

La migration : au carrefour d'une approche protection et répression, au regard des droits fondamentaux

Auteur : Baecke, Anne-Charlotte

Promoteur(s) : Flore, Daniel

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit pénal (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2018-2019

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/6908>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La migration : au carrefour d'une approche protection et répression, au regard des droits fondamentaux

Anne-Charlotte BAECKE

Travail de fin d'études
Master en droit à finalité spécialisée en droit pénal
Année académique 2018-2019

Recherche menée sous la direction de :
Monsieur Daniel FLORE
Professeur

RESUME

Le travail consistera à analyser la manière dont la problématique actuelle de la migration est appréhendée en droit belge. Il s'agira de déterminer la frontière entre le rôle du juge administratif et celui du juge judiciaire, sachant que ces approches peuvent éventuellement être combinées mais doivent, en tous les cas, respecter les prescriptions des droits fondamentaux qui revêtent une importance particulière dans cette situation précaire¹.

¹ Le présent travail ne correspond plus exactement au résumé donné, le sujet ayant évolué au cours des recherches.

Remerciements

Après avoir suivi le cours de droit pénal international et européen dispensé par Monsieur FLORE, j'ai développé un intérêt particulier concernant les infractions relatives à la criminalité organisée, au trafic ou encore à la traite des êtres humains.

Aborder la problématique de la migration au travers de ce travail de fin d'études m'a permis de concentrer mes recherches sur une branche du droit certainement complexe mais absolument passionnante.

Je tenais dès lors à remercier Monsieur FLORE d'avoir accepté mon sujet et de l'avoir encadré.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	9
I.- CRISE MIGRATOIRE ET TRAITE DES ETRES HUMAINS : DEUX PROBLEMATIQUES LIEES MAIS A DISSOCIER ?	11
A.- LE PROTOCOLE DE PALERME.....	13
B.- LA CONVENTION CE	15
1) <i>Ses avancées majeures</i>	15
2) <i>Ses difficultés</i>	16
C.- L'INTERVENTION DE L'UNION EUROPEENNE.....	18
II.- LA VICTIME DE LA TRAITE : COUPABLE D'UN CRIME MIGRATOIRE	21
A.- « VICTIME-COUPABLE » : UN STATUT HYBRIDE ENGENDRANT UNE ABSENCE DE PROTECTION.....	21
B.- « VICTIME-SUSPECTE » : LE POIDS DU SOUPÇON	22
C.- LE SYSTEME : UN STATUT DE VICTIME A EDIFIER ET A CONSTRUIRE DE TOUTES PIECES..	23
D.- LES MODALITES DE LA PROTECTION ACCORDEE.....	25
III.- LA VICTIME DE LA TRAITE : VICTIME DE LA VIOLATION DE SES DROITS FONDAMENTAUX	26
A.- L'UNIVERSALITE DES DROITS.....	27
B.- LES DROITS FONDAMENTAUX AU SECOURS DES MIGRANTS	29
1) <i>Le droit à la vie privée et familiale</i>	29
2) <i>L'interdiction de la torture ou des traitements inhumains et dégradants</i>	30
3) <i>Le droit à la liberté</i>	31
4) <i>Le droit d'être entendu et le droit à un recours effectif</i>	35
5) <i>Le droit à l'assistance judiciaire</i>	36
C.- LE PROCESSUS DE CREATION D'ETRANGERS EN SITUATION IRRÉGULIERE	37
CONCLUSION	38
BIBLIOGRAPHIE.....	41

INTRODUCTION

L'enjeu de ce travail consistera à analyser si le droit peut être manié avec suffisamment de précision pour aboutir à un résultat qui satisfait à la fois le respect des droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers, tout en permettant aux Etats de mener une lutte contre l'immigration irrégulière de manière efficace.

En franchissant les frontières d'un Etat européen de manière irrégulière, les ressortissants de pays tiers se rendent coupables d'un crime migratoire. Dans le cadre d'une politique sécuritaire, les Etats sont déterminés à les sanctionner et à les renvoyer à destination de leur pays d'origine. Pour ce faire, ils invoquent alors leur compétence souveraine en matière d'accès et de séjour sur leur territoire. Cependant, cette compétence n'est pas absolue : pour des raisons procédurales ou des motifs humanitaires, les Etats ne peuvent pas toujours procéder à l'éloignement et sont parfois contraints d'octroyer un permis de séjour temporaire aux étrangers.

En outre, les étrangers bénéficient de libertés fondamentales que les Etats doivent scrupuleusement respecter dès qu'un sujet de droit relève de leur juridiction. Et ce, indépendamment de sa nationalité ou encore de la légalité de son statut. Soucieux de faire respecter la sécurité publique, il arrive néanmoins aux Etats de négliger les droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers. Dans pareille hypothèse, ils se verront alors condamnés par la Cour Européenne des Droits de l'Homme ou par la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Tantôt envisagés comme coupables, tantôt considérés comme victimes, les étrangers sont soumis à une double approche à la fois répressive et protectrice qui aboutit finalement à créer une incertitude quant à leur statut.

Dans la première partie du travail (I.), cette ambiguïté entre la répression et la protection sera analysée au travers de deux textes juridiques internationaux : le *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants* et la *Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains*. Mais aussi au travers de deux Directives adoptées par l'Union Européenne : la *Directive du Conseil relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes* et la *Directive 2011/95/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes*.

Ensuite, la deuxième partie du travail (II.) tentera de déterminer quel statut il convient d'accorder à l'étranger qui s'est à la fois rendu coupable d'un crime migratoire tout en étant victime notamment de la traite des êtres humains. Faut-il l'envisager comme une victime, un suspect ou encore purement et simplement comme un délinquant ?

Enfin, la troisième et dernière partie (III.) s'attachera à vérifier dans quelle mesure les droits fondamentaux peuvent profiter aux étrangers qui se situent dans une position particulièrement vulnérable. Plus précisément, seront analysés : le droit à la vie privée et familiale, l'interdiction des tortures et des traitements inhumains et dégradants, le droit à la liberté et, finalement, le droit d'être entendu ainsi que le droit à l'assistance judiciaire.

Dans le cadre du présent travail, les différentes catégories d'étrangers² (réfugiés, demandeurs d'asile) ne seront pas spécifiquement distinguées et développées. L'analyse se concentra sur le migrant irrégulier qui franchit les frontières d'un Etat européen de façon illégale et ne dispose d'aucune autorisation pour résider sur le sol de cet Etat³.

² J.-Y. CARLIER, « Quelles Europes et quel(s) droit(s) pour quels migrants irréguliers ? », in *Europe(s), droit(s) et migrants irréguliers*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 13-15

³ J.-Y. CARLIER, « La directive retour et le respect des droits fondamentaux », in *L'Europe des libertés*, n° 26, 2008, Strasbourg, France, p. 13.

I.- CRISE MIGRATOIRE ET TRAITE DES ÊTRES HUMAINS : DEUX PROBLÉMATIQUES LIÉES MAIS À DISSOCIER ?

Des flux migratoires sont observés depuis l'Antiquité. Suite à différents facteurs socio-économiques, ceux-ci peuvent s'intensifier ou, au contraire, se réguler.

Aujourd'hui, la crise migratoire résonne comme un sujet particulièrement actuel notamment en Europe⁴, bouleversant ce continent en une terre d'immigration⁵ mais aussi en une plaque tournante de la traite des êtres humains. Etats de départ, de transit ou encore de destination, les Etats européens semblent tous être concernés par ce phénomène.

Dotés de compétences souveraines pour régir l'accès et le séjour sur leur territoire, les Etats sont libres d'exercer cette prérogative pour gérer les flux migratoires et préserver l'ordre public au sein de leurs frontières. Néanmoins, cette liberté d'exercice n'est pas tout à fait absolue. Elle doit s'effectuer dans le respect des différents instruments juridiques internationaux et régionaux applicables en la matière.

Par ailleurs, la crise migratoire s'accompagne généralement de la problématique de la traite des êtres humains ; laquelle doit donc être réglée concomitamment par les Etats.

La combinaison de la crise migratoire à la traite des êtres humains place les Etats dans un dilemme que les instruments juridiques semblent ne pas être en mesure de trancher : faut-il lutter à tout prix contre la migration irrégulière afin de sauvegarder les frontières au détriment de la protection des victimes de la traite ? Ces deux objectifs sont-ils résolument inconciliables, ou, au contraire, existe-t-il une solution permettant d'atteindre un équilibre conciliant répression et protection face à cette double problématique ?

Consciente de l'enjeu en cause, la communauté internationale a adopté un Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (ci-après : Protocole de Palerme). Trop axé sur une approche répressive, cet instrument normatif universel démontre rapidement ses limites en raison du fait que les mesures de prévention et de protection sont sous-développées.

Le Conseil de l'Europe s'empresse alors d'adopter la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (ci-après : Convention CE) le 1^{er} février 2008. 5 ans seulement séparent l'entrée en vigueur de cet instrument à portée régionale avec celle du Protocole de Palerme. Ce faisant, l'Europe des 47 tente de remplir la mission qui lui incombe : protéger les droits fondamentaux des sujets de droit⁶.

⁴ K. FAYOLLE, « Migrations anciennes et nouvelles. Les politiques et les acteurs à l'épreuve », in *Chronique Internationale de l'IRES*, n° 84, 2013, p. 7.

⁵ *Ibidem*, p. 14.

⁶ O. DELAS et K. PLOUFFE-MALETTE, « La Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains face au droit de l'Union Européenne », in *La criminalisation de l'immigration*, Volume 46, numéro 1, 2013, p. 160.

Enfin, la migration relève également des compétences de l'Union Européenne en vertu de l'article 79§2 c) du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne⁷. Dès lors, il faut inévitablement se livrer à un exercice consistant à combiner les normes de ces deux Europes ; sachant que celles-ci ne demeureront pas statiques mais évolueront au gré de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Cette première partie du travail s'attachera à analyser les différents instruments juridiques internationaux et européens. Après avoir mis en exergue l'approche répressive retenue par le Protocole de Palerme (A.), nous examinerons la manière dont la Convention CE tente, en revanche, de consacrer une approche intégrée combinant répression, prévention et protection (B.). Enfin, nous remarquerons que la tentative de la Convention CE est entravée par l'intervention de l'Union Européenne (C.).

⁷ J.-Y., CARLIER, « Quelles Europes et quel(s) droit(s) pour quels migrants irréguliers ? », *op. cit.*, p. 20.

A.- LE PROTOCOLE DE PALERME

D'emblée, il ne faut pas négliger que le Protocole de Palerme est un accord qui complète la Convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée. Par conséquent, la lutte contre la traite des êtres humains s'incorpore dans la lutte contre la criminalité transnationale organisée⁸. Au regard de cette donnée juridique, on réalise alors aisément qu'il prolonge inéluctablement la vision répressive consacrée par la Convention à laquelle il est rattaché⁹.

