



CLINIQUE DOCTORALE
AIX GLOBAL JUSTICE

Clinique de Droit international
des droits de l'homme

www.aixglobaljustice.org

AVIS JURIDIQUE

**Criminalisation des
personnes migrantes
traversant la Méditerranée**

Avril 2025

Ce travail a été réalisé sous la coordination membres de la Clinique doctorale de droit international des droits de l'homme et grâce au concours d'étudiants cliniciens en droit.

Ce document, présenté par *Aix Global Justice*, a pour but de promouvoir et protéger les droits de l'homme dans le monde. Il est essentiel de préciser que les informations contenues dans ce rapport sont basées sur des sources disponibles, y compris des entretiens, des documents et d'autres matériels accessibles au public. Bien que nous nous efforcions d'être précis et objectifs, *Aix Global Justice* ne garantit pas la véracité absolue ou l'exhaustivité des données présentées dans ce rapport.

Ce rapport est un outil de sensibilisation, de défense des droits de l'homme et de dialogue constructif. Il ne constitue pas un avis juridique et n'engage pas la responsabilité d'*Aix Global Justice* ou de ses représentants. Par conséquent, *Aix Global Justice* décline toute responsabilité en cas d'erreurs, d'omissions ou d'inexactitudes dans le rapport ou pour toute action entreprise sur la base de son contenu. Les membres d'*Aix Global Justice* ne seront donc pas tenus pour responsables.

Aix Global Justice ne peut être tenu responsable des dommages directs, indirects, accessoires, consécutifs ou punitifs résultant de l'utilisation, de l'interprétation ou de la confiance accordée aux informations fournies.

La dernière mise à jour date du 27 mars 2025.

Pour toute question complémentaire sur ce dossier, veuillez contacter :

Louise Mbengue Djemba et Wilfried Adou, Coordinateurs généraux de la Clinique Aix Global Justice

aixglobaljustice@gmail.com

aixglobaljusticeclinic@proton.me

TABLES DES MATIÈRES

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS	5
Introduction.....	6
Partie 1 : Droit mobilisable face à la criminalisation des personnes migrantes traversant la Méditerranée	7
<i>Introduction.....</i>	7
1. <i>Violation des droits de la défense et du droit à un procès équitable</i>	10
2. <i>Contester la recevabilité de l'élément matériel.....</i>	18
2.1. <i>Invoquer le manque de preuve</i>	18
2.2. <i>Contester l'admissibilité des preuves.....</i>	19
2.3. <i>Distinguer le bénéficiaire de la traversée du passeur</i>	21
3. <i>L'existence d'un fait justificatif</i>	22
3.1. <i>La contrainte</i>	22
3.2. <i>L'état de nécessité</i>	23
4. <i>Articulation de l'incrimination avec les dispositions de droit national</i>	25
4.1. <i>L'interdiction de non-assistance à personne en danger</i>	25
4.2. <i>L'exemption pour les membres de la famille</i>	26
4.3. <i>L'exception humanitaire</i>	27
5. <i>Articulation de l'incrimination avec le droit international.....</i>	29
5.1. <i>L'obligation de sauvetage en mer</i>	29
5.2. <i>L'interdiction de l'esclavage et du travail forcé</i>	30
5.3. <i>Le droit des victimes de la traite des personnes.....</i>	32
Partie 2 : L'enjeu de la proposition de nouvelle directive de l'UE concernant l'aide à l'immigration illégale	37
<i>Introduction.....</i>	37
1. <i>Vers une criminalisation européenne harmonisée.....</i>	40
1.1. <i>Les nouveautés introduites par la proposition de directive.....</i>	40
1.2. <i>Les problématiques soulevées par la proposition de directive.....</i>	42
2. <i>Arguments et stratégies juridiques mobilisables</i>	47
2.1. <i>La contestation de la validité des poursuites.....</i>	47
2.2. <i>Eléments de stratégie à moyen et long termes</i>	59
3. <i>Les enjeux de l'intelligence artificielle sur l'immigration au sein de l'Union européenne ..</i>	62

3.1. Le recours à l'intelligence artificielle dans la gestion de l'immigration par l'Union européenne et ses implications sur les droits fondamentaux	62
3.2. Les normes de l'Union européenne et de l'Europe portant sur la régulation de l'intelligence artificielle	64
3.3. Les implications juridiques de l'intelligence artificielle sur les droits de la défense dans le cadre d'un procès	66
Bibliographie	68

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

CC	Conseil constitutionnel français
Conv.EDH	Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme
CEDH	Cour Européenne des droits de l'Homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNUDM	Convention des Nations Unies sur le droit de la mer
CRSR	Convention relative au statut des réfugiés
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
FRONTEX	Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes
HCR	Haut Commissariat des réfugiés des Nations-Unies
IA	Intelligence Artificielle
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
ONG	Organisation Non Gouvernementale
PICUM	Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants
RGPD	Règlement général sur la protection des données
RS	Rapporteur spécial
SAR	Search and Rescue
SOLAS	Convention pour la sauvegarde de la vie en mer
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TPIUE	Tribunal de première instance de l'Union Européenne
TUE	Traité sur l'Union Européenne
TUI	Texte Unique sur l'Immigration
UE	Union Européenne

Introduction

Ce rapport examine le comportement de trois États méditerranéens, européens - l'Espagne, l'Italie et la Grèce - en mettant l'accent sur les mesures répressives et en fournissant des éléments juridiques destinés à soutenir la défense dans les affaires liées à la criminalisation des conducteurs de bateaux en Méditerranée.

En vue d'apporter des éléments de réponse généraux et mobilisables au sein des différents États acteurs de la criminalisation des personnes migrantes en Méditerranée, le présent rapport s'appuie sur l'observation d'éléments récurrents rapportés par les acteurs de terrain et la couverture médiatique des affaires, ainsi que sur l'étude de décisions de justice des juridictions nationales et régionales.

Cet avis vise à présenter le droit interne et international mobilisable face à la criminalisation des personnes migrantes traversant la Méditerranée ([Partie 1](#)) et d'analyser l'enjeu de la proposition de nouvelle directive de l'UE concernant l'aide à l'immigration illégale ainsi que le recours à l'intelligence artificielle et ses conséquences ([Partie 2](#)).

Partie 1 : Droit mobilisable face à la criminalisation des personnes migrantes traversant la Méditerranée

Introduction

En vertu des articles 1 et 2 de la [Directive 2002/90/CE](#), les États membres de l'Union européenne (UE) ont adopté des lois visant à sanctionner l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. L'Espagne, la France, la Grèce et l'Italie ont ainsi prévu en droit interne des dispositions spécifiques à cet effet, l'objectif principal étant la lutte contre l'immigration clandestine.

A cet égard, en **Espagne**, le Code pénal à l'article 318 bis §1 et §3 b) prévoit que :

*« 1. **Quiconque aide intentionnellement une personne qui n'est pas ressortissante d'un État membre de l'Union européenne à entrer ou à transiter sur le territoire espagnol en violation de la législation sur l'entrée ou le transit des étrangers sera puni d'une peine d'amende de trois à douze mois ou d'emprisonnement de trois mois à un an. Les faits ne seront pas punissables si l'objectif de l'auteur était uniquement de fournir une aide humanitaire à la personne concernée. [...] 3. Les faits visés au paragraphe 1 de cet article seront punis d'une peine d'emprisonnement de quatre à huit ans lorsqu'une des circonstances suivantes est présente : [...] b) Lorsqu'il a été mis en danger la vie des personnes faisant l'objet de l'infraction, ou lorsqu'un risque de blessures graves a été créé ».**¹*

Quant à la **Grèce**, l'article 30§1 du Code de la migration et de l'intégration sociale dispose que :

*« **Les capitaines ou pilotes de navires, de moyens flottants ou d'avions, ainsi que les conducteurs de tous types de moyens de transport qui transportent depuis l'étranger vers la Grèce des citoyens de pays tiers, qui n'ont pas le droit d'entrée sur le territoire grec ou à qui l'entrée a été interdite pour quelque raison que ce soit, ainsi que ceux qui les prennent en charge aux points d'entrée, aux frontières extérieures ou intérieures, pour les acheminer à l'intérieur du pays ou sur le territoire d'un État membre de l'UE ou d'un pays tiers, ou qui facilitent leur transport ou leur assurent un hébergement pour se cacher, sont punis :***

a. d'une réclusion pouvant aller jusqu'à dix (10) ans et d'une amende de dix mille (10.000) à trente mille (30.000) euros pour chaque personne transportée,

b. d'une réclusion d'au moins dix (10) ans et d'une amende de trente mille (30.000) à soixante mille (60.000) euros pour chaque personne transportée, si l'auteur agit dans un but lucratif, de manière professionnelle ou habituelle, ou s'il est récidiviste, ou s'il a la qualité de fonctionnaire public ou d'agent touristique, maritime ou de voyage, ou si deux personnes ou plus agissent ensemble,

¹ Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

c. d'une réclusion d'au moins quinze (15) ans et d'une amende d'au moins deux cents mille (200.000) euros pour chaque personne transportée, si l'acte peut entraîner un danger pour autrui,

d. d'une réclusion à perpétuité et d'une amende d'au moins sept cent mille (700.000) euros pour chaque personne transportée, si, dans le cas c, il y a eu un décès ».²

En **France**, l'article L823-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) criminalise également l'aide au séjour ou au transit irrégulier. Il prévoit que :

*« Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 823-9, est puni de **cinq ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait, pour toute personne, de faciliter ou de tenter de faciliter, par aide directe ou indirecte, l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France** ».³*

Enfin, **l'Italie** dans l'article 12§1 du Texte Unique sur l'Immigration (TUI), (Décret-loi n°286/1998) dispose que :

*« Sauf si les faits constituent un délit plus grave, **quiconque**, en violation des dispositions de ce texte unique, favorise, dirige, organise, finance ou réalise le transport d'étrangers sur le territoire de l'État ou accomplit d'autres actes visant à assurer illégalement leur entrée sur le territoire de l'État, ou d'un autre État dont ils ne possèdent pas la nationalité ou dans lequel ils n'ont pas de droit de résidence permanente, sera puni d'une peine d'emprisonnement de deux à six ans et d'une amende de 15 000 euros par personne concernée ».⁴*

Ces dispositions criminalisent l'aide à l'entrée ou au séjour illégal d'étrangers, en particulier lorsqu'un but lucratif est impliqué ou lorsque l'acte profite à un réseau criminel. Elles prévoient également des sanctions renforcées pour les actes mettant en danger la vie ou la sécurité des migrants, avec des peines de prison élevées en cas de circonstances aggravantes. Ces législations visent à démanteler les réseaux organisés de trafic de migrants et à décourager les comportements professionnels ou habituels de facilitation de l'immigration irrégulière.

Toutefois, ces fondements servent à criminaliser les migrants victimes des réseaux criminels, et non les trafiquants, communément appelés « *passeurs* », de ces réseaux. La criminalisation en Méditerranée vise, entre autres, les personnes migrantes, et notamment les conducteurs de bateaux. Le réseau PICUM l'interprète à l'aune du concept « *crimmigration* »⁵, développé par des universitaires américains. Ainsi, la criminalisation désigne l'emploi d'un ensemble de moyens juridiques et

² Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

³ Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

⁴ Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

⁵ PICUM. *Between Administrative and Criminal Law: An Overview of Criminalisation of Migration Across the EU*. April 2024.

procéduraux administratifs et pénaux des États européens méditerranéens, utilisés pour réprimer l’immigration irrégulière, ciblant une personne à bord désignée comme étant le dirigeant de l’embarcation. Cette personne, assimilée à un « passeur », est poursuivie pour traite d’êtres humains liée à l’immigration, ou pour aide à l’immigration irrégulière⁶.

Une augmentation significative des cas de criminalisation est observée en Grèce et en Italie. En Grèce, le Border Monitoring UE rapporte que 951 personnes ont été condamnées en 2016, contre 1 905 en 2019⁷. Cette hausse coïncide avec une augmentation de près de 50 % du nombre d’arrivées de migrants dans le pays⁸. En 2023, plus de mille personnes ont été condamnées pour des faits similaires, selon les organisations de la société civile qui documentent activement ces cas⁹.

En Italie, le réseau Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM) indique que plus de 2 000 personnes migrantes ont été détenues pour des faits liés à la traite d’êtres humains en lien avec l’immigration entre 2015 et 2021¹⁰. Toutefois, le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) signale une diminution des cas de poursuites en Italie¹¹, conséquence d’un rapprochement entre l’État italien et ses voisins, notamment la Tunisie et l’Égypte, qui exécutent à sa demande une répression locale plus marquée¹².

Enfin, les organisations de la société civile soulignent que cette tendance ne se limite pas à ces deux pays. En 2023, l’Organisation Non Gouvernementale (ONG) PICUM dénombre 76 personnes placées dans une situation similaire en Europe, mettant en lumière un phénomène plus large de criminalisation des migrants sur le continent¹³.

Ainsi, les procédures intentées à l’encontre des conducteurs de bateaux présentent de nombreuses irrégularités et violations des droits fondamentaux. Ces manquements permettent de justifier l’annulation des procédures (1), de contester la recevabilité de l’élément matériel de l’infraction (2), ou encore de révéler un conflit de normes au bénéfice du migrant accusé d’être le conducteur du bateau (3). Ensuite, l’articulation de l’incrimination sera analysée avec les dispositions de droit national (4), et international (5).

⁶ ARCI Porco Rosso, Alarm Phone, Borderline Sicilia, borderline-europe. *From Sea to Prison: The Criminalization of Boat Drivers in Italy*. October 2021.

⁷ Hänsel V, Moloney R, Firla D, Serkepkani R, bordermonitoring.eu. *Incarcerating the Marginalized: The Fight Against Alleged "Smugglers" on the Greek Hotspot Islands*. 2020.

⁸ APnews. *European court rules against Greece over migrant's illegal deportation, calls practice 'systematic'*. January 2025.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ PICUM. *Between Administrative and Criminal Law*. *op.cit.*

¹¹ UNHCR. *Mediterraneo centrale, UNHCR. Oltre 66.300 arrivi via mare nel 2024*. Janvier 2025.

¹² Info Migrants. *Italie : le nombre d'arrivées de migrants par la Méditerranée a chuté en 2024*. Janvier 2025.

¹³ PICUM. *Cases of Criminalisation of Migration and Solidarity in the EU in 2023*. 2024.

1. *Violation des droits de la défense et du droit à un procès équitable*

Les personnes arrêtées sont interrogées dès leur arrivée, sans qu'il soit vérifié si elles comprennent les questions et sans que leur droit de garder le silence soit respecté. Les questions portent essentiellement sur l'identité du conducteur, sans prendre en considération le contexte ou les circonstances des faits. Les personnes migrantes accusées d'être des conductrices de bateaux sont souvent arrêtées immédiatement après leur arrivée sur le territoire européen, dans un pays dont elles ne connaissent pas la langue, la culture ou les lois. Elles sont conduites en détention provisoire, souvent sans être informées de leurs droits fondamentaux, tels que le droit de garder le silence ou le droit à l'assistance d'un avocat, et même du fait qu'elles ont été arrêtées. Ces individus sont généralement défendus par des avocats commis d'office, souvent peu spécialisés en droit de l'immigration ou en droit pénal international, et qui ne communiquent pas toujours efficacement avec leurs clients. Ces avocats proposent principalement des procédures abrégées ou des négociations de peine sans consulter adéquatement leurs clients, les privant ainsi de la possibilité de se défendre pleinement¹⁴

Les droits de la défense, considérés comme faisant partie du droit à un procès équitable¹⁵, s'appuient sur des garanties reconnues par les droits nationaux et internationaux. La France¹⁶, l'Italie¹⁷, la Grèce¹⁸ et l'Espagne¹⁹ ont ratifié les principaux instruments internationaux en la matière : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Conv.EDH), ainsi que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Ces ratifications assurent la pleine effectivité de ces normes dans les ordres juridiques internes, notamment les articles 6§3 de la Conv.EDH et 14§3 du PIDCP, qui consacrent un ensemble de garanties fondamentales pour toute personne suspectée ou poursuivie²⁰.

¹⁴ ARCI Porco Rosso, Alarm Phone, Borderline Sicilia, borderline-europe. *From Sea to Prison: The Criminalization of Boat Drivers in Italy*. *op.cit.*

¹⁵ Conv. E.D.H. Article 6§3 : « Tout accusé a droit notamment à : a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

¹⁶ Ratification de la Conv.EDH en 1974 et du PIDCP en 1980.

¹⁷ Ratification de la Conv.EDH en 1955 et du PIDCP en 1978.

¹⁸ Ratification de la Conv.EDH en 1974 et du PIDCP en 1997.

¹⁹ Ratification de la Conv.EDH en 1979 et du PIDCP en 1977.

²⁰ Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne (CDFUE). Article 48 : « 1. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. 2. Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé. ».

Tout d'abord, figure parmi ces droits celui de ne pas s'incriminer soi-même, droit qui « *concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence* »²¹. Ainsi, il est considéré que l'utilisation d'aveux obtenus en violation des droits de la défense peut porter atteinte à l'équité du procès dans son ensemble, et donc faire grief, dès lors que la condamnation de la personne placée dans une position désavantageuse dès le début de l'enquête est essentiellement fondée sur ces aveux²².

Figure également, parmi les droits de l'accusé celui d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui²³.

Ensuite, l'accusé doit pouvoir se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix. S'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, il doit pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office²⁴. La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a ainsi rappelé la nécessité de garantir un accès réel et effectif à un avocat dès les premières étapes de la procédure pénale afin de protéger les droits fondamentaux de l'accusé et d'assurer l'équité du procès²⁵. Pour cela, le conseil doit pouvoir rencontrer l'accusé en privé et communiquer avec lui²⁶. De plus, les avocats doivent être à même de conseiller et de représenter les personnes accusées d'un crime conformément à la déontologie établie, sans être l'objet de restrictions²⁷. Par ailleurs, lorsque l'assistance judiciaire gratuite est accordée, elle doit être concrète et effective, et non pas théorique ou illusoire²⁸. La CEDH a notamment affirmé que, bien que les autorités ne puissent être tenues responsables de toutes les

²¹ Admis comme norme internationale généralement reconnue au cœur de la notion de procès équitable par la CEDH dans l'arrêt *Saunders c. Royaume-Uni*, req. N°19187/91. 17 décembre 1996. §§68 et 69 ; La France a par ailleurs été condamnée par la CEDH pour violation du droit au procès équitable et des droits de la défense pour le défaut de notification du droit au silence et le défaut du droit à l'assistance d'un avocat en audition libre dans l'arrêt CEDH *Merahi et Delahaye c. France*, req. n° 38288/15. 20 septembre 2022.

²² CEDH. *Lalik c. Pologne*, req. N°47834/19. 11 mai 2023.

²³ PIDCP. Article 14§3 : « *Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : a) A être informée, dans le plus court délai, dans une langue qu'elle comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle ; b) A disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix ; c) A être jugée sans retard excessif ; d) A être présente au procès et à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix ; si elle n'a pas de défenseur, à être informée de son droit d'en avoir un, et, chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, à se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, si elle n'a pas les moyens de le rémunérer ; e) A interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; f) A se faire assister gratuitement d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ; g) A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable.* » ; Comité des droits de l'Homme. Observation générale n°32. §31 ; Conv. E.D.H. Article 6§3.

²⁴ Conv. E.D.H. Article 6§3 ; Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013. Article 3§1 : « *Le droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales. 1. Les États membres veillent à ce que les suspects et les personnes poursuivies disposent du droit d'accès à un avocat dans un délai et selon des modalités permettant aux personnes concernées d'exercer leurs droits de la défense de manière concrète et effective* ».

²⁵ CEDH. *Lalik c. Pologne*. *op.cit.* §24.

²⁶ Comité des droits de l'Homme. Observation générale n°32. §34 ; Code de Procédure pénal Français. Article 116 : « *L'inculpé détenu peut aussitôt après la première comparution communiquer librement avec son conseil* ».

²⁷ Comité des droits de l'Homme. Observation générale n°32. §34.

²⁸ CEDH. *Artico c. Italie*, req. N°6694/74. 13 mai 1980.

carences d'un avocat nommé d'office, elles doivent intervenir en cas de défaillance manifeste ou si elles en sont informées par un autre moyen²⁹. Également, la CEDH a précisé que lorsqu'un accusé ou son avocat prétend ne pas disposer de moyens adéquats, le juge doit s'assurer que le procès peut se poursuivre sans violer l'article 6§3(b) de la Conv.EDH³⁰. Dans le cadre de cette évaluation, le juge doit alors tenir compte du droit de l'accusé de communiquer librement avec son avocat pour préparer sa défense³¹.

Il est également impératif que l'accusé dispose du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense³². À cette fin, il a été précisé que lorsque le défendeur est sans ressources, la communication avec le conseil pourrait nécessiter que les services d'un interprète soient fournis gratuitement avant et pendant le procès³³.

De plus, tout accusé a le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge³⁴.

Enfin, l'accusé doit pouvoir se faire assister gratuitement par un interprète à chaque fois que nécessaire³⁵. Le principe de l'égalité des armes peut entraîner ici l'obligation de fournir gratuitement les services d'un interprète dans les cas où, faute d'interprète, une partie sans ressources ne pourrait pas participer au procès dans des conditions d'égalité ou si les témoins cités pour sa défense ne pourraient être interrogés³⁶.

En cas de violation des droits de la défense, la procédure pourra être déclarée nulle. En effet, en droit français, le juge peut prononcer la nullité d'un acte si une formalité substantielle, jugée essentielle, a été violée, à condition que cela porte atteinte aux intérêts de la partie concernée³⁷. Cette nullité est subordonnée à l'existence d'un grief, affectant indirectement les droits de la défense³⁸. La jurisprudence confirme que la violation des droits de la défense entraîne la nullité de l'acte litigieux³⁹.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ CEDH. *Kamasinski c. Autriche*, req. N°9783/82. 19 décembre 1989. §65.

³¹ CEDH. *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, req. N°7819/77. 28 juin 1984.

³² PIDCP. Article 14§3 ; Conv. E.D.H. Article 6§3.

³³ Comité des droits de l'Homme. Observation générale n°32. §32.

³⁴ PIDCP. Article 14§3 ; Conv. E.D.H. Article 6§3.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Comité des droits de l'Homme. Observation générale n°32. §13.

³⁷ Code de procédure pénale. Article 171 : « *Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ».

³⁸ Code de procédure pénale. Article 802 : « *En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ».

³⁹ Cour de cassation, Chambre crim., 11 mai 2010, No 10-80.953.

Par exemple, l'absence de convocation de l'avocat lors d'un débat contradictoire constitue une atteinte aux intérêts du prévenu⁴⁰.

En Espagne, il est possible de soulever la nullité des actes de procédure pour violation des droits fondamentaux⁴¹, notamment ceux de la défense, protégés par la Constitution espagnole⁴².

Le droit italien prévoit un principe de légalité des nullités⁴³. Selon ce principe, la nullité d'un acte de procédure ne peut être prononcée que dans les cas expressément prévus par la loi. Les nullités sont classées en absolues, intermédiaires et relatives, selon leur gravité et les délais dans lesquels elles doivent être soulevées. Les nullités absolues s'appliquent notamment lorsque l'intervention, l'assistance ou la représentation de l'accusé est compromise, par exemple en cas d'absence de notification adéquate ou de défaut de compréhension par l'accusé⁴⁴. Il est également prévu une nullité irrémédiable en cas d'absence de l'avocat lorsqu'il est obligatoire, s'appliquant à toutes les étapes critiques de la procédure⁴⁵, notamment lors des interrogatoires ou de la collecte de preuves⁴⁶.

Le droit grec prévoit quant à lui spécifiquement la nullité absolue en cas de violation des droits garantis par la Conv.EDH⁴⁷. En effet, en 2010, le Code de procédure pénale grec a été modifié pour prévoir la nullité absolue de toute procédure pénale en cas de violation des droits des défendeurs, y compris la présomption d'innocence.

