

La directive retour et la privation de liberté des étrangers.

Le rappel à l'ordre de la Cour de justice dans l'arrêt *El Dridi*.

Luc Leboeuf*

Chercheur au CeDIE - Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen (U.C.L.)

INTRODUCTION

M. El Dridi, ressortissant d'un pays tiers séjournant illégalement en Italie, est condamné en première instance à une peine d'emprisonnement car il n'a pas obtempéré à un ordre de quitter le territoire. La juridiction d'appel, saisie par ses avocats, décide d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne au sujet de la directive 2008/115, dite « directive retour », qui « fixe les normes et procédures [...] de retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier »¹.

Le 28 avril 2011, la Cour de justice apporte une réponse sans équivoque : l'infliction d'une peine d'emprisonnement pour séjour illégal n'est pas conforme à la directive retour. Cette mise en œuvre de la « directive de la honte » semble se montrer soucieuse des droits fondamentaux. Elle nécessite une mise au point sur le droit à la liberté des étrangers en séjour irrégulier au sein de l'Union européenne. Elle souligne les tensions entre, d'une part, les droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme et, d'autre part, l'objectif de gestion efficace des migrations poursuivi par la directive retour (I).

L'arrêt *El Dridi* démontre également le souci de la Cour de justice d'assurer un effet utile à la directive retour². Son incidence

en droit national pourrait dépasser la dépénalisation du séjour illégal pour inclure une révision des procédures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière (II).

I. LES OBJECTIFS

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) consacre le droit à la liberté, dont un individu peut être privé pour un des motifs énoncés par l'article 5§1. Cet article inclut le séjour irrégulier. L'objectif assumé réside dans la protection des droits fondamentaux (A). Le droit de l'Union européenne (UE) régleme la circulation externe des ressortissants de pays tiers, harmonisant les procédures de leur expulsion par le biais de la directive retour. L'objectif perçu consiste à gérer efficacement les flux migratoires (B).

A. La CEDH et l'objectif assumé

La Convention européenne des droits de l'homme interdit les détentions arbitraires. Lorsque la privation de liberté est infligée dans un but de gestion migratoire, la Cour européenne des droits de l'homme effectue un contrôle de proportionnalité strict, n'incluant pas de test de nécessité (1). Une position inconfortable (2).

1) La proportionnalité stricte

L'article 5§1, f) autorise « la détention [...] d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou

* L'auteur remercie les Professeurs J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA ainsi qu'E. NÉRAUDAU pour leurs conseils avisés.

1 Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, J.O. n° L348, 24 décembre 2008, p. 98, art. 1.

2 C.J., 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11, non encore publié au Rec., ce numéro, p. 295.

contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours». Deux hypothèses sont visées en matière migratoire, qualifiées de « maintien en détention » et de « détention » par le droit belge³.

L'étranger qui ne dispose pas des autorisations requises pour entrer en Belgique est « maintenu en détention » sur la base de l'article 74/5, §1, 1° et 2° de la loi du 15 décembre 1980 en attendant son refolement, l'octroi d'une autorisation de séjour ou la reconnaissance du statut de réfugié⁴. L'étranger qui, après avoir pénétré régulièrement sur le territoire belge, y demeure malgré l'expiration ou la perte de son droit de séjour, risque la « détention » en vue de son expulsion selon les articles 7 et 27§3 de la loi du 15 décembre 1980.

Ces subtilités sémantiques n'entravent pas la protection offerte par l'article 5 CEDH. Dans les deux cas, la restriction à la liberté de circulation apparaît suffisamment intense pour porter atteinte au droit à la liberté⁵. Dans l'arrêt *Amuur c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que la Convention s'applique aux zones dites « internationales »⁶. En conséquence, l'étranger maintenu au centre INAD, dans la zone de transit de Bruxelles National, afin de prévenir son entrée en Belgique relève de la juridiction belge et bénéficie des garanties de la CEDH.

Premièrement, toute privation de liberté doit être conforme au droit national⁷. La Cour condamne ainsi la Belgique dans l'affaire *Riad et Idiab* pour avoir maintenu les requérants en détention malgré l'arrêt de la chambre des mises en accusations ordonnant leur remise en liberté⁸.

Deuxièmement, les exceptions au droit à la liberté s'interprètent restrictivement. Une privation de liberté sur la base de l'article 5§1 f) doit être en rapport direct avec le but de prévenir l'entrée irrégulière ou de procéder à l'expulsion. Dans l'arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*, la détention du requérant durant plus de six ans en vue de son retour forcé interpelle la Cour⁹. Mais la complexité du cas d'espèce explique cette longue période, due aux nombreux recours introduits et à des considérations de sécurité nationale. Les autorités britanniques n'ont pas manqué de célérité. L'expulsion n'a pas été utilisée comme fausse justification de la privation de liberté.

Cette mise en œuvre du test de « due diligence », corollaire du lien direct entre la privation de liberté et le motif autorisé par l'article 5§1 f) CEDH, permet de tempérer la critique de l'absence de test de nécessité, pourtant appliqué à la détention préventive des auteurs présumés d'infractions¹⁰. La diligence des autorités se mesure aux actes accomplis, pas à la durée de la détention. Ainsi, le Royaume-Uni manqua à cette obligation à l'égard de neuf des requérants de l'affaire *A. et autres*, pourtant détenus moins longtemps que M. Chahal¹¹. Face à l'impossibilité d'expulser sans soumettre à des traitements inhumains et dégradants dans le pays d'origine, l'agence de contrôle des frontières britannique ne peut pas détenir un étranger sur le fondement de l'article 5§1 f) en arguant de la sécurité nationale.

Un autre tempérament, l'exigence de bonne foi, apparaît dans l'arrêt *Conka c. Belgique*¹². En l'espèce, la police convoque les membres d'une famille tsigane sous prétexte de compléter leur

3 Cette étude n'aborde pas l'extradition, qui consiste à livrer l'auteur présumé d'une infraction à un Etat étranger souhaitant le juger et relèver du droit pénal.

4 Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980, p. 14584.

5 J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 298 n° 238.

6 C.E.D.H., 20 mai 1996, *Amuur c. France*, requ. n° 19776/92, §52. Voy. également les observations d'O. DE SCHUTTER, « Privation de liberté et maintien en zone internationale », *R.D.E.*, 1996, pp. 347. Dans le même sens : C.E.D.H., 27 novembre 2003, *Shamsa c. Pologne*, requ. n°s 45355/99 et 45357/99.