Certes, le Protocole de Palerme contient çà et là des dispositions visant à protéger les victimes de la traite. Néanmoins, ces éléments d'assistance et de protection ne sont pas un but en soi. Au contraire, il s'agit uniquement d'un moyen permettant de mieux satisfaire la répression qui est l'objectif premier de ce traité.

Dans un tel cadre, la question de savoir comment la protection est consacrée – ne fut-ce qu'accessoirement – mérite d'être étudiée.

En réalité, protéger efficacement les victimes de la traite implique leur maintien dans l'Etat de destination, indépendamment de la question de savoir si elles en ont franchi les frontières illégalement. Pour ce faire, il faut leur octroyer un titre de séjour, même temporaire. Mais les Etats craignent alors d'encourager la migration irrégulière¹⁰. Phénomène auquel ils comptent pourtant s'opposer, animés par une politique sécuritaire.

Le Protocole de Palerme s'inscrit ainsi dans un débat migratoire. Plutôt que de le résoudre en dissociant les problématiques, il associe étroitement la traite des êtres humains à la lutte contre l'immigration irrégulière et soumet finalement les deux à une approche essentiellement répressive.

Les Etats sont soumis à un dilemme : réprimer le crime de la traite des êtres humains, en protéger les victimes, mais tout en gérant les flux migratoires et en décourageant l'immigration clandestine¹¹.

Néanmoins, le Protocole de Palerme ne place pas ces trois objectifs sur un pied d'égalité. Au contraire, l'on constate que les auteurs de cet instrument juridique international accordent la primauté à l'aspect répression, au détriment de l'objectif de protection.

Certes, des dispositions offrent une certaine protection aux victimes de la traite. Mais il faut alors immédiatement comprendre que cette protection n'est pas un but en soi. En réalité, elle permet uniquement de renforcer l'aspect répression et de gérer les flux migratoires¹².

⁸ K. PLOUFFE-MALETTE, *La prise en compte normative de la victime dans les instruments internationaux et européens de la lutte contre la traite des êtres humains*, Mémoire, Faculté de Droit, Québec, Université Laval, 2012, p. 34.

⁹ O. DELAS et K. PLOUFFE-MALETTE, *op. cit.*, p. 160.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ K. PLOUFFE-MALETTE, *op. cit.*, p. 5.

¹² *Ibidem*, p. 19.

Cela s'explique par le fait que les Etats se soucient prioritairement du maintien de la sécurité étatique. Ils tentent donc avant tout de protéger leurs frontières, plutôt que de protéger directement les victimes de la traite¹³.

Si les autorités accordent une protection aux victimes, ce n'est pas un geste désintéressé. Au contraire, ils mettent en place des mesures de protection uniquement dans le but de rendre leurs mesures de gestion migratoire plus efficaces¹⁴. Le Chapitre 2 du Protocole de Palerme, censé consacrer une protection aux victimes de la traite des êtres humains, doit obligatoirement être lu en gardant en tête cet objectif.

Il suffit de se référer aux termes employés dans les articles 9 et 13 du Protocole. Ceux-ci mettent en exergue la nature répressive de cet outil juridique étant donné que ces mesures visant à aider et à assister les victimes interviendront uniquement a posteriori, c'est-à-dire une fois la traite des êtres humains établie et reconnue. Preuve que les aspects prévention et protection sont clairement abandonnés au profit d'une approche purement répressive¹⁵.

En outre, l'article 9 qui s'attache à la prévention de la traite des personnes est immédiatement suivi d'une disposition relative aux mesures organisées lors du franchissement des frontières (article 11 du Protocole). La structure du Protocole de Palerme reflète parfaitement l'esprit de ce texte juridique international : les Etats peuvent accorder une attention aux victimes mais ils s'assureront toujours prioritairement que l'ordre public au sein de leur territoire est garanti et que la sécurité interne n'est pas menacée par la présence d'étrangers sur leur sol.

Les obligations qui pèsent sur les Etats en vertu de ce Protocole caractérisent également la nature répressive de celui-ci : les Etats sont effectivement tenus d'ériger la traite des êtres humains en une infraction mais il n'existe nullement un devoir de protéger efficacement les victimes.

En effet, les articles 6 et 7 du Protocole mentionnent simplement qu'une protection sera accordée aux victimes par les Etats uniquement *dans la mesure où leur droit interne le permet*. Ainsi, les Etats ne sont pas contraints d'offrir une protection réelle et solide aux victimes de la traite des êtres humains.

¹³ *Ibidem*, p. 39.

¹⁴ *Ibidem*, p. 48.

¹⁵ *Ibidem*, p. 58.

B.- LA CONVENTION CE

1) Ses avancées majeures

En lisant la définition de l'infraction de la traite des êtres humains inscrite dans la Convention CE, on pourrait croire que cet instrument suit aveuglément les traces du Protocole de Palerme pourtant largement critiqué. Effectivement, dans ces deux instruments, la notion de la traite des êtres humains est définie de façon absolument identique¹⁶.

Néanmoins, la comparaison s'arrête à cet élément. La Convention CE se distingue ensuite du Protocole de Palerme. Parmi les reproches adressés à l'encontre du Protocole de Palerme, on notait l'absence de protection des victimes. Désormais, grâce à la Convention CE, les victimes de la traite peuvent espérer bénéficier d'une protection effective et adéquate de leurs droits.

L'approche répressive n'est pas totalement écartée mais celle-ci doit dorénavant être intégrée aux mesures de prévention et de protection qui s'avèrent nécessaires pour contrer la traite des êtres humains. A cet égard, la Convention CE contient des dispositions protégeant abondamment les victimes.

Les Etats doivent offrir une protection aux ressortissants de pays tiers, quand bien même ceux-ci auraient gagné leur territoire de façon irrégulière. Auparavant étroitement associée, la question de l'immigration irrégulière est dès lors écartée pour se concentrer exclusivement sur l'infraction de la traite et sur les victimes qui en découlent. La Convention CE protège ainsi l'ensemble des victimes, indépendamment de savoir s'il s'agit de migrants réguliers ou irréguliers¹⁷. L'accent est donc bel et bien mis sur leur statut de victime, retransférant à l'arrière-plan le crime migratoire dont les migrants peuvent s'être rendus coupables en amont.

Ainsi, la Convention CE considère séparément, d'une part, la problématique du crime migratoire dont l'étranger s'est rendu coupable lors de son entrée illégale sur le territoire d'un Etat et, d'autre part, l'infraction de traite des êtres humains dont l'étranger est victime. Dissocier ces deux aspects représente un progrès notoire. A défaut, la lutte contre la traite des êtres humains n'aurait sans cesse été cantonnée dans un faisceau répressif.

Finalement, la problématique de la lutte contre la traite des êtres humains parvient donc également à être abordée sous un angle de protection. A ce propos, les dispositions de la Convention CE ne manquent pas : le processus d'identification des victimes, l'assistance renforcée dont elles peuvent bénéficier ou encore la protection quant à leur statut juridique de victime sont abordés, mettant ainsi fin au silence du Protocole de Palerme sur ces trois questions cruciales¹⁸.

De plus, il importe de souligner que la Convention CE ne conditionne pas cette protection à la collaboration de la victime. La rupture avec le Protocole de Palerme est nette. La Convention CE offre à l'étranger un délai de réflexion de 30 jours endéans lequel la victime ne peut pas faire l'objet d'une expulsion. Ensuite, le ressortissant de pays tiers pourra se voir délivrer un

¹⁶ Voy. article 3 du *Protocole de Palerme* et article 4 de la *Convention CE*.

¹⁷ O. DELAS et K. PLOUFFE-MALETTE, *op. cit.*, p. 163.

¹⁸ *Ibidem*, p. 164.

permis de séjour dans deux hypothèses précises : soit parce que sa collaboration est nécessaire au regard de la procédure en cours, soit au regard de sa situation personnelle.

A l'instar du Protocole de Palerme, la victime peut donc obtenir une autorisation pour se maintenir sur le territoire si elle accepte de collaborer avec les autorités afin que des poursuites judiciaires puissent se dérouler à l'encontre des auteurs de la traite des êtres humains. Néanmoins, la collaboration n'est plus le seul et unique moyen pour la victime d'obtenir une protection. En effet, la Convention CE précise que la situation personnelle de l'étranger est un motif qui peut également justifier qu'un permis de séjour lui soit accordé.

2) Ses difficultés

Afin de répondre aux critiques formulées à l'encontre du Protocole de Palerme, la Convention CE a donc pris soin de préciser qu'elle vise à s'écarter d'une approche purement répressive au profit d'une vision intégrée reposant sur trois volets à la fois distincts mais complémentaires : répression, prévention et protection. Effectivement, la Convention CE ne laisse pas en reste les victimes auxquelles une véritable protection semble désormais être accordée.

Bien qu'ambitieuse, cette Convention régionale se heurte néanmoins à des difficultés qui paraissent inhérentes à la problématique étudiée. Inscrire sur papier la protection des victimes est une chose, l'appliquer en pratique en est une autre.

D'emblée, une question mérite d'être soulevée : au-delà du texte, les Etats disposent-ils réellement de la volonté d'offrir une protection aux victimes de la traite ? D'ailleurs, les considèrent-ils comme de véritables victimes, ou, au contraire, les confinent-ils exclusivement dans un statut de coupable : celui d'avoir franchi leurs frontières de façon irrégulière ?

A titre d'exemple, comme expliqué ci-avant, la collaboration de la victime n'est plus le seul moyen pour celle-ci de se voir octroyer un permis de séjour. Cette autorisation pourrait également lui être accordée compte tenu de sa situation personnelle. Néanmoins, stimulés par leurs craintes migratoires, les Etats pourraient systématiquement estimer que la situation personnelle de la victime n'est pas suffisante pour permettre son maintien sur le territoire ; érigeant ainsi la collaboration de la victime comme seul moyen de se mettre à l'abri du réseau de traite sévissant dans l'Etat duquel elle est originaire¹⁹.

Une fois de plus, cette fois au cœur de la Convention CE, l'approche répressive semble à nouveau l'emporter. Sauvegarder les frontières et gérer les flux migratoires est érigé au rang de priorité. Tandis qu'octroyer une protection effective aux personnes ayant fait l'objet d'une certaine forme d'exploitation, paraît en revanche être uniquement une formalité.

Si un statut de victime est reconnu aux ressortissants de pays tiers, l'approche protection permettra alors principalement aux autorités d'être mieux à même de remplir l'aspect répression. La protection est donc au service de la répression.

¹⁹ *Ibidem*, p. 165.

Concrètement, si la victime est considérée comme telle et qu'elle se voit alors délivrer une autorisation de séjour, elle sera avant tout un moyen mis à disposition des Etats afin de permettre la répression des auteurs du réseau de la traite des êtres humains. Sa position est donc instrumentalisée au profit des poursuites judiciaires qui sont menées par les autorités.

L'on constate donc que la Convention CE, malgré l'ambition qu'elle affiche, ne parvient pas à se détacher de l'approche répression qui avait déjà préalablement été consacrée par le Protocole de Palerme.

