semaines au maximum », sans minimum. C'est moins vrai dans le texte adopté par le Parlement qui prévoit un délai minimum « de sept à trente jours pour le départ volontaire » (art. 7, par. 1) et la possible prolongation de ce délai « compte tenu des circonstances » (art. 7, par. 2). Deux types d'exceptions permettent toutefois aux États d'éviter ce délai de départ volontaire. L'un est général. « Les États membres peuvent prévoir dans leur législation nationale que ce délai n'est accordé qu'à la suite d'une demande » faite par l'étranger, ce dont il doit être informé (art. 7, par. 1). L'autre est particulier. Le bénéfice de ce délai peut être refusé dans trois hypothèses : le risque de fuite, le danger pour l'ordre public et la demande de séjour déclarée manifestement non fondée ou frauduleuse (art. 7, par. 4). Cette dernière hypothèse vise en particulier les demandeurs d'asile qui ne seront plus protégés en qualité de candidat réfugié après une décision de rejet, lorsque cette décision précise que leur demande était manifestement non fondée ou frauduleuse.

Interdiction de réadmission

Les décisions de retour « sont assorties d'une interdiction d'entrée » d'une durée de cinq ans au maximum, sur l'ensemble du territoire de l'Union (art. 11). Le délai peut être plus court. Il peut être plus long en cas de « menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale ». Cette interdiction d'entrée ne peut assortir toute décision de retour mais uniquement celles pour lesquelles « aucun délai n'a été accordé pour le départ volontaire » et celles à la suite desquelles « l'obligation de retour n'a pas été respectée ». Dans cette dernière occurrence, la décision d'interdiction d'entrée sera nécessairement distincte de la décision de retour puisqu'il faudra, par hypothèse, vérifier s'il y a ou non départ volontaire. Dans tous les cas, l'interdiction d'entrée ne peut empêcher l'intro-

duction d'une demande d'asile (art. 11, par. 5). Certains États, dont la Belgique, étaient réticents à cette forme de double sanction : éloignement sans retour. D'autres États, comme la France ou les Pays-Bas, la pratiquaient régulièrement. La CJCE l'a parfois jugée disproportionnée dans le cadre de la circulation intracommunautaire¹³. La Cour européenne des droits de l'homme ne s'y oppose pas nécessairement¹⁴.

B. L'exécution

À l'occasion de l'exécution des décisions de retour et, surtout, d'éloignement, l'étranger peut bénéficier de mesures positives par voie de report et de recours ou souffrir de mesures de contraintes pouvant aller jusqu'à la rétention.

Report et recours

En raison de l'état physique ou mental de la personne, ou pour des « motifs d'ordre techniques » comme l'absence de moyens de transport ou de document d'identité, les États peuvent reporter l'exécution d'une décision d'éloignement (art. 9, par. 2). L'intérêt des enfants, la vie familiale et la santé sont protégés dans une disposition horizontale qui devrait viser non seulement la « transposition », mais aussi l'application de la directive (art. 5). Les mineurs étrangers non accompagnés sont protégés par une disposition spécifique (art. 10)¹⁵.

Les recours peuvent être administratifs ou juridictionnels. Dans la mesure où l'instance de recours « est compétente pour réexaminer les décisions de retour » (art. 13, par. 2) qui doivent indiquer « les motifs de fait et de droit » (art. 12, par. 1), il y a lieu de considérer qu'il y va d'un contrôle de pleine juridiction (d'opportunité), et non d'un simple contrôle de légalité. Ces recours sont suspensifs, soit de plein droit, soit sur demande, selon la législation nationale (art. 13). La Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée critique, au regard de l'art. 13 CEDH, à l'encontre des recours en suspension qui ont pour conséquence de suspendre en pratique mais non en droit la mesure d'éloignement. À la différence de telle situation, en prévoyant qu'en cas de demande de sursis « les États membres reportent l'éloignement » (art. 9, par. 1), la directive introduit une suspension en droit, non pas seulement en fait¹⁶. L'accès à l'aide juridiction-

¹³ CJCE, 19 janvier 1999, aff. C-348/96, *Calfa*, Rec., 1996, p. I-11, s'agissant d'une interdiction à vie.

¹⁴ CourEDH, 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*.