Or, dans les faits, l'isolement des accusés, leur manque d'accès à un avocat de leur choix, la compétence souvent insuffisante des avocats commis d'office et les difficultés de communication

⁴⁰ Cour de cassation, Chambre crim., 4 décembre 2007, no 07-86.794.

⁴¹ Loi de Procédure Pénale. Article 785. « 1. Dès que les procédures seront mises à disposition de l'organe compétent pour le jugement, le juge ou le tribunal convoquera le procureur et les parties à une audience préliminaire, au cours de laquelle ils pourront exposer ce qu'ils estiment opportun concernant la possibilité d'un accord de l'accusé ou des accusés, la compétence de l'organe judiciaire, la violation d'un droit fondamental, l'existence d'articles nécessitant une décision préalable, les causes de suspension du procès, la nullité des procédures, ainsi que le contenu, la finalité ou la nullité des preuves proposées » [Traduction non officielle].

⁴² Constitution espagnole. Article 24. « 2. De même, tous ont droit au juge ordinaire prédéterminé par la loi, à la défense et à l'assistance d'un avocat, à être informés de l'accusation formulée contre eux, à un procès public sans retards injustifiés et avec toutes les garanties, à utiliser les moyens de preuve pertinents pour leur défense, à ne pas témoigner contre eux-mêmes, à ne pas se reconnaître coupables et à la présomption d'innocence » [Traduction non officielle].

⁴³ Code de procédure pénale. Article 177. « 1. Le non-respect des dispositions établies pour les actes de la procédure n'entraîne la nullité que dans les cas prévus par la loi » [Traduction non officielle].

⁴⁴ Code de procédure pénale. Article 178. « c) L'intervention, l'assistance et la représentation de l'accusé et des autres parties privées, ainsi que la citation en justice de la personne lésée par l'infraction et du plaignant » [Traduction non officielle] ; Cassazione penale, Sez. I, sentenza n. 40688 del 9 ottobre 2015.

⁴⁵ Code de procédure pénale. Article 179. « 1. Sont irrémédiables et sont relevées d'office à tout état et degré de la procédure les nullités prévues à l'article 178, alinéa 1, a), celles concernant l'initiative du ministère public dans l'exercice de l'action pénale et celles résultant de l'absence de citation de l'accusé ou de l'absence de son avocat dans les cas où sa présence est obligatoire » [Traduction non officielle].

⁴⁶ Cassazione penale, Sez. III, sentenza n. 37463 del 2 ottobre 2008.

⁴⁷ Code de procédure pénale grec. Article 171. « d) la comparution, la représentation et la défense de l'accusé ou de la personne à qui l'acte est imputé lors de l'instruction et l'exercice des droits qui leur sont reconnus par la loi, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Charte des libertés fondamentales de l'UE ne sont pas respectées » [Traduction non officielle].

constituent des atteintes substantielles à leur droit à une défense effective. La qualité de la défense est compromise par le fait que les avocats commis d'office manquent d'expérience, ne font pas toujours usage d'interprètes ou optent pour des procédures simplifiées comme les accords de plaider sans en expliquer les conséquences aux migrants. Ainsi, le droit des accusés à bénéficier d'une défense effective n'est pas respecté.

De plus, les difficultés linguistiques, l'absence d'interprète et l'absence de traduction des documents essentiels à leur défense entravent leur capacité à se défendre et à comprendre les accusations. La communication avec leur avocat et les autorités est rendue compliquée, ce qui les empêche de fournir les informations nécessaires à leur défense et de préparer cette dernière convenablement. Ils ne disposent donc ni des facilités nécessaires à la préparation de leur défense, ni d'interprète.

Par ailleurs, le défaut d'information des accusés sur leurs droits fondamentaux, notamment le droit de garder le silence et le droit à l'assistance d'un avocat, constitue une violation de leurs droits.

En conséquence, conformément aux droits nationaux français, espagnol, italien et grec, ainsi qu'aux principes énoncés par la Conv.EDH, la nullité des procédures engagées contre les conducteurs de bateaux pourra être prononcée en raison du non-respect des droits fondamentaux des accusés. Il est impératif de garantir que toute personne accusée bénéficie d'un procès équitable, avec un accès effectif à une défense, à l'information, à un interprète, et au respect de ses droits fondamentaux. Les procédures actuelles ne respectent pas ces principes, et doivent être considérées comme nulles.

En cas d'échec à faire valoir la nullité de la procédure pour violation des droits de la défense et/ou du droit à un procès équitable devant les juridictions nationales, plusieurs voies de recours internationales sont envisageables, en fonction des engagements internationaux souscrits par la France, l'Italie, la Grèce et l'Espagne.

Recours devant la CEDH – Les quatre États concernés ont ratifié la Conv.EDH, permettant ainsi de saisir la CEDH en cas de violation des droits garantis, notamment les droits de la défense et le droit à un procès équitable⁴⁸. Pour qu'un recours soit recevable, certaines conditions doivent être remplies : l'épuisement des voies de recours internes⁴⁹, sauf si ces recours sont inexistantes, inefficaces ou excessivement longs⁵⁰. Le respect du délai de quatre mois à compter de la décision interne définitive, et la qualité de victime : le requérant doit démontrer un préjudice personnel et direct⁵¹. La Cour peut

⁴⁸ Conv.EDH. Article 6§3.

⁴⁹ Conv.EDH. Article 35§1 : « *La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de quatre mois à partir de la date de la décision interne définitive* ».

⁵⁰ CEDH. [GC] *Sejdovic c. Italie*, req. N°56581/00. 1er mars 2006. §45 ; CEDH. [GC] *Chypre c. Turquie (satisfaction équitable)*, req. N°25781/94. 12 mai 2014. §44.

⁵¹ Conv.EDH. Article 35.

conclure à une violation et accorder une satisfaction équitable mais ne peut pas annuler une décision interne⁵². Dans le cas présent, la CEDH semble être la voie de recours privilégiée, car elle dispose d'un pouvoir contraignant et est compétente pour les quatre États concernés.

Recours devant le Comité des droits de l'Homme de l'ONU – Le Comité des droits de l'homme est ainsi compétent pour examiner des communications individuelles sur la base du PIDCP, à condition que l'État à l'encontre duquel est portée la communication individuelle ait ratifié le protocole additionnel au PIDCP⁵³. Ce processus sera ainsi possible pour l'Espagne⁵⁴, la France⁵⁵, l'Italie⁵⁶ et la Grèce⁵⁷, qui ont ratifié le protocole additionnel au PIDCP, permettant à toute personne relevant de leur juridiction de saisir ce Comité après épuisement des voies de recours interne⁵⁸. Par ailleurs, le recours ne doit pas être simultanément examiné par une autre instance internationale, comme la CEDH en raison de l'exception du recours parallèle⁵⁹. Le Comité, bien que ne disposant pas d'un pouvoir contraignant, formule des constatations que les États sont incités à suivre sous la pression internationale⁶⁰. Le principe de l'exception des recours parallèles interdit la saisine simultanée de plusieurs instances internationales pour un même grief. Ainsi, un recours devant le Comité des droits de l'Homme ne sera pas recevable si une requête est déjà pendante ou a déjà fait l'objet d'un jugement devant la CEDH⁶¹. De même, il convient de vérifier que les procédures internes ont été épuisées avant de saisir ce mécanisme. Dans le cas d'espèce, le Comité des droits de l'Homme peut constituer une alternative pertinente, bien que ses décisions soient dépourvues de force exécutoire.

⁵² Conv.EDH. Article 41 : « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

⁵³ Protocole facultatif au PIDCP. Article 1 : « Tout Etat partie au Pacte qui devient partie au présent Protocole reconnaît que le Comité a compétence pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation, par cet Etat partie, de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte. Le Comité ne reçoit aucune communication intéressant un Etat Partie au Pacte qui n'est pas partie au présent Protocole ».

⁵⁴ Ratification du protocole additionnel au PIDCP en 1985.

⁵⁵ Ratification du protocole additionnel au PIDCP en 1984.

⁵⁶ Ratification du protocole additionnel au PIDCP en 1978.

⁵⁷ Ratification du protocole additionnel au PIDCP en 1997.

⁵⁸ Protocole facultatif au PIDCP. Article 2 : « Sous réserve des dispositions de l'article premier, tout particulier qui prétend être victime d'une violation de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte et qui a épuisé tous les recours internes disponibles peut présenter une communication écrite au Comité pour qu'il l'examine. ».

⁵⁹ *Ibid.* Article 5§2 : « 2. Le Comité n'examinera aucune communication d'un particulier sans s'être assuré que : a) La même question n'est pas déjà en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement ; b) Le particulier a épuisé tous les recours internes disponibles. Cette règle ne s'applique pas si les procédures de recours excèdent des délais raisonnables ».

⁶⁰ *Ibid.* Article 5§4 : « 4. Le Comité fait part de ses constatations à l'Etat partie intéressé et au particulier ».

⁶¹ *Ibid.* Article 5§2.

Recours devant le groupe de travail sur la détention arbitraire – Ce groupe de travail peut être saisi par toute personne ou organisation présentant un cas de privation de liberté arbitraire⁶². En effet, ce groupe de travail a pour mandat d'enquêter sur les cas de privation de liberté imposée arbitrairement ou de toute autre manière incompatible avec les normes internationales pertinentes⁶³. Par ailleurs, ce groupe de travail estime notamment qu'il y a détention arbitraire lorsque l'inobservation, totale ou partielle, des normes internationales relatives au droit à un procès équitable, établies dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) et dans les instruments internationaux pertinents acceptés par les États intéressés, est d'une gravité telle qu'elle rend la privation de liberté arbitraire⁶⁴. S'il estime qu'il y a effectivement détention arbitraire, il pourra à la suite de la plainte adresser son avis, assorti de recommandations, au gouvernement⁶⁵. En cas d'appel urgent, il pourra adresser cet appel ou une lettre d'allégation au gouvernement en question par la voie diplomatique, lui demandant de prendre les mesures nécessaires pour garantir le droit de la personne détenue à ne pas être arbitrairement privée de sa liberté et son droit à une procédure équitable⁶⁶. Cette procédure ne nécessite pas l'épuisement des voies de recours internes⁶⁷. Le groupe de travail sur la détention arbitraire offre ainsi des possibilités complémentaires utiles, notamment en cas d'urgence, et pouvant être actionnées de manière parallèle, puisqu'elles n'imposent pas de condition d'absence de recours parallèle.

Saisine du Rapporteur spécial (RS) sur les droits de l'Homme des migrants – Le RS peut être saisi en cas de défaillance de l'État dans la protection d'une personne migrante, notamment en matière de droit à un procès équitable. Cette saisine s'effectue via une communication écrite et ne nécessite pas l'épuisement des voies internes. Le Rapporteur peut alors effectuer des visites, formuler des recommandations et interpeller publiquement les autorités pour les inciter à respecter leurs obligations internationales⁶⁸. Le RS constitue également un mécanisme complémentaire utile, notamment en cas d'urgence, et peut être actionné de manière parallèle puisqu'il n'impose pas de condition d'absence de recours parallèle non plus.

Si la violation des droits de la défense et du droit à un procès équitable constitue un obstacle procédural majeur à la poursuite, il convient également d'examiner le fond du dossier en contestant

⁶² OHCHR. *Plaintes et appels urgents*. Consulté le 10 mars 2025.

⁶³ OHCHR. *Mandat du Groupe de travail sur la détention arbitraire*. Consulté le 10 mars 2025.

⁶⁴ OHCHR. *À propos de la détention arbitraire*. Consulté le 10 mars 2025.

⁶⁵ OHCHR. *Plaintes et appels urgents*. Consulté le 10 mars 2025.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Le groupe de travail sur la détention arbitraire. *Fiche d'information n°26*.

⁶⁸ OHCHR. *Rapporteur spécial sur les droits de l'Homme des migrants*. Consulté le 10 mars 2025.

la matérialité même de l'infraction reprochée. Cela passe par une remise en cause de l'élément matériel, indispensable à toute condamnation pénale.

2. Contester la recevabilité de l'élément matériel

En droit pénal, l'élément matériel constitue l'acte concret ou le comportement répréhensible posé par l'auteur de l'infraction, indispensable pour caractériser une infraction au-delà de tout doute raisonnable⁶⁹. La charge de la preuve repose sur l'Accusation⁷⁰, sans preuve de cet acte, aucune condamnation ne peut être envisagée. Ainsi, l'intérêt est d'invoquer un manque de preuve (2.1), et si preuve il y a, de contester leur admissibilité (2.2), ou encore d'exposer le statut de bénéficiaire de la traversée de la personne migrante inculpée et non celui de passeur (2.3).

2.1. Invoquer le manque de preuve

Les méthodes d'identification du conducteur de bateau sont insuffisantes ou hypothétiques⁷¹, par exemple, les photographies peuvent permettre d'innocenter la personne accusée si cette dernière ne se trouve pas à côté de la barre⁷² sur la photographie. Tel est le cas pour les témoignages qui se contredisent⁷³.

Les preuves doivent être basées sur des faits vérifiables et cohérents. En cas de doute, ce dernier doit profiter à l'accusé⁷⁴. Si les témoignages se contredisent, alors la culpabilité de l'accusé ne sera pas prouvée au-delà de tout doute raisonnable⁷⁵. Le juge devra prononcer l'acquittement lorsqu'il n'y a pas de preuves, ou si elles sont insuffisantes ou contradictoires⁷⁶.

Il convient donc de soulever le manque de preuve dû aux méthodes non fiables des autorités, ainsi le doute bénéficie à l'accusé. En conclusion, le manque de preuve ne permet pas de prouver au-delà de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé donc cet argument est à soulever pour défendre un conducteur de bateau.

⁶⁹ CEDH. *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, req. N°10590/83. 6 décembre 1988. §7.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Info Migrants. « *Des boucs émissaires* » : ces migrants victimes de la « chasse aux passeurs » européenne. Janvier 2023.

⁷² ARCI Porco Rosso, Alarm Phone, Borderline Sicilia, borderline-europe. *From Sea to Prison: The Criminalization of Boat Drivers in Italy*. *op.cit.*, p53.

⁷³ Tribunale di Palermo, sezione G.I.P.-G.U.P., sentenza n.4114/16 del 07 settembre 2016.

⁷⁴ Constitution espagnole. Article 24§2 « *De même, tous ont droit au juge ordinaire déterminé préalablement par la loi, de se défendre et de se faire assister par un avocat, d'être informés de l'accusation portée contre eux, d'avoir un procès public sans délais indus et avec toutes les garanties, d'utiliser les preuves pertinentes pour leur défense, de ne pas déclarer contre eux-mêmes, de ne pas s'avouer coupables et d'être présumés innocents.* » [Traduction non officielle] ; Constitution italienne. Article 27§2 : « *Le prévenu n'est pas considéré comme coupable tant que sa condamnation définitive n'a pas été prononcée* ». [Traduction non officielle] ; DDHC. Article 9 : « *Tout Homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* » ; Conv.EDH. Article 6§2 : « *toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ».

⁷⁵ Tribunale di Palermo, sezione G.I.P.-G.U.P., *op.cit.*

⁷⁶ Code de procédure pénale Italien. Article 530 : « *2. Le juge prononce également un jugement d'acquittement lorsqu'il n'y a pas de preuves, qu'elles sont insuffisantes ou contradictoires, que le fait existe, que le défendeur l'a commis, que le fait constitue une infraction ou que l'infraction a été commise par une personne inculpée* ». [Traduction non officielle].

2.2. Contester l'admissibilité des preuves

Les preuves recueillies par les autorités sont les témoignages des autres passagers à bord de l'embarcation et les photographies du bateau avec les passagers à bord. Ces éléments sont pour la plupart recueillis sans respect des procédures pénales (2.2.1) et/ou mettent en exergue l'enquête à charge menée par les autorités (2.2.2).

2.2.1. Démontrer le non-respect de la procédure pénale dans l'obtention des preuves

Les témoignages incriminant la personne migrante en tant que conducteur de bateau sont recueillis par les autorités en l'absence d'interprète et d'avocat⁷⁷. Cette situation s'applique également aux interrogatoires de l'accusé par les autorités⁷⁸. De plus, même avec la présence d'interprètes, certaines déclarations présentent des erreurs de traduction qui altèrent leur sens, voire se contredisent entre elles⁷⁹. Enfin, les autorités recourent parfois à des méthodes d'interprétation approximatives, telles que l'interprétation du langage non verbal des témoins ou de l'accusé⁸⁰.

Les éléments de preuve doivent être obtenus de manière légale, fiable et crédible et doivent respecter le principe d'équité du procès⁸¹. En ce sens, les preuves obtenues sous la contrainte, la manipulation ou des conditions douteuses sont susceptibles d'être invalidées si elles portent atteinte à l'équité du procès⁸². Tel est le cas pour l'utilisation de déclarations obtenues sans accès à un avocat⁸³. La Cour suprême espagnole vérifie s'il existe un motif pour le témoin de mentir, ou non, afin de considérer si le témoignage d'un passager est admissible⁸⁴. Par exemple, le refus de témoigner sous protection pour un témoin renforce la crédibilité de son témoignage⁸⁵. Dans une autre affaire, cette Cour a précisé que l'octroi de mesures de protection aux victimes de trafic d'êtres humains est une obligation légale pour les autorités et ne peut en aucun cas être considéré comme un moyen de manipulation des preuves discréditant les témoignages⁸⁶. En Italie, il est impératif que les témoignages soient effectués en présence d'un avocat, autrement ils seront jugés inadmissibles⁸⁷. En

⁷⁷ ARCI Porco Rosso, Alarm Phone, Borderline Sicilia, borderline-europe. *From Sea to Prison: The Criminalization of Boat Drivers in Italy*. *op.cit.*, p60.

⁷⁸ Borderline Europe. *The systematic criminalisation of migrants for driving a boat or a car to Greece*. July 2023. p20.

⁷⁹ Tribunale di Palermo, sezione G.I.P.-G.U.P., *op.cit.*

⁸⁰ ARCI Porco Rosso, Alarm Phone, Borderline Sicilia, Borderline-europe. *From Sea to Prison: The Criminalization of Boat Drivers in Italy*. *op.cit.* p48.

⁸¹ CEDH. [GC] *Taxquet c. Belgique*, req. n°926/05. 16 novembre 2010. §84.

⁸² CEDH. [GC], *Gäfgen c. Allemagne*, req. N°22978/05. 01 juin 2010. §§165 à 169.

⁸³ CEDH. [GC] *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, req. N°50541/08. 13 septembre 2016. §257.

⁸⁴ Tribunal Supremo, *Sr. D. Vicente Magro Servet*. N°10068/2024. 29 juillet 2024.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Tribunal Supremo, *Joaquín et Geronimo c. État espagnol*. N° 10565/2022. 8 mars 2023.

⁸⁷ ARCI Porco Rosso, Alarm Phone, Borderline Sicilia, borderline-europe. *From Sea to Prison: The Criminalization of Boat Drivers in Italy*. *op.cit.*, p60.

outre, les informations données par les passagers sont utilisées comme preuves, alors qu'ils peuvent être considérés comme co-accusés et devraient donc être interrogés en présence d'un avocat.

En conséquence, il est essentiel de démontrer le non-respect des droits de la défense, notamment l'absence d'un interprète, d'un avocat auprès de l'accusé soupçonné d'être le conducteur de bateau, ou le non-respect des procédures lors de la collecte des témoignages. Ces manquements compromettent l'équité du procès.

2.2.2. Démontrer que l'enquête est à charge

La fiabilité des témoignages doit être questionnée, car ils sont fréquemment influencés par des pressions exercées par les autorités. Dans certains cas, la police pousse les témoins à désigner un « capitaine » en échange de promesses implicites d'avantages juridiques ou de régularisation de leur statut⁸⁸. Ces pratiques peuvent même inclure des promesses explicites, telles que l'amélioration des conditions d'accueil, en contrepartie de témoignages à charge contre l'accusé⁸⁹. En outre, ces témoignages sont souvent pris à chaud, immédiatement après l'arrivée, dans un contexte de stress, de confusion ou de traumatismes⁹⁰. Cela affecte leur cohérence et leur fiabilité. Par ailleurs, les photographies prises par les autorités ou leurs satellites doivent être invoquées par la défense pour mettre en évidence d'éventuelles erreurs d'identification⁹¹.

En vertu de la présomption d'innocence, les enquêtes doivent être menées à charge et à décharge afin de satisfaire les exigences d'un procès équitable⁹². En 2016, le tribunal de Palerme a considéré que la méthode policière visant à recueillir les témoignages des passagers était inadmissible au regard du peu de personnes interrogées⁹³. Les questions ne visaient qu'à connaître l'identité du conducteur sans examiner d'éventuelles contraintes⁹⁴. Au surplus, ce tribunal a reconnu que les témoignages des personnes migrantes devaient être pris avec prudence, car ces personnes peuvent avoir un intérêt personnel à désigner les responsables⁹⁵.

⁸⁸ Alarm Phone. *La criminalisation des personnes en exil*. Septembre 2022. « De plus, la police espagnole peut dire aux autres passager-es qu'en dénonçant le capitaine, ils auront plus de chance de pouvoir rester en Espagne. Ce qui, de toute évidence, n'est rien d'autre de la part des autorités, qu'une stratégie perverse, une manipulation des exilé-es pour criminaliser leurs compagnons et compagnes de voyages ».

⁸⁹ ARCI Porco Rosso, Alarm Phone, Borderline Sicilia, borderline-europe. *From Sea to Prison: The Criminalization of Boat Drivers in Italy*. *op.cit.*, pp51 and 52.

⁹⁰ PICUM. *Between Administrative and Criminal Law*. *op.cit.* p17.

⁹¹ ARCI Porco Rosso, Alarm Phone, Borderline Sicilia, borderline-europe. *From Sea to Prison: The Criminalization of Boat Drivers in Italy*. *op.cit.* p60.

⁹² CEDH. *Bernard c. France*, req. N°22885/93. 23 avril 1998. §3.

⁹³ Tribunale di Palermo, sezione G.I.P.-G.U.P. *op.cit.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

En conséquence, il est essentiel de démontrer que les photographies ne constituent pas une preuve suffisante pour établir que la personne conduisait le bateau, le doute devant profiter à l'accusé. Ainsi, elles ne permettent pas de justifier une incrimination. De plus, apporter la preuve que les témoignages ont été recueillis sous la pression ou en échange de promesses compromet leur fiabilité et leur authenticité. La combinaison de ces éléments conduit à affirmer que l'enquête a été menée à charge, en violation des exigences d'un procès équitable.

2.3. Distinguer le bénéficiaire de la traversée du passeur

Dans les faits, la personne suspectée d'être le conducteur de bateau est arrêtée pour avoir facilité l'entrée illégale des autres passagers sur le territoire, donc pour avoir le rôle de passeur. Or, la personne suspectée est elle-même en exil et recherche un pays d'accueil comme les autres passagers⁹⁶. En outre, cette personne a été contrainte de prendre la barre par le véritable passeur⁹⁷ sans aucune contrepartie financière ou autre⁹⁸.

En Italie, la Cour suprême a affirmé que l'aide à l'entrée illégale présuppose structurellement « une répartition des rôles entre celui qui facilite l'entrée illégale dans l'État et celui qui est aidé par cette même entrée »⁹⁹. Ce qui signifie que le « passeur » est la personne qui facilite l'entrée, alors que les passagers du bateau et le soupçonné « conducteur du bateau » sont ceux qui sont aidés, soit les bénéficiaires. Ainsi, le conducteur ne peut pas être à la fois auteur et bénéficiaire de cette infraction.

En conséquence, prouver que la personne migrante accusée a le même statut que les autres passagers grâce aux témoignages de ces derniers ou encore aux preuves de menaces ou de coups de la part du véritable passeur, permettra de la distinguer du passeur.

Hormis la possibilité de contester la caractérisation de l'élément matériel de l'infraction, il est possible de soutenir que le prévenu a agi dans des circonstances justifiant son comportement, excluant ainsi toute responsabilité pénale. C'est dans cette perspective que s'inscrit l'étude des faits justificatifs.