C.- L'INTERVENTION DE L'UNION EUROPEENNE

Les obstacles que la Convention CE avait pour objectif de contourner, sont d'autant plus difficiles à franchir lorsqu'on se rappelle que l'Union Européenne dispose également de certaines compétences en matière d'immigration depuis le Traité d'Amsterdam.

Par conséquent, cette organisation supranationale s'est, elle aussi, emparée de la problématique étudiée au travers notamment de deux directives : la Directive du Conseil relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes (ci-après : Directive 2004) et la Directive 2011/95/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes (ci-après : Directive 2011).

Privilégiant une approche intégrée et soucieuse de faire respecter le volet protection, la Directive 2011 ne parvient néanmoins pas à s'émanciper de la place prépondérante accordée à la logique répressive étant donné que la Directive 2004 ne cesse pas de s'appliquer. Par conséquent, les dispositions de la Directive 2011 doivent être comprises et appliquées dans le respect du prescrit de la Directive 2004.

Sachant que la majorité des Etats Membres de l'Europe des 47 forment l'Europe des 28²⁰, la Convention CE se fait rattraper par l'approche répression, de laquelle elle voulait précisément se détourner, ou qu'elle comptait à tout le moins nuancer pour être en mesure d'offrir une protection adéquate aux victimes de la traite.

Dans un tel contexte normatif, lutter contre la crise migratoire tout en faisant respecter les droits des victimes de la traite des êtres humains est-il objectivement réalisable ? Bien que ces deux phénomènes soient liés²¹, ne faut-il pas les dissocier pour leur apporter une réponse distincte et, ainsi, mieux adaptée ?

Effectivement, lorsqu'il s'agit d'encadrer la traite des êtres humains, la majorité des Etats Membres de l'Europe des 47 doivent combiner la Convention CE avec les dispositions de la Directive 2004 mais aussi de la Directive 2011.

La compilation de ces différents textes aboutit à des incohérences et à un résultat non équivoque : celui de donner priorité à la logique répressive. L'objectif annoncé par la Convention CE d'appliquer une approche intégrée est-il donc définitivement voué à l'échec ?

Si une réponse catégorique ne peut être apportée à cette question, nul doute que l'efficacité de la Convention CE en termes de protection est à tout le moins considérablement amoindrie par la lecture conjointe des différents outils juridiques qui doit être effectuée²².

Quand bien même, lors de l'adoption de la Directive 2011, l'Union Européenne finit, à l'instar du Conseil de l'Europe, par opter en faveur d'une approche intégrée visant à atteindre un équilibre entre les mesures répressives, préventives et protectrices applicables à la lutte contre

²⁰ *Ibidem*, p. 160.

²¹ C. CURNIL, « Traite des êtres humains : une directive humanitaire au service de la maîtrise des flux » in *Hommes et migration*, n° 1241, 2003, p. 91.

²² O. DELAS et K. PLOUFFE-MALETTE, *op.cit.*, p. 161

la traite des êtres humains, c'est oublier que la matière continue à être également régie par la Directive de 2004 qui s'inscrit dans la philosophie de la lutte contre l'immigration irrégulière. Or, la lutte contre l'immigration irrégulière est imprégnée et irriguée dans une logique répressive.

Cet état de fait et de droit marque un net recul par rapport aux avancées majeures abordées ci-avant.

Alors que la Convention CE offrait une protection généreuse aux victimes de la traite des êtres humains, le cadre normatif imposé par l'Union Européenne subordonne strictement la protection des victimes à trois conditions cumulatives. Pour espérer obtenir un permis de séjour, la victime doit non seulement ne plus entretenir aucun contact avec les auteurs de la traite et accepter collaborer avec les autorités, mais en outre, sa collaboration doit être jugée utile par les autorités en charge de l'enquête²³.

Nonobstant son caractère conditionnel, il est vrai qu'une protection existe quand même et est directement consacrée par la Directive de 2004. Néanmoins, la nature des conditions imposées reflète parfaitement la tendance dans laquelle cet instrument européen s'intègre. La protection se met exclusivement au service de la répression²⁴. Ce raisonnement rappelle étrangement celui qui prévalait sous l'empire du Protocole de Palerme.

Après l'adoption de la Directive de 2004, l'Union Européenne, au regard de tous les efforts entrepris par la communauté internationale et plus spécifiquement par l'Europe des 47, tentera à son tour de combiner répression, prévention et protection.

L'objectif proclamé est d'ailleurs limpide, comme le titre exact de la Directive de 2011 en atteste : Directive concernant la *prévention* de la traite des êtres humains et la *lutte* contre ce phénomène ainsi que la *protection* des victimes. Les trois volets sont annoncés. On s'éloigne ainsi d'une approche purement répressive caractéristique de la Directive de 2004 pour inclure notamment des éléments de protection.

Cependant, les victimes peuvent-elles efficacement être protégées lorsqu'on se rend compte de l'incohérence des normes qui constituent la base de leur protection ?

La Convention CE et la Directive 2011 qui tentent de dissocier la lutte contre la migration clandestine et la lutte contre la traite des êtres humains afin d'offrir une protection solide aux victimes ne peuvent déployer pleinement leurs effets. Ceux-ci sont détruits, à tout le moins en partie, par la Directive de 2004 qui accorde une protection plus importante aux Etats et à leurs frontières qu'aux victimes des réseaux de traite²⁵.

Le dilemme migratoire continue à exister, tout comme l'approche répressive continue à l'emporter. Cela peut notamment s'expliquer par la nature des instruments en cause. Les Etats Membres de l'Union Européenne sont soumis à une pression juridique extrêmement contraignante : ils ont l'obligation de transposer la directive et d'en respecter les objectifs qu'elle contient. A défaut de quoi, la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après : C.J.U.E.) pourrait tenter un recours en manquement à leur rencontre et leur infliger des

²³ Article 8 (1) de la *Directive 2004*.

²⁴ O. DELAS et K. PLOUFFE-MALETTE, *op.cit.*, p. 168.

²⁵ *Ibidem*, p. 169.

astreintes aussi longtemps que leur droit interne n'est pas conforme aux prescriptions du droit européen²⁶.

En revanche, la catégorie des traités internationaux – dont la Convention CE fait partie – impose seulement aux Etats de les appliquer de bonne foi²⁷. Au-delà de cette obligation, seules des recommandations pourraient éventuellement être adressées aux Etats pointés du doigt dans les rapports périodiques établi par le Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA) si ceux-ci n'ont pas été suffisamment sérieux quant aux mesures qu'ils auraient dû adopter dans ce cadre²⁸.

En conclusion, les victimes de la traite sont également victimes de l'incohérence des différentes visions consacrées dans les divers instruments applicables qui, au travers de l'articulation qui doit en être faite, ne parviennent pas à leur offrir la protection qu'elles espèrent obtenir.

Une véritable approche intégrée plaçant sur un même pied répression, prévention et protection ne pourra être concrétisée que si ces trois volets sont abordés de façon distincte et que la sauvegarde des frontières n'est plus l'obsession unique des Etats. Ils doivent aussi prendre en considération que ce sont des victimes d'une infraction, même si la particularité réside dans le fait qu'elles sont à la fois coupables et victimes.

Le statut hybride de victime-coupable qui caractérise la situation des migrants irréguliers fait d'ailleurs l'objet d'un développement au point suivant.

²⁶ *Ibidem*, p. 170.

²⁷ Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

²⁸ O. DELAS et K. PLOUFFE-MALETTE, *op. cit.*, p. 171.

II.- LA VICTIME DE LA TRAITE : COUPABLE D'UN CRIME MIGRATOIRE

Puisque l'étranger s'est rendu coupable d'un crime migratoire en accédant et en séjournant sur un territoire de façon illégale (A.), les Etats le suspectent systématiquement de déposer une plainte non fondée dans le seul but de se voir délivrer une autorisation de séjour (B.). Partant, l'étranger devra affronter plusieurs étapes procédurales et démontrer qu'il mérite d'être reconnu en qualité de victime (C.). S'il obtient la qualité de victime, la protection qui lui est offerte à ce titre est toutefois limitée et soumise à diverses modalités (D.)

A.- « VICTIME-COUPABLE » : UN STATUT HYBRIDE ENGENDRANT UNE ABSENCE DE PROTECTION

Si le volet protection ne parvient pas à s'imposer face au volet répression, cela s'explique également par le fait qu'une question importante n'est pas tranchée : celle de savoir quel statut accorder à une personne entrée illégalement sur le territoire d'un Etat avant de faire l'objet d'une exploitation sous quelque forme que ce soit²⁹.

En effet, le statut juridique de cette même personne est caractérisé par une dualité complexe inhérente au parcours auquel elle a été confrontée. Elle est à la fois victime de la traite des êtres humains tout en s'étant rendue coupable auparavant d'entrer et de séjourner de façon illégale sur le territoire d'un Etat.

La contradiction de sa position « victime-coupable » est tangible³⁰. Ce statut hybride l'empêche de jouir d'une protection pleine et entière de ses droits. Dans certains cas, il faudrait même plutôt raisonner en termes d'absence de protection.

Cette partie du travail s'efforcera de démontrer que la tension entre d'une part, les priorités de l'Etat et, d'autre part, les règles universelles est importante. A un tel point qu'elle aboutit à placer les ressortissants de pays tiers en situation irrégulière dans une incertitude totale quant à leur véritable statut et quant aux droits qui y sont attachés.

Alors que les principes universels se soucient des violations des droits fondamentaux que les victimes de la traite ont subi, les Etats se préoccupent essentiellement de décourager l'immigration irrégulière³¹ en mettant en œuvre leur compétence en matière d'accès et de séjour sur le territoire. Ces deux objectifs sont-ils inévitablement opposés ? Les Etats ne pourraient-ils pas parvenir à protéger à la fois leurs frontières mais aussi les victimes de la traite ?

²⁹ Voy. 433quinquies, §1, Code pénal belge.

³⁰ M. JAKSIC, « Devenir victime de la traite. L'épreuve des regards institutionnels » in *Actes de la recherche en science sociales*, Le Seuil n° 198, 2013, p. 37.

³¹ M. JAKSIC, « Figures de la victime de la traite des êtres humains : de la victime idéale à la victime coupable », in *Les Cahiers internationaux de sociologie*, n° 124, 2008, p. 127.

B.- « VICTIME-SUSPECTE » : LE POIDS DU SOUPÇON

L'irrégularité administrative ici, une famille abandonnée là-bas ; les victimes sont placées dans une position de faiblesse qui favorise leur exploitation par les diverses organisations criminelles³².

Eu égard à son âge, son sexe, son origine ou encore sa situation précaire, la jeune femme ressortissante d'un pays tiers en situation particulièrement vulnérable est une victime facile pour les acteurs du réseau de la traite³³. Ces traits caractéristiques appellent à une protection sans condition qui devrait leur être offerte systématiquement par les Etats.

Néanmoins, les préoccupations nationales font en sorte que la situation de cette jeune étrangère est caractérisée davantage par son illégalité que par sa vulnérabilité. La personne qui franchit les frontières de façon irrégulière est avant tout considérée comme dangereuse au regard de l'intégrité territoriale de l'Etat³⁴. Partant, son statut subit une transformation importante : de victime parfaite, elle se métamorphose en suspecte idéale³⁵.