¹⁵ Ces catégories de personnes vulnérables ne sont toutefois pas protégées dans tous les cas contre le retour ou l'éloignement.

L'appréciation sera faite *in concreto* par le juge saisi.

¹⁶ CourEDH, 5 février 2002, *Conka c. Belgique*.

nelle est ouvert. Il n'est plus limité aux cas « où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice », comme dans le texte initial. Le Comité des régions avait souligné le danger de telle condition liée à un « pronostic de recevabilité »¹⁷. Selon le texte adopté par le Parlement, l'accès à l'assistance judiciaire doit être conforme à la législation nationale en toute matière (art. 16, par. 4). Pour aider les États réticents à cette ouverture, un délai de transposition d'une année supplémentaire (trois ans au lieu de deux) est prévu sur ce point (art. 20) et la Commission européenne s'engage à libérer des fonds dans le cadre du Fonds européen pour le retour (annexe au texte adopté par le Parlement).

Contrainte et rétention

« Les mesures coercitives pour procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui s'oppose à son éloignement [...] sont [...] proportionnées et l'usage de la force ne doit pas dépasser les limites du raisonnable » (art. 8, par. 4). Ces mesures peuvent aller jusqu'à la privation de liberté. Au fond, il y a là une sorte de continuité dans les limites à la liberté de circulation. Selon la formule de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme « entre privation et restriction de liberté il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence »¹⁸. Cette différence se vivra toutefois pour les intéressés en intensité de souffrances. Le malaise sur ce point se traduit par l'euphémisme de « garde temporaire » qui avait été utilisé par la proposition initiale de directive pour nommer la privation de liberté. À la demande du Parlement européen préférant « en toute honnêteté » nommer les choses clairement, le mot « rétention » a remplacé les mots « garde temporaire ». Il n'est pas certain que ces bonnes intentions conduisent à un gain de liberté. Par le qualificatif utilisé, l'expression initiale permettait d'attirer l'attention formelle des organes de contrôle sur le nécessaire caractère temporaire de la privation de liberté. Ce caractère temporaire était, dans la proposition initiale de la Commission, traduit par une durée maximale de six mois. Si la détention doit être « aussi brève que possible » (art. 15, par. 1), cette durée maximale de six mois est maintenue (art. 15, par. 5), mais peut être augmentée « pour une période prolongée n'excédant pas douze mois supplémentaires », soit un total de dix-huit mois, « lorsque malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps » en raison du manque de coopération soit de l'étranger lui-même,

soit des autorités de son pays d'origine. Cette dernière cause sanctionne l'étranger pour des faits qui ne lui sont pas imputables. On notera que la CEDH permet la privation de liberté de l'étranger en séjour irrégulier (art. 5, f, CEDH) et que la Cour permet la privation de liberté de l'étranger mineur sur la même base, ayant refusé de faire de l'article 5, d) une condition exclusive de privation de liberté du mineur¹⁹. Encore faut-il, selon la jurisprudence, que la nécessité de détention réponde à l'objectif d'éloignement. C'est dès lors sur les motifs permettant la détention que l'examen portera. Une première condition est que, selon le principe de proportionnalité, il n'y ait pas « d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives [qui] puissent être appliquées effectivement dans le cas particulier » (art. 15, par. 1). Une deuxième condition est que la détention se fasse « afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement ». Ceci pourrait être singulièrement large et dépasser la stricte exécution de la mesure d'éloignement. Toutefois, non sans contradiction interne, la même disposition ajoute que la rétention ne peut être « maintenue qu'aussi longtemps que la procédure d'éloignement est en cours et [...] exécutée avec toute la diligence requise », ce qui paraît exclure la détention simplement pour « préparer le retour ». Alors que le projet initial faisait du risque de fuite une condition nécessaire à la privation de liberté, celui-ci n'est plus cité qu'à titre d'exemple des difficultés (« en particulier ») au même titre que l'attitude de l'étranger.