⁹⁶ Radio France. *Passeurs malgré eux des plages de Libye aux prisons de Sicile*. Avril 2018.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ ARCI Porco Rosso, Alarm Phone, Borderline Sicilia, borderline-europe. *From Sea to Prison: The Criminalization of Boat Drivers in Italy*. *op.cit.* p26.

⁹⁹ *Ibid.* p62.

3. *L'existence d'un fait justificatif*

La défense peut s'appuyer sur l'existence d'un fait justificatif permettant d'écarter la responsabilité pénale du prévenu. Parmi ces faits justificatifs, deux méritent une attention particulière : la contrainte (3.1), qui prive l'auteur de toute liberté d'action, et l'état de nécessité (3.2), qui l'amène à commettre l'acte pour éviter un danger plus grave.

3.1. La contrainte

Les personnes accusées d'être les conducteurs de bateaux peuvent avoir été forcées de prendre ce rôle sous la menace de violences physiques. Dans la plupart des cas, le passeur accompagne l'embarcation en mer, tandis qu'un autre bateau l'escorte et le ramène dans le pays d'origine¹⁰⁰. C'est à ce moment que le passeur désigne une personne à bord pour prendre sa place, souvent sous des menaces de coups, voire de mort. Cette personne, généralement sans compétence en matière de conduite du bateau, se retrouve ainsi à la barre pour diriger le bateau jusqu'au pays d'accueil¹⁰¹. En outre, il est fréquent que d'autres personnes à bord aident la personne désignée durant la navigation¹⁰².

La contrainte désigne une situation où une personne a été empêchée d'agir librement en raison d'une force ou d'une pression exercée sur elle, la poussant ainsi à commettre un acte illégal sous l'effet de cette emprise¹⁰³. La contrainte est une cause d'irresponsabilité pénale. Ce raisonnement a conduit à l'acquittement de deux personnes migrantes par le tribunal de Palerme en 2015¹⁰⁴. Le juge a en effet reconnu qu'ils avaient pris la direction de l'embarcation sous la contrainte, agissant sous la menace¹⁰⁵.

Pour plaider cette exonération, il est nécessaire d'obtenir des preuves permettant d'appuyer que la personne désignée comme conducteur ne l'a pas fait par choix, mais par contrainte. Autrement dit, la personne n'a pas eu d'autres choix que d'obéir aux ordres des passeurs en raison de la menace ou de la violence exercée.

¹⁰⁰ Radio France. *Passeurs malgré eux des plages de Libye aux prisons de Sicile. op.cit.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Code pénal français. Article 122-2 : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister* » ; Code pénal italien. Article 46 : « *Contrainte physique. N'est pas punissable celui qui a commis l'acte parce qu'il y a été contraint par d'autres, par une violence physique à laquelle il ne pouvait résister ou qu'il ne pouvait éviter* » [Traduction non officielle] ; Code pénal espagnol. Article 20§6 : « *Sont exonérés de toute responsabilité pénale : 6. toute personne qui agit sous l'emprise d'une peur insurmontable* » ; Code pénal grec. Article 33 : « *Le fait n'est pas imputé à celui qui l'a commis si, au moment où il l'a commis, il était dans l'impossibilité de se conformer à la loi en raison d'un dilemme insurmontable pour lui du fait d'un conflit d'obligations et si l'infraction causée par le fait est d'une nature et d'une importance proportionnées à l'infraction dont il est menacé* » [Traduction non officielle].

¹⁰⁴ Ouest-France. *Italie. Deux « pilotes » d'un bateau de migrants acquittés*. Septembre 2016.

¹⁰⁵ *Ibid.*

En conclusion, plaider la contrainte exercée sur la personne accusée d'être le conducteur de bateau lui permettrait d'être exonérée de sa responsabilité pénale.

3.2. L'état de nécessité

Dans les faits, de nombreuses personnes migrantes sont forcées de conduire des bateaux sous la menace de violence ou de mort par les organisations de passeurs. Des exemples concrets sont donnés de personnes migrantes contraintes de prouver leurs compétences de navigation, avec des conséquences violentes en cas d'échec¹⁰⁶.

Or, l'état de nécessité exonère une personne de responsabilité pénale si, d'une certaine manière, elle a été forcée de commettre une infraction¹⁰⁷. Il s'agit d'une cause objective d'irresponsabilité pénale bénéficiant à la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui la menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace¹⁰⁸. Cet état de nécessité peut résulter soit de l'action d'une tierce personne, soit de circonstances extérieures¹⁰⁹. L'élément clé est que la pression exercée était telle que, sans cet acte, la personne concernée ou d'autres auraient subi un préjudice grave et injuste¹¹⁰. Ainsi, une personne ayant conduit un bateau de personnes migrantes, si elle l'a fait pour se protéger ou protéger d'autres personnes d'un préjudice grave et injuste, ne doit pas être considérée comme coupable parce qu'elle l'a fait par nécessité. Une personne prenant la barre

¹⁰⁶ ARCI Porco Rosso, Alarm Phone, Borderline Sicilia, borderline-europe. *From Sea to Prison: The Criminalization of Boat Drivers in Italy*. op.cit.

¹⁰⁷ Code pénal Français. Article 122-7 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace » ; Code pénal Espagnol. Article 20§5 : « Sont exonérés de toute responsabilité pénale : 5. Toute personne qui, dans un état de nécessité, afin d'éviter un dommage à elle-même ou à une autre personne, porte atteinte à la propriété légale d'une autre personne ou enfreint un devoir, pour autant que les conditions suivantes soient remplies : Premièrement. Le dommage causé n'est pas plus important que le dommage à éviter. Deuxièmement. La situation de nécessité n'a pas été provoquée intentionnellement par le sujet. Troisièmement. La personne dans le besoin n'a pas, en vertu de sa fonction ou de sa position, l'obligation de se sacrifier » [Traduction non officielle] ; Code pénal Italien. Article 54 : « État de nécessité. Une personne n'est pas punissable si elle a commis l'acte parce qu'elle y a été contrainte par la nécessité de se protéger ou de protéger autrui d'un danger réel d'atteinte grave à sa personne, danger qu'elle n'a pas volontairement provoqué et qui ne pouvait être évité d'une autre manière, à condition que l'acte soit proportionné au danger. Cette disposition ne s'applique pas à ceux qui ont une obligation légale spéciale de s'exposer au danger. La disposition de la première partie du présent article s'applique également si l'état de nécessité est provoqué par la menace d'autrui ; mais dans ce cas, la personne qui a contraint la personne menacée à commettre l'acte est responsable de l'acte qu'elle a commis » [Traduction non officielle] ; Code pénal Grec. Article 25 : « 1. Un acte commis par quelqu'un pour écarter par d'autres moyens un danger présent et inévitable, qui menace sa personne ou ses biens ou ceux d'autrui sans qu'il y ait faute de sa part, n'est pas injuste si l'insulte causée à autrui est sensiblement inférieure en nature et en importance à l'insulte menacée » et article 32 : « 1. L'acte n'est pas imputé à celui qui l'accomplit pour prévenir par d'autres moyens un danger présent et inévitable qui menace, sans faute de sa part, sa personne ou ses biens ou ceux de ses proches, si l'outrage causé à autrui par l'acte est en nature et en importance proportionné à l'outrage menacé. 2. Les dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 25 s'appliquent également ici » [Traduction non officielle].

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Dalloz Fiches d'orientation. *État de nécessité*. Septembre 2022.

¹¹⁰ *Ibid.*

pour éviter que le bateau ne chavire, en raison du danger que représente la haute mer, ou bien du fait de conditions météorologiques ou maritimes dangereuses, fait alors effectivement face à un danger actuel ou imminent, qui la menace elle-même ainsi qu'autrui, et accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de ces personnes. Ainsi, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il était possible de reconnaître à la personne migrante accusée d'aide à l'entrée irrégulière sur le territoire l'état de nécessité¹¹¹. Par ailleurs, le tribunal de Palerme a reconnu l'état de nécessité par rapport à deux personnes accusées d'avoir facilité l'immigration illégale, qui ont affirmé avoir été physiquement forcées de conduire le bateau et menacées de mort si elles ne le faisaient pas¹¹². Cette décision a également posé certains principes. D'une part, le juge a affirmé que l'état de nécessité s'applique même s'il y a un doute sur son existence. D'autre part, il a estimé que la violence en Libye rend crédibles les affirmations selon lesquelles les accusés auraient été contraints de conduire le bateau.

En conséquence, démontrer que la personne migrante a été forcée de conduire des bateaux sous la menace de violence ou de mort par les organisations de passeurs, ou sous la pression d'autres menaces, notamment du fait de conditions météorologiques et/ou maritimes dangereuses, ou bien de la surcharge du bateau, lui permettra de se voir reconnaître l'état de nécessité, et d'être exonérée de responsabilité pénale.

Par ailleurs, il est également essentiel d'examiner l'incrimination au regard des dispositions de droit national applicables. Une analyse de son articulation avec le cadre juridique interne peut révéler des contradictions ou des limites susceptibles de fragiliser les poursuites.

¹¹¹ Cons. const. Décision n° 2018-770 DC. *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*. 6 septembre 2018. §105.

¹¹² Tribunale di Palermo, sezione G.I.P.-G.U.P., *op.cit.*

4. Articulation de l'incrimination avec les dispositions de droit national

L'incrimination doit être analysée au regard du droit national, qui peut en limiter la portée. Trois points sont à examiner : l'interdiction de la non-assistance à personne en danger (4.1), l'exemption pour les membres de la famille (4.2) et l'exception humanitaire (4.3).

4.1. L'interdiction de non-assistance à personne en danger

Dans de nombreux cas, les passeurs choisissent une personne migrante pour conduire le bateau, souvent sans tenir compte de ses compétences en navigation. Les personnes migrantes ayant des compétences en navigation peuvent quant à elles hésiter à se manifester, car elles sont parfois conscientes des risques de poursuites judiciaires. Ce faisant, ils laissent la place à des conducteurs moins expérimentés ou contraints. Si une personne migrante refuse de conduire pour cette raison, elle sait qu'elle prend un risque pour la sécurité des autres passagers, mais aussi pour elle-même. Ainsi, il arrive que le conducteur du bateau décide de conduire pour assurer la sécurité de la traversée. Également, il arrive que le conducteur initialement désigné soit incapable de mener à bien sa tâche ou qu'une situation d'urgence survienne. Par exemple, si le conducteur initial n'a pas les compétences nécessaires, une autre personne migrante, ayant peut-être une expérience de la mer, peut se sentir obligée de prendre la barre pour éviter un naufrage. Cette prise de contrôle peut être due à une tempête, une attaque de pirates ou une avarie du bateau. Par ailleurs, il est également fréquent que les passeurs abandonnent les migrants en mer, parfois en pleine nuit ou par mauvais temps, laissant les passagers à eux-mêmes.¹¹³

Or, n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. En effet, lorsqu'un texte pénal et un autre texte sont contraires, l'autorisation de la loi l'emporte sur la prohibition édictée par un autre texte¹¹⁴. En ce

¹¹³ ARCI Porco Rosso, Alarm Phone, Borderline Sicilia, Borderline-europe. *From Sea to Prison: The Criminalization of Boat Drivers in Italy*. *op.cit.*

¹¹⁴ Code pénal français. Article 122-4 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires » ; Code pénal italien. Article 51 : « L'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'un devoir imposé par une disposition légale ou par un ordre légitime de l'autorité publique exclut la punissabilité » [Traduction non officielle] ; Code pénal espagnol. Article 20§7 : « Sont exemptés de toute responsabilité : 7. celui qui agit dans l'exercice d'un devoir ou dans l'exercice légitime d'un droit, d'une fonction ou d'une position » [Traduction non officielle] ; Code pénal Grec. Article 20 : « le caractère déloyal de l'acte est également levé lorsqu'il constitue l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'un devoir prévu par la loi » [Traduction non officielle].

sens, l'interdiction de la non-assistance à personne en danger impose de porter secours à toute personne en péril. Dans le cas contraire, une infraction peut être constituée sur ce fondement¹¹⁵.

Ainsi, dans ces situations, une personne migrante ayant des connaissances en navigation, qui refuse de conduire le bateau, se rendrait coupable de non-assistance à personne en danger, même si elle n'est pas désignée initialement. Toutefois, pour les migrants sans expérience en navigation, la question est plus complexe. Bien qu'ils n'aient pas les compétences nécessaires pour conduire, leur refus d'assumer cette responsabilité pourrait aussi être interprété comme une forme de non-assistance, si leur action laisse les autres passagers dans une situation encore plus périlleuse. Dans ce cas, la prise en charge du rôle de conducteur, même sans expérience, peut être perçue comme un acte nécessaire pour protéger la vie des passagers. En effet, la violence des passeurs, l'état de l'embarcation, les conditions de voyage poussent parfois les personnes migrantes dans des situations où il n'y a plus de bons choix. Dans ces circonstances, refuser de conduire le bateau revient à s'exposer à des conséquences graves pour les autres, et accepter le rôle de conducteur devient alors une solution pour garantir la sécurité collective.

De ce fait, prouver que le comportement du migrant correspond à de l'assistance à personne en danger conduit à l'exonérer de toute responsabilité pénale.

4.2. L'exemption pour les membres de la famille

L'aide à la circulation ou au séjour irrégulier d'un étranger ne peut donner lieu à des poursuites pénales lorsqu'elle est le fait de la famille.

En droit français, l'exonération de responsabilité s'applique dans plusieurs situations. La première concerne les proches familiaux de l'étranger, à savoir : ses ascendants (parents, grands-parents) et descendants (enfants, petits-enfants), ses frères et sœurs ainsi que leur conjoint, son conjoint, y compris à la personne vivant notoirement en situation maritale avec l'étranger. Ensuite, l'exonération s'applique également aux proches du conjoint, à ses ascendants, descendants, frères et

¹¹⁵ Code pénal français. Article 223-6 : « Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours » ; Code pénal espagnol. Article 195 : « 1. Quiconque s'abstient de porter secours à une personne sans défense et en danger manifeste et sérieux, alors qu'il pouvait le faire sans risque pour lui ou pour les tiers, est puni d'une amende de trois à douze mois. 2) Les mêmes peines sont encourues par quiconque, empêché de porter secours, n'appelle pas d'urgence d'autres personnes à l'aide » [Traduction non officielle] ; Code pénal grec. Article 307 : « Quiconque ne sauve pas autrui d'un danger mortel, bien qu'il puisse le faire sans risquer sa propre vie ou sa santé, est puni d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à un an ou d'une amende » [Traduction non officielle] ; Code pénal italien. Article 593§2 : « Est puni de la même peine quiconque, trouvant un corps humain inanimé ou paraissant inanimé, ou une personne blessée ou autrement en danger, ne prête pas l'assistance nécessaire ou n'en avise pas immédiatement les autorités » [Traduction non officielle].

sœurs¹¹⁶. En revanche, ni le droit espagnol, ni le droit grec ou italien ne prévoient une telle exemption. Cette exemption est effectivement facultative au sens de la Directive européenne définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier¹¹⁷.

Ainsi, si l'un de ces critères est rempli, la personne migrante pourra bénéficier de l'exemption et ne pas faire l'objet de poursuites pénales. Autrement dit, si l'aide à la circulation ou au séjour irrégulier a été apportée à un membre de sa famille, les autorités judiciaires ne pourront pas engager de procédure à son encontre sur ce fondement. Cette protection signifie qu'aucune peine, qu'il s'agisse d'une amende ou d'une sanction privative de liberté, ne pourra lui être infligée au titre de l'infraction d'aide à l'immigration irrégulière.

4.3. L'exception humanitaire

L'exception humanitaire, prévue comme option dans la directive européenne¹¹⁸, a été transposée en droit français et espagnol, mais pas dans le droit italien et grec¹¹⁹. Or, cette exception permet de ne pas imposer de sanctions à l'encontre de quiconque aide sciemment une personne non-ressortissante d'un État membre de l'Union européenne à pénétrer sur le territoire d'un État membre, dans les cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée¹²⁰.

Néanmoins, même dans les pays qui ont transposé, cette exemption semble difficilement mobilisable au vu de la jurisprudence. En effet, en France, le Conseil constitutionnel a jugé que l'immunité pénale ne s'applique pas à l'aide apportée à un étranger pour son entrée irrégulière en France, car cette aide crée une situation illicite distincte¹²¹. Il estime en effet que, puisque qu'il est possible pour la personne migrante d'invoquer l'état de nécessité, le législateur a respecté un équilibre raisonnable entre le principe de fraternité et l'objectif de sauvegarde de l'ordre public en refusant d'exempter pénalement

¹¹⁶ Code français de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Article L. 823-9 : « L'aide à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 823-1 ou L. 823-2 lorsqu'elle est le fait : 1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint ; 2° Du conjoint de l'étranger, de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, ou des ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ».

¹¹⁷ Directive 2002/90/CE du Conseil. 28 novembre 2002. Définition de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Article L823-9 : « L'aide à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 823-1 ou L. 823-2 lorsqu'elle est le fait : 3° De toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire. Dans ce cas, des poursuites pénales sur le fondement de l'article L. 823-3-1 ne peuvent pas non plus être engagées » ; Code pénal espagnol. Article 318 bis.

¹²⁰ Directive 2002/90/CE du Conseil. *op.cit.*

¹²¹ Cons. const. Décision n° 2018-770 DC. *op.cit.*

l'aide à l'entrée irrégulière, même à des fins humanitaires¹²². Cette décision a été reprise par la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui rappelle que la personne qui, dans un but humanitaire, apporte une aide à l'entrée sur le territoire français, favorise la commission d'une infraction, ce qui explique qu'elle ne peut bénéficier de l'immunité¹²³. Si cette exception ne s'applique pas, il revient au juge d'effectuer un contrôle de proportionnalité entre la sanction et l'infraction¹²⁴.

En Espagne, l'article 318 bis du Code pénal incrimine l'aide intentionnelle apportée à un étranger non-citoyen de l'Union européenne pour entrer ou transiter illégalement en Espagne. Toutefois, les actes ne sont pas punissables si l'objectif exclusif de l'auteur est de fournir une assistance humanitaire à la personne concernée. Cependant, les tribunaux espagnols, notamment le Tribunal suprême, interprètent cette clause de manière stricte : pour que l'exemption soit appliquée, il faut démontrer que l'objectif de l'auteur était uniquement d'apporter une aide humanitaire, sans aucun intérêt personnel, matériel, financier ou émotionnel. Par exemple, aider un proche est généralement exclu de l'exemption¹²⁵.

Ainsi, il apparaît que l'exemption humanitaire, bien que prévue dans certains droits nationaux, reste d'application limitée, en particulier lorsqu'il s'agit d'aider à l'entrée irrégulière sur le territoire. En France, la jurisprudence a clairement exclu cette exemption pour ce type d'aide, considérant qu'elle crée une situation illicite distincte. En Espagne, bien que l'immunité existe en théorie, son interprétation stricte par les tribunaux rend son invocation difficile, notamment lorsque l'auteur a un lien personnel avec la personne aidée. Dans le cas des personnes migrantes contraintes de piloter un bateau transportant d'autres exilés, il est donc peu probable qu'elles puissent bénéficier de cette exemption, sauf à démontrer que leur action était exclusivement motivée par un objectif humanitaire et totalement dénuée d'intérêt personnel. Néanmoins, là encore, cette dernière hypothèse semble compliquée, étant donné qu'ils ont nécessairement intérêt à la traversée.

Toutefois, la question de la conformité de cette interprétation de l'exemption humanitaire, et plus largement de la criminalisation des personnes migrantes conductrices de bateaux, au droit international se pose¹²⁶.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Cour de cassation, Chambre crim., 25 janv. 2023. *op.cit.*

¹²⁴ CJUE. *Conclusions de l'avocat général M. Jean Richard De La Tour sur l'affaire C-456/23 [Kinsa]*, présentées le 7 novembre 2024. § 103.

¹²⁵ Tribunal Supremo, *Miguel Colmenero menendez de luarca*. N°1146/2009. 18 novembre 2009.

¹²⁶ Défenseur des droits. *Exilés Et Droits Fondamentaux, Trois Ans Après Le Rapport Calais*. 2018.

5. Articulation de l'incrimination avec le droit international

En droit international, les engagements internationaux doivent prévaloir sur les normes nationales, garantissant ainsi l'exécution de bonne foi des traités par les États. Ce principe est posé à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)¹²⁷. Cela implique que les obligations internationales, y compris l'obligation de sauvetage en mer (5.1) pour les conducteurs de bateau, priment sur toutes autres considérations. À cet égard, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (5.2) vient renforcer leur protection. Il en va de même pour les droits des victimes de la traite des personnes (5.3) ainsi que les droits des réfugiés (5.4).

5.1. L'obligation de sauvetage en mer

En mer Méditerranée, la traversée des personnes migrantes s'effectue la plupart du temps à bord de navires surchargés et inaptes à la navigation, et dans des conditions météorologiques souvent tumultueuses¹²⁸. Il en va de la survie des personnes migrantes à bord pour qu'une personne les sauve en prenant la barre et les conduise en lieu sûr, c'est-à-dire à la terre ferme.

L'obligation de sauvetage des personnes en détresse en mer est consacrée par de nombreuses conventions maritimes¹²⁹. C'est un droit coutumier apparu pour la toute première fois dans la Convention de Bruxelles de 1910¹³⁰. Aujourd'hui, trois traités internationaux contraignants régissent ce devoir humain : la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS, 1974), la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes (SAR, 1979)

¹²⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (CVDT). Ratifiée par l'Espagne, la Grèce et l'Italie. La France s'est déclarée « liée par les nombreuses dispositions qui se bornent à une simple codification du droit des traités » à travers une publication du Conseil Constitutionnel en 2007.

¹²⁸ OMI. *Mouvements migratoires mixtes dangereux effectués par mer*. Consulté le 10 mars 2025.

¹²⁹ Convention de Genève sur la haute mer. 29 avril 1958. Ratifiée par l'Espagne et l'Italie. Signée par la France. Article 12 « 1. Tout Etat est tenu d'obliger le capitaine d'un navire naviguant sous son pavillon, autant que le capitaine peut le faire sans danger sérieux pour le navire, l'équipage ou les passagers : a. A prêter assistance à toute personne trouvée en mer en danger de se perdre » ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM). 10 décembre 1982. Ratifiée par l'Espagne, la France, l'Italie et la Grèce. Article 98 : « 1. Tout État exige du capitaine d'un navire battant son pavillon que, pour autant que cela lui est possible sans faire courir de risques graves au navire, à l'équipage ou aux passagers : a) il prête assistance à quiconque est trouvé en péril en mer » ; Convention pour la sauvegarde de la vie en mer (SOLAS). 1er novembre 1974. Ratification pour l'Espagne, approbation pour la France, adhésion pour la Grèce et l'Italie. Règle 10 du Chap. V : « a) Le capitaine d'un navire en mer qui reçoit ; de quelque source que ce soit, un message indiquant qu'un navire ou un aéronef ou leurs embarcations et radeaux de sauvetage se trouvent en détresse, est tenu de se porter à toute vitesse au secours des personnes en détresse en les informant si possible de ce fait. En cas d'impossibilité ou si, dans les circonstances spéciales où il se trouve, il n'estime ni raisonnable ni nécessaire de se porter à leur secours, il doit inscrire au journal de bord la raison pour laquelle il ne se porte pas au secours des personnes en détresse » ; Convention Search and Rescue (SAR). 27 avril 1979. Adhésion pour l'Espagne et l'Italie, signature définitive pour la France, signée par la Grèce. Article 2 : « 1. Aucune disposition de la Convention ne préjuge la codification et l'élaboration du droit de la mer par la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer convoquée en vertu de la résolution 2750 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, ni les revendications et positions juridiques présentes ou futures de tout État touchant le droit de la mer et la nature et l'étendue de la juridiction de l'État côtier et de l'État du pavillon ».

¹³⁰ Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage. 23 septembre 1910. Ratifiée par l'Espagne, la France, l'Italie et la Grèce.

et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (UNCLOS, 1982). Ces traités sont complétés par des directives de l'Organisation maritime internationale (OMI), dont l'Espagne, la France, la Grèce et l'Italie sont membres. La directive MSC.167(78) (2004)¹³¹ prévoit que, dans le cas des demandeurs d'asile et des réfugiés secourus en mer, il faut prendre en compte la nécessité d'éviter leur débarquement dans des territoires où leur vie et leur liberté sont menacées. Ce critère s'applique particulièrement aux personnes faisant état d'une crainte bien fondée de persécution.