Les Etats, obsédés par le désir de mettre un terme définitif à l'immigration irrégulière, se méfient des fausses déclarations que pourraient livrer les prétendues victimes pour obtenir un titre de séjour et, ainsi, voir leur situation administrative régularisée³⁶.

Permettre aux individus de bénéficier d'un titre de séjour et de pouvoir ainsi se maintenir sur le territoire de l'Etat est la solution la plus efficace pour leur octroyer une protection parfaitement complète. Pourtant, les autorités sont réticentes à adopter une telle mesure car elle impliquerait inévitablement, selon eux, une augmentation de migrants clandestins sur leur sol, menaçant ainsi directement l'ordre public³⁷.

Les Etats se rendent compte que leur souveraineté est menacée et mise à rude épreuve³⁸. Mais au plus la crainte migratoire des Etats s'amplifie³⁹, au plus ils se méfieront des déclarations livrées par les ressortissants des pays tiers qui finiront automatiquement par être considérés comme des suspects. La présomption d'innocence des étrangers est ainsi sérieusement mise en danger puisqu'un soupçon pèse sur eux dès le début de la procédure.

³² N. MOUJOU et D. POURTE, « Traite de femmes migrantes, domesticité et prostitution : à propos de migrations internes et externes », in *Cahiers d'Etudes Africaines*, vol. 45, Cahier 179/180, 2005, p. 1114.

³³ M. JAKSIC, « Figures de la victime de la traite des êtres humains : de la victime idéale à la victime coupable », *op. cit.*, p. 131.

³⁴ K. POULIN, « Prostitution et traite des êtres humains, controverses et enjeux », in *Les cahiers de recherche sociologique*, n° 45, 2008, p. 149.

³⁵ M. JAKSIC, « Figures de la victime de la traite des êtres humains : de la victime idéale à la victime coupable », *op. cit.*, p. 136.

³⁶ *Ibidem*, p. 137.

³⁷ M. JAKSIC, « Tu peux être prostituée et victime de la traite », in *Plein droit*, n° 96, 2013, p. 19.

³⁸ K. FAYOLLE, *op. cit.*, p. 22.

³⁹ M. JAKSIC, « Devenir victime de la traite. L'épreuve des regards institutionnels » in *Actes de la recherche en science sociales*, *op. cit.*, p. 38.

C.- LE SYSTEME : UN STATUT DE VICTIME A EDIFIER ET A CONSTRUIRE DE TOUTES PIECES

Le système mis en œuvre pour assurer la prise en charge de la victime participe également à priver la victime de bénéficier d'une véritable protection. Cette dernière a seulement le pouvoir de déposer une plainte ou un témoignage dénonçant les auteurs. Son avenir est ensuite entièrement abandonné aux mains de l'autorité qui devra juger tant de la véracité de la plainte déposée que de l'utilité de la collaboration de l'étranger⁴⁰.

En effet, une protection sera accordée uniquement si l'autorité estime que le récit qui lui est livré par la victime est crédible et que la collaboration de cette victime à l'enquête est réellement utile.

Afin de préserver leur souveraineté, les Etats sont résolument déterminés à combattre l'entrée illégale au sein de leurs frontières. Cependant, ils se heurtent à des difficultés propres à cette infraction, telles que la difficulté de démanteler les réseaux, la crainte des représailles⁴¹ emportant comme résultat une défaillance des témoignages ou encore la carence des moyens dont disposent les autorités⁴².

Par conséquent, les Etats ne disposent pas de suffisamment de preuves pour poursuivre ces infractions. Pour résoudre ce problème, les Etats ont imaginé un remède : manipuler la victime au profit de la poursuite judiciaire des criminels⁴³. La victime se retrouve en quelque sorte obligée de prendre part au procédé répressif⁴⁴ et de participer à la politique sécuritaire qui sévit en Europe. En contrepartie de sa collaboration utile et nécessaire, une protection lui sera accordée.

Le statut de victime est donc loin d'être consacré et reconnu comme tel. On pourrait même le considérer comme inexistant puisque quand bien même l'étranger n'est pas considéré comme coupable, il n'est pas pour autant envisagé comme victime mais plutôt comme un témoin⁴⁵. Les droits qui sont reconnus aux migrants ne sont dès lors pas adaptés à la souffrance et aux préjudices qu'ils ont éprouvés⁴⁶. A la vulnérabilité de leur situation matérielle, s'ajoute en sus la vulnérabilité de leur statut juridique.

Le statut de victime de la traite n'existe pas dans l'absolu. Il se construit au travers de multiples épreuves procédurales. Les personnes ayant fait l'objet de la traite sont chargées de déposer plainte, de témoigner, de coopérer et de dénoncer les auteurs du réseau. Une fois ces étapes franchies, la protection ne lui est toutefois pas encore automatiquement accordée. Pour ce faire,

⁴⁰ M. JAKSIC, « Devenir victime de la traite. L'épreuve des regards institutionnels » in *Actes de la recherche en science sociales*, op. cit., p. 38 ; COURNIL C., « Traite des êtres humains : une directive humanitaire au service de la maîtrise des flux » in *Hommes et migration*, op. cit., p. 97.

⁴¹ *Ibidem*, p. 38.

⁴² M. JAKSIC, « Figures de la victime de la traite des êtres humains : de la victime idéale à la victime coupable », in *Les Cahiers internationaux de sociologie*, op. cit., p.141.

⁴³ N. MOUJOU et D. POURETTE, « Protection des victimes de la traite des êtres humains. Approches internationales et européennes », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 33.

⁴⁴ C. CURNIL, « Traite des êtres humains : une directive humanitaire au service de la maîtrise des flux » in *Hommes et migration*, op. cit., p. 93.

⁴⁵ M. JAKSIC, « Figures de la victime de la traite des êtres humains : de la victime idéale à la victime coupable », in *Les Cahiers internationaux de sociologie*, op. cit., p.141.

⁴⁶ M. JAKSIC, « Tu peux être prostituée et victime de la traite », in *Plein droit*, op. cit., p. 19.

il faudra encore que l'autorité reconnaisse effectivement l'infraction établie et, le cas échéant, la qualification qu'il convient de lui attribuer⁴⁷.

Pour que la traite des êtres humains soit établie et déclarée, le simple récit de la victime ne suffit donc pas. Il faut des preuves matérielles qui démontrent notamment l'usage de la contrainte. A défaut, la procédure prendra un tout autre tournant : les étrangers seront placés dans un centre de rétention avant d'être expulsés dans leur pays d'origine⁴⁸. Si la personne se voit refuser le statut de victime, la conséquence est implacable : celle-ci est désormais exclusivement réduite au statut de coupable⁴⁹.

La confusion entre victimes de la traite et migrantes clandestines aboutit à légitimer certaines formes de la traite, dès lors que les victimes ne parviennent pas à prouver l'usage de la force ou l'emploi de la contrainte⁵⁰.

La question cruciale de savoir quel statut il faut reconnaître à une personne qui a fait l'objet de la traite des êtres humains met à nouveau en exergue que l'approche protection n'est abordée que par le prisme de l'approche répression, et met pleinement la première au service de la seconde. Le fait de lutter contre l'infraction de la traite des êtres humains n'est pas érigé comme un combat indépendant et à part entière ; il s'agit finalement d'une simple méthode permettant d'éradiquer la présence de migrants clandestins⁵¹ et de canaliser les flux migratoires⁵².

Dans un tel cadre, les efforts déployés par les autorités en charge de l'enquête se concentrent davantage sur la découverte de fausses déclarations pour sanctionner les fraudeuses⁵³ plutôt que d'écarter les soupçons qui pèsent inlassablement sur les véritables victimes. Pourtant, cette étape est nécessaire afin de leur garantir la protection qu'elles revendiquent.

⁴⁷ M. JAKSIC, « Devenir victime de la traite. L'épreuve des regards institutionnels » in *Actes de la recherche en science sociales, op. cit.*, p. 41.

⁴⁸ M. JAKSIC, « Devenir victime de la traite. L'épreuve des regards institutionnels » in *Actes de la recherche en science sociales, op. cit.*, p. 38.

⁴⁹ K. POULIN, « Prostitution et traite des êtres humains, controverses et enjeux », in *Les cahiers de recherche sociologique, op. cit.*, p. 133.

⁵⁰ K. POULIN, « Prostitution et traite des êtres humains, controverses et enjeux », in *Les cahiers de recherche sociologique, op. cit.*, p. 144.

⁵¹ F. GUILLEMAUT (dir.), « Femmes et migrations en Europe. Stratégies et empowerment », Lyon, Le Dragon Lune, Cabria Edition, 2004.

⁵² K. FAYOLLE, *op. cit.*, p. 19.

⁵³ M. JAKSIC, « Devenir victime de la traite. L'épreuve des regards institutionnels » in *Actes de la recherche en science sociales, op. cit.*, p. 44.

D.- LES MODALITES DE LA PROTECTION ACCORDEE

Quand la personne qui a fait l'objet d'une exploitation est reconnue victime de la traite des êtres humains et qu'une protection lui est attribuée à ce titre, cette protection sera dans la plupart des cas seulement de très courte durée. Plus précisément, l'autorisation de séjour qui est délivrée aux victimes consiste en un permis temporaire qui couvre en principe une durée de 6 mois⁵⁴.

L'on peut alors s'interroger sur la question de savoir si permettre à la victime de demeurer seulement 6 mois dans le pays de destination avant d'être renvoyée dans son pays d'origine est réellement suffisant pour rompre le cycle de la traite et abolir les réseaux de trafiquants⁵⁵.

Les modalités selon lesquelles ce mécanisme de protection sont organisées font étrangement écho à la logique répressive et reflète en revanche moins une logique protectrice, comme ce devrait pourtant logiquement être le cas. Pour preuve, la victime n'est protégée que si elle décide de collaborer utilement avec les autorités. En outre, son titre pourrait être renouvelé au-delà de la durée initiale de 6 mois si les exigences du procès en cours nécessitent son maintien sur le territoire. En revanche, les autorités procéderont sans plus tarder à son éloignement une fois l'enquête terminée. Ce système qui vise à protéger les victimes est donc, paradoxalement, construit autour d'un axe essentiellement répressif⁵⁶.

Tant que la victime est utile aux besoins de l'enquête, elle bénéficie d'un titre de séjour qui lui permet de demeurer sur le territoire de l'Etat en question. En revanche, elle sera contrainte à le quitter si sa collaboration n'est pas jugée nécessaire ou dès que l'enquête prend fin. La victime est donc intrinsèquement liée à la phase répressive qui consiste à traduire les auteurs du réseau de la traite des êtres humains en justice.