L'essentiel sera donc dans le contrôle juridictionnel de la mesure de rétention, obligatoire si la décision a été prise par une autorité administrative (art. 15, par. 2). Ce contrôle est soit automatique, soit sur requête. Il doit intervenir « le plus rapidement possible » (le texte initial fixait 72 heures) et se répéter « à intervalles raisonnables » (le texte initial fixait un mois). Si ce contrôle, à la différence du contrôle envisagé sur les décisions de retour et d'éloignement, n'est pas un contrôle de pleine juridiction mais est un contrôle « de la légalité de la rétention », la marge entre les deux est ténue. Il appartient en effet au juge de se prononcer d'une part sur l'absence d'autre mesure possible, selon le principe de proportionnalité, d'autre part sur la « perspective raisonnable d'éloignement » selon l'article 15, paragraphe 4.

Dans la mesure où les conditions de proportionnalité de cette rétention doivent être expressément soumises à un contrôle juridictionnel régulier, il y a ici, du point de

¹⁷ Avis du Comité des régions du 27 avril 2006, document Const-IV-003, pt 2.9 et recommandation 6.

¹⁸ CourEDH, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, pt 93.

¹⁹ CourEDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila c. Belgique*, pt 100. La Cour condamne cependant en l'espèce les conditions de privation de liberté, ce que la directive retient à l'art. 15, par. 2.

vue des droits fondamentaux, une innovation importante par rapport à la législation de plusieurs États membres qui ne permettent qu'un contrôle de stricte légalité de la privation de liberté au regard de la mesure l'éloignement, sans contrôle possible de son opportunité. Or les conditions de proportionnalité décrites par la directive se rapprochent d'un contrôle d'opportunité : n'y a-t-il pas une mesure moins coercitive plus opportune ? Cette évolution prend aussi acte de la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme rappelant que la régularité de toute privation de liberté exige, outre la légalité, « de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 [CEDH] : protéger l'individu contre l'arbitraire », en manière telle que, « les mesures doivent être nécessaires pour parvenir au but poursuivi » et qu'il y a lieu de tenir compte du fait que telle privation de liberté se fonde « sur le seul fait que [les intéressés ne sont] pas en possession d'un titre de séjour régulier »²⁰. Dès l'instant où un tel contrôle est admis, le débat animé sur le délai maximum de privation de liberté paraît de moindre importance. Il reste qu'afin d'éviter des interprétations de proportionnalité trop divergentes de pays à pays et de juge à juge, il est bon d'inscrire une durée maximale. Au regard du droit pénal général, en l'absence de toute infraction autre que celle relative au séjour, s'agissant à l'inverse de personnes ayant souffert des conditions mêmes de leur clandestinité, il convient d'admettre que six mois, éventuellement portés à dix-huit mois, est une longue durée de privation de liberté.

Conclusions

À long terme, l'expulsion forcée de personnes qui n'ont pas les documents requis et leur privation de liberté à cet effet pourraient poser question du point de vue des libertés fondamentales. Il reste que, non sans paradoxe, les textes de protection des droits de l'homme qui reconnaissent à toute personne le droit de quitter n'importe quel pays y compris le sien (art. 12.2 PIDCP, art. 2, prot. 4 CEDH), ne lui reconnaissent pas la liberté d'entrer sur le territoire de n'importe quel pays autre que le sien. La liberté de circulation au-delà des frontières n'est pas une liberté fondamentale consacrée par les textes, même si cela fut discuté à l'époque de l'élaboration de la Déclaration universelle des droits de l'homme, pour être rejeté.

La Cour européenne des droits de l'homme répète régulièrement dans ses jurisprudences que les États peu-

vent « contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi, l'entrée, le séjour et l'éloignement des étrangers », quand bien même, l'exercice de ces prérogatives doit respecter les droits fondamentaux. L'évolution de la place faite à ceux-ci conduit peut-être à devoir interroger de plus en plus ce « principe de droit international bien établi »²¹.