7 D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK (dir.), *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 133; S. SAROLEA, « La motivation du placement en détention d'étrangers en situation irrégulière : de la dichotomie légalité-opportunité au contrôle de la proportionnalité », *J.T.*, 1997, p. 165.

8 C.E.D.H., 24 janvier 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, requ. n°s 29787/03 et 29810/03, §76. Voy. également les observations de J.-P. JACQUES,

« La Belgique et l'application des garanties fondamentales de la Convention européenne des droits de l'homme aux étrangers illégaux ou le *da capo* d'une partition mal écrite », *J.L.M.B.*, 2008, p.576.

9 C.E.D.H., 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, requ. n° 22414/93, §117; S. SAROLEA, « La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'éloignement et de détention des étrangers au départ de l'arrêt *Chahal* », *R.D.E.*, 1997, p.28.

10 UNHCR, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, April 2011, p. 30 (disponible sur : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dc935fd.html>).

11 C.E.D.H., 19 février 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, requ. n°s 3455/05, §166 et 169. A la suite des attentats du 11 septembre 2001, le Royaume-Uni avait prétendu user des dérogations autorisées par l'article 15 CEDH en cas d'état d'urgence. A l'instar de la Chambre des Lords, la Cour considéra que les mesures dérogatoires à l'article 5, qui ne concernaient que les étrangers, étaient disproportionnées, voy. §190 de l'arrêt précité.

12 C.E.D.H., 5 février 2002, *Conka c. Belgique*, requ. n°s 51564/99; J. LEJEUNE, « L'arrêt *Conka c. Belgique* : la procédure d'asile belge à l'aune des droits de l'homme », *R.D.E.*, 2002, p. 304.

demande d'asile. Dès qu'ils se présentent au commissariat, elle leur signifie un ordre de quitter le territoire et les emmène au centre fermé 127bis, d'où ils sont expulsés vers la Slovaquie. La Cour souligne l'objectif essentiel poursuivi par l'article 5 CEDH : la protection contre l'arbitraire. Elle condamne la Belgique pour avoir agi « *mala fide* », et donc arbitrairement, en usant de manœuvres dépassant le « stratagème »¹³ policier légitime pour priver les requérants de leur liberté.

Enfin, la Cour contrôle le régime de détention¹⁴. Ce pont entre l'article 3 CEDH et 5 CEDH a notamment conduit à des condamnations de la détention de mineurs étrangers en vue de leur expulsion.

Dans l'affaire *Mubilanzila c. Belgique*, dite « Tabitha », une fillette congolaise de cinq ans est enfermée au centre 127. La Cour refuse de poser comme solution de principe l'interdiction de priver les mineurs de leur liberté dans le cadre de l'article 5§1 f) CEDH¹⁵. Elle condamne néanmoins la Belgique pour ne pas avoir tenu compte de la situation d'« *extrême vulnérabilité* »¹⁶ de Tabitha, arrivée seule en Belgique. Cette enfant ne peut être soumise au même régime de privation de liberté qu'un adulte. L'obligation d'égard à la fragilité des mineurs, dont la défense de l'intérêt supérieur prime les objectifs de contrôle migratoire, ne se limite pas aux mineurs étrangers non accompagnés¹⁷. Elle justifia une nouvelle condamnation de la Belgique dans l'arrêt *Muskhadzhiyeva*, où les enfants souffrant de troubles psychologiques graves en raison des traumatismes subis dans leur pays d'origine, la Tchétchénie, séjournaient en centre fermé aux côtés de leur mère¹⁸.

Malgré ces multiples exigences, la Cour s'en tient à une étude de proportionnalité stricte, refusant d'étudier la nécessité d'une privation de liberté au regard des objectifs de l'article 5§1 f).

2) Vers un test de proportionnalité large

L'absence de test de nécessité pose problème lorsque des obligations internationales spécifiques s'additionnent à celles, générales, de la CEDH. Ainsi, les mineurs étrangers peuvent prétendre au respect de la Convention internationale des droits de l'enfant, qui prescrit leur détention comme mesure de dernier ressort¹⁹. Le professeur Fierens regrette dès lors que la Cour strasbourgeoise n'interprète pas la CEDH à sa lumière en contrôlant la nécessité de la privation de liberté des mineurs étrangers²⁰.

De même, les demandeurs d'asile bénéficient de la Convention de Genève²¹. L'article 33 prohibe leur refoulement : ils ne peuvent être détenus en vue de leur expulsion tant que leur demande n'a pas reçu de décision négative. L'article 31 de la Convention de Genève précise qu'aucune sanction ne peut être infligée pour séjour irrégulier. Le Haut Commissariat pour les Réfugiés des Nations Unies (HCR) en déduit qu'un demandeur d'asile pénètre régulièrement sur le territoire de l'Etat dont il sollicite la protection²². Le second motif autorisé par l'article 5§1 f), c'est-à-dire la détention en vue de prévenir l'entrée irrégulière sur le territoire, ne le concernerait pas non plus.

A l'occasion de l'arrêt *Saadi c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme rejette cet argument²³. Si la Convention de Genève limite la souveraineté pénale des Etats, elle ne confère pas un droit d'entrée au demandeur d'asile : elle ne porte pas atteinte à la souveraineté territoriale²⁴. La privation de liberté d'un demandeur d'asile irakien afin de prévenir son entrée irrégulière sur le territoire britannique respecte la CEDH. En l'espèce, le requérant fut admis provisoirement au Royaume-Uni suite à un manque de place dans les centres fermés. Il devait se présenter le lendemain, ce qu'il fit à deux reprises avant d'être appréhendé.

13 *Ibidem*, §41 al. 2.

14 N. MOLE, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2010, p.168.

15 C.E.D.H., 12 octobre 2006, *Mubilanzila c. Belgique*, requ. n°13178/03, §101 ; B. MASSON, « Un enfant n'est pas un étranger comme les autres », *R.T.D.H.*, 2007, p. 825.

16 *Ibidem*, §103.

17 Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, « Unaccompanied children in Europe : issues of arrival, stay and return », doc. n° 12539, 21 mars 2011, pt 5. Voy. aussi la Convention internationale des droits de l'enfant, New York, 20 novembre 1989 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990), art. 37 c) : « en particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes ».

18 C.E.D.H., 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva c. Belgique*, requ. n°41442/07, §74 et les observations de P. STOCKMANS, « Europees Hof voor de Rechten van de Mens veroordeelt België tweede maal voor opsluiting van kinderen », *T.J.K.*, 2010, p. 130.