Au regard de ces éléments, l'on peut douter que le ressortissant d'un pays tiers soit véritablement considéré comme une victime à part entière. Si tel était le cas, ne devrait-on pas protéger cette victime indépendamment de la question de savoir si les auteurs de l'infraction parviendront à être identifiés, éventuellement grâce à son témoignage ? De même, si les objectifs de répression étaient effacés et que l'approche protection trouvait à s'appliquer pleinement et exclusivement, les victimes ne devraient-elles pas obtenir un titre de séjour permanent afin de rompre définitivement le cycle de la traite dans lequel elles sont impliquées malgré leur volonté ?

⁵⁴ NGALIKPIMA M., « L'esclavage sexuel : un défi à l'Europe », Paris, Éditions de Paris et Fondation Scelles, 2005.

⁵⁵ Rapport de l'OIM (Organisation Internationale pour les Migrations), « Traite des êtres humains, stratégie et activités de l'OIM », 86^e session, MC/INF/270, 11 novembre 2003.

⁵⁶ C. CURNIL, *op. cit.*, p. 98.

III.- LA VICTIME DE LA TRAITE : VICTIME DE LA VIOLATION DE SES DROITS FONDAMENTAUX

Si les Etats ne parviennent pas à s'extirper du dilemme migratoire auquel ils font face et si la solution pour protéger efficacement les droits fondamentaux des victimes de la traite des êtres humains – ou, plus généralement, des migrants – ne se trouve pas au sein du corpus normatif, cette solution devra éventuellement être élaborée par le biais de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après : Cour E.D.H.).

Cette haute juridiction a d'ailleurs dû se prononcer au sujet de diverses affaires dans lesquelles les droits fondamentaux des migrants avaient été violés par les Etats parties à la Convention Européenne des Droits de l'Homme (ci-après : Convention EDH).

Au sein de cette troisième partie, le présent travail tâchera de vérifier dans quelle mesure les Etats sont soucieux de ne pas porter atteinte aux droits fondamentaux des migrants. Et ce, notamment lorsqu'ils mettent en application la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après : Directive retour).

Le but de cette Directive retour est d'écarter du territoire européen les ressortissants de pays tiers se trouvant en situation administrative irrégulière sur le sol d'un des Etats Membres de l'Union Européenne. Pour ce faire, un système d'éloignement a été imaginé. Celui-ci s'inscrit clairement dans la politique de lutte contre l'immigration irrégulière⁵⁷. Il sera donc intéressant de vérifier si, cette fois, les Etats parviennent à concilier protection des droits fondamentaux et protection de leurs frontières.

Le défi demeure donc identique : parvenir à trouver un juste équilibre entre, d'une part, des mesures visant au respect des libertés fondamentales et, d'autre part, des normes qui veillent au maintien de la sécurité et de l'ordre public au sein de l'Europe⁵⁸.

⁵⁷ S. VANDENBOSCH, « Le régime de la rétention des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier à l'aune des droits fondamentaux : interprétation des articles 15 et 16 de la directive retour par la Cour de Justice de l'Union Européenne », Bruxelles, Bruylant, p. 497.

⁵⁸ I. ATAK, « L'europeanisation de la politique d'asile : un défi aux droits fondamentaux », in *Criminologique*, n° 46, 2013, p. 50.

A.- L'UNIVERSALITE DES DROITS

L'articulation entre d'une part, le respect des droits de l'Homme et, d'autre part, le respect de l'ordre public paraît à nouveau complexe à mettre en œuvre, d'autant plus quand les Etats ont tendance à criminaliser la migration. A défaut de respecter pleinement les droits fondamentaux, l'exercice consistera alors à analyser si les Etats veillent au respect de la proportionnalité lorsqu'ils portent atteinte aux libertés fondamentales afin de garantir l'ordre public⁵⁹.

La Convention européenne des Droits de l'Homme a pour particularité que les droits et libertés qu'elle contient sont applicables à toute personne relevant de la juridiction d'un Etat partie⁶⁰, indépendamment de sa nationalité ou de sa situation administrative. Ainsi, il sera spécifiquement intéressant pour les migrants de pouvoir prétendre au respect du droit à la vie privée et familiale⁶¹, du droit à la liberté⁶² ou encore du droit à l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains et dégradants⁶³.

D'emblée, la Convention européenne des Droits de l'Homme annonce effectivement dans son article premier que les droits et libertés qu'elle consacre sont applicables à toute personne qui se trouve sur le territoire⁶⁴ d'un Etat partie à cet accord. Par conséquent, la Cour E.D.H. pourrait parfaitement condamner un Etat si ce dernier portait atteinte aux droits fondamentaux d'un migrant qui relève de sa juridiction⁶⁵. A maintes reprises, les Etats – dont la Belgique – ont d'ailleurs fait l'objet de pareilles condamnations⁶⁶. La jurisprudence foisonne d'exemples pour illustrer ce propos⁶⁷.

Même si les migrants bénéficient donc d'une protection minimale de leurs droits fondamentaux, raisonner en termes d'universalité des droits ne permet guère de refléter fidèlement la réalité. Non seulement les migrants jouissent de moins de droits que d'autres catégories d'étrangers tels que les demandeurs d'asile⁶⁸, mais en outre, ils devront démontrer la régularité de leur séjour s'ils veulent pouvoir profiter de leurs droits de façon effective. A défaut d'être en possession d'un titre de séjour légal, les migrants seront effectivement contraints de quitter le territoire de l'Etat sur lequel ils résident irrégulièrement⁶⁹.

Dans pareil cas, les droits fondamentaux pourraient toutefois venir à leur secours une ultime fois : si l'Etat décide de procéder à l'éloignement d'un migrant, il devra le faire notamment

⁵⁹ H. KOMBILA, « Le respect des droits fondamentaux des migrants non ressortissants de l'Union Européenne », in *Informations sociales*, n° 194, 2016, p. 34.

⁶⁰ Article 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

⁶¹ Article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

⁶² Article 5 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

⁶³ Article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

⁶⁴ Dès 1996, la Cour européenne des Droits de l'Homme affirme que les zones de transit sont considérées comme faisant intégralement partie du territoire de l'Etat et que « en dépit de leur dénomination, lesdites zones ne bénéficient pas du statut d'extraterritorialité » : voy. Cour eur. D.H., *Amuur c. France*, 25 juin 1996, paragraphe 52.

⁶⁵ H. KOMBILA, « Le respect des droits fondamentaux des migrants non ressortissants de l'Union Européenne », in *Informations sociales*, n° 194, 2016, p. 29.

⁶⁶ 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 capa* d'une partition mal écrite », *J.L.M.B.*, 2008/13, p. 573.

⁶⁷ Cour eur. D.H., *Conka c. Belgique*, 5 février 2002 ; Cour eur. D.H., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006.

⁶⁸ H. KOMBILA, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 33.

dans le respect de l'article 3 de la Convention EDH⁷⁰. Concrètement, cela implique que le migrant ne pourrait pas être renvoyé dans un pays dans lequel il est susceptible de faire l'objet de torture ou de traitements inhumains ou dégradants.

Si les migrants doivent démontrer la régularité de leur séjour pour effectivement pouvoir profiter de leurs droits, cela s'explique à nouveau parce que cet aspect est impacté par les mesures répressives visant à gérer les flux migratoires et à contrôler l'immigration irrégulière.

⁷⁰ J. -P. JACQUES, *op.cit.*, p. 577.

B.- LES DROITS FONDAMENTAUX AU SECOURS DES MIGRANTS

Eu égard à leur nature fondamentale ou à leurs liens inhérents avec la dignité humaine, certains droits doivent être respectés dans le chef de toute personne ; qu'il s'agisse de nationaux, d'étrangers, de migrants en situation légale ou encore de ressortissants de pays tiers en situation irrégulière⁷¹.

En position particulièrement vulnérable, et face à des Etats obsédés par une politique sécuritaire, les migrants peuvent voir leurs droits affectés. Dans certaines situations, leurs droits sont en effet réduits à leur plus stricte expression. Les droits fondamentaux, que les Etats sont tenus d'observer, peuvent alors jouer un rôle déterminant dans l'avenir réservé aux étrangers.

Ces droits fondamentaux (point 1 à 5) peuvent se dresser comme un obstacle absolu ou quasi absolu à l'éloignement des étrangers auquel les Etats voudraient procéder.

Néanmoins, cette obligation négative qui pèse ainsi sur les Etats et leur interdit de procéder à l'éloignement n'implique pas forcément l'obligation positive de délivrer des documents officiels et d'autoriser le séjour des ressortissants de pays tiers désormais à l'abri d'une décision de retour⁷². Ce faisant, on aboutit à un processus de création d'étrangers en situation irrégulière qui séjournent sur le territoire d'un Etat dont ils ne peuvent point être éloignés (C.).

1) Le droit à la vie privée et familiale

Tant que l'Etat n'a pas délivré une autorisation de séjour, la personne qui se trouve sur son territoire sans posséder un titre valable est considérée comme en situation irrégulière. Partant, elle entre dans le champ d'application de la Directive retour.

Cette directive poursuit l'objectif de mettre un terme à l'incertitude qui pèse sur les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier : les Etats devront soit régulariser leur séjour, soit prononcer une décision de retour à leur encontre (article 6).

La décision de retour ne peut toutefois point être adoptée de façon systématique ni automatique. Un examen *in concreto* est requis afin de déterminer si des motifs humanitaires ou si des causes privées ou familiales (article 6, paragraphe 4) n'empêchent pas l'Etat de procéder à l'éloignement de l'étranger en question⁷³.

Le droit au respect à la vie privée et familiale, consacré par l'article 8 de la Convention EDH, peut donc se révéler essentiel pour les migrants en ce qu'il oblige les Etats à régulariser le séjour de certains individus se trouvant sur le territoire de cet Etat au regard de leur situation personnelle⁷⁴.

⁷¹ M. KJAERUM (dir.), *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontière et d'immigration*, Edition 2014, Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne, p. 55

⁷² J.-Y. CARLIER, « Quelles Europes et quel(s) droit(s) pour quels migrants irréguliers ? » in *Europe(s), droit(s) et migrants irréguliers*, *op. cit.*, p. 21.

⁷³ France, Conseil d'Etat, *M. GHEVONDYAN*, 4 juin 2012.

⁷⁴ J.-Y. CARLIER, « Quelles Europes et quel(s) droit(s) pour quels migrants irréguliers ? » in *Europe(s), droit(s) et migrants irréguliers*, *op. cit.*, p. 22.

Néanmoins, ce n'est pas parce qu'il y a atteinte à la vie privée et familiale que la violation de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme est forcément établie. Cette atteinte pourrait être justifiée et proportionnée. Il faudra l'examiner au cas par cas.

Le contexte familial peut permettre à l'intéressé de demeurer sur le territoire de l'Etat. Néanmoins, dans d'autres cas, le résultat inverse peut également se produire. Ce même contexte familial pourrait effectivement fonder la décision de retour. Si l'étranger ne dispose pas d'une autorisation officielle et que la relation sur laquelle s'appuyait son séjour se rompt, il ne disposera alors plus d'aucune raison justifiant son maintien sur le territoire⁷⁵.