Ainsi, toute personne migrante conductrice de bateau peut se targuer d'avoir suivi ces normes internationalement reconnues par le droit maritime.

5.2. L'interdiction de l'esclavage et du travail forcé

Le travail forcé est tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré¹³². Certaines personnes migrantes sont forcées de prendre la barre afin de rembourser leurs dettes envers les trafiquants¹³³, les rendant ainsi victimes de travail forcé.

La frontière entre le travail forcé et l'esclavage est assez fine¹³⁴, mais la CEDH s'est déjà exprimée sur le sujet en 2010 lors de l'arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie*¹³⁵. La Cour a relevé qu'afin de savoir si une situation donnée constitue une forme contemporaine de réduction en esclavage, il devait y avoir la présence d'« *un quelconque ou de l'ensemble des attributs du droit de propriété* », et la décision finale « *dépendait de facteurs tels que le contrôle des mouvements d'un individu, le contrôle de l'environnement physique, le contrôle psychologique, les mesures prises pour empêcher ou décourager toute tentative de fuite ainsi que le contrôle de la sexualité et le travail forcé* ».

Dans la mesure où les personnes migrantes quittent la Libye ou tout autre État où la pratique de l'esclavage est reconnue¹³⁶, une autre règle du droit international maritime peut être retenue : celle de l'interdiction du transport d'esclaves en mer¹³⁷. En effet, l'embarquement pour l'Europe depuis les

¹³¹ OMI. Résolution MSC.167(78). *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea*. May 2004.

¹³² Convention concernant le travail forcé ou obligatoire. 28 juin 1930. Ratifiée par l'Espagne, la France, l'Italie et la Grèce. Article 2§1.

¹³³ OIM. *Le trafic illicite de migrants sur la route de la Méditerranée centrale*. 19 février 2021. p71.

¹³⁴ Revue québécoise de droit international. Plouffe-Malette, K. *Quinze ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la traite des êtres humains : de l'affaire Siliadin c. France à l'arrêt de Grande Chambre S.M. c. Croatie*. Décembre 2020. pp417 à 438.

¹³⁵ CEDH. *Rantsev c. Chypre et Russie*, req. N°25965/04. 10 mai 2010. Paragraphe 280.

¹³⁶ Conseil de Sécurité de l'ONU. *Statement by the President of the Security Council*. S/PRST/2017/24. Décembre 2017.

¹³⁷ Acte anti-esclavagiste de Bruxelles. 2 juillet 1890. Signé par l'Espagne, la France et l'Italie. Article 25 : « *Les Puissances signataires s'engagent à prendre toutes les mesures efficaces pour prévenir l'usurpation de leur pavillon et pour empêcher le transport des esclaves sur les bâtiments autorisés à arborer leurs couleurs* » ; Convention de Genève

côtes libyennes ne se réalise que sur décision des trafiquants de personnes migrantes, et ces dernières n'ont aucun libre arbitre entre le moment où ils sont à terre et le moment où ils se retrouvent en pleine mer¹³⁸.

Concernant l'esclavage ou toute autre forme de servitude, trois conventions et un protocole peuvent également être mobilisables : la Convention relative à l'esclavage (1926)¹³⁹, la Convention concernant le travail forcé ou obligatoire (1930)¹⁴⁰, la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (1956)¹⁴¹, toutes trois ratifiées par l'Espagne, l'Italie, la Grèce et la France, et le Protocole de 2014 sur la convention concernant le travail forcé ou obligatoire¹⁴² ratifié par la France et l'Espagne. Ce protocole impose aux États parties d'assurer une protection et des recours appropriés, y compris une indemnisation, aux victimes du travail forcé, et de sanctionner les auteurs de travail forcé. La Convention de 1956 agrandit la définition de travail forcé à la servitude pour dette et augmente logiquement les responsabilités de protection des États parties.

Ainsi, les personnes migrantes accusées d'être des passeurs, alors qu'on leur a imposé la conduite du bateau, devraient conséquemment entrer dans la catégorie de victimes de travail forcé. Il en va de même pour toute personne ayant conduit un bateau pour rembourser des dettes.

sur la haute mer de 1958. Article 13 : « *Tout Etat est tenu de prendre des mesures efficaces pour empêcher et punir le transport des esclaves sur les navires autorisés à arborer son pavillon et pour empêcher l'usurpation de son pavillon à cette fin. Tout esclave qui se réfugie sur un navire, quel que soit son pavillon, est libre ipso facto* » ; CNUDM. Article 99 : « *Tout État prend des mesures efficaces pour prévenir et réprimer le transport d'esclaves par les navires autorisés à battre son pavillon et pour prévenir l'usurpation de son pavillon à cette fin. Tout esclave qui se réfugié sur un navire, quel que soit son pavillon, est libre ipso facto* » et article 100 : « *Tous les États coopèrent dans toute la mesure du possible à la répression de la piraterie en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État* ».

¹³⁸ France Culture. 22 migrants abattus par des passeurs en Libye pour avoir refusé d'embarquer à cause du mauvais temps. Mars 2017 ; Global Initiative Against Transnational Organized Crime. *The Political Economy of Migrant Detention in Libya: Understanding the players and the business models*. April 2019. p31 ; UNHCR. *Mixed Migration: Libya at the Crossroads. Mapping of Migration Routes from Africa to Europe and Drivers of Migration in Post-revolution Libya*. December 2013. p44.

¹³⁹ Convention relative à l'esclavage. 25 septembre 1926. Article 2 : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent, pour autant qu'elles n'ont pas déjà pris les mesures nécessaires, et chacune en ce qui concerne les territoires placés sous sa souveraineté, juridiction, protection, suzeraineté ou tutelle : a) A prévenir et réprimer la traite des esclaves ; b) A poursuivre la suppression complète de l'esclavage sous toutes ses formes, d'une manière progressive et aussitôt que possible* ».

¹⁴⁰ Convention concernant le travail forcé ou obligatoire. 28 juin 1930. Article 2 : « *Aux fins de la présente convention, le terme travail forcé ou obligatoire désignera tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré* ».

¹⁴¹ Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage. 7 septembre 1956.

¹⁴² Protocole sur la convention concernant le travail forcé ou obligatoire. 11 juin 2014.

5.3. Le droit des victimes de la traite des personnes

La majorité des personnes migrantes arrivées par bateau en Italie ont été victimes de la traite des personnes¹⁴³ à un moment donné durant leur migration, et une proportion moindre s'est révélée être toujours sous l'emprise de cette traite à leur arrivée en Italie¹⁴⁴. Dans une affaire suivie par Borderline Europe, des survivants d'un naufrage, dans lequel 18 personnes sont mortes en 2021, ont rapporté avoir été interrogés sur le conducteur dès leur arrivée sur l'île de Paros¹⁴⁵. Ils étaient sous surveillance, leurs téléphones avaient été confisqués et personne n'était autorisé à leur parler, que ce soit les journalistes ou les bénévoles locaux. Un garde-côte les a même qualifiés de « *prisonniers* », suspects de trafic de personnes et de meurtre. Ainsi, deux jours après leur arrivée, trois individus ont été identifiés comme responsables du trajet et des décès¹⁴⁶.

L'expression « *traite des personnes* » désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation¹⁴⁷.

Or, depuis l'an 2000, une convention et deux protocoles affirment les droits des victimes de la traite des personnes. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (2000)¹⁴⁸ engage les États parties à prendre « ***les mesures appropriées pour assurer une protection***

¹⁴³ Les deux expressions « traite des personnes » et « traite des êtres humains » existent. L'expression « traite des personnes » a été retenue car elle est définie ainsi dans 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 (2000), texte primordial pour le droit des victimes de la traite des personnes.

¹⁴⁴ OIM. *Mediterranean Human Trafficking and Exploitation Prevalence Survey*. 12 août 2016.

¹⁴⁵ Borderline Europe. *The systematic criminalisation of migrants for driving a boat or car to Greece*. *op.cit.* p17.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p18.

¹⁴⁷ 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. 15 novembre 2000. Ratifié par l'Espagne, la France, l'Italie et la Grèce. Article 3 a). « a) L'expression "traite des personnes" désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes ».

¹⁴⁸ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. 15 novembre 2000. Ratifiée par l'Espagne, la France, l'Italie et la Grèce. Article 24 « L'État Partie requis exécute la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tient compte dans toutes la mesure possible de tous délais suggérés par l'État Partie requérant et qui sont motivés, de préférence dans la demande. L'État Partie requis répond aux demandes raisonnables de l'État Partie requérant concernant les progrès faits dans l'exécution de la demande. Quand l'entraide demandée n'est plus nécessaire, l'État Partie requérant en informe promptement l'État Partie requis » et article 25 : « L'entraide judiciaire peut être différée par l'État Partie requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours ».

efficace contre des actes éventuels de représailles ou d'intimidation aux témoins qui, dans le cadre de procédures pénales, font un témoignage concernant les infractions visées par la présente Convention », ainsi qu'auprès des victimes. Selon les dispositions principales du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (2000)¹⁴⁹, les migrants ne deviennent pas passibles de poursuites pénales pour avoir été l'objet d'un trafic illicite. L'article 3 du 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 (2000)¹⁵⁰, garantit explicitement que le consentement d'une victime de la traite des personnes à l'exploitation ne remet pas en cause son statut de victime de la traite des personnes lorsque des moyens coercitifs ont été utilisés contre celle-ci.

De son côté, la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains¹⁵¹ a pour but de renforcer la protection instaurée par la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles additionnels, et de développer les normes qu'ils énoncent au sein des législations européennes. En outre, cette convention oblige les États parties au Conseil de l'Europe à non seulement mener des enquêtes, mais également à protéger les victimes de la traite. Par exemple, cette protection implique pour chaque État partie de prévoir dans son droit interne un délai de rétablissement et de réflexion d'au moins 30 jours lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne concernée est une victime¹⁵². Ce délai doit être d'une durée suffisante pour que la personne concernée puisse se rétablir et prendre, en connaissance de cause, une décision quant à sa coopération avec les autorités compétentes¹⁵³.

¹⁴⁹ Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. 15 novembre 2000. Ratifié par l'Espagne, la France, l'Italie et la Grèce.

¹⁵⁰ 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. *op.cit.*

¹⁵¹ Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains. 3 mai 2005.

¹⁵² En France les articles R425-1 et R425-2 du CESEDA établissent ce délais pour les personnes que les services de police considèrent « *victime d'une des infractions constitutives de la traite des êtres humains ou du proxénétisme* » ; En Italie l'article 13 de la loi 228/2003 prévoit des mesures équivalentes ; De même que l'article 49 de la Loi 4251/2014 en Grèce ; L'article 59 bis de la Loi organique 4/2000 en Espagne en fait de même.

¹⁵³ Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (2005). Article 13.1 : « *Chaque Partie prévoit dans son droit interne un délai de rétablissement et de réflexion d'au moins 30 jours lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne concernée est une victime. Ce délai doit être d'une durée suffisante pour que la personne concernée puisse se rétablir et échapper à l'influence des trafiquants et/ou prendre, en connaissance de cause, une décision quant à sa coopération avec les autorités compétentes. Pendant ce délai, aucune mesure d'éloignement ne peut être exécutée à son égard. Cette disposition est sans préjudice des activités réalisées par les autorités compétentes dans chacune des phases de la procédure nationale applicable, en particulier pendant l'enquête et la poursuite des faits incriminés. Pendant ce délai, les Parties autorisent le séjour de la personne concernée sur leur territoire* ».

En 2010, lors de l'arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie*¹⁵⁴, la CEDH se base sur l'article 3 du protocole précédemment cité pour déclarer que la traite des personnes relève de l'article 4 de la Conv.EDH, c'est-à-dire de l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé. Quant aux obligations positives incluses à l'article 4 de la Conv.EDH, la Cour s'était prononcée en 2005 lors de l'arrêt *Siliadin c. France*¹⁵⁵ pour confirmer l'obligation de prévention et de protection des victimes de la traite des États membres du Conseil de l'Europe. L'Espagne, la France, l'Italie et la Grèce en font partie.

En 2021, la CEDH, dans l'arrêt *V.C.L. et A.N. c. Royaume-Uni*¹⁵⁶, a condamné le Royaume-Uni pour avoir poursuivi en justice deux personnes arrêtées en train de travailler dans une ferme de cannabis alors même que les autorités reconnaissent leur statut de victime de la traite. En se basant sur l'article 4 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, la CEDH a déclaré que les deux accusés ne pouvaient pas être punis pour un crime qu'ils avaient commis dans le cadre du travail forcé, car cela allait à l'encontre de leur garantie d'être protégés en tant que victimes de la traite des personnes.

En conséquence, une personne contrainte, menacée ou forcée à conduire une embarcation par autrui, indépendamment de l'expression ou non de son consentement, est une victime de la traite des personnes et doit bénéficier de la protection de ce statut. Notamment, selon la jurisprudence de la CEDH précédemment citée, toute personne reconnue comme victime de la traite des personnes ne peut être accusée d'un crime qu'elle a commis dans le cadre du travail forcé, car cela va à l'encontre de sa garantie d'être protégée en tant que victime de cette traite. De plus, dès qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'une personne concernée est une victime de la traite des personnes, alors un délai de rétablissement et de réflexion d'au moins 30 jours s'impose avant de pouvoir les interroger sur un potentiel coupable. Ainsi, si une victime-témoin est prête à attester qu'elle a été interrogée en dessous de ce délai, une violation du droit international pourra être démontrée en faveur de la personne désignée comme conductrice du bateau.

5.4. Le droit des réfugiés

Dans les faits, parmi les personnes migrantes conductrices de bateaux accusées d'être passeurs, certaines sont des demandeurs d'asile¹⁵⁷.

¹⁵⁴ CEDH. *Rantsev c. Chypre et Russie*, req. N°25965/04. 10 mai 2010.

¹⁵⁵ CEDH. *Siliadin c. France*, req. N° 73316/01. 26 juillet 2005.

¹⁵⁶ CEDH. *V.C.L. et A.N. c. Royaume-Uni*, req. N°77587/12 et 74603/12. 16 février 2021.

¹⁵⁷ Human Rights Legal Project. *Greek court has finally ruled that REFUGEES cannot be charged with facilitating illegal entry*. October 2023.

En vertu de la Convention relative au statut des réfugiés (CRSR) (1951)¹⁵⁸ et de son Protocole relatif au statut des réfugiés (1967)¹⁵⁹, le terme « *réfugié* » s'applique à toute personne qui, « *craignant avec raison* » d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité ou dans lequel elle avait sa résidence habituelle et, en raison de ladite crainte, ne peut ou ne veut y retourner¹⁶⁰. La demande d'asile est un droit fondamental¹⁶¹. La CRSR, qui constitue le principal instrument juridique international en la matière, prévoit expressément que les États ne doivent pas imposer de sanctions pénales aux demandeurs d'asile en raison de leur entrée ou de leur séjour illégal sur leur territoire¹⁶². Cette exemption pénale fondée sur le statut de réfugié s'impose de même au droit de l'Union européenne sur la sanction à l'aide à l'immigration illégale. C'est ainsi qu'en 2023, la Cour d'appel de Syros, en Grèce, a acquitté deux prévenus, accusés d'avoir facilité intentionnellement et de manière répétée l'entrée illégale sur le territoire grec de ressortissants de pays tiers, en vertu de l'article 29(5) de la loi 4251/2014 relative au Code de l'immigration, de l'intégration sociale et à d'autres dispositions¹⁶³. Le tribunal grec a reconnu qu'en tant que réfugiés, les accusés étaient exclus du champ d'application de cette loi nationale, car les dispositions de la loi ne s'appliquent pas aux bénéficiaires de la protection internationale au sens de la CRSCR et conformément à la législation nationale¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Convention relative au statut des réfugiés. 28 juillet 1951. Ratifiée par l'Espagne, la France, l'Italie et la Grèce. Article 1.A.2 : « 2) *Qui, par suite d'événements survenus avant le premier janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner* ».

¹⁵⁹ Protocole relatif au statut des réfugiés. 4 octobre 1967. Ratifié par l'Espagne, la France, l'Italie et la Grèce. Article 1.2 : « 2. *Aux fins du présent Protocole, le terme "réfugié", sauf en ce qui concerne l'application du paragraphe 3 du présent article, s'entend de toute personne répondant à la définition donnée à l'article premier de la Convention comme si les mots "par suite d'événements survenus avant le 1er janvier 1951 et..." et les mots "... à la suite de tels événements" ne figuraient pas au paragraphe 2 de la section A de l'article premier* ».

¹⁶⁰ Pour plus de précisions, voir : HCR. Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés. Janvier 1992.

¹⁶¹ Convention relative au statut des réfugiés ; CDFUE. Article 18 ; DUDH. Article 14.

¹⁶² Convention relative au statut des réfugiés. Article 31.1 : « *Les Etats contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières* ».

¹⁶³ Human Rights Legal Project. *Greek court has finally ruled that REFUGEES cannot be charged with facilitating illegal entry. op. cit.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

La CRSCR impose aux États parties un principe de non-refoulement intransigeant¹⁶⁵. En application de ce principe, les États ne peuvent renvoyer une personne bénéficiaire du statut de réfugié contre sa volonté vers un territoire où sa vie ou sa liberté serait menacée. C'est ainsi que la CEDH, dans son arrêt *Hirsi, Jamaa et autres c. Italie*¹⁶⁶, a condamné l'Italie pour violation de l'interdiction de renvoyer une personne vers un pays où elle risque d'être exposée à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant. En effet, la Cour a estimé qu'en renvoyant plusieurs personnes dans leurs pays d'origine, l'Italie avait enfreint l'article 4 du Protocole n°4 de la Conv.EDH¹⁶⁷ prohibant les expulsions collectives d'étrangers et l'article 3 de la Conv.EDH¹⁶⁸ prohibant la torture. Plus récemment, la Grèce a été condamnée pour la première fois pour refoulement de demandeurs d'asile. La CEDH, dans son arrêt *A.R.E. c. Grèce*¹⁶⁹, a reconnu l'infraction à l'article 3 de la Conv.EDH. La Cour a en plus de cela accusé la Grèce de se livrer à des « *refoulements systématiques* » de demandeurs d'asile vers la Turquie.

En somme, toute personne entrant dans la définition de la CRSCR de réfugié et accusée d'avoir conduit un bateau dans le but d'accéder à un lieu d'asile devrait être exemptée de toute poursuite pénale de par la protection que lui confère son statut de réfugié.

Après avoir exploré les différents droits mobilisables pour contester la criminalisation des personnes migrantes traversant la Méditerranée, il convient désormais de se pencher sur les perspectives législatives futures, notamment à travers l'enjeu de la proposition de nouvelle directive de l'UE concernant l'aide à l'immigration illégale.

¹⁶⁵ Convention relative au statut des réfugiés. *op.cit.* Article 33 : « 1. *Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.* 2. *Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays* ».

¹⁶⁶ CEDH. *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. N°27765/09. 23 février 2012.

¹⁶⁷ Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention. 16 septembre 1963. Article 4 : « *Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites* ».

¹⁶⁸ Conv. EDH. Article 3 : « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

¹⁶⁹ CEDH. *A.R.E. c. Grèce*, req. N°15783/21. 7 janvier 2025.

Partie 2 : L'enjeu de la proposition de nouvelle directive de l'UE concernant l'aide à l'immigration illégale

Introduction

Le 28 novembre 2023, la Commission de l'Union européenne propose une réforme du droit de l'Union encadrant la prévention et la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour non autorisés¹⁷⁰. L'organe élabore une proposition d'harmonisation du droit des Etats de l'Union¹⁷¹. Ce renouvellement du cadre normatif intervient dans le contexte d'un mouvement de réforme plus large de la politique d'asile et d'immigration de l'organisation, marqué par l'adoption du Pacte sur la migration et l'asile par le Conseil en mai 2024. La volonté des Etats d'harmoniser leurs règles en la matière pose la question des effets d'une telle harmonisation sur leurs pratiques. La criminalisation de l'aide relative à l'immigration illégale n'est, à ce jour, pas encore homogène¹⁷². Les comportements étatiques, poursuivant les mêmes objectifs de contrôle et de répression de l'immigration illégale, consistent à poursuivre les auteurs d'infractions spécifiques dont une partie est à nouveau définie au niveau communautaire.

Le contenu de la proposition de directive indique, par sa nature répressive, la volonté d'accompagner et d'élargir les politiques de criminalisation jusqu'ici menées à des degrés différents en édictant un seuil minimum commun. Le dispositif européen adopte l'approche consistant à permettre la poursuite des soutiens des personnes migrantes, souvent conductrices de leur propre embarcation. Le but affiché d'arrêter le trafic d'êtres humains en s'attaquant aux « passeurs »¹⁷³, présuppose que les principaux acteurs du trafic se trouvent en première ligne, sur les routes migratoires dans les eaux européennes. En suivant cette logique, l'Italie a pu poursuivre des membres de l'ONG naviguant à bord du Luventa portant secours aux embarcations en mer, avant d'abandonner

¹⁷⁰ La proposition, si adoptée, doit remplacer la directive 2002/90/CE du Conseil et la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil aujourd'hui en vigueur.

¹⁷¹ Commission européenne. *Proposition de Directive 2023/0439 du parlement européen et du conseil établissant des règles minimales pour prévenir et combattre l'aide à l'entrée, au transit et au séjour non autorisés dans l'Union, et remplaçant la directive 2002/90/CE du Conseil et la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil*. 28 novembre 2023.

¹⁷² S'agissant de l'aide à l'entrée sur le territoire, voir le rapport : La Cimade. *Délit de solidarité : Bref état des lieux en Europe*. 29 juin 2018. p2 ; Sur la criminalisation de la solidarité au sens large voir le rapport : PICUM. *Cases of Criminalisation of Migration and Solidarity in the EU in 2023*. *op.cit.* pp 4 and 5.

¹⁷³ Notons que les Etats de l'Union n'emploient pas une terminologie des acteurs du trafic tout à fait identique. En français on lit souvent le terme de « passeur », tandis qu'en anglais on use de « smuggler » pour désigner les auteurs de trafic illicite de migrants, et « trafficker » pour désigner ceux auteurs de traite de personnes. L'emploi du terme de passeur dans les deux situations conduit à une imparfaite symétrie. Celle-ci produit essentiellement des effets de confusion dans la sémantique des discours politiques, tandis qu'au niveau normatif l'emploi des noms importe peu. À titre d'exemple la version française : Commission européenne. *Communication, Un plan d'action renouvelé de l'UE contre le trafic de migrants (2021-2025)*. 29 septembre 2021., utilise « passeur » tandis que la version anglaise use de « smuggler » qui se traduit littéralement en français contrebandier. Pour un éclairage plus approfondi, consulter : OIM. *Glossaire de la migration*. 2007.

les charges¹⁷⁴. De nombreuses poursuites à l'encontre des personnes effectuant la traversée, ou de leurs soutiens, illustrent cette approche.

L'adoption future de la proposition n'a pas vocation à changer ces pratiques. En l'état actuel, le cadre normatif est fondé sur l'article 79§1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), confiant à l'Union la responsabilité d'établir des règles relatives à « *la prévention de l'immigration irrégulière* » et à la « *lutte contre la traite des êtres humains* ». La directive 2002/90/CE et la décision-cadre 2002/946/JAI imposent aux États membres l'obligation de mettre en place des législations nationales visant à sanctionner l'immigration illégale.

La directive du Conseil sur l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers permet l'adoption de sanctions pénales contre ceux qui facilitent ces infractions :

*« quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un État membre à pénétrer sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de la législation de cet État [...] »*¹⁷⁵.

Elle permet aussi la poursuite des personnes facilitant le séjour illégal dans un but lucratif :

*« quiconque aide sciemment, dans un but lucratif, une personne non ressortissante d'un État membre à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation de la législation de cet État [...] »*¹⁷⁶.