Pour l'heure, la directive retour s'inscrit dans l'ordre de ce principe bien établi, en hissant la souveraineté nationale au niveau européen et en l'assortissant du tempérament des droits fondamentaux. Fallait-il, choisissant la logique manichéenne du tout ou rien, rejeter en bloc cette proposition de directive ? Non. Laisser aux États la liberté d'agir à leur guise sous la seule réserve de l'ultime contrôle strasbourgeois paraissait, au regard de la situation dans l'ensemble de l'Union européenne, plus attentatoire aux libertés des personnes concernées que la tentative d'harmoniser ces pratiques dans le respect des droits fondamentaux. Certes, pour quelques États, la directive permettrait d'accroître les mesures répressives à l'encontre des étrangers en séjour irrégulier. À défaut d'une clause expresse de *stand still* dans la directive, l'annexe au texte adopté par le Parlement européen précise, en son premier point, que « la présente directive ne devrait pas être utilisée en soi comme motif justifiant l'adoption de dispositions moins favorables pour les personnes auxquelles elle s'applique ». Si cette prémisse est acceptée, la directive peut être vue comme une recherche de compromis entre les intérêts des États et les droits fondamentaux de toute personne, fût-elle « irrégulière ». C'est alors la délicate mesure du « juste » équilibre dont la directive retour est emblématique à trois égards. Un, l'équilibre des pouvoirs dans l'élaboration de la norme. Deux, l'équilibre des droits dans le contenu de la norme. Trois, l'équilibre de la proportionnalité dans l'interprétation de la norme. Sur ce point, la directive offre de larges possibilités de contrôle. Les pouvoirs judiciaires nationaux et européens en seront les derniers garants.

²⁰ CourEDH, 24 janvier 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, pts 71, 99 et 100, s'agissant du maintien en zone internationale.

²¹ S. Saroléa, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; V. Chetail (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

Principaux textes de droit européen dérivé en matière de politique migratoire

jean-yves.carlier@uclouvain.be

Texte européen R. = Règlement D. = Directive	Publication JO	Date limite de transposition
I. Contrôle des frontières		
A. Visa et frontières extérieures		
1. R. 539/2001, du 15 mars 2001, fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation modifié par le R. 2414/2001 du 7 décembre 2001 - le R. 453/2003 du 6 mars 2003 - et le R. 851/2005	2001/L81/1	Pas de transposition nécessaire
2. R. 1683/95 du 29 mai 1995 établissant un modèle type de visa modifié par le R. 334/2002 du 18 février 2002	2001/L327/1 2003/L69/10 2005/L141/3 1995/L164/1 2002/L53/7	Pas de transposition nécessaire
3. D. 2001/51 du 28 juin 2001 visant à compléter l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen	2001/L187/75	11-2-2003
4. D. 2004/82 du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers	2004/L261/24	5-9-2006
5. R. 562/2006 du 15 mars 2006 établissant un Code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Code frontières Schengen)	2006/L105/1	Pas de transposition nécessaire
II. Droit au séjour		
B. Asile		
6. R. 343/2003 du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, appelé Dublin II	2003/L50/1	Pas de transposition nécessaire
7. D. 2004/83 du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale, et relative au contenu de ces statuts, appelée directive qualification	2004/L304/12	10-10-2006
8. D. 2001/55 du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, appelée directive protection temporaire	2001/L212/12	31-12-2002
9. D. 2003/9 du 27 janvier 2003 concernant des normes minimales en matière d'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres	2003/L31/18	6-2-2005
10. D. 2005/85 du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres	2005/L326/13	1-12-2007 et 1-12-2008

Texte européen R. = Règlement D. = Directive	Publication JO	Date limite de transposition
C. Regroupement familial		
11. D. 2003/86 du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial	2003/L251/12	3-10-2005
D. Étudiants et chercheurs		
12. D. 2004/114 du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échanges d'élèves, de formations non rémunérées ou de volontariat et D. 2005/71 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique	2004/L375/12	12-1-2007
E. Intégration		
13. D. 2003/109 du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée	2003/L16/44	23-1-2006
14. D. 2004/38 relative au droit des citoyens et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres	2004/L229/35	30-4-2006
III. Lutte contre l'immigration irrégulière		
F. Immigration irrégulière et expulsion		
15. D. 2002/90 du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers	2002/L328/7	5-12-2004
16. D. 2004/81 du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes	2004/L261/19	6-8-2006
17. D. 2001/40 du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers	2001/L149/34	2-12-2002
18. D. 2003/110 du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne	2003/L321/26	6-12-2005
19. Décision 2004/573 du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement à partir du territoire de deux États membres ou de plusieurs de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus	2004/L261/28	Pas de transposition nécessaire