Cette approche retenue par les Etats Membres de l'Union Européenne qui consiste à assimiler la fin de la relation familiale à la fin du droit de séjour diffère toutefois de la vision adoptée par la Cour de Justice de l'Union Européenne. Elle nuancera généralement ce raisonnement en opérant une balance des intérêts entre l'ensemble des membres de la famille, désormais désunie⁷⁶.

2) L'interdiction de la torture ou des traitements inhumains et dégradants

La Convention E.D.H., en son article 3, interdit la torture ainsi que les traitements inhumains et dégradants de façon absolue. Dès lors, aucune dérogation n'est admise. Quand bien même l'intéressé présenterait un danger grave et sérieux pour l'Etat ou la collectivité en général, il ne peut pas être renvoyé dans un pays dans lequel il existe un risque que l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme soit violé⁷⁷.

Par conséquent, la responsabilité de l'Etat serait engagée s'il procédait à l'éloignement d'un étranger dans un pays dans lequel ce dernier est susceptible de faire l'objet de torture (article 3 Convention E.D.H.) ou, dans des cas extrêmes, dans lequel il court un risque de mort (article 2 Convention E.D.H.)⁷⁸. La menace qui pèse sur l'intéressé peut émaner d'autorités étatiques mais aussi de particuliers⁷⁹.

Pour déterminer si un tel risque existe dans les faits, la Cour E.D.H. analyse à la fois le contexte général du pays, mais aussi la situation individuelle de la personne. Ainsi, la juridiction strasbourgeoise évalue globalement le risque en tenant compte des critères de manière cumulative⁸⁰. De façon isolée, un conflit armé dans le pays ne suffit pas pour empêcher l'éloignement. Néanmoins, si l'individu risque également de faire l'objet de mauvais traitements compte tenu de facteurs individuels, l'Etat violerait l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme s'il procédait au renvoi de l'intéressé dans le pays en cause⁸¹.

⁷⁵ M. KJAERUM, *op. cit.*, p. 145.

⁷⁶ Cour eur. D.H., *Berrehab c. Pays-Bas*, 21 juin 1988.

⁷⁷ Cour eur. D.H., *Saadi c. Italie*, 28 février 2008.

⁷⁸ Cour eur. D.H., *Bader et Kanbor c. Suède*, 8 novembre 2005 ; Cour eur. D.H., *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, 2 mars 2010.

⁷⁹ Cour eur. D.H., *H.L.R c. France*, 29 avril 1997.

⁸⁰ M. KJAERUM, *op. cit.*, p. 81.

⁸¹ Cour eur. D.H., *NA c. Royaume-Uni*, 17 juillet 2008.

Afin de trancher, en pratique, la Cour E.D.H. demande au requérant de produire des preuves que le renvoi l'exposerait à des traitements inhumains et dégradants mais la juridiction se base également sur des rapports publiés par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés ou sur des rapports émanant d'organisations internationales de défense des droits de l'homme. Ce faisant, la haute juridiction ne manque toutefois pas de faire preuve de vigilance et d'écarter des documents dont on peut légitimement douter de la crédibilité⁸².

3) Le droit à la liberté

En réalité, la Directive retour pourrait s'avérer dangereuse au regard des droits fondamentaux. A titre d'exemple, elle instaure une mesure de placement en rétention à laquelle les Etats peuvent recourir. Pourtant, le principe fondamental est celui de la liberté.

Par conséquent, les Etats peuvent mettre en œuvre une telle mesure de détention uniquement en ultime recours : ce n'est que si d'autres mesures moins coercitives s'avèrent insuffisantes que la rétention peut être envisagée⁸³. En outre, la détention doit obligatoirement être accompagnée de garanties importantes : elle doit être nécessaire, motivée et faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

En pratique, les Etats ne sont pas toujours suffisamment attachés au respect de ces principes. Par conséquent, la Cour E.D.H. est régulièrement amenée à se prononcer et à condamner les Etats en espérant, à l'avenir, éviter toute détention arbitraire⁸⁴ ou effectuée dans des conditions indignes⁸⁵ et inhumaines.

A ce propos, il importe de souligner qu'apprécier le caractère arbitraire de la détention doit s'effectuer indépendamment de sa régularité au regard du droit national. Effectivement, une détention pourrait être considérée comme conforme au droit national tout en étant qualifiée d'arbitraire et donc, de ce fait, violer la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Afin de déterminer si la détention est entachée d'arbitraire, il faudra essentiellement tenir compte du comportement des autorités qui y ont procédé et analyser si ces derniers ont fait preuve de mauvaise foi ou de tromperie⁸⁶. En outre, il conviendra d'analyser les modalités pratiques de la détention, ses conditions, sa durée⁸⁷.

La privation de liberté d'un migrant en séjour irrégulier est d'autant plus délicate au regard des droits fondamentaux, étant donné que ce ressortissant de pays tiers ne doit pas être confondu avec un délinquant. En effet, il n'a commis aucune infraction – si ce n'est être contraint à franchir les frontières d'un territoire de façon illégale⁸⁸. Partant, les raisons justifiant sa détention (a.), la durée (b.) et les conditions (c.) dans lesquelles celle-ci devra être effectuée

⁸² Cour eur. D.H., *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, 28 juin 2011.

⁸³ S. VANDENBOSCH, *op. cit.*, p. 488.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 497.

⁸⁵ J.-P JACQUES, *op. cit.*, p. 580.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 585.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 586.

⁸⁸ S. VANDENBOSCH, *op. cit.*, p. 493.

devront impérativement être adaptées aux spécificités qui caractérisent la situation de cet étranger.

Finalement, après avoir décrit le régime de détention applicable aux ressortissants de pays tiers par le biais de la Directive retour, nous l'observerons sous l'angle de la C.J.U.E. (d.) pour déterminer si les étrangers y trouveront une protection renforcée de leurs droits fondamentaux ou si, au contraire, l'action de la C.J.U.E. aura pour effet de conforter les Etats dans la poursuite de leur politique sécuritaire.

a) Les raisons justifiant la détention

La détention n'est pas définie par la Directive retour mais l'article 15, paragraphe 1^{er} limite les cas dans lesquels les étrangers pourront être privés de leur liberté. La privation de liberté pourra avoir lieu uniquement dans deux hypothèses : soit pour préparer le retour, soit pour procéder à l'éloignement.

Parmi les compétences souveraines des Etats, figure la possibilité de régir l'accès et le séjour sur leur territoire en vue de garantir l'ordre public⁸⁹. L'étranger doit bénéficier d'une autorisation légale pour séjourner sur le territoire d'un pays. A défaut, il n'a aucun droit pour prétendre au maintien sur le sol d'un Etat dont il n'a pas la nationalité⁹⁰. Dans ce cadre, les Etats sont parfaitement libres d'incriminer le séjour irrégulier et de prévoir des sanctions, tout comme ils peuvent procéder à une détention en vue de déterminer le caractère régulier ou non du séjour de l'étranger.

Néanmoins, la C.J.U.E. est claire à propos de l'emprisonnement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier : si la détention est imposée dans le cadre d'une procédure de retour, l'article 15 de la Directive retour doit impérativement être respecté. A défaut, c'est-à-dire si la détention ne vise pas à préparer le retour ni à procéder à l'éloignement, les Etats sont susceptibles d'engager leur responsabilité.

La Cour de Justice de l'Union Européenne confirme ce principe fondamental en soulignant que priver un étranger de liberté ne peut jamais consister en une sanction qui poursuivrait pour objectif de punir le caractère irrégulier de son séjour⁹¹. La détention du migrant doit donc être strictement nécessaire dans une optique et dans une projection d'éloignement⁹².

⁸⁹ J.-P. JACQUES, *op. cit.*, p. 575.

⁹⁰ Cour eur. D.H., *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991.

⁹¹ C.J.U.E., *El Didri*, 28 avril 2011.

⁹² J. -Y. CARLIER, « La directive retour et le respect des droits fondamentaux », in *L'Europe des libertés*, *op. cit.*, p. 18.

b) La durée maximale de la détention

Le principe demeure celui de la liberté. La Directive retour en est consciente : elle prescrit en effet aux Etats Membres de relaxer immédiatement l'intéressé une fois le délai maximal de rétention écoulé ou s'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement⁹³. De même, si les autorités n'agissent pas avec la diligence requise, la détention ne se justifie plus et l'étranger doit être remis en liberté⁹⁴.

La durée maximale de détention est envisagée à l'article 15, paragraphe 1 de la Directive retour. En aucun cas, celle-ci ne peut excéder 18 mois. En réalité, la durée de rétention se limite en principe à 6 mois mais peut exceptionnellement être prolongée de 12 mois supplémentaires si le ressortissant fait preuve d'un manque de coopération ou que le pays tiers est responsable des retards dans la communication des documents nécessaires pour traiter la demande⁹⁵.

Si c'est la Directive retour elle-même qui affirme que la décision de placement doit être rendue par écrit, c'est en revanche la C.J.U.E. qui précise que la décision de prolongation doit elle aussi indiquer par écrit les motifs de fait et de droit justifiant une telle mesure⁹⁶.

La Directive retour tend à normaliser des situations d'exceptions. Pour preuve, la décision de prolongation de la détention ne peut qu'entraîner comme conséquence une privation de liberté plus importante. Ou, en d'autres termes, une atteinte encore plus profonde à une des libertés les plus fondamentales.

En contrepartie, des garanties importantes sont toutefois prévues. En effet, une telle décision de prolongation sera obligatoirement soumise à un contrôle judiciaire de pleine juridiction⁹⁷.

c) Les conditions de la rétention

Quand bien même la Directive retour ne définit pas explicitement la détention, elle encadre celle-ci en prévoyant les conditions dans lesquelles la rétention doit s'effectuer. En son article 16 paragraphe 4, la Directive retour prévoit que des visites pourront être organisées au sein des lieux de rétention pour vérifier que les garanties prévues au paragraphe 2 du même article sont respectées.

Quant aux conditions de rétention à proprement parler, les Etats doivent surmonter leurs craintes migratoires pour se rappeler que délinquants de droit commun et migrants ne doivent pas être confondus⁹⁸. Concrètement, cela implique que les migrants ne pourront pas être détenus dans la même zone que les prisonniers ordinaires⁹⁹.

⁹³ S. VANDENBOSCH, *op. cit.*, p. 490.

⁹⁴ Cour eur. D.H., *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996 ; Cour eur. D.H., *D.H.A et autres c. Royaume-Uni*, 19 février 2009.

⁹⁵ I. ATAK, « L'eupéanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains des migrants. Une étude de politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie », coll. Mondialisation et droit international, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 327.

⁹⁶ C.J.U.E., *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014.

⁹⁷ S. VANDENBOSCH, *op. cit.*, p. 491.

⁹⁸ Cour eur. D.H., *Amuur c. France*, 25 juin 1996.

⁹⁹ S. VANDENBOSCH, *op. cit.*, p. 494.