Enfin, limitée à ce dispositif pénal communautaire, le texte donne aux États une marge de manoeuvre nationale leur permettant de ne pas incriminer les comportements relevant de l'aide humanitaire :

*« Tout État membre peut décider de ne pas imposer de sanctions à l'égard du comportement défini au paragraphe 1, point a), en appliquant sa législation et sa pratique nationales, dans les cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée »*¹⁷⁷.

Le droit de l'Union européenne n'exige donc pas que la personne commettant l'infraction à l'article 1.1(a) recherche un gain matériel ou financier. Cette exigence est pourtant posée à l'article 1.1(b) pour la facilitation du séjour et consacrée dans le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale

¹⁷⁴ Amnesty international. *Italie. L'espoir renaît, alors que le procureur reconnaît que les poursuites visant des membres d'équipage de la Iuventa devraient être abandonnées*. 2024.

¹⁷⁵ Directive 2002/90/CE. Article 1.1(a) ; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

¹⁷⁶ Directive 2002/90/CE. Article 1.1(b) ; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

¹⁷⁷ Directive 2002/90/CE. Article 1.2 ; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

organisée du 15 novembre 2000¹⁷⁸. Ces dispositions européennes n'ont pas empêché les pratiques de criminalisation, leur définition des infractions fournissant la base conventionnelle de celles-ci. De plus, elles n'interdisent pas le développement de règles moins protectrices et de peines plus lourdes. En Italie, le décret-loi Cutro¹⁷⁹ a ajouté au TUI des peines plus lourdes, des circonstances aggravantes à l'infraction de facilitation¹⁸⁰ ainsi que des conditions moins restrictives s'agissant des expulsions administratives¹⁸¹.

L'examen des régimes juridiques en vigueur en Espagne, en Grèce et en Italie montre que, bien que ces normes aient été créées pour cibler les « passeurs » des réseaux criminels, leur application a des répercussions directes sur les personnes migrantes elles-mêmes. Ces répercussions ont été largement documentées par la société civile européenne et des pays tiers de départ des traversées¹⁸². C'est dans ce contexte que la Commission a proposé la réforme de la directive de 2002 qui accentue l'harmonisation du droit européen en la matière tout en permettant un durcissement des pratiques de ses membres (1). Néanmoins, il existe un ensemble d'éléments juridiques de défense contre les futures poursuites engagées sur la base de ce nouveau dispositif mobilisable (2). Enfin, le recours croissant à l'intelligence artificielle au sein de l'Union européenne concerne également le domaine de l'immigration et impacte les droits fondamentaux (3).

¹⁷⁸ Dont la plupart des Etats membres de l'Union sont parties et dont l'organisation elle-même a approuvé le protocole le 6 septembre 2006 : Nations unies. *Dépositaire des traités, amendements au statut de Rome de la cour pénale internationale relatifs au crime d'agression*. Consulté le 19 novembre 2024.

¹⁷⁹ Décret-loi n° 20 du 10 mars 2023. Entré en vigueur depuis le 5 mai 2023.

¹⁸⁰ TUI. Article 12 bis : « Décès ou blessures résultant de crimes liés à l'immigration illégale [...] » [Traduction non officielle].

¹⁸¹ TUI. Article 13 : « Expulsion administrative. [...] ».

¹⁸² Des organisations telles qu'Amnesty International, PICUM, la Cimade, Borderline europe, Arci Porco Rosso et des campagnes de plaidoirie comme « Kinsa Case », ont adressé un ensemble de critiques à l'encontre du cadre légal communautaire. Elles soulignent notamment la généralité des notions employées et l'absence de protection s'imposant aux Etats, engendrée par le caractère incertain et permissif des dispositions.

1. Vers une criminalisation européenne harmonisée

La proposition de la Commission renouvelle la politique communautaire en vigueur en poursuivant avec des moyens similaires, des mêmes objectifs. L'exposé des motifs du texte donne comme principal objectif de lutter contre la traite d'êtres humains et les membres des réseaux criminels :

*« La lutte contre le trafic de migrants et la prévention de ce phénomène **constituent l'une des priorités de l'Union européenne** et sont essentielles pour lutter contre la migration irrégulière de manière globale »¹⁸³.*

L'accent est mis sur le rôle prépondérant des agences de l'Union dans la lutte contre le trafic. Il est fait mention de l'Agence européenne de gardes-frontières et de garde-côtes (Frontex), d'Eurojust et d'Europol dans une perspective d'accroissement de leur coopération avec les services des Etats membres et tiers impliqués :

*« La présente proposition s'accompagne d'une proposition de règlement de la Commission, qui **renforce la coopération policière ainsi que les compétences d'Europol** dans le domaine du trafic de migrants et de la traite des êtres humains, [...]. Elle établit un cadre de gouvernance qui comprend les entités des États membres responsables de la lutte contre le trafic de migrants, la Commission et d'autres agences de l'UE. **Elle renforce la coopération interagence entre Frontex et Eurojust et intensifie la coopération entre Europol et les pays tiers** »¹⁸⁴.*

Cette direction prise par la Commission poursuit la pratique générale des Etats et n'abroge pas le caractère répressif de la politique migratoire de l'Union en vigueur. Il convient donc d'analyser les éléments distinguant cette proposition du régime actuel (1.1), puis de relever les problématiques qu'elle pose et exacerbe (1.2).

1.1. Les nouveautés introduites par la proposition de directive

L'harmonisation développée par la proposition de la Commission se caractérise par le regroupement des infractions en vigueur en une seule, générale et unique (1.1.1), et l'ajout d'un nouvel élément matériel de l'infraction et de nouvelles infractions distinctes (1.1.2). Les garanties accordées aux soutiens des personnes migrantes sont quant à elles diminuées par un cantonnement à la partie préambulaire du texte (1.1.3).

¹⁸³ Commission européenne. *Proposition de Directive. 2023/0439. op.cit.*, p1; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p2.; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

1.1.1. Une infraction générale unique

L'article 3 de la proposition, intitulé *Infractions pénales*, marque un pluriel qui ne figure pas dans le texte actuel de 2002, dont l'article premier mentionne *une infraction générale*. Les articles 1.1(a) et 1.1(b) de la directive de 2002 sont regroupés en une nouvelle formulation générale :

« constitue une infraction pénale **le fait d'aider sciemment un ressortissant de pays tiers à entrer, à transiter ou à séjourner [...] lorsque :**

a) la personne agissant de la sorte *demande, reçoit ou accepte, directement ou indirectement, un avantage financier ou matériel, ou la promesse d'un tel avantage, ou agit en vue d'obtenir un tel avantage ; ou*

b) il existe une forte probabilité de causer un préjudice grave à une personne »¹⁸⁵.

Il ressort de cette nouvelle formulation deux éléments : d'une part, l'effacement de la distinction entre la facilitation à l'entrée, au transit, au séjour et d'autre part, la création d'un nouvel élément matériel de l'infraction.

La proposition rend donc nécessaire l'existence d'un avantage financier ou matériel, ou la promesse, la recherche de celui-ci pour caractériser l'infraction : c'est une nouvelle exigence. Cependant, l'avantage en question peut être direct comme indirect et n'a pas besoin d'être acquis par la personne, mais seulement demandé ou reçu, ou accepté ou encore recherché. Une interprétation littérale du texte conduit à admettre que la personne ayant indirectement reçu la promesse d'un tel avantage puisse être poursuivie.

1.1.2. De nouvelles infractions

L'article 3.1(b) prévoit un nouvel élément matériel, indépendant des éléments de l'article 3.1(a), pouvant caractériser l'infraction de facilitation. En effet, l'article dispose que constitue une infraction le fait d'aider sciemment à entrer, séjourner, transiter lorsqu'**« il existe une forte probabilité de causer un préjudice grave à une personne »¹⁸⁶**. La notion est spéculative et n'implique pas nécessairement la constatation de préjudices, mais leur simple potentialité. La précarité des équipements, le manque de compétences, de précautions des personnes tenant la barre des embarcations en Méditerranée, ainsi que les conditions météorologiques et maritimes, seront autant d'éléments mobilisés par l'accusation pour alléguer un tel risque de préjudice.

¹⁸⁵ *Ibid.*, article 3.1 ; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

¹⁸⁶ Proposition de directive 2023/0439 *op.cit.* Article 3.1 (b).

L'article 3.2 introduit quant à lui une nouvelle infraction ne figurant ni au Protocole des Nations Unies du 15 novembre 2000 ni dans le droit de l'Union actuel :

*« constitue une infraction pénale le fait d'inciter publiquement des ressortissants de pays tiers à entrer, à transiter ou à séjourner sur le territoire de tout État membre en violation du droit de l'Union applicable [...] »*¹⁸⁷.

Cette infraction ne définit pas l'incitation, et ne dissocie pas de son champ d'application les informations pouvant être à destination des personnes entrant, transitant, séjournant légalement de celles concernant des situations illégales.

1.1.3. Une marginalisation de la protection de l'aide humanitaire

Les dispositions de la proposition ne réitèrent pas la protection, à la marge d'appréciation des Etats, prévue par l'article 1.2 de la directive de 2002.

Au contraire, les critiques de la société civile ne semblent pas avoir été entendues, le texte faisant simplement mention, en préambule, d'une hypothétique limite à l'application des critères des infractions à l'article 3.1 pour certains cas limités : *« Ces critères ne seront généralement pas remplis en cas d'aide entre des membres d'une même famille, d'assistance humanitaire ou d'appui aux besoins humains fondamentaux »*¹⁸⁸. Néanmoins, du fait de la non-appartenance de ce paragraphe au dispositif de la directive, celui-ci n'acquiert pas de caractère contraignant et ne peut que participer au travail d'interprétation du texte le cas échéant, conformément aux normes d'interprétation du droit international¹⁸⁹.

1.2. Les problématiques soulevées par la proposition de directive

La modification du droit en vigueur proposée par la Commission étend le champ d'application matériel des infractions malgré un défaut de clarté récurrent ([1.2.1](#)) et augmente l'importance des

¹⁸⁷ Proposition de directive 2023/0439 *op.cit.* Article 3.2 ; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

¹⁸⁸ Proposition de directive 2023/0439 *op.cit.* considérant (7) ; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

¹⁸⁹ CVDT. Article 31.2 : « 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ; b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

peines encourues (1.2.2). En parallèle, le texte diminue les garanties associées aux soutiens des personnes effectuant la traversée (1.2.3).

1.2.1. L'extension de la formule répressive aux dépends de la clarté des dispositions

La reformulation de l'infraction de facilitation à l'article 3 fusionne les différentes aides jusqu'ici distinctes. Le séjour dépend désormais des mêmes critères que l'entrée et le transit. Désormais, le « *but lucratif* » n'est plus à rechercher. De plus, la disposition 3.1(b), à l'instar de la disposition précédente, emploie des termes incertains : la notion de « *forte probabilité de causer un préjudice grave à une personne* » est particulièrement indéterminée. Au regard du caractère général et abstrait des dispositions, les nouveaux critères posés sont incertains et peu clairs et déprécient la sécurité juridique des personnes en ne limitant pas clairement le champ d'application des infractions par leur imprécision¹⁹⁰. Dans cette situation, au sens de l'article 3.1(a), de simples services « *normaux* » (bails, transports etc.), rendus contre paiement sans pour autant qu'il y ait une volonté d'exploitation de la personne en situation irrégulière, peuvent être poursuivis. Une telle extension des poursuites aggraverait la situation de précarité et d'isolement dans laquelle se trouve la plupart des personnes parvenant en territoire européen par la mer.

L'article 3.2 concerne davantage la solidarité apportée par la diffusion et l'échange d'informations à destination des personnes migrantes. Cet article vient directement se heurter à la liberté d'expression des personnes au sein de l'Union¹⁹¹ car il permet en théorie leur poursuite pour l'expression de ces échanges. À titre d'illustration, l'Italie a récemment clôturé quelques centaines de comptes libyens de réseaux sociaux fournissant des informations entrant dans le champ du futur article 3.2¹⁹². La disposition permettra la poursuite de personnes ressortissantes de l'Etat, diffusant des informations relatives à l'accès au droit ou encore à des services primaires indispensables (logements, sanitaires etc.) aux personnes en situation de précarité tout juste arrivées sur le territoire. Ces personnes pourront être de celles ayant réussi à rejoindre le territoire européen, et souhaitant informer leurs proches des risques liés à la traversée et des difficultés une fois sur place. Enfin, une ONG fournissant des informations comme des conseils juridiques, de l'aide aux démarches administratives ou de la documentation relative à des services dont pourrait bénéficier la personne en

¹⁹⁰ En effet, s'agissant de la facilitation du séjour aux termes de l'article 1.1(b), l'accusation doit aujourd'hui démontrer que la personne poursuivie a porté son « *aide sciemment, dans un but lucratif* ». Le « *but lucratif* » a donc été supprimé au profit des critères moins précis de l'article 3.1 (a).

¹⁹¹ Conv.EDH. Article 10 : « *1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. [...]* » ; CDFUE. Article 11 « *1. L'article 11 correspond à l'article 10 de la CEDH, qui se lit ainsi : 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations [...]* ».

¹⁹² ARCI Porco Rosso et Borderline europe. *From Sea to Prison: Report on the Criminalisation of Migrants for Driving Boats in the Central Mediterranean*. October 2021.

situation irrégulière (douches, restauration, hébergement solidaire etc.), pourra être inquiétée par la disposition¹⁹³. Cependant, le droit interne des Etats peut établir des exemptions pénales s'agissant des informations fournies sans contrepartie et dans un but humanitaire ; citons notamment l'article L823-9 du CESEDA :

*« L'aide à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 823-1 ou L. 823-2 lorsqu'elle est le fait :
[...]*

*3° De toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire »*¹⁹⁴.

1.2.2. Un durcissement des peines encourues

L'article 4 de la directive, complément de l'article 3, ne vise qu'à aggraver le caractère punitif de la politique migratoire européenne. Énumérant un ensemble de circonstances aggravantes, il pourrait conduire à des cas spécifiques de poursuites. A titre d'illustration, sur la base de l'article 3.1(b) avec comme circonstances aggravantes le point (d) de l'article disposant que : « [...] constitue une **infraction pénale aggravée** lorsque : (d) les **ressortissants de pays tiers qui ont été l'objet de l'infraction pénale étaient particulièrement vulnérables, y compris des mineurs non accompagnés** »¹⁹⁵. Une personne prenant la conduite d'une embarcation, à bord de laquelle se trouve un ou des mineurs seuls, et ne parvenant pas à empêcher le naufrage pourrait ainsi être l'objet de poursuites.

L'article 6 impose aux Etats membres une augmentation des seuils maximums d'années d'emprisonnement pour la commission ou la tentative de commission des infractions, et dans les cas aggravés mentionnés. Il prévoit également la possibilité de sanctions administratives, non pénales, supplémentaires¹⁹⁶. Il s'agit donc de consacrer la pratique des Etats d'emprisonnement et d'expulsion des personnes poursuivies pour avoir tenté de traverser la mer¹⁹⁷.

¹⁹³ A titre d'illustration des services donnés par la Cimade pouvant être concernés par la disposition, voir le rapport : La Cimade. *Délit de solidarité : Bref état des lieux en Europe. op.cit.* p15.

¹⁹⁴ Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

¹⁹⁵ Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

¹⁹⁶ Proposition de directive 2023/0439 *op.cit.* Article 6. À titre d'exemple, le point 5 prévoit la possibilité d'ordonner « le retour, après l'exécution de la peine dans un État membre ou pour purger la peine infligée, ou une partie de celle-ci, dans le pays tiers de retour ». Les points 2, 3 et 4, disposent de durées maximales d'emprisonnement d'au moins 3, 10 et 15 ans.

¹⁹⁷ ARCI Porco Rosso et Borderline Europe. *From Sea to Prison: Report on the Criminalisation of Migrants for Driving Boats in the Central Mediterranean. op.cit.* pp82 to 84.

1.2.3. L'absence de protection des soutiens des personnes tentant la traversée

Il faut noter que l'appartenance à une organisation criminelle ne constitue qu'une circonstance aggravante et non un critère nécessaire à la caractérisation de l'élément matériel de l'infraction¹⁹⁸. La protection accordée aux personnes agissant au titre de l'aide humanitaire est réduite à une mention aux considérants. On en déduit qu'en dépit de leurs réclamations, ces acteurs ne sont pas protégés par le texte¹⁹⁹. Au contraire, le dispositif ne nécessite pas l'acquisition d'un avantage matériel et financier, ce qui aurait pu, *a minima*, protéger ces personnes qui, par nature, ne poursuivent pas de but lucratif²⁰⁰. Enfin, les termes de la mention aux considérants restent généraux et indéfinis. Ne répondant pas aux attentes exprimées par les acteurs humanitaires, les notions d'assistance humanitaire ou d'appui aux besoins généraux ne sont pas précisées et renvoient à l'interprétation classique stato-centrée²⁰¹. Les familles des personnes entrantes, transitant ou séjournant illégalement ne sont pas plus protégées au titre de la directive. En effet, elles restent exposées au risque d'être poursuivies pour leur soutien à leurs proches, car le critère d'avantage financier ou matériel, ou de sa promesse, n'exclut pas de son champ d'application l'hypothèse des proches.

Cette absence de protection, d'exemption de la responsabilité pénale, constitue une harmonisation par le bas. En effet, il faudra rechercher des protections plus assurées en dehors du droit de l'Union, soit au niveau conventionnel, soit national. A titre d'exemple, bien que la France ait délictualisé de tels comportements d'entraide et de solidarité, les articles du CESEDA prévoyant ces délits, prévoient aussi des exemptions pénales consacrées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel :

« 12. Toutefois, l'aide apportée à l'étranger pour sa circulation n'a pas nécessairement pour conséquence, à la différence de celle apportée à son entrée, de faire naître une situation illicite. [...] »

14. Il résulte du 3 ° de l'article L. 622-4 que [...] seuls les actes de conseils juridiques bénéficient d'une exemption pénale quelle que soit la finalité poursuivie par la personne apportant son aide. Si l'aide apportée est une prestation de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux, la personne fournissant cette aide ne bénéficie d'une immunité pénale que si cette prestation est destinée à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger. L'immunité n'existe, pour tout autre acte, que s'il vise à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger. Toutefois, ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître

¹⁹⁸ Proposition de directive 2023/0439 *op.cit.* Article 4(a) : « l'infraction pénale a été commise dans le cadre d'une organisation criminelle au sens de la décision-cadre 2008/841/JHA du Conseil ».

¹⁹⁹ PICUM. *How the new EU Facilitation Directive furthers the criminalisation of migrants and human rights defenders.* June 2024.

²⁰⁰ Avec comme nuance que l'avantage matériel ou financier reste moins défini en droit que la notion de but lucratif.

²⁰¹ PICUM. *How the new eu facilitation directive furthers the criminalisation of migrants and human rights defenders.* *op.cit.* pp9 and 10.

le principe de fraternité, être interprétées autrement que comme s'appliquant en outre à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire »²⁰².

Le CESEDA contient des exemptions explicites ne s'appliquant que dans les cas d'aide au séjour ou à la circulation, l'aide à l'entrée n'en bénéficie pas²⁰³. Conformément à la directive en vigueur, les autres Etats membres ont pu décider d'adopter ou non de telles exemptions²⁰⁴.

La criminalisation de la solidarité a pour conséquence d'infliger des amendes, l'exclusion de régime d'avantages et d'aides publics, et d'autres sanctions à l'encontre des personnes morales éventuellement impliquées. Il est donc nécessaire de construire une stratégie de défense mobilisable dans un contexte de globalisation de la répression en matière migratoire, afin d'éviter de graves conséquences comme la privation de liberté, l'expulsion du territoire, la sanction pécuniaire et l'isolation des personnes rejoignant l'Europe par la Méditerranée.

²⁰² Cons. const. *M. Cédric H. et autre*. Décision n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018. Considérants 12 et 14 ; CESEDA. Articles L823-1 à L823-10, en particulier L823-9 ; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

²⁰³ Cour de cassation, Chambre crim., 25 janv. 2023. *op.cit.* §20.

²⁰⁴ Le droit grec et le droit espagnol prévoient des exemptions pour les membres de la famille de la personne aidée, ou dans les cas d'aide humanitaire, aux articles 30 de la loi 4251 Code de l'immigration et de l'intégration sociale et autres dispositions, et 318 bis du Code pénal espagnol. A l'inverse, l'Italie ne prévoit pas de telles exemptions.

2. Arguments et stratégies juridiques mobilisables

L'harmonisation du droit pénal des Etats proposée par la Commission a pour vocation d'entraîner une série de lois de transposition. En vertu du droit de l'Union ceux-ci ont l'obligation de transposer les directives adoptées²⁰⁵. Cette obligation a conduit à un encadrement par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) de la marge d'appréciation des Etats²⁰⁶. En effet, les Etats doivent transposer les directives sans les priver de leur but ni de leur objet, soit du fait d'une transposition incorrecte, soit de l'adoption d'un autre acte contraire. La transposition doit se faire à la lumière du droit communautaire et de ses principes ; les Etats ne respectant pas leur obligation peuvent voir leur responsabilité engagée, notamment en droit interne. Les poursuites engagées contre des personnes migrantes sur la base des transpositions du droit de l'Union permettront de contester la licéité des dispositions (2.1). La dimension régionale de ce contentieux peut permettre de favoriser l'émergence de stratégies plus vastes de contestation de la politique européenne de criminalisation : la médiatisation du régime pénal, la documentation collective des pratiques judiciaires et policières (2.2).

2.1. La contestation de la validité des poursuites

Les lois de transposition constituent la base légale des poursuites, il est donc possible de contester leur validité en arguant de leur non-conformité au regard du droit de l'Union (2.1.1) ou au regard du droit constitutionnel de l'Etat (2.1.2). En dernier ressort, il est possible d'alléguer la violation des droits de la Conv.EDH devant la Cour de Strasbourg afin d'obtenir réparation du préjudice causé par l'Etat (2.1.3).

2.1.1. Conformité au regard du droit de l'Union européenne

Le Traité sur l'Union européenne (TUE) confère à la CJUE le rôle de gardienne de l'ordre juridique de l'Union. A cette fin, la Cour est compétente en matière de contrôle de légalité des actes législatifs et des actes du Conseil, de la Commission et du Parlement européen, du Conseil européen « destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers »²⁰⁷. Le TFUE consacre différentes voies

²⁰⁵ TFUE. Article 288. Conformément aux principes d'effet direct et de primauté du droit de l'Union consacrés dans les arrêts CJCE. *Van Gend en Loos* (C-26-62), 5 février 1963 et CJCE. *Costa c. ENEL* (C-6/64), 15 juillet 1964 ; CJUE. *Danske Svineproducenter* (C-491/06), 8 mai 2008. §28 ; CJUE, [GC] *Nord Stream 2 AG contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-348/20), 12 juillet 2022.

²⁰⁶ La Cour a pu affirmer qu'il revient aux juges nationaux de garantir le respect du droit communautaire notamment s'agissant des directives. CJCE. *Simmenthal* (C-106-77), 9 mars 1978.

²⁰⁷ TFUE. Article 263 : « La Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Elle contrôle

de recours : le recours en annulation²⁰⁸ et la possibilité pour les juridictions nationales, de poser une question préjudicielle à la Cour²⁰⁹ dont il convient d'examiner les conditions de recevabilité (2.1.1.1) et les moyens à soulever au fond (2.1.1.2).

2.1.1.1. Les conditions de recevabilité des recours

Le recours en annulation devant la CJUE : L'intérêt d'un tel recours est de pouvoir annuler totalement ou partiellement l'acte, privant de base légale communautaire la politique de criminalisation des Etats membres. Les conditions du recours sont les suivantes.

Tout d'abord, le recours doit être formé à l'encontre d'un acte correspondant aux « *actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers* »²¹⁰. Sont ainsi entendus comme actes législatifs contestables les actes adoptés par le législateur de l'Union. Une directive constitue un acte législatif seulement si adoptée par procédure législative²¹¹. Le recours formé contre une proposition d'acte est donc irrecevable²¹².