19 Convention internationale des droits de l'enfant, précitée, art. 37 b).

20 J. FIERENS, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2010, p. 360 n°18.

21 Les garanties de la Convention de Genève s'appliquent non seulement au réfugié reconnu, mais également au demandeur d'asile ; voy. J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2007, p. 91 ; C.E.D.H., 7 juin 2011, *R.U. c. Grèce*, §94.

22 UNHCR, *op. cit.*, p. 31 ; C.E.D.H., 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, requ. n°13229/03, §56.

23 *Ibidem*, §65.

24 C. TEITGEN-COLLY, « La détention des étrangers et les droits de l'homme », in V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 587.

Les juges partiellement dissidents regrettent l'« amalgame »²⁵ réalisé par la majorité, qui ne distingue pas les demandeurs d'asile des autres migrants malgré leur « *besoin de protection spéciale* »²⁶ mis en emphase par l'arrêt *M.S.S. c. Belgique*. Rejoignant la position du HCR, ils considèrent que « *les demandeurs d'asile qui ont présenté une demande de protection internationale se trouvent ipso facto légalement sur le territoire d'un Etat* »²⁷.

L'application du test de nécessité pourrait résoudre cette tension : était-il nécessaire de priver le demandeur d'asile de liberté afin d'éviter qu'il ne prenne la fuite ? Des alternatives, comme l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, ne sont-elles pas envisageables ? Cela renforcerait également la sécurité juridique. Comme le souligne le Professeur Carlier, les divers tempéraments déduits de l'exigence d'un lien direct entre la privation de liberté et le motif autorisé par l'article 5§1 f) CEDH impliquent déjà une étude de proportionnalité large déguisée²⁸.

En effet, dans l'arrêt *Massoud c. Malte*, la Cour conclut à une violation de l'obligation de « due diligence » en soulignant qu'il est difficile « *de concevoir que, dans une petite île comme Malte, où la fuite par mer sans mettre en danger sa vie est improbable et la fuite par air est soumise à un contrôle strict, les autorités n'auraient pas à leur disposition d'autres mesures que la détention prolongée* »²⁹. Dans *Rahimi*, elle condamne les autorités grecques pour mauvaise foi car elles « *n'ont pas*

recherché si le placement du requérant dans le centre de rétention (...) était une mesure de dernier ressort »³⁰. Elle se réfère pour cela à l'obligation d'assurer l'« intérêt supérieur » du requérant mineur, après avoir rappelé qu'elle ne contrôle en principe pas la nécessité de la détention...³¹

Outre-Atlantique, la Cour interaméricaine des droits de l'homme applique le test de nécessité sans complexe. L'article 7 de la Convention américaine des droits de l'homme prohibe les détentions arbitraires sans lister les motifs autorisant une exception au droit à la liberté, contrairement à la CEDH³². La Cour l'interprète « *omnicompréhensivement* »³³ : elle examine la nécessité de toute détention, quel qu'en soit le motif³⁴.

En outre, la Cour interaméricaine opère un contrôle plus attentif de la privation de liberté des migrants en raison de leur vulnérabilité particulière. Dans l'affaire *Vélez Loo* du 23 novembre 2010, elle condamne le Panama pour violation du droit à la liberté du requérant équatorien, condamné pénalement et emprisonné pour ne pas avoir respecté deux ordres de quitter le territoire³⁵.

La similitude avec l'arrêt *El Dridi* frappe. Certes, aucun parallélisme hâtif ne doit être réalisé entre ces deux jurisprudences, adoptées dans des contextes différents. Les juges de San José dénoncent principalement les nombreux abus subis par M. Vélez Loo durant sa détention, hors de tout contrôle judiciaire. Mais cet arrêt lance un signal important : le migrant doit être distingué du criminel³⁶. Les juges strasbourgeois, en refusant un contrôle systématique de la nécessité de la privation de liberté des étrangers, ont insuffisamment affirmé ce principe en Europe. Etonnamment, la tant décriée directive retour modifie la donne.

25 C.E.D.H., *Saadi c. Royaume-Uni*, précité, opinion partiellement dissidente commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, KOVLER, HAJIYEV, SPIELMANN ET HIRVELÄ.

26 C.E.D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requ. n° 30696/09, §251 ; J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Le droit d'asile dans l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme. À propos de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* », *J.T.*, 2011, p. 354. Voy. également F. MAIANI et E. NÉRAUDAU, « L'arrêt *M.S.S. c. Grèce et Belgique* de la C.E.D.H. du 21 janvier 2011 - De la détermination de l'Etat responsable selon Dublin à la responsabilité des Etats membres en matière de protection des droits fondamentaux », *R.D.E.*, 2011, p.3.

27 C.E.D.H., *Saadi c. Royaume-Uni*, précité, opinion partiellement dissidente commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, KOVLER, HAJIYEV, SPIELMANN ET HIRVELÄ.

28 J.-Y. CARLIER, « L'accès au territoire et la détention de l'étranger demandeur d'asile », *R.T.D.H.*, 2009, p. 803.

29 C.E.D.H., 27 juillet 2010, *Massoud c. Malte*, requ. n°24340/08, §68 : « *Moreover, the Court finds it hard to conceive that in a small island like Malta, where escape by sea without endangering one's life is unlikely and fleeing by air is subject to strict control, the authorities could not have had at their disposal measures other than the applicant's protracted detention to secure an eventual removal in the absence of any immediate prospect of his expulsion.* »

30 C.E.D.H., 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, requ. n°8687/08, §109.

31 *Ibidem*, §107 : « *l'article 5§1 f) n'exige pas que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours soit considérée comme nécessaire* ».

32 Convention américaine relative aux droits de l'homme, San José, 22 novembre 1969 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978).

33 L. BURGOGUE-LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, Les grandes décisions de la cour interaméricaine des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 508 n°2. Voy. également H. TIGROUDJA, « Chronique des décisions rendues par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2005) », *R.T.D.H.*, 2006, p.301 §21 et s.

34 C.I.D.H., 7 septembre 2004, *Tibi c. Equateur*, Rec. Série C n°114, §106.

35 C.I.D.H., 23 novembre 2010, *Veléz Loo c. Panama* (disponible sur : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d2713532.html>).

36 *Ibidem*, §98.

B. L'UE et l'objectif perçu

Le 16 décembre 2008, le Parlement européen et le Conseil adoptent la directive retour, vivement critiquée (1). La Cour de justice en offre une première interprétation dans son arrêt *Kadzoev*³⁷ (2).