Au mieux, les migrants seront détenus dans un centre spécialisé. Au pire, ils feront l'objet d'une rétention au sein d'un établissement carcéral. Dans pareille hypothèse, les Etats seront alors absolument tenus de les isoler dans une aile complètement séparée des prisonniers de droit commun.

Le C.J.U.E. est catégorique quant à l'obligation qui pèse dans le chef des Etats de créer des ailes distinctes pour séparer les détenus de droit commun des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier¹⁰⁰. En revanche, elle encourage sensiblement moins les Etats à créer de véritables centres spécialisés qui permettraient d'accueillir exclusivement les migrants en dehors d'un environnement purement pénitentiaire¹⁰¹.

d) L'analyse du régime de détention prévu par la Directive retour sous l'angle de la Cour de Justice de l'Union Européenne

Lorsque les Etats appliquent la Directive retour, ils se positionnent dans le champ d'application du droit de l'Union dont ils doivent dès lors respecter l'intégralité des principes qu'il contient.

Or, le Titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après : TFUE) qui donne compétence à l'Union en matière d'immigration est muet sur la protection qu'il convient d'octroyer aux droits fondamentaux des étrangers en situation irrégulière sur le sol européen¹⁰². Face à un tel silence, la Directive retour a dû se charger elle-même de mettre en place des garanties¹⁰³.

Là où le TFUE est muet, la Charte des droits fondamentaux contient toutefois de multiples indications quant aux garanties que les Etats doivent observer lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Le droit à la liberté, à l'intégrité ou la dignité humaine résonne de manière particulièrement pertinente lorsqu'il s'agit de traiter de la détention des migrants en situation irrégulière.

Face au silence du TFUE, une importance accrue devrait être accordée à la Charte. Pourtant, la C.J.U.E. a plutôt tendance à ne pas y faire référence pour préférer exclusivement la lettre de la Directive retour¹⁰⁴. Ce faisant, elle privilégie l'efficacité pratique des décisions d'éloignement au détriment des libertés fondamentales des ressortissants de pays tiers et consolide donc la politique migratoire des Etats.

Actuellement, les étrangers ne trouvent donc pas une protection renforcée au travers des arrêts rendus par la C.J.U.E. Néanmoins, la juridiction luxembourgeoise pourrait continuer à s'inscrire dans la logique récemment développée au cœur des affaires Kadzoev, Mahdi, Bero et Bouzalmate et Thi Ly Pham dans lesquelles les libertés fondamentales des étrangers en séjour irrégulier parviennent finalement à prendre place dans le débat les concernant¹⁰⁵. Si tel est

¹⁰⁰ C.J.U.E. (Gde ch.), 17 juillet 2014, *Thi Ly Pham contre Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik*, aff. C-474/13.

¹⁰¹ C.J.U.E. (Gde ch.), 17 juillet 2014, (*Adala Bero contre Regierungspräsidium Kassel (C-473/13)* et *Ettayebi Bouzalmate contre Kreisverwaltung Kleve (C-5114-13)*).

¹⁰² A. WIESBROCK, « Sources of law, regulatory processes and enforcement mechanisms in EU migration policy : the slow decline of national sovereignty », 20 MJ 3, 2013, p. 425.

¹⁰³ S. VANDENBOSCH, *op. cit.*, p. 497.

¹⁰⁴ C.J., *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, aff C-164/14.

¹⁰⁵ S. VANDENBOSCH, *op. cit.*, p. 501.

effectivement le cas, la C.J.U.E. pourrait faire émerger une tendance nouvelle : celle de faire primer la protection des droits fondamentaux sur la protection des frontières.

4) Le droit d'être entendu et le droit à un recours effectif

Concernant le droit d'être entendu, la Cour E.D.H. ne s'est pas prononcée dans un sens favorable aux étrangers qui font l'objet d'une procédure d'éloignement.

En effet, elle a estimé que l'étranger ne devait plus être entendu au moment où une décision d'éloignement est prise à son encontre étant donné que ce droit d'être entendu avait déjà été respecté lors de la décision de refus de séjour. En envisageant ce procédé comme découlant d'une seule et même chaîne et en analysant la décision de renvoi comme une conséquence logique du refus de délivrer un permis de séjour, le droit d'être entendu est considérablement amoindri.

Si la Cour E.D.H. soutient un tel raisonnement, il semble que cela soit justifié par des considérations davantage pratiques que juridiques. Vu la complexité et la lourdeur de la procédure, la Cour refuse que l'intéressé soit entendu à nouveau au risque d'allonger inconsidérément cette procédure.

Mais l'étranger pourrait alors s'appuyer sur l'article 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui consacre un droit de recours. Quand l'Etat refuse de lui délivrer une autorisation lui permettant de régulariser son séjour – ce qui emportera comme conséquence un éloignement – l'intéressé doit bénéficier de la possibilité d'introduire un recours effectif, conformément aux articles 6 et 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Afin que le recours soit véritablement effectif, le requérant doit être valablement informé des décisions défavorables prises à son encontre¹⁰⁶, des raisons qui motivent de telles décisions mais il doit en outre disposer d'un délai suffisant pour contester de telles mesures¹⁰⁷.

Si le recours n'est pas automatiquement accompagné d'un effet suspensif, il sera aussi inefficace étant donné qu'une fois la décision de retour exécutée, celle-ci peut entraîner des conséquences irréversibles et des dommages non susceptibles de réparation¹⁰⁸. En effet, le retour pourrait conduire l'intéressé dans un pays dans lequel il pourrait faire l'objet de traitements particulièrement dégradants débouchant sur des séquelles physiques et morales importantes. A cet égard, la Cour E.D.H. estime que l'article 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme n'est pas parfaitement respecté lorsque le recours en suspension entraîne seulement pour effet de suspendre la mesure d'éloignement exclusivement en pratique, mais non en droit¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Cour eur. D.H., *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, 22 septembre 2009.

¹⁰⁷ Autriche, Cour constitutionnelle autrichienne, décision G31/98 du 24 juin 1998.

¹⁰⁸ Cour eur. D.H., *Gebremedhin c. France*, n° 25389/05, 26 avril 2007.

¹⁰⁹ J. –Y. CARLIER, « La directive retour et le respect des droits fondamentaux », in *L'Europe des libertés*, *op. cit.*, p. 17.

5) Le droit à l'assistance judiciaire

Procédures complexes mobilisant diverses branches du droit, intérêts en présence contradictoires, ressources matérielles insuffisantes et barrières linguistiques : tous les éléments semblent être réunis pour rendre difficile l'exercice effectif de ses droits par l'étranger¹¹⁰. Dans un tel contexte, une assistance judiciaire s'avère indispensable pour que les garanties offertes aux migrants soient concrétisées¹¹¹.

Pourtant, l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui consacre le droit à un procès équitable ne trouve pas à s'appliquer dans les procédures d'immigration parce que celles-ci n'impliquent pas de se prononcer sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale ni sur des droits et obligations à caractère civil¹¹².

Il faut alors s'appuyer sur une autre disposition : l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui pose le principe de recours et implique donc le droit à une procédure accessible. L'accès à la justice est le meilleur moyen pour que le tribunal vérifie si la décision de retour peut être effectuée dans le respect des droits de l'homme.

Toute victime, y compris celle de la traite des êtres humains, doit avoir la possibilité de voir son dommage indemnisé par l'auteur de l'infraction. En pratique, obtenir réparation peut toutefois s'avérer complexe ; que ce soit parce que la victime ne dispose pas de ressources nécessaires pour accéder aux procédures judiciaires, ou que ce soit parce que les autorités ne sont pas en mesure d'identifier l'auteur de l'infraction.

¹¹⁰ T. HAMMARBERG, « Les migrants ne doivent pas être privés de leurs droits fondamentaux », in *Accueillir* n° 243, p. 24.

¹¹¹ M. KJAERUM, *op. cit.*, p. 118.

¹¹² F. TERCERO, *op. cit.*, 2012, p. 2.

C.- LE PROCESSUS DE CREATION D'ETRANGERS EN SITUATION IRREGULIERE

La combinaison des instruments et des différentes règles édictées d'une part, par l'Union Européenne, et, d'autre part, par le Conseil de l'Europe parvient à créer un paradoxe : les Etats veulent résolument lutter contre l'immigration irrégulière, mais le système aboutit à créer des étrangers en séjour irrégulier quand le droit de la première organisation supranationale refuse de délivrer un titre de séjour alors que le droit de la seconde enceinte juridique interdit aux Etats de mettre en œuvre une mesure d'éloignement et de retour¹¹³.

En raison de plusieurs garde-fous visant à faire respecter le principe de la liberté, la privation de celle-ci ne pourra pas avoir lieu indéfiniment. Si le délai est écoulé, que les autorités n'ont pas agi avec la diligence requise ou qu'il n'existe plus aucune perspective raisonnable d'éloignement, les individus seront remis en liberté (article 15 de la Directive retour).

Dans certains cas, les migrants ne peuvent pas être éloignés mais ils n'obtiennent pas pour autant un titre de séjour ou des documents permettant de régulariser leur situation¹¹⁴. Par exemple, si le délai maximal de rétention a expiré, l'étranger est remis en liberté sur le territoire de l'Etat mais ne se voit pas pour autant délivrer une autorisation de séjour¹¹⁵. Résultat : on crée des migrants en situation irrégulière étant donné qu'ils ne peuvent pas être éloignés mais que la législation nationale ne leur confère aucun statut.

L'incertitude qui pèse sur la tête des étrangers n'est que renforcée. Force est de constater qu'à cet égard, le but de la Directive retour est donc complètement manqué. Pour que l'esprit et l'objectif de la Directive retour soient pleinement atteints, il faudrait automatiquement régulariser la situation de l'étranger qui ne peut pas être éloigné. Effectivement, les efforts devraient davantage se concentrer sur les possibilités d'insérer l'étranger sur le territoire duquel il ne peut être expulsé pour finalement consolider cette insertion par les documents, autorisations et permis de séjour officiels¹¹⁶.

A défaut, on multipliera sur le territoire européen la présence de migrants en séjour irrégulier mais non susceptibles de faire l'objet d'une expulsion¹¹⁷. Phénomène que les Etats avaient précisément pour cible lorsqu'ils ont adopté la Directive retour.

¹¹³ J. -Y. CARLIER, « Quelles Europes et quel(s) droit(s) pour quels migrants irréguliers ? » in *Europe(s), droit(s) et migrants irréguliers*, *op. cit.*, 2012, p. 22.

¹¹⁴ S. VANDENBOSCH, *op. cit.*, p. 492.

¹¹⁵ C.J.C.E., affaire C-357/09, *Kadzoev*, 30 novembre 2009, Recueil 2009, p. I-11189, point 71.

¹¹⁶ J. -Y. CARLIER, « Quelles Europes et quel(s) droit(s) pour quels migrants irréguliers ? » in *Europe(s), droit(s) et migrants irréguliers*, *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁷ J. -Y. CARLIER, « La directive retour et le respect des droits fondamentaux », in *L'Europe des libertés*, *op. cit.*, p. 16.