Ensuite, l'article 263 impose des conditions spécifiques aux personnes physiques et morales qui ne figurent pas parmi les requérants privilégiés mentionnés aux paragraphes 2 et 3. Ces requérants dits « *ordinaires* » doivent prouver qu'ils sont soit destinataires de l'acte, soit directement et individuellement concernés. Les associations, en tant que personne morale, bénéficient du statut de requérant ordinaire défini au paragraphe 4 de l'article 263. La jurisprudence de la Cour, depuis l'arrêt *Plaumann*²¹³ et malgré l'adoption de l'article 263 élargissant les hypothèses de recours en annulation²¹⁴, a cristallisé une interprétation restrictive des conditions de recevabilité pour les requérants ordinaires. Ainsi, le tribunal de l'Union confirmait

aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers ».

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ TFUE. Article 267 : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

²¹⁰ Cette condition renvoie à l'influence de l'acte sur la situation juridique des personnes : la création d'obligations, ou de créances ; les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

²¹¹ TFUE. Article 289 : « La procédure législative ordinaire consiste en l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision conjointement par le Parlement européen et le Conseil, sur proposition de la Commission. Cette procédure est définie à l'article 294 [...] ».

²¹² Tribunal de première instance de l'Union européenne. *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Commission*, (affaire T-526/10, voir CP n° 55/13), 25 avril 2013.

²¹³ CJCE. *Plaumann* (25/62), du 15 juillet 1963.

²¹⁴ Entrée en vigueur du TFUE le 1er décembre 2009.

encore en 2014, dans l'affaire *Industrie Cartarie Tronchetti Ibérica*²¹⁵ qu'une directive n'est pas, en principe, de nature à affecter directement la situation juridique des personnes, en l'espèce d'opérateurs économiques. Cependant, par son arrêt en grande chambre du 12 juillet 2022, la Cour a affirmé que « ***tout acte, qu'il soit de nature réglementaire ou d'une autre nature, peut, en principe, concerner directement un particulier, et ainsi produire directement des effets sur la situation juridique de celui-ci, indépendamment du fait de savoir s'il comporte des mesures d'exécution, y compris, s'agissant d'une directive, des mesures de transposition*** »²¹⁶. Il faut donc que le requérant expose en quoi la directive l'affecte directement et individuellement, les critères étant cumulatifs²¹⁷. Est de jurisprudence constante que :

*« Une personne physique ou morale doit être directement concernée par la mesure faisant l'objet de son recours requiert que deux conditions soient cumulativement satisfaites, [...] d'une part, produise directement des effets sur la situation juridique de cette personne et, d'autre part, ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires chargés de sa mise en œuvre »*²¹⁸.

Si le requérant démontre être directement concerné par l'acte attaqué, il doit néanmoins encore démontrer en quoi celui-ci l'affecte individuellement. L'arrêt *Plaumann* établissait que la décision devait atteindre les personnes « *en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre* ». Depuis lors, la Cour a appliqué une interprétation restrictive de la notion. Néanmoins, elle a pu reconnaître ce critère dans certains cas. Ainsi, un règlement affecte individuellement le requérant, en concernant une matière première centrale pour son activité commerciale²¹⁹. Il est donc essentiel pour le requérant d'alléguer l'existence de contraintes nouvelles procédant des obligations consacrées par les dispositions attaquées.

Par ailleurs, la marge d'appréciation de l'autorité chargée de l'exécution de l'acte doit également être prise en compte. Or, une directive implique par nature l'adoption de mesures de transposition laissant aux États une certaine latitude. Toutefois, la Cour a pu considérer :

« sans incidence, en tant que tel, le fait que la mise en œuvre de ces obligations requiert l'adoption de mesures de transposition par l'État membre concerné [...], pour autant que cet État membre ne jouisse pas d'une marge d'appréciation à l'égard de ces mesures de

²¹⁵ TPIUE. *Industrie Cartarie Tronchetti Ibérica c/ Commission*, (affaire T-244/13), 7 juill. 2014. §30.

²¹⁶ CJUE, [GC] *Nord Stream 2 AG contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne. op.cit.* ; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

²¹⁷ *Ibid.* p.42

²¹⁸ *Ibid.* p.43; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

²¹⁹ CJCE. *Extramet Industrie c. Conseil* (C-358/89), 16 mai 1991. §§16 à 18.

transposition, susceptible d'empêcher que lesdites obligations soient imposées à la requérante »²²⁰.

Pour établir l'absence de marge d'appréciation accordée aux États membres, la Cour précise qu'elle l'évalue en fonction des effets juridiques concrets du recours sur la situation de l'intéressé²²¹. Ainsi, le requérant peut démontrer que certaines dispositions de l'acte ne laissent aucune latitude aux États²²². Dans l'affaire *Nord Stream 2 AG*, la Cour conclut que les dispositions contestées et la situation concrète de la requérante démontrent une absence de marge « *susceptible d'empêcher que lesdites obligations soient imposées à la requérante* ».

Enfin, la partie requérante doit démontrer sa capacité et son intérêt à agir contre l'acte²²³. Concernant l'intérêt à agir, le requérant doit démontrer que l'annulation de l'acte totale, ou partielle, lui procure un bénéfice. Cet intérêt doit être personnel, né et actuel²²⁴. Il peut en outre être futur s'il est démontré que l'atteinte est certaine²²⁵.

En l'espèce, la proposition de directive de la Commission ne peut pas être contestée puisqu'elle ne produit pas encore d'effet, seule la directive adoptée peut l'être. Dans l'hypothèse d'un recours en annulation par une association, celle-ci jouit de la capacité à ester en justice en vertu de son statut de personne morale, principalement apprécié par la Cour au regard du droit interne pertinent. En droit français, une telle association peut acquérir la personnalité juridique dès lors que ses membres fondateurs effectuent la déclaration publique prévue par la loi du 1^{er} juillet 1901²²⁶.

La démonstration de l'intérêt à agir s'évalue, en l'espèce, en fonction de l'objet social et de l'activité de l'association, ainsi que du contenu même de la directive. En reprenant les dispositions de la proposition initiale, la directive impose de nouvelles obligations de nature pénale, qui devront être transposées par les États. L'article 3.2 interdit le partage public d'informations relatives à l'entrée, au transit et au séjour sur le territoire, ce qui affecte directement l'association requérante dont l'activité consiste précisément à soutenir les primo-arrivants, y compris les migrants visés par le texte. De plus,

²²⁰ *Ibid.* p.76; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

²²¹ *Ibid.* p.97.

²²² *Ibid.* p.99.

²²³ CJUE. *Andechser Molkerei Scheitz c. Commission* (C-682/13 P), 4 juin 2015. §27.

²²⁴ CJCE. *Schloh c. Conseil* (85/82), 30 juin 1983. §14 ; TPIUE. *Salvat père & fils e.a. c. Commission*, (affaire T-136/05) 20 sept. 2007. §34.

²²⁵ TPIUE. *NBV et NVB c. Commission*, (affaire T-138/89) 17 sept. 1992. §33.

²²⁶ Loi du 1^{er} juillet 1901. Article 6 : « *Toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en justice, recevoir des dons manuels ainsi que des dons d'établissements d'utilité publique, acquérir à titre onéreux, posséder et administrer, en dehors des subventions de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics : 1° Les cotisations de ses membres ; 2° Le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres ; 3° Les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose [...]* ».

l'article 8 prévoit des sanctions strictes en cas de non-respect de cette interdiction, notamment des amendes dont le montant minimum ne pourra pas être réduit par les États. Enfin, l'article 3.1 définit l'infraction d'aide à l'entrée, au transit et au séjour de manière à inclure potentiellement les actions de l'association, notamment en matière de sauvetage en mer, ce qui pourrait l'empêcher de poursuivre sa mission. Ainsi, la directive crée des contraintes juridiques et des risques de sanctions qui impactent directement l'association, justifiant ainsi son intérêt à agir.

En complément de ces premiers points, le requérant doit démontrer que certaines dispositions de la directive produisent des effets sur sa situation juridique, dont les mesures de transposition des États membres sont insusceptibles d'en suspendre les effets. De plus, il doit aussi caractériser en quoi ces effets impactent particulièrement sa situation de fait, en faisant peser sur son activité de nouvelles contraintes. En s'appuyant sur l'intérêt à agir, on peut invoquer une modification de la situation juridique de l'association en raison des obligations de ne pas faire imposées par la directive. Bien que nécessitant une transposition, ces obligations pénales ne permettent pas aux États de suspendre leur application. Ils doivent instaurer les sanctions prévues, la directive exigeant des « *mesures nécessaires pour que toute personne morale tenue pour responsable conformément à l'article 7 fasse l'objet de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives* »²²⁷. Étant contraint par ces obligations de ne pas faire, le requérant démontre être individuellement concerné par les dispositions dès lors que celles-ci ont pour objet un certain nombre d'éléments centraux pour son activité. Ainsi, l'association pourra être poursuivie sur la base de l'article 3.1 dès lors qu'elle vient en aide aux personnes entrant sur le territoire d'un État membre de l'Union, ou sur la base de l'article 3.2, pour son partage d'informations susceptibles de concerner de telles personnes et d'être interprété comme incitatif par les autorités répressives.

Soulever une question préjudicielle auprès de la CJUE : Une question préjudicielle peut être soulevée par le requérant dans le cadre d'un recours contre la transposition de la directive adoptée sur la base du texte de la Commission. En effet, conformément au droit au recours effectif consacré à l'article 47 de la CDFUE, une personne physique ou morale dispose de la capacité à ester en justice devant le juge national qui peut ou qui doit, en vertu du principe de complémentarité, soulever une question préjudicielle devant la Cour²²⁸.

²²⁷ Proposition de directive 2023/0439. *op.cit.* Article 8.

²²⁸ TUE. Article 19§3 b) : « 3. La Cour de justice de l'Union européenne statue conformément aux traités : b) à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'actes adoptés par les institutions » ; TFUE. Article 267 : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour

La question préjudicielle consacrée à l'article 267 du TFUE est, dans le présent cas, relative à la validité de la directive et non uniquement à son interprétation. Elle doit être soulevée par un juge national saisi d'un litige auquel le demandeur allègue l'invalidité de l'acte. L'acte en question bénéficie alors d'une présomption de validité qui, pour être renversée, oblige le juge à surseoir à statuer et à saisir la Cour. Une telle voie contentieuse comporte un ensemble d'obligations qui s'imposent au requérant. Tout d'abord, un délai de forclusion de deux mois est opposable dès lors que le requérant peut saisir la juridiction de l'Union d'un recours en annulation²²⁹. Ensuite, l'article 267 dispose que la « *question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres* », la jurisprudence considère une entité comme juridiction nationale lorsqu'elle a une origine nationale, une permanence, une nature contradictoire, indépendance et que ses décisions revêtent un caractère obligatoire²³⁰. Enfin, la question doit entrer dans le champ du droit de l'Union et établir le lien entre l'acte contesté et le droit mobilisé.

En l'espèce, l'acte attaqué est une directive visant à harmoniser le droit pénal des Etats, la transposition d'une telle directive est contestable en droit interne. Étant donné la possibilité pour le requérant de former un recours en annulation devant la Cour, il faudra, à peine d'irrecevabilité, veiller au respect des délais. En France, l'autorité judiciaire est « *gardienne de la liberté individuelle* »²³¹. La contestation de la conventionalité de la loi transposant la directive devant celle-ci permet au requérant de demander au juge de soulever une question préjudicielle sur la validité de la directive. La demande du requérant soulève l'illicéité de la directive au regard de droits garantis par la CDFUE, de certains engagements internationaux de l'Union et de dispositions de droit dérivé. De plus, la question de la validité de la directive est pertinente au litige, en cela que l'acte fonde la loi de transposition sur laquelle reposent les poursuites judiciaires, sources du contentieux.

2.1.1.2. Les moyens sur le fond des recours

En tant que gardienne de l'ordre juridique de l'Union, la Cour doit garantir le respect du droit primaire et des engagements internationaux de l'Union, ainsi que des actes dérivés en vigueur, adoptés par ses institutions. Le recours en annulation et la possibilité du renvoi préjudiciel en validité d'un acte sont deux voies contentieuses distinctes permettant de contrôler la licéité d'un acte dérivé.

statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. ».

²²⁹ CJCE. *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH* (C-188/92), 9 mars 1994.

²³⁰ CJCE. *Vaassen Gobbels* (aff. 61/65), 30 juin 1966.

²³¹ Constitution du 4 octobre 1958. Article 66 : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.* ». Pour la Grèce, voir l'article 87.1 de la Constitution, l'article 117 de la Constitution Espagnole, et 101 de la Constitution de la République Italienne.

A cette fin, le requérant peut soulever des moyens d'annulation dénonçant l'erreur de droit des autorités à l'origine de l'acte.

Le requérant peut donc alléguer l'invalidité de la directive au regard des principes et droits consacrés par la CDFUE. Dans sa décision *Digital Rights Ireland*²³², la Cour de l'Union a par exemple sanctionné la directive 2006/24/CE relative à la conservation des données pour violation des articles 7 et 8 de la Charte relatifs au *respect de la vie privée et familiale* et à la *protection des données à caractère personnel*.

L'article 49 de la CDFUE consacre le *principe de légalité et de proportionnalité des délits et des peines*²³³. De l'interprétation de ce principe par la Cour découle d'une exigence de clarté en matière d'infraction pénale dans le but de garantir la sécurité juridique des personnes :

*« S'agissant des exigences découlant du principe de légalité des délits et des peines, il convient de relever, [...] que, en vertu de ce principe, les dispositions pénales doivent respecter certaines exigences d'accessibilité et de prévisibilité en ce qui concerne tant la définition de l'infraction que la détermination de la peine [...] »*²³⁴.

La CJUE consacre le même sens et la même portée donnée à l'article 7 paragraphe 1 de la Conv.EDH et à l'article 49 de la CDFUE²³⁵, qui exige que la directive « *définisse de manière claire les infractions et les peines qui les répriment* », de sorte que « *le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale* »²³⁶.

En l'espèce, s'agissant de l'exigence de clarté des dispositions, plusieurs arguments peuvent être développés.

L'indétermination du champ matériel de l'infraction disposée à l'article 3.1(a) de la proposition de directive porte atteinte au principe. En effet, la multiplicité et l'abstraction des différentes hypothèses pour lesquelles une personne peut être sanctionnée contreviennent aux garanties du principe. De simples services « *normaux* » (bails, transports etc.) peuvent entrer dans le champ d'application matériel de l'infraction. En effet, une interprétation littérale des termes ne conduit par exemple pas à dégager la nécessité d'un élément intentionnel voulant que la personne fournisse son aide dans un but

²³² CJUE. *Digital Rights Ireland* (C-293/12), 8 avril 2014.

²³³ En droit français le principe est consacré à l'article 8 de la DDHC et dans le code pénal (article 132-1). En droit italien le principe est garanti à l'article 13 de la Constitution et à l'article 133 du code pénal, et en droit grec à l'article 25§1 de la Constitution.

²³⁴ CJUE. [GC] *Procédure pénale c. M.A.S. et M.B.* pp.9 -10 ; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

²³⁵ *Ibid.* §54.

²³⁶ *Ibid.* §56 ; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

d'exploitation de la situation irrégulière de la personne. Celle-ci peut, en effet, être poursuivie pour avoir seulement reçu la promesse d'un avantage matériel ou financier, sans pour autant que soit démontré son intention d'en tirer avantage.

D'autres dispositions sont vectrices d'incertitude. L'article 3.1(b) avec la notion de « *probabilité de causer un préjudice grave à une personne* ». De plus, le législateur, transposant cette disposition, pourrait employer des termes plus précis. Ainsi, la question de l'intentionnalité, de la négligence, sera primordiale. En effet, si la transposition tend à consacrer une infraction grave sur la base d'un comportement négligent, c'est-à-dire non-intentionnel, alors le juge devra sanctionner cette transposition en violation du principe de proportionnalité consacré par la Charte.

En l'espèce, une personne poursuivie pour avoir conduit une embarcation, transportant entre autres des mineurs non accompagnés, par temps de tempête, sur la base de l'existence alléguée d'une forte probabilité de causer un préjudice grave à une personne, peut se prévaloir du caractère incertain de l'infraction. Ici, le caractère spéculatif et indéterminé de la notion de *forte probabilité de causer un préjudice grave* devra conduire le juge pénal à écarter la loi de transposition, du fait de l'inconventionnalité de la directive violant les exigences du principe de légalité pénale largement consacré en droit international et européen^{237, 238}.

Enfin, l'article 3.2 concernant le *fait d'inciter publiquement des ressortissants de pays tiers à entrer, à transiter ou à séjourner* porte en lui de nombreux écueils. L'incitation n'y étant pas définie, et la nature ou qualité des informations susceptibles de constituer celle-ci pas davantage, le risque de confusion entre informations à destination de personnes en situation régulière ou non est manifeste. En l'espèce, des personnes, soutiens volontaires ou non, des personnes en situation d'entrée, de transit ou de séjour irrégulier sur le territoire, pourraient être poursuivies pour la diffusion d'informations pertinentes à l'égard de ces personnes. De même, en l'absence de précision, l'incitation pourrait être constituée par la diffusion d'informations sans destinataires précis, mais seulement publiquement accessibles.

²³⁷ Conv.EDH. Article 7 : « *Pas de peine sans loi. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* » ; CDFUE. Article 49 : « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international* » ; PIDCP. Article 15 : « *Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises* » ; CJUE. *Amtsgericht Bruchsal c. Germany* (C-405/10), 10 novembre 2011. §48 ; CJUE. [GC] *Procédure pénale c. M.A.S. et M.B.* (C-42/17), 5 décembre 2017. pp9 et 10.

²³⁸ D'autant plus que sur la base de l'article 4 (d) et 6.3, la personne encourt en l'espèce une peine d'emprisonnement maximale d'au moins dix ans. La peine devant être proportionnelle à la gravité du comportement proscrit. Au regard de l'absence d'intentionnalité caractérisant l'infraction ici sanctionnée, le juge écartera la disposition afin de garantir le principe de proportionnalité la loi pénale.

Le requérant peut aussi soutenir l'invalidité de la directive au regard des engagements conventionnels de l'Union. En effet, en tant que sujet du droit international, l'Union a la capacité d'exprimer son engagement par la voie des traités et conventions internationaux, dans la limite de ses compétences. Ses engagements internationaux lient l'Union et ses membres et priment sur ses actes dérivés²³⁹.

Néanmoins, pour être recevable, le recours doit invoquer des dispositions claires et précises de l'engagement international, d'effet direct²⁴⁰.

L'Union est ainsi membre du Protocole additionnel du 15 novembre 2000 des Nations Unies. La jurisprudence de la Cour élabore des critères pour l'application du contrôle de conventionnalité. L'Union doit être liée par la convention, en l'espèce elle l'est par approbation du 6 septembre 2006, après signature du 12 décembre 2000²⁴¹.

De plus, « *la nature et l'économie* » du traité ne doivent pas s'opposer au contrôle et ses dispositions doivent être « *inconditionnelles et suffisamment précises* »²⁴². Or l'objet du protocole est de « *protéger et d'aider les victimes d'une telle traite en respectant pleinement leurs droits fondamentaux* », dans le contexte d'infractions de nature transnationale commises par un groupe criminel organisé. Pour ce faire, il définit la qualité de victime de la traite qui bénéficie d'un régime de protection et de droits en vertu de ce statut.

Une personne contrainte, menacée ou forcée à conduire une embarcation par un tel groupe, indépendamment de l'expression ou non de son consentement, est une « *victime de la traite* »²⁴³. En cette qualité, le protocole aux articles 6 et 7 confère des droits et obligations invocables à l'encontre de l'Etat²⁴⁴. En l'espèce, le protocole prime par nature sur la directive, mais également en substance du fait du principe *lex specialis derogat legi generali*. En effet, le champ d'application du protocole indique la spécificité de celui-ci : il concerne les victimes de la traite. Ainsi, la directive ne peut être

²³⁹ TFUE. Article 216§2 : « 1. L'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque les traités le prévoient ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. 2. Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres » ; CJCE. *Haegeman* (C-181/73), 30 avril 1974. p.459, §5.

²⁴⁰ CJUE. *Intertanko c. Secretary of State for Transport* (C-308/06), 3 juin 2008.

²⁴¹ *Ibid.*, §44.

²⁴² *Ibid.*, §45.

²⁴³ Voir partie 5.3 *Le droit des victimes de la traite des personnes*.

²⁴⁴ *Ibid.*, L'article 6.2 (a) consacre une obligation de moyen s'agissant de l'accès aux informations sur les procédures judiciaires et administratives applicables. L'article 6.3 consacre obligation du même type s'agissant du rétablissement physique, psychologique et social des victimes de la traite des personnes. Enfin, l'article 7 dispose d'un engagement de l'Etat de prendre des « *mesures appropriées qui permettent aux victimes de la traite des personnes de rester sur son territoire, à titre temporaire ou permanent* ».

interprétée comme permettant la poursuite d'une personne pour des actes relevant de son exploitation au sens de l'article 3, à défaut, elle ne serait pas compatible avec le protocole.

S'agissant toujours de la compatibilité de la directive, si le juge ne reconnaît pas de dispositions claires et précises opposables, il est néanmoins tenu de tenir compte du Protocole dans son interprétation de la directive en vertu du principe de bonne foi²⁴⁵. Or, permettre la poursuite de personnes, sur la base des comportements caractérisant leur appartenance au régime de protection spécifique du protocole, revient pour l'Union et ses Etats à s'opposer à la poursuite des objectifs auxquels ils se sont engagés.

En dernier lieu, la directive entre en conflit avec une norme de même valeur : la directive *concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes*, du 5 avril 2011^{246, 247}. Cette dernière prévoit un régime protecteur des victimes de la traite des personnes. Reprenant les mêmes éléments de qualification des victimes que le Protocole des Nations Unies, ce texte ajoute un article 8 établissant l'engagement des États à ne pas poursuivre ou appliquer de sanctions à l'égard des victimes, au sens de l'article 2 de la directive.

Ainsi, dès lors qu'une personne a conduit une embarcation interceptée en mer Méditerranée par les autorités, du fait de la contrainte — c'est-à-dire en étant en situation d'exploitation — l'État ne doit pas la poursuivre sur la base de tels actes. En cas de poursuites, en vertu du principe de *lex specialis derogat legi generali*, et du fait du caractère spécifique du texte, celui-ci doit primer et conduire le juge à écarter l'application du droit pénal.

2.1.2. Conformité au droit interne

La contestation devant le juge national de la constitutionnalité des dispositions fondant les poursuites est possible, quoique délicate. En effet, le principe de primauté du droit européen au sein des Etats membres bénéficie d'une admission consensuelle parfois garantie par la Constitution même des Etats²⁴⁸.

²⁴⁵ CVDT. Article 26. *Pacta Sunt Servanda*. Article 31. *Règle générale d'interprétation*. Ces articles sont identiques aux termes de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986, et de droit coutumier reconnu dans l'arrêt CJUE. *Intertanko c. Secretary of State for Transport*. *op.cit.* §52.

²⁴⁶ Directive 2011/36/UE. *Concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes*. 5 avril 2011.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Constitution du 4 octobre 1958. Article 55 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par*

Néanmoins, certains États peuvent être enclins à contrôler la conformité de la transposition du droit de l'Union au regard de leurs exigences constitutionnelles²⁴⁹. Le Conseil constitutionnel français, nonobstant l'article 55 de la Constitution disposant de la primauté des conventions sur le droit interne, a pu reconnaître : « [...] **que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti** »²⁵⁰. Le Conseil d'Etat a repris cette jurisprudence en des décisions successives²⁵¹ :

« [...] *qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées* »²⁵².