1) La directive retour en contexte

Le Traité d'Amsterdam, qui consacre l'espace de liberté, de sécurité et de justice, communautarise la politique commune d'asile et d'immigration³⁸. En plus de la circulation interne des citoyens européens et des membres de leur famille, les institutions européennes peuvent désormais réguler la circulation externe des ressortissants de pays tiers.

La procédure législative de consultation s'applique. Elle assigne au Parlement européen un rôle purement consultatif et permet aux exécutifs des Etats membres réunis au sein du Conseil d'imposer leur marque sur la politique migratoire de l'UE. La Commission propose, le Parlement donne un avis, le Conseil dispose à l'unanimité. Divers textes sont adoptés, dont la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers³⁹. Le Parlement, qui la juge discriminatoire notamment car elle autorise les Etats à refuser le droit au regroupement familial avec des enfants de plus de quinze ans, en poursuit en vain l'annulation devant la Cour de justice⁴⁰.

Avec la fin de la période transitoire prévue par l'article 67 du Traité CE au 1^{er} mai 2004, la codécision devient la procédure applicable en matière d'asile et d'immigration. Harmoniser la circulation externe nécessite l'accord du Parlement européen, tandis que les décisions au sein du Conseil se prennent à la majorité qualifiée. Ce rôle accru des députés européens suscite les espoirs des partisans d'une politique migratoire européenne davantage respectueuse des droits de l'homme⁴¹. Leur déception sera amère. Le premier texte adopté suivant la codécision, la directive retour, prônerait l'« Europe forte-resser»⁴². Les multiples références aux textes et principes protecteurs des droits fondamentaux dont elle est émaillée sonneraient creux⁴³. Une « directive de la honte »...

La méthode d'harmonisation minimale tempère cette perception négative. La directive fixe les standards de protection que les Etats ne peuvent diminuer, pas ceux qu'ils doivent transposer⁴⁴. Certains gouvernements risquent néanmoins de prétexter de la transposition de ces seuils minimaux de protection pour durcir leurs lois nationales⁴⁵. Une déclaration du Conseil jointe en annexe s'y oppose, mais elle s'apparente à une recommandation plus qu'à une clause de *standstill* contraignante⁴⁶. Beaucoup dépend des Etats, qui maintiennent leur contrôle sur la gestion migratoire.

Malgré tout, un texte européen existe. Il permet l'entrée en lice, *a posteriori*, d'un quatrième acteur : la Cour de justice, dont le Traité de Lisbonne renforce le rôle en matière de circulation externe. Cette réforme des textes fondateurs supprime la limitation à la compétence de la Cour de répondre à des questions préjudicielles⁴⁷ et constitutionnalise la procédure

37 C.J., 30 novembre 2009, *Kadzoev*, aff. C-357/09, *Rec.* 2009, p. I-11189.

38 E. NÉRAUDAU, « La politique migratoire de l'Union Européenne », *Questions Internationales*, 2009, n°40, p. 94 ; Le Royaume-Uni et l'Irlande ne sont néanmoins pas partie prenante à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, mais ils se sont réservé la possibilité de participer à certains actes pris dans ce cadre (« opt-in »). Le Danemark, quant à lui, ne participera jamais : s'il s'associe à une mesure, ce sera sur base du droit international classique (« opt-out »). *Voy.* les protocoles n°21 et 22.

39 Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *J.O.* n° L 251, 3 octobre 2003, p. 12. Pour un aperçu de ces textes, *voy.* le tableau établi par J.-Y. CARLIER, « La « directive retour » et le respect des droits fondamentaux », *Europe des libertés*, 2008, pp. 20-21.

40 C.J., 27 juin 2006, *Parlement européen c. Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.* 2006, p. I-05769. Pour un commentaire de cet arrêt, le premier à se référer à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne alors qu'elle était dépourvue de force juridique contraignante, *voy.* A. BAILLEUX, « La Cour de Justice et les droits de l'homme. A propos de l'arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006 », *J.T.*, 2006, p. 589 à 593.

41 D. ACOSTA, « The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law. Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive) », *E.J.M.L.*, 2009, p.21.

42 K. PARROT et C. SANTULLI, « La 'directive retour', l'Union européenne contre les étrangers », *Rev. crit. D.I.P.*, 2009, p. 207.

43 Directive 2008/115/CE, considérants n°3, 22, 23, 24 ; articles 1, 4§4 b), 5, 9, 10 et 17§5.

44 *Ibidem*, art. 4 ; F. MARTUCCI, « La directive 'retour' : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes », *R.T.D.eur.*, 2009, p. 65 n°43.

45 S. BARBOU DES PLACES et H. OGER, « Making the European Migration Regime: Decoding Member States' Legal Strategies », *E.J.M.L.*, 2005, p. 363.

46 C. FLAMAND, « La directive retour et la protection des droits fondamentaux », *R.D.E.*, 2008, p. 178.

47 L'article 68 T.C.E. limitait la compétence de la Cour de connaître de questions préjudicielles en matière d'asile et d'immigration, qui devaient émaner de juridictions suprêmes et ne pas concerner des mesures d'ordre public et de sécurité nationale adoptées dans le cadre du contrôle aux frontières, *voy.* C. CHENEVIÈRE, « L'article 68

préjudicielle urgente, dite « PPU »⁴⁸. Cela permet d'accélérer le traitement des recours concernant des détenus, encourageant les juridictions internes à saisir la Cour de justice d'un recours en interprétation ou en validité du droit européen sans craindre des délais déraisonnables. Saisie par application de cette procédure dans l'affaire *Kadzoev*, la Cour va interpréter pour la première fois les dispositions de la directive retour relatives à la privation de liberté des étrangers en séjour irrégulier.

2) La directive retour et la rétention

L'article 15 de la directive retour autorise la « rétention » de l'étranger durant une période maximale de six mois, renouvelable jusqu'à dix-huit mois en cas de « manque de coopération » ou de « retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires ». Les articles 16 à 18 en fixent les modalités, posant comme principe la « rétention » en « centre spécialisé ».

Les critiques de la directive retour ont cloué l'article 15 au pilori. La limite de dix-huit mois leur paraît excessive. L'énumération non exhaustive des motifs de rétention les inquiète⁴⁹. Pourtant, cette même disposition reprend l'exigence de « due diligence » énoncée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Chahal*⁵⁰ en spécifiant que la rétention « n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise ». De plus, elle exclut la privation de liberté lorsque « des mesures suffisantes, mais moins coercitives, peuvent être appliquées efficacement dans un cas particulier », ce qu'affirme également le considérant n° 16. La consécration du critère de nécessité apparaît plus limpide encore en ce qui concerne la rétention de mineurs et de leur famille, que l'article 17 n'autorise « qu'en dernier ressort ».