CONCLUSION

La position de l'étranger se caractérise par sa vulnérabilité mais aussi par sa complexité. A la fois coupables et victimes, les ressortissants de pays tiers subissent une incertitude quant à la question de savoir quel statut juridique leur est accordé.

Si plusieurs instruments juridiques internationaux et européens abordent cette problématique, aucun ne semble néanmoins parfaitement la trancher. Tous oscillent entre répression, prévention et protection mais sans jamais parvenir à instaurer un juste équilibre entre ces trois approches. Il serait pourtant nécessaire de les articuler avec rigueur et justesse en adoptant une approche intégrée afin d'aboutir à un résultat qui permettrait de lutter contre la traite des êtres humains, tout en protégeant les victimes de cette infraction mais en préservant également la souveraineté des Etats.

Au travers de l'analyse du Protocole de Palerme mais aussi, malgré l'ambition qu'elle affiche, au regard de la Convention CE, nous pouvons conclure à la primauté de l'axe répressif. Quand bien même une approche protection finit par se développer, cette protection ne sera pas un but en soi mais il s'agira plutôt d'un outil visant à renforcer les objectifs de répression.

De même, au sein de l'Union Européenne, l'on peut constater que la politique mise en place est axée principalement sur la répression, notamment avec la mesure de rétention prévue par la Directive retour. Pourtant, aucune donnée objective n'offre la confirmation que la détention est une mesure efficace pour gérer les flux migratoires¹¹⁸.

Si l'on ne parvient pas à se détourner d'une approche répressive au profit d'une approche intégrée, cela s'explique essentiellement par le fait que des intérêts résolument contradictoires doivent être pris en considération en matière de migration.

Les victimes de la traite des êtres humains, bien qu'elles se soient rendues coupables d'un crime migratoire en franchissant les frontières d'un Etat de façon illégale, réclament qu'une protection leur soit accordée indépendamment de leur nationalité ou du caractère irrégulier de leur séjour sur le territoire d'un pays.

Quant aux Etats, ils sont désireux de voir leur souveraineté respectée : ils veulent protéger leurs frontières afin que la sécurité publique soit sauvegardée. Partant, ils se positionnent dans un axe essentiellement répressif. Leur politique sécuritaire les conduit à se préoccuper essentiellement de sanctionner les auteurs de la traite des êtres humains, et à en oublier les victimes de cette infraction.

Finalement, ce serait par le biais du respect des droits fondamentaux qu'une balance entre les intérêts de chacun pourrait être réalisée. En effet, la Convention européenne des Droits de l'Homme accorde des libertés fondamentales à tous, y compris aux migrants. Néanmoins, les Etats pourraient y porter atteinte à condition toutefois que cette atteinte soit justifiée et proportionnée.

¹¹⁸ EMN (2014), *La détention et les alternatives à la détention dans le contexte des politiques d'immigration*, Bruxelles, p. 5.

Ainsi, tout le monde s’y retrouve : les ressortissants des pays tiers, qui sont protégés par des libertés fondamentales que les Etats doivent respecter – mais aussi les Etats qui conservent une certaine latitude et pourraient affecter les droits fondamentaux des migrants afin de mettre en œuvre leur politique sécuritaire et de protéger leur frontière. Néanmoins, dans pareille hypothèse, ils devraient alors prouver la justification et la proportionnalité de l’atteinte. A défaut, il s’agirait d’une violation pour laquelle ils seraient condamnés.

A cet égard, la jurisprudence de la Cour E.D.H. et de la C.J.U.E. pourrait s’avérer fondamentale pour donner un nouveau souffle à la problématique étudiée. Au travers des arrêts rendus, ces hautes juridictions pourraient parvenir à développer ou à renforcer l’axe protection, tout en conservant l’approche répression.

La question qui s’est posée est celle de savoir si le droit peut être manié avec suffisamment de précision pour aboutir à un résultat qui satisfait à la fois le respect des droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers, tout en permettant aux Etats de mener une lutte contre l’immigration irrégulière de manière efficace. Mais cette question ne devrait-elle pas davantage être subordonnée au fait de savoir si l’on ne devrait pas essentiellement se préoccuper, en amont, des raisons qui obligent les migrants à rejoindre l’Europe – trop souvent au péril de leur vie¹¹⁹ ?

¹¹⁹ T. HAMMARBERG, « Les migrants ne doivent pas être privés de leurs droits fondamentaux », in *Accueillir*, n° 243, p. 24.

BIBLIOGRAPHIE

I. Doctrine

ATAK, I., « L'européanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains des migrants. Une étude de politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie », coll. Mondialisation et droit international, Bruxelles, Bruylant, 2011.

ATAK, I., « L'européanisation de la politique d'asile : un défi aux droits fondamentaux », in *Criminologique*, n° 46, Presses de l'Université de Montréal, 2013.

CARLIER, J.-Y., « Quelles Europes et quel(s) droit(s) pour quels migrants irréguliers ? », in *Europe(s), droit(s) et migrants irréguliers*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

CARLIER, J.-Y., « La directive retour et le respect des droits fondamentaux », in *L'Europe des libertés*, n° 26, 2008, Strasbourg, France.

COURNIL, C., « Traite des êtres humains : une directive humanitaire au service de la maîtrise des flux » in *Hommes et migration*, n° 1241, 2003.

CELAS, O. et PLOUFFE-MALETTE, K., La Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains face au droit de l'Union Européenne, in *La criminalisation de l'immigration*, Volume 46, numéro 1, 2013.

FAYOLLE, K., « Migrations anciennes et nouvelles. Les politiques et les acteurs à l'épreuve », in *Chronique Internationale de l'IRES*, n° 84, 2013.

GUILLEMAUT F., (dir.), « Femmes et migrations en Europe. Stratégies et empowerment », Lyon, Le Dragon Lune, Cabria Edition, 2004.

HAMMARBERG, T., « Les migrants ne doivent pas être privés de leurs droits fondamentaux », in *Accueillir* n° 243.

JACQUES, J.-P., « La Belgique et l'application des garanties fondamentales de la Convention Européenne des Droits de l'Homme aux étrangers illégaux ou le da capa d'une partition mal écrite », *JLMB*, 2008/13.

JAKSIC, M., « Devenir victime de la traite. L'épreuve des regards institutionnels » in *Actes de la recherche en science sociales*, Le Seuil, n° 198, 2013.

JAKSIC, M., « Figures de la victime de la traite des êtres humains : de la victime idéale à la victime coupable », in *Les Cahiers internationaux de sociologie*, Presses Universitaire de France n° 124, 2008.

JAKSIC M., « Tu peux être prostituée et victime de la traite », in *Plein droit* n° 96, 2013.

KJAERUM M. (dir.), *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontière et d'immigration*, Edition 2014, Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

KOMBILA, H., « Le respect des droits fondamentaux des migrants non ressortissants de l'Union Européenne », in *Informations sociales*, n° 194, 2016.

MOUJOURD, N. et POURETTE, D., « Traite de femmes migrantes, domesticité et prostitution : à propos de migrations internes et externes », in *Cahiers d'Etudes Africaines*, vol. 45, Cahier 179/180, 2005.

NGALIKPIMA M., « L'esclavage sexuel : un défi à l'Europe », Paris, Éditions de Paris et Fondation Scelles, 2005.

PLOUFFE-MALETTE, K., La prise en compte normative de la victime dans les instruments internationaux et européens de la lutte contre la traite des êtres humains, Mémoire, Faculté de Droit, Université Laval, Québec, 2012.

PLOUFFE-MALETTE, K., « Protection des victimes de la traite des êtres humains. Approches internationales et européennes », Bruxelles, Bruylant, 2013.

POULIN, K., « Prostitution et traite des êtres humains, controverses et enjeux », in *Les cahiers de recherche sociologique*, n° 45, 2008.

TERCERO, F., « Pratique du procès équitable dans le contentieux des étrangers : le point de vue d'une avocate », France, *Presses de l'Université de Toulouse*, 2012.

VANDENBOSCH, S., « Le régime de la rétention des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier à l'aune des droits fondamentaux : interprétation des articles 15 et 16 de la directive retour par la Cour de Justice de l'Union Européenne », Bruxelles, Bruylant, 2016.

WIESBROCK, A., « Sources of law, regulatory processes and enforcement mechanisms in EU migration policy : the slow decline of national sovereignty », 20 MJ 3, 2013.

II. Études et rapports

Rapport de l'OIM (Organisation Internationale pour les Migrations), « Traite des êtres humains, stratégie et activités de l'OIM », 86^e session, MC/INF/270, 11 novembre 2003.

EMN, European Migration Network, *La détention et les alternatives à la détention dans le contexte des politiques d'immigration*, Bruxelles, 2014.

MYRIA, Centre fédéral migration, *La migration en chiffres et en droits : Droit de vivre en famille sous pression*, Bruxelles, juin 2018.

III. Jurisprudence internationale

Cour Européenne des droits de l'Homme

Cour eur. D.H., *Berrehab c. Pays-Bas*, n° 10730/84, 21 juin 1988.

Cour eur. D.H., *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991.

Cour eur. D.H., *Amuur c. France*, 25 juin 1996.

Cour eur. D.H., *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996.

Cour eur. D.H., *H.L.R c. France*, n° 24573/94, 29 avril 1997.

Cour eur. D.H., *Conka c. Belgique*, 5 février 2002.

Cour eur. D.H., *Bader et Kanbor c. Suède*, n° 13284/04, 8 novembre 2005.

Cour eur. D.H., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006.

Cour eur. D.H., *Gebremedhin c. France*, 26 avril 2007.

Cour eur. D.H., *Saadi c. Italie*, n° 37201/06, Cour eur. D.H., 28 février 2008.

Cour eur. D.H., *NA c. Royaume-Uni*, n° 25904/07, 17 juillet 2008.

Cour eur. D.H., *D.H.A et autres c. Royaume-Uni*, 19 février 2009.

Cour eur. D.H., *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, 22 septembre 2009.

Cour eur. D.H., *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, 2 mars 2010.

Cour eur. D.H., *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, 28 juin 2011.

Cour de Justice de l'Union Européenne

C.J.C.E. (gde ch.), arrêt *Said Shamilovich Kadzoev*, 30 novembre 2009, C-357/09, EU:C:2009:741, point 71.

C.J.U.E., arrêt *Hassen El Didri*, 28 avril 2011, C-61/11, EU:C:2011:268, point 49.

C.J.U.E., arrêt *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014, C-164/14, EU:C:2014:1320, point 44.

C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *Thi Ly Pham contre Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik*, 17 juillet 2014, C-474/13, EU:C:2014:2096, point 19 et point 21.

C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *Adala Bero contre Regierungspräsidium Kassel*, 17 juillet 2014, C-473/13, EU:C:2014:2095, point 32 affaire jointe à C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *Ettayebi Bouzalmate contre Kreisverwaltung Kleve*, 17 juillet 2014, C-514/13.

IV. Législation

Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

Directive du Conseil relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes.

Directive 2011/95/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes.

Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Code pénal belge, article 443quinquies.