Ces décisions ne doivent cependant pas faire naître l'idée d'un contrôle strict de constitutionnalité du juge français des transpositions du droit communautaire. Ce contrôle est limité au cas dans lequel les principes constitutionnels invoqués sont de la plus haute importance, c'est-à-dire relèvent de l'identité constitutionnelle française. Il s'agit, dans le cas présent, de droits et libertés fondamentales ou de principes protecteurs fondamentaux tels que l'accès au juge et le droit à un procès équitable, le principe de légalité des peines, ou encore le principe de fraternité. Cependant, ces exigences constitutionnelles atteintes ne doivent pas, en la matière, être garanties par d'autres principes communautaires s'imposant à la transposition de la directive.

Un exemple de cette stratégie consiste en la contestation des dispositions de transposition des infractions, en alléguant une violation du principe de fraternité consacré par le Conseil constitutionnel²⁵³. Cette contestation devant le juge national français fonde alors un débat autour des

l'autre partie » ; Constitution espagnole. Article 93 : « *Il incombe aux Cours ou au gouvernement, selon le cas, de garantir le respect de ces traités et des résolutions émises par les instances internationales ou supranationales chargées de la cession* » [Traduction non officielle] et Tribunal constitutionnel. *Déclaration* 1/2004. 13 décembre 2004 ; Constitution grecque. Article 28§2 : « *Les règles du droit international généralement reconnues, ainsi que les conventions internationales dès leur ratification par la loi et leur entrée en vigueur conformément aux dispositions de chacune d'elles, font partie intégrante du droit hellénique interne et priment toute disposition de loi contraire* ».

²⁴⁹ S'agissant du Tribunal constitutionnel espagnol, il annonce dans sa *Déclaration* 1/2004, une réserve de compétence lui permettant de contrôler l'intégration du droit communautaire « *dans la mesure où le droit européen est compatible avec les principes fondamentaux de l'État social et démocratique de droit établi par la Constitution nationale* » (FJ n° 2). En Italie, la Cour constitutionnelle a dans son arrêt du 14 décembre 2017, n°269 disposé qu'en cas de doute sur la licéité de la loi au regard de la Constitution et de la CDFUE, alors le contrôle de constitutionnalité doit prévaloir, sans préjudice de la possibilité d'un renvoi préjudiciel à la CJUE.

²⁵⁰ Cons. const. Décision n° 2006-540 DC. *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. 27 juillet 2006. Considérant 19 ; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

²⁵¹ CJUE. *French Data Network*. *op. cit* ; CE. Ass., *Arcelor*. 8 février 2007, n° 287110.

²⁵² CE. Ass., *Arcelor*., *op.cit.* considérant 10 ; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

²⁵³ Cons. const. Décision n° 2018-717/718 QPC. *M. Cédric H. et autre*. *op.cit.*

garanties du principe de fraternité s'agissant de l'aide humanitaire et des membres de la famille concernant l'aide à la circulation et au séjour sur le territoire²⁵⁴.

La jurisprudence du Conseil établit qu'une modification des articles L832-1 et suivants du CESEDA, visant à permettre la poursuite d'un conducteur de bateau sur la base de l'article 3 de la directive pour l'aide au transit ou au séjour, doit être conforme à la Constitution. Une telle modification serait inconstitutionnelle si le prévenu est un membre de la proche famille ou le conjoint de la personne aidée. Elle le serait également en cas « *d'acte d'aide dans un but humanitaire* »²⁵⁵. En l'espèce, la loi de transposition devra être soit contestée avant sa promulgation par la saisine du Conseil afin qu'il exerce son contrôle *a priori*²⁵⁶, soit au moyen d'une question prioritaire de constitutionnalité à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction pénale²⁵⁷.

2.1.3. Conformité à la Conv.EDH

Enfin, dans le cadre du droit européen, la Conv.EDH instaure des garanties essentielles applicables aux personnes migrantes. Or, la proposition relative à l'immigration irrégulière au sein de l'Union européenne tend à instaurer un cadre normatif affectant ces garanties fondamentales. Le droit à un procès équitable, le principe de légalité en droit pénal, le droit au respect de la vie privée et familiale, ainsi que la prohibition de toute forme de discrimination²⁵⁸, seront substantiellement violés. En effet, dès lors que la solidarité familiale, l'assistance humanitaire et la satisfaction des besoins humains fondamentaux seront entravés par les poursuites, sur la base des transpositions de la directive.

En outre, des atteintes graves ont déjà été constatées en matière d'arrestations. Révélant des violations flagrantes du principe d'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, ainsi

²⁵⁴ Le droit grec et le droit espagnol prévoient des exemptions aux articles 30 de la loi 4251 Code de l'immigration et de l'intégration sociale et autres dispositions, et 318 bis du Code pénal espagnol.

²⁵⁵ Cons. const. Décision n° 2018-717/718 QPC. *M. Cédric H. et autre. op.cit.* Considérant 14.

²⁵⁶ Constitution du 4 octobre 1958. Article 61§2 : « *Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs* ».

²⁵⁷ Constitution du 4 octobre 1958. Article 61-1 : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* » ; voir Ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, articles 23-1 à 23-12 pour un détail des conditions de recevabilité du moyen.

En Italie l'article 134 de la Constitution consacre à la Cour constitutionnelle la compétence de contrôle de « la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi de l'État et des Régions », en Grèce les articles 93 et 100 consacrent un contrôle diffus, par les juges ordinaires pouvant écarter la loi, et par la Cour pouvant juger des « contestations sur l'inconstitutionnalité de fond ou sur le sens des dispositions d'une loi formelle, au cas où le Conseil d'État, la Cour de cassation ou la Cour des comptes ont prononcé des arrêts contradictoires à leur sujet ». En Espagne, les articles 161 et 163 de la Constitution consacrent un contrôle concentré par le Tribunal constitutionnel.

²⁵⁸ Respectivement consacrés aux articles 6, 7.1, 8 et 14 de la Conv.EDH.

que du droit à la liberté et à la sûreté et au recours effectif²⁵⁹. La mise en œuvre de cette directive ne fera qu'exacerber ces situations, entraînant une surcharge des juridictions nationales par des affaires impliquant des individus sollicitant la reconnaissance de leurs droits fondamentaux ou l'exercice de la solidarité humanitaire.

Dès lors, il faudra être en mesure de porter le contentieux devant la CEDH après épuisement des voies de recours internes²⁶⁰. Mais une telle action nécessite un certain nombre de moyens dont ne disposent généralement pas les personnes poursuivies dans ces affaires.

2.2. Éléments de stratégie à moyen et longs termes

Les hypothèses de recours devant les juridictions européennes et nationales exposent la dimension régionale de ce contentieux. Or, l'enjeu des différents contentieux est, certes, avant tout juridique, mais il est aussi stratégique. En effet, la criminalisation implique un travail d'interprétation des notions juridiques. Ce travail ne doit pas être le fait unilatéral des ministères publics, le débat porté au prétoire doit apporter de la contradiction et celle-ci une médiatisation favorable du régime pénal (2.2.1). Enfin, ce travail interprétatif doit se fonder sur un travail de documentation et d'expertise collective du terrain permettant de ne pas dénaturer les faits (2.2.2).

2.2.1. L'enjeu de l'interprétation des termes : l'exemple du Kinsa Case

Le *Kinsa Case* est une campagne judiciaire d'une juriste italienne, Francesca Cancellaro, mobilisant la société civile italienne en vue de transformer le procès de O.B. (la personne défendue) en procès, forum autour du droit européen et en particulier de la directive 2002 en vigueur : « *It's time to challenge the whole discipline* »²⁶¹.

En l'espèce, O.B. est une femme poursuivie pour avoir facilité l'entrée illégale de ses deux enfants sur le territoire italien. Les charges à son encontre étaient fondées sur les incriminations prévues par le droit italien, transposées du droit communautaire en vigueur. La peine d'emprisonnement requise à son encontre s'est élevée à 15 années, en raison de l'usage de circonstances aggravantes.

²⁵⁹ *Ibid.* Articles 3, 5§2, 13.

²⁶⁰ Conv.EDH. Article 34 : « *La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit* » et Article 35 : « *La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive* ».

²⁶¹ Francesca Cancellaro. *The Kinsa Case*. Consulté le 2 janvier 2025.

La défense s'appuie principalement sur un argument susmentionné, consacré en droit de l'Union : le principe de légalité pénale. Il s'agit en effet de plaider la disproportion de la peine encourue au regard de l'absence d'intentionnalité requise pour caractériser l'infraction. De plus, il s'agit aussi de plaider contre l'absence de dispositions d'exemptions pénales pour les proches des personnes aidées agissant dans un but humanitaire.

L'intérêt de l'affaire du *Kinsa Case*, au-delà de l'argumentation juridique, est sa dimension stratégique. Rendre visible son procès à travers une internationalisation de celui-ci devant les juridictions de l'Union permet de créer un débat autour de la portée et du sens des dispositions. Cette stratégie a pour vocation de tendre à une interprétation plus favorable des éléments incertains des dispositions. En l'espèce, la question posée est de savoir si le droit communautaire permet l'emprisonnement d'une mère pour ses actes, non-violents, ayant permis l'entrée en Europe de ses enfants. Par analogie, cette même question peut se poser pour un ou une conductrice de bateau poursuivant le même but. En effet, il n'est pas rare que des membres d'une même famille participent à la même traversée. Si l'un d'entre eux assume la charge de la conduite de l'embarcation, il s'expose aux poursuites pénales susmentionnées. Le procès formé à partir de ces poursuites peut permettre de mettre en place une campagne de médiatisation de l'affaire, prenant pour cible le droit européen en vigueur. Pour ce faire, la campagne peut s'appuyer sur la dimension régionale du contentieux (régime répressif commun aux Etats membres, poursuites généralisées dans la région) et pointer la contradiction d'un régime fondé sur les droits de l'Homme mais capable d'incriminer des formes de solidarité familiale.

2.2.2. Pour une amélioration des pratiques : un partage des expertises du terrain

Chaque année, des dizaines de poursuites ont lieu au sein des différents Etats membres de la Communauté européenne bordant la mer²⁶². Or, le traitement des individus et les motifs des poursuites ne sont pas toujours documentés par les autorités, rendant une lecture du phénomène difficile et trouble²⁶³. Néanmoins, l'absence d'une documentation publique claire des cas serait encore plus préjudiciable à la connaissance du sujet, si le milieu associatif ne réalisait pas une documentation parallèle des données.

Or, si ce savoir peut présenter un intérêt pour les autorités et la recherche, il est également indispensable aux acteurs du terrain. Cette documentation parallèle s'appuierait à la fois sur les données imprécises des autorités et sur la couverture médiatique des affaires, mais également sur de

²⁶² PICUM. *Cases of Criminalisation of Migration and Solidarity in the EU in 2023*. *op.cit.*

²⁶³ ARCI Porco Rosso et Borderline europe. *From Sea to Prison: Report on the Criminalisation of Migrants for Driving Boats in the Central Mediterranean*. *op.cit.* pp9 to 16.

nombreux témoignages en la matière. Cette documentation se baserait sur le témoignage de personnes poursuivies, mais aussi d'avocats spécialisés et de membres d'organisations humanitaires en contact avec le milieu associatif et militant. À titre d'illustration, le travail commun des associations italienne Arci Porco Rosso et allemande Borderline Europe documente la criminalisation en Italie à partir des différentes sources susmentionnées. Sous la forme d'un rapport, le document présente une nature diverse, à la fois plaidoyer et manuel des bonnes pratiques pour la défense des conducteurs de bateau poursuivis en Italie.

Ce type de travail permet un partage des conseils et des bonnes pratiques, notamment dans les cas spécifiques où l'expertise de différentes branches de droit est mobilisée. La proposition de la directive et ses applications seront l'objet de ce travail collaboratif, qui dévoilera le niveau d'harmonisation des pratiques étatiques ou l'existence de particularismes nationaux.

En parallèle, l'intelligence artificielle est en plein essor au sein de l'Union européenne, impactant divers secteurs de l'Union, dont l'immigration et les droits fondamentaux.

3. Les enjeux de l'intelligence artificielle sur l'immigration au sein de l'Union européenne

En février 2025, le Sommet sur l'intelligence artificielle, organisé à Paris, a permis aux États et à l'Union européenne de réaffirmer leur volonté de renforcer leurs capacités en matière d'intelligence artificielle. Ce sommet s'est conclu par une augmentation des financements dédiés à cette thématique et la signature de la *Déclaration sur une intelligence artificielle inclusive et durable pour les peuples de la planète*²⁶⁴ par 62 États et l'Union européenne. En conséquence, l'intelligence artificielle a un impact croissant dans divers domaines, notamment l'immigration et les droits fondamentaux (3.1). Néanmoins, l'Union européenne et les États européens ont commencé à encadrer son utilisation (3.2). Qui plus est, l'intelligence artificielle a des répercussions sur les droits de la défense dans le cadre d'un procès (3.3).

3.1. Le recours à l'intelligence artificielle dans la gestion de l'immigration par l'Union européenne et ses implications sur les droits fondamentaux

Depuis 2014, l'Union européenne accompagne et finance des projets d'innovation technologique participant aux développements de la sécurité de ses frontières extérieures. Les programmes de recherche, tels qu'*Horizon 2020* et *Horizon Europe*²⁶⁵, contribuent à fournir de nouveaux moyens de contrôle et de police utilisés par les autorités comme Frontex dans leur lutte contre l'immigration²⁶⁶. Ces moyens mobilisent, ou ont vocation à mobiliser, l'intelligence artificielle comme technologie principale²⁶⁷.

En matière de contrôle aux frontières, les autorités de plusieurs États membres ont eu recours à iBorderCtrl ou à des outils semblables²⁶⁸. Complément du contrôle, la constitution de larges bases de données stockant le fichage de la population contrôlée s'est pérennisée. Or, ces fichiers sont ou pourront être sujets à l'utilisation de l'intelligence artificielle à des fins d'exploitation de leurs

²⁶⁴ Elysée. *Déclaration sur une intelligence artificielle inclusive et durable pour les peuples de la planète*. Consulté le 11 mars 2025.

²⁶⁵ Le programme Horizon 2020 en place de 2014 à 2020 a été poursuivi par Horizon Europe actuellement en cours depuis le 1er janvier 2021 jusqu'en 2027. Celui-ci comprend une section relative à la protection des frontières extérieures. Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche. *Cluster 3 Sécurité civile pour la société*. Consulté le 12 mars 2025.

²⁶⁶ Sur les 29M (millions) d'euros finançant les appels à projets en matière de contrôle des frontières pour l'année 2024, 18M concernent des projets où l'implication de FRONTEX sera requise. Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche. *Horizon Europe : Appels 2024 Cluster 3 Sécurité civile pour la société*. pp21 à 26.

²⁶⁷ Le programme Horizon 2020 a participé au développement du projet iBorderCtrl comprenant un système d'IA ayant vocation à identifier les mensonges des personnes lors des contrôles aux frontières. GISTI. *Le techno-contrôle des migrations*. Mars 2024.

²⁶⁸ A titre d'illustration, l'emploi par les autorités italiennes de l'outil SARI Real Time, prohibé depuis le 25 mars 2021 suite à l'avis défavorable de l'autorité italienne de protection des données sur le système. GISTI. *Le techno-contrôle des migrations*. op.cit.

données²⁶⁹. En outre, la surveillance et la répression de l'immigration s'appuient d'ores et déjà sur de telles technologies²⁷⁰. L'usage de l'intelligence artificielle est donc multiple : le contrôle aux frontières avec iBorderCtrl²⁷¹, en matière d'enquêtes avec SARI Real Time (ITA), de fichage via Eurodac et de prise de décision via Itflows²⁷², ainsi que de surveillance via Roborder²⁷³. Ces systèmes d'intelligence artificielle se déclinent sous diverses formes terrestres, maritimes et aériennes, certaines opérant à l'insu des individus.

En outre, Frontex et le Parlement de l'UE ont relevé les risques d'atteinte aux droits fondamentaux. Dans son étude de 2021 sur l'adoption des intelligences artificielles pour le contrôle des frontières européennes, Frontex a admis que « *la prolifération des technologies d'IA et les performances des algorithmes d'IA peuvent avoir des implications éthiques et comporter des risques pour la protection des droits de l'Homme, tels que le respect de la vie privée individuelle* »²⁷⁴. Le rapport du Parlement européen va plus loin²⁷⁵. L'analyse de recherche, publiée en 2021 également, révèle que les résultats des intelligences artificielles sont variables, et que « *même les applications d'identification des empreintes digitales, relativement bien établies, se confrontent à des difficultés, tout particulièrement lors de l'étape de collecte des données biométriques (liées notamment à l'âge des personnes et aux conditions environnementales)* ». De plus, l'intelligence artificielle comporte des risques d'imprécisions, potentiellement discriminatoires, dus à des biais sur le genre ou la race intégrés à son algorithme²⁷⁶. Concernant la protection des données et le respect de la vie privée, le rapport établit que « *le recours accru aux données biométriques dans les systèmes d'information de*

²⁶⁹ L'Union a développé différentes bases de données dont la Commission est le responsable attribué : EURODAC, The Schengen Information System, ETIAS. Les autorités des Etats membres ont aussi recours à ces outils, en France le Fichier des Antécédents Judiciaires (TAJ) est au cœur du fonctionnement des contrôles et enquêtes de police, comme en témoigne les débats en séance du 16 mars 2021 au Sénat, et les critiques de la société civile qui lui sont faites. Sénat. *Séance du 16 mars 2021. Compte rendu intégral des débats*. 16 mars 2021 ; La Quadrature du Net. *Le Conseil d'État sauve la reconnaissance faciale du fichier TAJ*. 3 mai 2022.

²⁷⁰ Témoignages recueillis par PICUM, de personnes migrantes faisant état de l'emploi de drones dans la région frontalière. PICUM. *AI Act: European Parliament endorses protections against AI in migration*. May 2023.

²⁷¹ Malgré une étude réalisée en 2018, révélant un taux de réussite imparfait de l'outil autour de 75%. GISTI. *Le techno-contrôle des migrations*. *op.cit.*

²⁷² Comme l'IA prédictive de Itflows. InfoMigrants. Maïa Courtois. *Intelligence artificielle : l'UE investit dans des technologies "à haut risque" pour contrôler les flux migratoires*. Juillet 2022.

²⁷³ Comme les IA développées par Roborder ou Prono afin d'équiper les drones utilisés par FRONTEX. Amnesty International. *Les technologies automatisées et l'avenir de la forteresse Europe*. 28 mars 2019. La Quadrature du Net. *La technopolice aux frontières*. 22 février 2021.

²⁷⁴ FRONTEX. *Artificial Intelligence-based capabilities for the European Border and Coast Guard*. *op.cit.* p.6; Les passages en gras ont été soulignés par les auteurs de ce rapport.

²⁷⁵ Parlement Européen. Costica Dumbrava. *L'intelligence artificielle aux frontières de l'Union européenne*. *op.cit.* pp4 et 42.

²⁷⁶ Buolamwini, J., *Algorithmic Bias: Automated Facial Analysis*. *op.cit.* ; European Parliament. *A governance framework for algorithmic accountability and transparency*. *op.cit.*

l'Union exacerbe le risque du profilage illicite (les images faciales pouvant par exemple révéler l'origine ethnique) ».

En ce sens, le recours à l'intelligence artificielle dans divers domaines a conduit à la mise en place d'un cadre juridique en la matière dans le droit de l'Union européenne. Ainsi, divers textes ont récemment été adoptés, comme le *Règlement général sur la protection des données* (RGPD) et la *Directive « Police-Justice »*²⁷⁷, encadrant le traitement des données personnelles, ou encore « *l'IA Act* »²⁷⁸, harmonisant les règles communautaires en matière d'intelligence artificielle. Ces textes imposent des obligations aux acteurs des marchés concernés et aux utilisateurs des outils, y compris aux autorités publiques.

Concernant l'immigration, le déploiement d'outils d'intelligence artificielle a ajouté à la criminalisation institutionnelle des personnes migrantes, une criminalisation opérationnelle par ses agents. En outre, ces outils ont des biais affectant les droits des personnes concernées, un problème auquel l'Union européenne a tenté de remédier via l'*IA Act*.

3.2. Les normes de l'Union européenne et de l'Europe portant sur la régulation de l'intelligence artificielle

L'*IA Act* est l'instrument législatif principal régulant l'intelligence artificielle au sein de l'UE. La majorité de ses règles entrera en vigueur à partir du 2 août 2026. Toutefois, les interdictions des systèmes d'intelligence artificielle considérés comme présentant un risque inacceptable sont déjà en vigueur. Il interdit notamment tout système d'intelligence artificielle permettant la classification de personnes physiques ou de groupes de personnes en fonction de leur comportement social, mettant un frein au retour potentiel d'iBorderCtrl ou d'intelligence artificielle similaire au sein de l'UE. Il interdit de même tout système d'intelligence artificielle permettant d'évaluer le risque qu'une personne physique commette une infraction pénale, uniquement sur la base du profilage d'une personne physique ou de l'évaluation de ses traits de personnalité ou caractéristiques. Il limite également l'utilisation de systèmes d'identification biométrique à distance en temps réel dans des espaces accessibles au public à des fins répressives. Seul l'article 5 concerne le régime prohibitif, laissant ce qui n'est pas interdit, autorisé. Ainsi, un grand nombre d'intelligences artificielles, ne

²⁷⁷ Directive 2016/680 du Parlement européen et du Conseil. *op.cit.*

²⁷⁸ Règlement 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle.

pouvant être interdites par le règlement, entrent dans la catégorie de « systèmes à haut risque »²⁷⁹ et couvrent directement la gestion des migrations, de l'asile et des contrôles aux frontières.

La Directive « Police-Justice », plus ancienne, cible spécifiquement la protection des données à caractère personnel utilisées par la police et par les autorités judiciaires, et garantit la protection des données à caractère personnel des individus impliqués dans des procédures pénales, que ce soit en tant que témoins, victimes ou suspects. L'article 11 interdit toute décision fondée uniquement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, et qui produit des effets juridiques défavorables pour la personne concernée ou l'affecte de manière significative. Cet article prévoit une exception, à savoir l'autorisation par le droit de l'Union, ou le droit d'un État membre auquel le responsable du traitement est soumis, dès lors qu'il y a des garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée, et au minimum le droit d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement. Autrement dit, le profilage basé sur des catégories particulières de données, y compris les données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, est exceptionnellement autorisé si des garanties adéquates en matière de droits fondamentaux sont mises en place et s'il n'entraîne pas de discrimination.

La Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur l'intelligence artificielle et les droits de l'Homme, la démocratie et l'État de droit est le premier texte d'ampleur internationale juridiquement contraignant dans le domaine de l'intelligence artificielle²⁸⁰. Il concerne l'UE ainsi que 11 États non-membres, tout en étant compatible avec l'IA Act. Dans son préambule, il est mentionné l'inquiétude face à l'utilisation abusive de systèmes d'intelligence artificielle et l'opposition à l'utilisation de ces systèmes à des fins répressives, en violation du droit international des droits de l'Homme, notamment par des pratiques de surveillance et de censure arbitraires ou illégales qui portent atteinte à la vie privée et à l'autonomie des personnes. Ses articles 10 et 12, sur l'égalité, la non-discrimination et la fiabilité des systèmes d'intelligence artificielle viennent appuyer ces principes.

²⁷⁹ *Ibid.* Article 6 : « Règles relatives à la classification de systèmes d'IA comme systèmes à haut risque : 1. Un système d'IA mis sur le marché ou mis en service, qu'il soit ou non indépendant des produits visés aux points a) et b), est considéré comme étant à haut risque lorsque les deux conditions suivantes sont remplies : a) le système d'IA est destiné à être utilisé comme composant de sécurité d'un produit couvert par la législation d'harmonisation de l'Union dont la liste figure à l'annexe I, ou le système d'IA constitue lui-même un tel produit ; b) le produit dont le composant de sécurité visé au point a) est le système d'IA, ou le système d'IA lui-même en tant que produit, est soumis à une évaluation de conformité par un tiers en vue de la mise sur le marché ou de la mise en service de ce produit conformément à la législation d'harmonisation de l'Union dont la liste figure à l'annexe I [...] ».

²⁸⁰ Conseil de l'Europe. Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur l'intelligence artificielle et les droits de l'Homme, la démocratie et l'état de droit. 5 septembre 2024.