Si la limite absolue de dix-huit mois semble élevée au vu de législations nationales telles que la nôtre, elle a le mérite d'exister. Au Danemark, en Estonie, en Finlande, en Lituanie, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Suède, la période de rétention était illimitée⁵¹. Mais l'avancée principale de la directive retour réside dans la consécration d'un contrôle de

proportionnalité large des privations de liberté en vue de l'expulsion, incluant le test de nécessité timidement appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'affaire *Kadzoev* permet à la Cour de justice de se prononcer sur ces dispositions pour la première fois. En l'espèce, une cour administrative bulgare s'interroge sur la computation du délai maximal de rétention du requérant tchétchène suite à l'entrée en vigueur de la directive retour le 24 décembre 2010. Doit-elle tenir compte du délai déjà écoulé ?

La Cour apporte une réponse positive. La directive retour s'applique aux privations de liberté débutées avant son entrée en vigueur⁵². Quatre autres enseignements se dégagent de cet arrêt. Premièrement, la rétention infligée en vue de statuer sur une demande d'asile n'est pas comptabilisée : elle ne vise pas l'expulsion et tombe hors du champ d'application de la directive retour⁵³. Deuxièmement, l'introduction d'un recours suspensif contre l'ordre d'éloignement n'empêche pas les délais de courir⁵⁴. Troisièmement, l'étranger doit être libéré dès qu'aucune perspective réelle d'éloignement n'est envisageable dans la limite temporelle fixée par la directive⁵⁵. Dès que celle-ci est atteinte, enfin, il doit être immédiatement libéré⁵⁶.

La présence de la directive retour est affirmée tandis que l'article 5 CEDH apparaît comme le grand absent⁵⁷. Une tendance que confirme partiellement l'arrêt *El Dridi*.

CE – rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris », *C.D.E.*, 2004, pp. 567 à 589.

48 T.F.U.E., art. 267 al. 4. Sur ce point, voy. L. LEBOEUF, « Etrangers détenus et questions préjudicielles : apports du Traité de Lisbonne », *J.T.*, 2011 (à paraître).

49 K. PARROT et C. SANTULLI, *op. cit.*, pp. 227-228.

50 C.E.D.H., *Chahal c. Royaume-Uni*, précité.

51 A. BALDACCINI, « The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the returns directive », *E.J.M.L.*, 2009, p. 13.

52 C.J., *Kadzoev*, précité, §39.

53 *Ibidem*, §48. Les directives dites « accueil » et « procédure » régissent la rétention des demandeurs d'asile (Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, *J.O.* n° L 31, 6 février 2003, p. 18 ; Directive n°2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005, *J.O.* n° L326, 13 décembre 2005, p.13).

54 *Ibidem*, §57.

55 *Ibidem*, §67.

56 *Ibidem*, §71.

57 J.-F. AMEDRO, « La Cour de justice de l'Union européenne et la rétention des étrangers en situation irrégulière dans le cadre de la directive « retour » », *R.T.D.H.*, 2010, p. 908.

II. L'ARRÊT EL DRIDI

La Cour de justice assure un effet utile à la directive retour (A). Pour cette raison, les conséquences de l'arrêt *El Dridi* en droit national dépassent la dépénalisation du séjour irrégulier, pour inclure une réforme de la procédure d'expulsion (B).

A. L'effet utile de la directive retour

Dans *El Dridi*, la question préjudicielle posée suivant la PPU porte sur la compatibilité de la criminalisation du séjour irrégulier avec la directive retour. Dans un premier temps, la Cour de justice détermine si la directive s'applique au cas d'espèce. La présence du droit de l'UE est confirmée (1). Dans un second temps, elle souligne l'objectif double d'efficacité et de respect des droits fondamentaux. L'absence de la CEDH est atténuée (2).

1) La présence confirmée

L'application de la directive retour au cas d'espèce implique de surmonter deux obstacles. Le premier consiste en l'absence de transposition en droit italien. La Cour évacue rapidement cette question en appliquant la jurisprudence *Van Duyn*. La procédure d'expulsion mise en place par la directive retour a effet direct⁵⁸.

Le second obstacle concerne le champ d'application de la directive retour, défini par son article 2. Les paragraphes premiers et trois excluent la circulation interne des citoyens européens et des membres de leur famille, qui relèvent de la directive 2004/38/CE⁵⁹. Le second paragraphe autorise les Etats membres à écarter certains pans de la circulation externe: les étrangers privés de liberté en vue de prévenir leur entrée irrégulière sur le territoire, d'une part, et ceux qui relèvent du domaine pénal, d'autre part.

L'exclusion des migrants qui n'ont pas pénétré régulièrement sur le territoire apparaît problématique aux yeux de certains auteurs. Elle serait discriminatoire, les soumettant

à un régime différent de celui de l'étranger qui, après avoir séjourné légalement, est devenu « irrégulier »⁶⁰.

En réalité, elle touche au cœur du malaise engendré par la directive retour. Son article 3 b), qui définit le « séjour irrégulier », se contente d'un renvoi vers la législation des Etats membres. L'Union européenne encadre l'expulsion de l'« irrégulier » sans définir suffisamment le « régulier »⁶¹. Or, la mise en place d'une politique migratoire européenne cohérente suppose de fixer les conditions du séjour régulier avant d'harmoniser le sort à réserver à celui qui les enfreint. La directive retour pourrait être appliquée à l'expulsion d'un migrant contraire aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Citons, par exemple, l'étranger exclu du statut de réfugié mais qui risque la torture dans son pays d'origine et ne peut être expulsé sans violer l'article 3 CEDH⁶².

En outre, couplée à l'exclusion du domaine pénal, l'effet utile de la directive retour semble dépendre de la bonne volonté des Etats. A l'occasion de l'arrêt *El Dridi*, la Cour rencontre partiellement cette inquiétude. L'Italie entendait déjouer les garanties consacrées par le texte européen en criminalisant le séjour irrégulier⁶³.

L'Avocat général propose de délimiter l'exclusion des peines d'expulsion du champ d'application de la directive en distinguant la cause de l'effet⁶⁴. Si la sanction pénale est la cause du retour, la directive ne s'applique pas.

60 A. BALDACCINI, *op. cit.*, p. 3.

61 J.-Y. CARLIER, « La 'directive retour' et le respect des droits fondamentaux », *Europe des libertés*, 2008, p. 16. La politique migratoire externe de l'Union européenne n'harmonise que minimalement les droits de séjour: asile, regroupement familial, étudiants et chercheurs. L'adoption de la directive dite « permis unique », en discussion au sein du Parlement européen, permettra peut-être d'offrir une définition européenne plus complète de l'étranger « régulier » (COM(2007) 638 final, Proposition de directive du Conseil établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un Etat membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un Etat membre).