3.3. Les implications juridiques de l'intelligence artificielle sur les droits de la défense dans le cadre d'un procès

Dans le contexte de poursuites pénales à l'encontre de personnes migrantes accusées d'être conducteurs de bateaux, l'obtention de preuves est souvent difficile. Les preuves issues de drones, et plus largement de technologies d'intelligence artificielle, pourront jouer un rôle central pour l'accusation.

La CEDH rappelle que même si l'article 6 de la Conv.EDH garantit le droit à un procès équitable, il ne régleme nte pas directement l'admissibilité des preuves, qui relève du droit interne²⁸¹. Cependant, elle souligne que si la preuve a été obtenue illégalement, ou en violation d'un autre droit de la Conv.EDH, cela peut être pris en compte dans l'évaluation de l'équité globale du procès²⁸². Or, elle précise que l'utilisation de preuves obtenues illégalement, ou en violation d'autres droits garantis par la Conv.EDH, comme l'article 8 sur la vie privée, peut affecter l'équité globale du procès²⁸³. En particulier, lorsque la preuve en question est déterminante pour l'issue de l'affaire, son utilisation peut rendre la procédure inéquitable²⁸⁴. Par ailleurs, le droit à un procès équitable implique que l'accusé ait la possibilité de contester l'authenticité des preuves, de s'opposer à leur utilisation, et que les contestations soient dûment examinées par les juridictions²⁸⁵. Il faut également prendre en compte la qualité des preuves et notamment vérifier si les circonstances dans lesquelles elles ont été obtenues jettent le doute sur leur crédibilité ou leur exactitude²⁸⁶.

La vie privée n'est pas un droit absolu en droit européen, ce droit peut faire l'objet d'ingérence²⁸⁷. Cette ingérence doit alors être légale, c'est-à-dire prévue par la loi, nécessaire et proportionnée dans une société démocratique²⁸⁸. Par ailleurs, dans l'affaire *Digital Rights Ireland* de 2014, la CJUE a établi que toute collecte massive et non ciblée de données personnelles sans justification proportionnée constitue une violation de la vie privée²⁸⁹. L'article 4 du RGPD précise en ce sens que les données biométriques, dont font partie les caractéristiques faciales, sont qualifiées de données privées sensibles²⁹⁰.

²⁸¹ CEDH. [GC] *Moreira Ferreira c. Portugal*, req. N°19867/12. 11 juillet 2017. §83.

²⁸² CEDH. *Khan c. Royaume-Uni*, req. N°35394/97. 12 mai 2000. §34.

²⁸³ CEDH. [GC] *Gafgen c. Allemagne. op.cit.*

²⁸⁴ CEDH. *Dragojevic c. Croatie*, req. N°68955/11. 15 janvier 2015.

²⁸⁵ CEDH. [GC] *Yüksel Yalçınkaya c. Türkiye*, req. N°15669/20. 26 septembre 2023. §§303, 310 et 324 ; CEDH. *Ayetullah Ay c. Turquie*, req. N°29084/07. 27 octobre 2020. §§123 à 130.

²⁸⁶ CEDH. [GC] *Gafgen c. Allemagne. op.cit.* §164.

²⁸⁷ Conv.EDH, Article 8.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ CJUE. *Digital Rights Ireland. op.cit.*

²⁹⁰ Règlement (UE) 2016/679. Règlement général sur la protection des données. 27 avril 2016.

En conclusion, si une preuve apportée au procès a été obtenue au moyen de drones utilisant la reconnaissance faciale ou d'autres technologies d'intelligence artificielle, la défense pourra invoquer une violation du droit à la vie privée, notamment en raison de la collecte massive de données personnelles. Si cette preuve est déterminante pour l'accusation, son utilisation pourra entraîner une violation de l'article 6 de la Conv.EDH relatif à l'équité du procès. Par ailleurs, la défense pourra demander, et devra obtenir sous peine d'iniquité du procès, l'accès aux données brutes de l'intelligence artificielle. Si l'accusé n'a ni accès aux données brutes, ni à l'algorithme ayant permis la reconnaissance faciale, cela peut constituer une entrave au droit à un procès équitable. Enfin, l'intelligence artificielle présente des risques d'erreur, notamment dans l'interprétation du langage humain, des nuances et du sarcasme. Ces erreurs peuvent découler de la qualité des données, d'erreurs de codage²⁹¹ ou de biais, notamment culturels²⁹², qui, intégrés aux systèmes d'intelligence artificielle, sont amplifiés par leur apprentissage²⁹³. Ainsi, les algorithmes, et notamment les logiciels de reconnaissance faciale sont plus susceptibles de faire des erreurs en matière de reconnaissance de visage non-blanc²⁹⁴. La qualité des preuves et la manière dont elles ont été obtenues jettent un doute important sur leur crédibilité et leur exactitude. Les admettre au procès rendrait ce dernier inéquitable. Dans tous les cas, ce type de preuve ne devra être doté que d'une faible valeur probante, au vu de son risque d'erreur.

²⁹¹ Lelieur (J.), *L'intelligence artificielle, une nouvelle technologie probatoire en émergence*. 2023. pp112 à 116.

²⁹² Albert (J.). *L'avenir de la justice pénale internationale*. 31 octobre 2018. p546.

²⁹³ Agence des Droits fondamentaux de l'Union Européenne. *Bias in Algorithms. Artificial Intelligence and Discrimination* 8 décembre 2022. p11.

²⁹⁴ Buolamwini (J.), Gebru (T.), *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification, Proceedings of Machine Learning Research*. 2018 ; Amnesty international. *Ban the Scan: Global Report on the Use of Facial Recognition Technology*. 2020 ; Maddyness. *Les algorithmes et leurs biais dans le viseur des mouvements anti-racistes. Un afro-américain arrêté à tort à cause d'un logiciel de reconnaissance faciale*. 7 juillet 2020.

Bibliographie

1. Articles et rapports

- Agence des Droits fondamentaux de l'Union Européenne. *Bias in Algorithms. Artificial Intelligence and Discrimination* 8 décembre 2022.
- AJ pénal., Claire Saas, *L'exemption humanitaire en droit des étrangers : un contrepoint fragile*, 2023.
- Alarm Phone. *La criminalisation des personnes en exil*. Septembre 2022.
- Amnesty international. *Ban the Scan: Global Report on the Use of Facial Recognition Technology*. 2020
- Amnesty international. *Italie. L'espoir renaît, alors que le procureur reconnaît que les poursuites visant des membres d'équipage de la Iuventa devraient être abandonnées*. 2024
- Amnesty International. *Les technologies automatisées et l'avenir de la forteresse Europe*. 28 mars 2019.
- ARCI Porco Rosso, Alarm phone, Borderline europe. *From sea to prison : a dream of freedom – 3rd quarterly report 2024*, 13 novembre 2024.
- ARCI Porco Rosso, Alarm Phone, Borderline Sicilia, borderline-europe. *From Sea to Prison: The Criminalization of Boat Drivers in Italy*. October 2021.
- ARCI Porco Rosso et Borderline europe. *From Sea to Prison: Report on the Criminalisation of Migrants for Driving Boats in the Central Mediterranean*. October 2021.
- Borderline Europe. *The systematic criminalisation of migrants for driving a boat or a car to Greece*. July 2023
- Buolamwini J.), Gebru (T.), *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification, Proceedings of Machine Learning Research*. 2018.
- Commission Européenne. Communication, *Un plan d'action renouvelé de l'UE contre le trafic de migrants (2021-2025)*. 29 septembre 2021.
- Conseil de Sécurité de l'ONU. *Statement by the President of the Security Council*. S/PRST/2017/24. Décembre 2017.
- Dalloz Actualité. *Aveux recueillis en violation des droits de la défense et méconnaissance du procès équitable. Européen*.
- Dalloz Actualité. *Défaut de notification du droit de se taire et défaut du droit à l'assistance d'un avocat en audition libre : sanction de la CEDH*
- Dalloz Actualité. *Quand la violation des droits de la défense engendre la nullité de la procédure*.
- Dalloz Fiches d'orientation. *État de nécessité*. Septembre 2022.
- Défenseur des droits. *Exilés Et Droits Fondamentaux, Trois Ans Après Le Rapport Calais*. 2018.
- European Parliament. *A governance framework for algorithmic accountability and transparency*. March 2019.
- FRONTEX. *Artificial Intelligence-based capabilities for the European Border and Coast Guard*. March 2021.
- GISTI. *Le techno-contrôle des migrations*. Mars 2024.
- Global Initiative Against Transnational Organized Crime. *The Political Economy of Migrant Detention in Libya: Understanding the players and the business models*. April 2019. p31.

- Hänsel V, Moloney R, Firla D, Serkepkanî R, bordermonitoring.eu. *Incarcerating the Marginalized: The Fight Against Alleged "Smugglers" on the Greek Hotspot Islands*. 2020.
- HCR. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Janvier 1992.
- Human Rights Legal Project. *Greek court has finally ruled that REFUGEES cannot be charged with facilitating illegal entry*. October 2023.
- La Cimade. *Délit de solidarité : Bref état des lieux en Europe*. 29 juin 2018.
- Lelieur (J.), *L'intelligence artificielle, une nouvelle technologie probatoire en émergence*. 2023.
- Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche. *Horizon Europe : Appels 2024 Cluster 3 Sécurité civile pour la société*.
- OIM. *Glossaire de la migration*. 2007.
- OIM. *Le trafic illicite de migrants sur la route de la Méditerranée centrale*. 19 février 2021.
- Parlement Européen. Costica Dumbrava. *L'intelligence artificielle aux frontières de l'Union européenne*. Juillet 2021.
- Paul Mathonnet, *Le procès équitable dans l'espace normatif pénal français*.
- PICUM. *AI Act: European Parliament endorses protections against AI in migration*. May 2023.
- PICUM, *Between administrative and criminal law: An overview of criminalisation of migration across the EU*. April 2024.
- PICUM. *Cases of Criminalisation of Migration and Solidarity in the EU in 2023*. 2024.
- PICUM. *How the new EU Facilitation Directive furthers the criminalisation of migrants and human rights defenders*. June 2024.
- Revue internationale de droit comparé. Kalamatianou Phèdre. *L'état de nécessité sous l'angle du droit comparé et de la justice pénale internationale*. Vol. 56 N°2, 2004. pp. 449-457.
- Revue québécoise de droit international. Plouffe-Malette, K. *Quinze ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la traite des êtres humains : de l'affaire Siliadin c. France à l'arrêt de Grande Chambre S.M. c. Croatie*. Décembre 2020. pp. 417 à 438.
- Sénat. *Séance du 16 mars 2021. Compte rendu intégral des débats*. 16 mars 2021.
- UNHCR. *Mediterraneo centrale, UNHCR: oltre 66.300 arrivi via mare nel 2024*. Janvier 2025.
- UNHCR. *Mixed Migration: Libya at the Crossroads. Mapping of Migration Routes from Africa to Europe and Drivers of Migration in Post-revolution Libya*. December 2013.

2. Pages internet

- Elysée. *Déclaration sur une intelligence artificielle inclusive et durable pour les peuples de la planète*. Consulté le 11 mars 2025.
- Francesca Cancellaro. *The Kinsa Case*. Consulté le 2 janvier 2025.
- Nations unies. *Dépositaire des traités, amendements au statut de Rome de la cour pénale internationale relatifs au crime d'agression*. Consulté le 19 novembre 2024.
- OHCHR. *À propos de la détention arbitraire*. Consulté le 10 mars 2025.
- OHCHR. *Mandat du Groupe de travail sur la détention arbitraire*. Consulté le 10 mars 2025.
- OHCHR. *Plaintes et appels urgents*. Consulté le 10 mars 2025.
- OHCHR. *Rapporteur spécial sur les droits de l'Homme des migrants*. Consulté le 10 mars 2025.
- OMI. *Mouvements migratoires mixtes dangereux effectués par mer*. Consulté le 10 mars 2025.
- OIM. *Mediterranean Human Trafficking and Exploitation Prevalence Survey*. 12 août 2016.

Press UN. *Statement by the President of the Security Council, S/PRST/2017/24*. Consulté le 10 mars 2025.

3. Articles de presse

APnews. *European court rules against Greece over migrant's illegal deportation, calls practice 'systematic'*. January 2025.

Courrier International., Kottis A., *Grèce : un an après le naufrage de Pylos, un acquittement en forme de « victoire »*, 22 mai 2024.

France Culture. *22 migrants abattus par des passeurs en Libye pour avoir refusé d'embarquer à cause du mauvais temps*. Mars 2017.

Girard M., *Lettre 85 Aux Cercles De Silence*, 2024.

Info Migrants. *Des boucs émissaires : ces migrants victimes de la « chasse aux passeurs » européenne*. Janvier 2023

Info Migrants. *Italie : le nombre d'arrivées de migrants par la Méditerranée a chuté en 2024*. Janvier 2025.

InfoMigrants. Maïa Courtois. *Intelligence artificielle : l'UE investit dans des technologies "à haut risque" pour contrôler les flux migratoires*. Juillet 2022.

La Quadrature du Net. *La technopolice aux frontières*. 22 février 2021.

La Quadrature du Net. *Le Conseil d'État sauve la reconnaissance faciale du fichier TAJ*. 3 mai 2022.

Lefigaro. *L'Italie et la Libye tirent un trait sur leur passé*, 1er septembre 2008.

Libération. *Collectif Left-to-Die Boat, dix ans après les faits, il est urgent de rendre justice aux naufragés*. 10 avril 2021.

Maddyness. *Les algorithmes et leurs biais dans le viseur des mouvements anti-racistes. Un afro-américain arrêté à tort à cause d'un logiciel de reconnaissance faciale*. 7 juillet 2020.

Ouest-France. *Italie. Deux « pilotes » d'un bateau de migrants acquittés*. Septembre 2016.

Radio France. *Passeurs malgré eux des plages de Libye aux prisons de Sicile*. Avril 2018.

4. Ouvrages

ALBERT (J.). *L'avenir de la justice pénale internationale*. 31 octobre 2018.

5. Jurisprudences

5.1 - Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)

CEDH. *Al Nashiri c. Pologne*, req. N°28761/11. 24 juillet 2014.

CEDH. *A.R.E. c. Grèce*, req. N°15783/21. 7 janvier 2025.

CEDH. *Artico c. Italie*, req. N°6694/74. 13 mai 1980.

CEDH. *Ayetullah Ay c. Turquie*, req. N°29084/07. 27 octobre 2020.

CEDH. *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, req. N°10590/83. 6 décembre 1988.

CEDH. *Bernard c. France*, req. N°22885/93. 23 avril 1998.

CEDH. *Campbelle et Fell c. Royaume-Uni*, req. N°7819/77. 28 juin 1984.

CEDH. *Chypre c. Turquie (satisfaction équitable)*, req. N°25781/94. 12 mai 2014.

CEDH. *Dragojevic c. Croatie*, req. N°68955/11, 15 janvier 2015.

CEDH. [GC] *Gäfgen c. Allemagne*, req. N°22978/05. 1er juin 2010.
 CEDH. [GC] *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, req. N°50541/08. 13 septembre 2016.
 CEDH. [GC] *Moreira Ferreira c. Portugal*, req. N°19867/12. 11 juillet 2017.
 CEDH. [GC] *Taxquet c. Belgique*, req. n°926/05. 16 novembre 2010.
 CEDH. [GC] *Yüksel Yalçınkaya c. Türkiye*, req. N°15669/20. 26 septembre 2023.
 CEDH. *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. N°27765/09. 23 février 2012.
 CEDH. *Kamasinski c. Autriche*, req. N°9783/82. 19 décembre 1989.
 CEDH. *Khan c. Royaume-Uni*, req. N°35394/97. 12 mai 2000.
 CEDH. *Lalik c. Pologne*, req. N°47834/19. 11 mai 2023
 CEDH. *Merahi et Delahaye c. France*, req. N°38288/15. 20 septembre 2022.
 CEDH. *Rantsev c. Chypre et Russie*, req. N°25965/04. 10 mai 2010.
 CEDH. *Saunders c. Royaume-Uni*, req. N°19187/91. 17 décembre 1996.
 CEDH. *Sejdovic c. Italie*, req. N°56581/00. 1er mars 2006.
 CEDH. *Siliadin c. France*, req. N° 73316/01. 26 juillet 2005.
 CEDH. *V.C.L. et A.N. c. Royaume-Uni*, req. N°77587/12 et 74603/12. 16 février 2021.

5.2 - Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) et Tribunal de première instance de l'Union Européenne (TPIUE).

CJCE. *Costa c. ENEL* (6/64), 15 juillet 1964.
 CJCE. *Extramet Industrie c. Conseil* (C-358/89), 16 mai 1991.
 CJCE. *Haegeman* (181/73), 30 avril 1974.
 CJCE. *Plaumann* (25/62), du 15 juillet 1963.
 CJCE. *Schloh c. Conseil* (85/82), 30 juin 1983.
 CJCE. *Simmenthal* (106-77), 9 mars 1978.
 CJCE. *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH* (C-188/92), 9 mars 1994.
 CJCE. *Vaassen Gobbels* (aff. 61/65), 30 juin 1966.
 CJCE. *Van Gend en Loos* (26-62), 5 février 1963.
 CJUE. *Andechser Molkerei Scheitz c. Commission* (C-682/13 P), 4 juin 2015.
 CJUE. *Amtsgericht Bruchsal c. Germany* (C-405/10), 10 novembre 2011.
 CJUE. *Conclusions de l'avocat général M. Jean Richard De La Tour sur l'affaire C-456/23 [Kinsa]*, présentées le 7 novembre 2024.
 CJUE. *Danske Svineproducenter* (C-491/06), 8 mai 2008.
 CJUE. *Digital Rights Ireland. Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others*. (C-293/12), 8 avril 2014.
 CJUE. *French Data Network* (C 511/18, C 512/18 et C 520/18), 6 juillet 2018
 CJUE, [GC] *Nord Stream 2 AG contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-348/20), 12 juillet 2022.
 CJUE. [GC] *Procédure pénale contre M.A.S. et M.B.* (C-42/17), 5 décembre 2017.
 CJUE. *Intertanko c. Secretary of State for Transport* (C-308/06), arrêt du 3 juin 2008.
 TPIUE. *Industrie Cartarie Tronchetti Ibérica c. Commission*, (affaire T-244/13), 7 juill. 2014.

TPIUE. *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Commission*, (affaire T-526/10, voir CP n° 55/13), 25 avril 2013.

TPIUE. *NBV et NVB c. Commission*, (affaire T-138/89) 17 sept. 1992.

TPIUE. *Salvat père & fils e.a. c. Commission*, (affaire T-136/05) 20 sept. 2007.

5.3 - Jurisprudences nationales

5.3.1 - Conseil Constitutionnel (France)

Cons. const. Décision n° 2006-540 DC. *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. 27 juillet 2006.

Cons. const. Décision n° 2018-717/718 QPC. *M. Cédric H. et autre*. 6 juillet 2018.

Cons. const. Décision n° 2018-770 DC. *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*. 6 septembre 2018.

5.3.2 - Conseil d'État (France)

CE, Ass., *Arcelor.*, 8 février 2007, n°287110.

5.3.3 - Cour de cassation (France)

Cour de cassation, Chambre crim., 4 décembre 2007, no 07-86.794.

Cour de cassation, Chambre crim., 11 mai 2010, no 10-80.953.

Cour de cassation, Chambre crim., 25 janv. 2023, no 21-86.839.

5.3.4 - Cour de cassation Italienne (Cassazione penale)

Cassazione penale, Sez. I, sentenza n. 40688 del 9 octobre 2015.

Cassazione penale, Sez. III, sentenza n. 37463 del 2 octobre 2008.

Cassazione penale, Sez. VI, sentenza n. 8 del 8 janvier 1997.

5.3.5 - Tribunal constitutionnel d'Espagne (Tribunal Constitucional)

Tribunal Constitucional, Declaración 1/2004, 13 décembre 2004.

5.3.6 - Cour suprême d'Espagne (Tribunal Supremo)

Tribunal Supremo, *Joaquín et Geronimo c. État espagnol*, N° 10565/2022. 8 mars 2023.

Tribunal Supremo, *Miguel Colmenero menendez de luarca*, N°1146/2009. 18 novembre 2009.

Tribunal Supremo, *Sr. D. Vicente Magro Servet.*, N°10068/2024. 29 juillet 2024.

5.3.7 - Cour suprême grecque (Άρειος Πάγος)

Cour suprême grecque, Décision n° 2070/2017.

5.3.8 - Tribunale di Palermo (Italie)

Tribunale di Palermo, sezione G.I.P.-G.U.P., sentenza n.4114/16 del 07 settembre 2016.

5.3.9 - Cour d'appel criminelle à juge unique de la mer Égée (Grèce)

Cour d'appel criminelle à juge unique de la mer Égée, Affaire n° 51/2023, audience du 23 octobre 2023.

6. Dispositions normatives

6.1. Droit international

Acte anti-esclavagiste de Bruxelles. 2 juillet 1890.

Convention concernant le travail forcé ou obligatoire. 28 juin 1930.

Convention de Genève sur la haute mer. 29 avril 1958.

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. 15 novembre 2000.

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM). 10 décembre 1982.

Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT). 23 mai 1969.

Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage. 23 septembre 1910.

Convention pour la sauvegarde de la vie en mer (SOLAS). 1er novembre 1974.

Convention relative au statut des réfugiés. 28 juillet 1951.

Convention relative à l'esclavage. 25 septembre 1926.

Convention Search and Rescue (SAR). 27 avril 1979.

Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage. 7 septembre 1956.

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH). 10 décembre 1948.

Comité des droits de l'Homme. *Observation générale n°32*.

Le groupe de travail sur la détention arbitraire. *Fiche d'information n°26*.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). 16 décembre 1966.

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. 15 novembre 2000.

Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. 15 novembre 2000.

Protocole facultatif au PIDCP. 16 décembre 1966.

Protocole relatif au statut des réfugiés. 4 octobre 1967.

Protocole sur la convention concernant le travail forcé ou obligatoire. 11 juin 2014.

OMI. Resolution MSC.167(78). *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea*. May 2004.

6.2 - Droit Européen

Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne. 7 décembre 2000.

Commission européenne. *Proposition de Directive du parlement européen et du conseil établissant des règles minimales pour prévenir et combattre l'aide à l'entrée, au transit et au séjour non autorisés dans l'Union, et remplaçant la directive 2002/90/CE du Conseil et la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil*. 28 novembre 2023.

Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur l'intelligence artificielle et les droits de l'Homme, la démocratie et l'État de droit. 5 septembre 2024.

Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains. 3 mai 2005.

Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme. 3 septembre 1953.

Directive 2002/90/CE du Conseil. 28 novembre 2002.

Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil. 5 avril 2011.

Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil. 22 octobre 2013.

Directive 2016/680/UE du Parlement européen et du Conseil. 27 avril 2016.

Protocole n°4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention. 16 septembre 1963.

Règlement (UE) 2016/679. Règlement général sur la protection des données. 27 avril 2016.

Règlement (UE) 2024/1689. Le Règlement européen sur l'intelligence artificielle. 13 juin 2024.

Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

6.3 - Droits nationaux

6.3.1 - Droit espagnol

Code de procédure pénale espagnol.

Code pénal espagnol.

Constitution espagnole du 27 décembre 1978.

Loi 10/1977, du 4 janvier, sur la mer territoriale.

6.3.2 - Droit français

Code de procédure pénale français.

Code pénal français.

Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile français.

Constitution française du 4 octobre 1958.

Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC).

Loi du 1er juillet 1901.

Ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel.

Ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016.

6.3.3 - Droit grec

Code de la migration et de l'intégration sociale grec.

Code de procédure pénale grec.

Code pénal grec.

Constitution de la Grèce du 9 juin 1975.

Loi n° 4625/2020 – Proclamation d'une zone contiguë par la République hellénique.

6.3.4 - Droit italien

Code de procédure pénale italien.

Code pénal italien.

Constitution de la République Italienne du 27 décembre 1947.

Décret Législatif n° 66 du 15 mars 1998, « Attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982 ».

Texte Unique sur l'Immigration italien (Décret-loi n° 286/1998).