62 Pour un exposé de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de violation indirecte, « par ricochet », de l'art. 3 CEDH, voy. S. SAROLEA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p.171.

63 A. ACOSTA, « Returns directive: possible limits and interpretation », in K. ZWAAN (dir.), *The Returns Directive*, Wolf, Nijmegen, 2011, p.11.

64 Conclusions de l'Avocat général Mazak dans C.J., *El Dridi*, précité, §26.

58 C.J., *El Dridi*, précité, §46. Les dispositions d'une directive qui imposent des obligations pour un Etat et confèrent des droits aux particuliers peuvent être invoquées par ces derniers si elles sont suffisamment claires, précises et inconditionnelles (C.J., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Rec.* 1974, p. 1337).

59 Directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, *J.O.* n° L158, 30 avril 2004, p. 77.

Si elle résulte du non-respect d'une décision de retour, la directive s'applique⁶⁵.

La Cour confirme cette position⁶⁶. Disqualifier la « rétention » de M. El Dridi en « détention » pénale ne permet pas de lui retirer le bénéfice des garanties offertes par l'article 15 de la directive retour, fussent-elles minimales. Elle rappelle néanmoins : « *les Etats membres restent libres d'adopter des mesures, même de caractère pénal, permettant notamment de dissuader ces ressortissants [de pays tiers] de demeurer illégalement sur le territoire de ces États* »⁶⁷.

Les autorités nationales conservent leur compétence exclusive d'user du droit pénal dans leur politique migratoire. Mais le devoir de coopération loyale consacré par l'article 4§3 TUE s'oppose à tout contournement des garanties de la directive retour par ce biais.

La Cour examine ensuite si la législation pénale italienne la respecte. Elle use pour cela d'une interprétation téléologique.

2) L'absence atténuée

L'objectif de la directive retour se veut double : respecter le droit souverain des Etats de contrôler leurs frontières ainsi que les droits fondamentaux des migrants. En l'occurrence, le droit à la liberté de M. El Dridi entre en jeu. L'occasion pour la Cour de justice de s'intéresser à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Elle se réfère à l'article 5 CEDH et à l'arrêt *Saadi* de sa consœur strasbourgeoise⁶⁸. Ce renvoi demeure néanmoins limité à l'exigence de « due diligence », plus facilement conciliable avec l'objectif d'efficacité. Il apparaît aux côtés du huitième des « Vingt principes directeurs sur le retour forcé » adoptés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Celui-ci recommande une détention aussi brève que possible⁶⁹.

Il s'agit d'une avancée par rapport à l'arrêt *Kadzoev*, où seul l'Avocat général Mazak avait mentionné la jurisprudence strasbourgeoise⁷⁰. Dans *El Dridi*, le même Avocat général invoquait l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux. Le

Traité de Lisbonne, entré en vigueur dans l'intervalle, lui a en effet conféré une portée juridique obligatoire⁷¹.

Cet article, comme l'article 7 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, énonce le droit à la liberté sans lister les motifs justifiant une privation de liberté. Une interprétation semblable à celle de la Cour interaméricaine, qui examine la nécessité de toute détention, paraît envisageable. En outre, l'article 15 de la directive retour n'autorise la rétention que si des mesures moins coercitives ne sont pas possibles.

La Cour se concentre sur cette dernière considération⁷². Elle insiste sur la « *gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour* »⁷³ mise en place par la directive. Cette gradation, qui débute avec la possibilité de partir volontairement et culmine avec la rétention, permet d'atteindre l'objectif d'efficacité tout en respectant le principe de proportionnalité⁷⁴. Elle permet de s'assurer que chaque atteinte aux droits fondamentaux demeure proportionnée à l'objectif d'expulsion.

Or, la législation italienne, en infligeant à M. El Dridi une peine d'emprisonnement pour séjour irrégulier, retarde son expulsion tout en le privant de liberté plus longtemps que nécessaire. Ni proportionnée ni efficace, elle compromet l'effet utile de la directive retour.

B. Les enseignements en droit national

Deux enseignements principaux ressortent de l'arrêt *El Dridi*. La directive retour s'oppose à l'infliction d'une peine d'emprisonnement pour séjour irrégulier (1). Les Etats membres doivent appliquer la procédure de retour qu'elle consacre (2).

65 *Ibidem*, §28.

66 C.J., *El Dridi*, précité, §49.

67 *Ibidem*, §52.

68 *Ibidem*, §43.

69 Conseil de l'Europe, Comité des ministres, « Vingt principes directeurs sur le retour forcé », doc. n° CM(2005)40, 4 mai 2005.

70 Conclusions de l'Avocat général Mazak dans C.J., *Kadzoev*, précité, §52.

71 Conclusions de l'Avocat général Mazak dans C.J., *El Dridi*, précité, §33. Pour les conséquences de la reconnaissance des effets juridiques de la Charte par le Traité de Lisbonne, voy. N. CARIAT, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les juridictions belges. Quelques balises pour une application prometteuse », *J.T.*, 2010, pp. 105-110.

72 C.J., *El Dridi*, précité, §39.

73 *Ibidem*, §41.

74 *Ibidem*, §57.

1) La dépenalisation du séjour irrégulier

En droit belge, trois dispositions de la loi du 15 décembre 1980 pourraient être remises en cause directement ou indirectement par la jurisprudence *El Dridi*.

Premièrement, l'article 75 de cette loi punit le séjour illégal d'un emprisonnement de huit jours à trois mois ainsi que d'une amende. Il devrait être abrogé.

Les autorités françaises ne semblent pas partager cette opinion. A la suite de l'arrêt *El Dridi*, elles ont tenu à affirmer leur compétence d'infliger une peine privative de liberté pour séjour irrégulier. Celle-ci demeurerait possible, selon une circulaire émanant du Garde des Sceaux, dans deux hypothèses : lorsque des actes détachables de l'infraction de séjour irrégulier, comme la fraude ou des actes de violence, ont été commis ou lorsque, par son propre comportement, l'étranger parvient à se soustraire à une mesure d'éloignement alors même qu'il a déjà été placé en rétention⁷⁵.

La première hypothèse, dans la mesure où le séjour irrégulier n'induit pas une immunité pour la commission d'autres actes pénalement répréhensibles, semble acceptable. La seconde nous paraît problématique. Elle reviendrait en effet à permettre un dépassement de la durée maximale de rétention prévue par la directive en la requalifiant en détention lorsque l'expulsion n'a pu se produire à cause du comportement de l'étranger. Or, la directive retour prévoit déjà en son article 15§6 l'hypothèse du manque de coopération, qui permet un allongement de 12 mois de la période de rétention. Contourner ce délai maximum par la voie pénale serait probablement condamné par la Cour de justice au travers d'un raisonnement similaire à celui suivi dans *El Dridi*⁷⁶.

Deuxièmement, l'article 76 de la loi du 15 décembre 1980 prévoit une peine d'emprisonnement d'un mois à un an accompagnée d'une amende pour l'étranger qui revient illégalement en Belgique avant l'écoulement d'un délai de dix ans suivant son expulsion décidée par arrêté royal ou ministériel. Or, selon l'article 11 de la directive retour, l'interdiction d'entrée qui peut accompagner une décision de retour ne dépasse pas cinq

ans, sauf menace grave pour la sécurité publique. L'article 76 devrait être modifié pour reprendre cette exigence.

Troisièmement, cette révision des dispositions pénales de la loi du 15 décembre 1980 pourrait présenter l'occasion de supprimer l'article 77, qui pénalise l'aide au séjour irrégulier. Bien que son second alinéa précise qu'il ne « s'applique pas lorsque l'aide est offerte pour des raisons principalement humanitaires », il continue à susciter la controverse. Ses détracteurs, inquiets de l'usage de l'adverbe « principalement », continuent à le qualifier de « délit de solidarité »⁷⁷.

Les infractions de trafic d'êtres humains, punies aux articles 77bis et suivants, ainsi que de traite des êtres humains, prévue par les articles 433quinquies et suivants du Code pénal, pénalisent l'aide au séjour irrégulier dans un but intéressé⁷⁸. Le trafic consiste en toute aide au franchissement irrégulier des frontières en vue d'obtenir un avantage patrimonial direct ou indirect. Il suppose un élément transnational, et est par conséquent puni par la législation sur les étrangers. La traite des êtres humains consiste en l'exploitation d'un individu. Elle suppose l'accomplissement d'actes tels que l'hébergement ou le transport d'une personne dans un des buts d'exploitation énumérés par l'article 433quinquies⁷⁹. Ce dol spécial peut être déduit des circonstances de l'espèce, sans qu'une exploitation effective ne se soit produite⁸⁰.

A condition de demeurer vigilant et d'actualiser la liste exhaustive fournie par l'article 433quinquies si de nouvelles formes d'exploitation devaient émerger, le dispositif pénal belge réprime déjà l'aide intéressée au séjour irrégulier d'un étranger.

Mais, si l'article 77 peut sembler superflu au regard du droit interne, il ne viole pas le droit européen. La directive 2002/90/CE autorise les Etats membres à adopter de telles sanctions pénales⁸¹. Le débat tourne davantage autour du signal politique

75 Ministère de la Justice (France), Circulaire sur la portée de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 avril 2011 portant sur l'interprétation des articles 15 et 16 de la directive 2008/115/CE, dite « directive retour », 12 mai 2011 (disponible sur : http://www.gisti.org/IMG/pdf/circ_2011-05-12.pdf).

76 La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs posé une question préjudicielle urgente à la C.J.U.E. sur la compatibilité de l'article L621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui inflige une peine d'emprisonnement de trois mois pour séjour irrégulier (C.A.(Paris), 29 juin 2011, n° B 11/02792, A. Achughabian).

77 Voy. la carte blanche parue dans le quotidien « Le Soir » du 25 mars 2010 à l'initiative d'un collectif composé, entre autres, de l'Union des Progressistes Juifs de Belgique et de la Ligue des Droits de l'Homme.

78 L'exploitation de la mendicité est visée par une disposition spécifique, l'article 433ter C.Pén.

79 M.-A. BEERNAERT et P. LE COCQ, « La loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil », *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 368.

80 Projet de loi modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2004-2005, n° 1560/001, p. 20.

81 Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant

à envoyer à la société qu'autour du respect du droit. Contrairement à d'autres Etats membres, comme la France, la Belgique a usé de la possibilité offerte par la directive de limiter la criminalisation de l'aide au séjour illégal à celle commise dans un but non humanitaire.

2) L'effet direct de la directive retour

L'arrêt *El Dridi* remet en cause les pratiques nationales de pénalisation du séjour irrégulier. Soucieux d'assurer un effet utile à la directive retour, il pose la question du respect par les autorités nationales de la procédure d'expulsion qu'elle met en place.

En France, l'entrée en vigueur de la directive retour sans qu'elle ait été transposée en droit national a posé la question de son effet direct : est-elle suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour être invoquée par les étrangers en voie d'expulsion ? Le Tribunal administratif, qui remplit des fonctions analogues à celles du Conseil du contentieux des étrangers à l'exception de l'asile, a sollicité du Conseil d'Etat un avis au sujet du délai à accorder pour un départ volontaire⁸².

La directive retour consacre une procédure d'expulsion graduelle. Selon l'article 7, les Etats membres doivent accorder un « *délaï approprié allant de sept à trente jours* » pour le départ volontaire. Ce délai peut être prolongé, par exemple pour respecter le rythme scolaire des enfants. Il peut ne pas être accordé face à un risque de fuite, la fraude, une demande manifestement non fondée ou des considérations d'ordre public. Des mesures de contrôle, comme une garantie financière, peuvent l'accompagner. De plus, les Etats peuvent, à l'occasion de la transposition de la directive, prévoir que le délai de retour volontaire ne sera accordé que si l'étranger le sollicite. A l'expiration de ce délai, l'expulsion se produit à l'aide de mesures coercitives proportionnées, sans « *usage de la force allant au-delà du raisonnable* »⁸³.

Le Conseil d'Etat de France conclut à l'effet direct des articles 7 et 8 de la directive retour. Chaque ordre de quitter le territoire doit être accompagné d'un délai de retour volontaire. Cette jurisprudence soutient les nombreux jugements d'annulation de décisions de reconduite à la frontière adoptés par divers Tribunaux administratifs⁸⁴.

l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *J.O.* n° L 328, 5 décembre 2002, p. 17, art. 1.

82 C.E. (France), avis du 21 mars 2011, *MM. J. et T.*, n°s 345978 et 346612, en particulier pt 5.

83 Directive 2008/115/CE, art. 8§4.

84 *Voy. par ex.* T.A. (Toulouse), 18 février 2011, *Trézor S.B.*, n°1100742.

En Belgique, la Ministre de la politique de l'immigration et de l'asile a répondu le 12 janvier 2009 à une question parlementaire que la directive retour devait encore être transposée⁸⁵. Depuis lors, trois Arrêtés royaux ont été adoptés. Le premier modifie l'Arrêté royal du 2 août 2002 qui régleme le régime et les règles de fonctionnement des centres fermés⁸⁶. Il avait été partiellement annulé par le Conseil d'Etat, qui s'inquiétait notamment des possibilités de visite insuffisantes⁸⁷. Le second, tel que modifié par le troisième, institue des « maisons de retour », alternatives à la détention en centre fermé pour les familles avec enfants mineurs. Il confie à un « *agent de soutien* » la mission d'informer sur les possibilités de retour volontaire⁸⁸.

La circulaire ministérielle du 10 juin 2011 veille également à promouvoir le départ de plein gré⁸⁹. Elle enjoint à l'administration communale d'informer l'étranger qui s'est vu délivrer un ordre de quitter le territoire de l'existence du « *programme de retour volontaire* » coordonné par *Fedasil*, l'agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile⁹⁰. Les travailleurs sociaux de cette agence en informent également les demandeurs d'asile qu'ils accompagnent⁹¹.

Mais des problèmes de respect de la directive retour par la Belgique subsistent. Dans un arrêt du 8 mars 2011, la Chambre des mises en accusation a rejeté l'invocation par l'appelant de l'article 15 de la directive retour, qui établit la condition

85 Question écrite n° 4-2676 de Nahima Lanjri (CD&V) du 12 janvier 2009 à la ministre de la Politique de Migration et d'Asile.

86 Arrêté royal du 8 juin 2009 modifiant l'arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 25 juin 2009, p. 43882 ; Arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 mai 2009, p. 38857 tel que modifié par l'Arrêté royal du 22 avril 2010, *M.B.*, 30 avril 2010, p. 24453.

87 C.E., arrêt n° 188.705 du 10 décembre 2008.

88 Arrêté royal du 14 mai 2009, article 46.

89 Circulaire du 10 juin 2011 relative aux compétences du bourgmestre dans le cadre de l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers, *M.B.*, 16 juin 2011, p. 35908, *voy. ce numéro*, p. 321.

90 Loi du 15 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007, p. 24027, article 54.

91 Loi du 15 janvier 2007, article 31.

de nécessité de la rétention⁹². L'arrêt *El Dridi* devrait engendrer un revirement de cette jurisprudence. Il consacre sans ambiguïté l'effet direct de cette disposition en reprochant à la loi pénale italienne de la priver de tout effet utile en étendant la période maximale de rétention. Il confirme la position du Conseil d'Etat de France : les différentes étapes de la procédure de retour sont établies « avec précision »⁹³.

Par conséquent, face à une transposition partielle en droit belge, les étrangers peuvent se prévaloir des garanties de la directive retour. Les juridictions belges doivent assurer son application sous peine d'ouvrir la voie à une action en responsabilité contre la Belgique sur base de la jurisprudence *Köbler* de la Cour de Justice⁹⁴. Voilà l'apport le plus marquant de l'arrêt *El Dridi*.

III. CONCLUSION

Effet direct, coopération loyale, interprétation téléologique. Rien de neuf dans l'arrêt *El Dridi*, qui assure un effet utile à la directive retour. Pourtant, la Cour de justice marche sur des œufs. La politique migratoire externe de l'Union européenne, en construction, se cherche entre considérations de souveraineté et droits fondamentaux.

Elle semblait jusqu'à présent caractérisée par un déséquilibre. Déséquilibre de sa composante « asile », avec un renvoi des demandeurs d'asile entre Etats membres prévu par la Convention de Dublin, aujourd'hui règlement « Dublin II », sans har-

monisation des conditions d'octroi du statut de réfugié⁹⁵. Déséquilibre de sa composante « immigration », avec l'adoption de la directive retour qui harmonise les procédures d'expulsion des irréguliers sans véritable définition européenne du « régulier ».

En ce qui concerne l'asile, la pression strasbourgeoise amène l'Union à élaborer un régime d'asile européen commun davantage soucieux des droits fondamentaux. La directive qualification, qui harmonise la définition du réfugié et crée un régime de protection subsidiaire, a ainsi été adoptée⁹⁶. Des réformes demeurent nécessaires, comme l'atteste la condamnation de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme pour avoir renvoyé un demandeur d'asile vers la Grèce par application du règlement « Dublin II »⁹⁷.

En ce qui concerne l'immigration, la souveraineté des Etats prévaut davantage encore. Paradoxalement, l'objectif de gestion efficace des flux migratoires permet à la Cour de justice de s'opposer à la pénalisation du séjour irrégulier. Emprisonner un étranger ne permet pas de l'expulser rapidement.

La souveraineté territoriale s'allie au droit à la liberté pour limiter la souveraineté pénale. « *Etre étranger est-il un crime? Nous ne le pensons pas* » affirmaient les juges dissidents de *Saadi c. Royaume-Uni*⁹⁸. Une considération à laquelle la Cour de justice donne toute sa force par l'arrêt *El Dridi* au nom d'une gestion à la fois efficace et proportionnée des flux migratoires.

92 Bruxelles (mis. acc.), 8 mars 2011, inédit, p. 6 : « *La mesure privative de liberté est également en conformité avec la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, dont notamment son article 15, cette disposition laissant un pouvoir d'appréciation aux Etats membres quant aux mesures coercitives adéquates à appliquer.* »

93 C.J., *El Dridi*, précité, §34.

94 C.J., 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* 2003, p. I-10239 §36 : « *Dès lors, il découle des exigences inhérentes à la protection des droits des particuliers qui se prévalent du droit communautaire qu'ils doivent avoir la possibilité d'obtenir devant une juridiction nationale réparation du préjudice causé par la violation de ces droits [conférés par le droit européen] du fait d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort* » (nous soulignons). Voy. L. COUTRON, « La responsabilité de l'Etat du fait du juge italien », *Rev. Aff. Eur.*, 2007, p. 719-730.

95 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un Etat tiers, *J.O.* n° L 50, 25 février 2003, p. 1.

96 Directive n° 2004/83/CE du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, *J.O.* n° L304, 30 septembre 2004, p. 12.

97 C.E.D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité.

98 C.E.D.H., *Saadi c. Royaume-Uni*, précité, opinion partiellement dissidente commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, KOVLER, HAJIYEV, SPIELMANN ET HIRVELÄ.