

Aspects juridiques et pratiques des alternatives efficaces à la rétention dans le contexte des migrations



Analyse du Comité directeur
pour les droits de l'homme
(CDDH)

Adoptée le 7 décembre 2017

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

DROITS DE L'HOMME ET MIGRATION

Aspects juridiques et pratiques
des alternatives efficaces à la rétention
dans le contexte des migrations

Analyse du Comité directeur pour
les droits de l'homme (CDDH)
adoptée le 7 décembre 2017

Conseil de l'Europe

TABLE DES MATIERES

RESUME	6
I. INTRODUCTION	12
1. CONTEXTE	12
2. MANDAT	14
3. DEFINITIONS ET PORTEE	16
3.1. Définitions	16
3.1.1. Rétention des migrants	16
3.1.2. Alternatives à la rétention des migrants	19
3.2. Portée de l'Analyse, personnes concernées et sources consultées	21
II. ASPECTS JURIDIQUES : NORMES RELATIVES AUX DROITS DE L'HOMME APPLICABLES	23
1. LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET D'AUTRES NORMES DU CONSEIL DE L'EUROPE	23
1.1. Droit à la liberté : Article 5 de la Convention	23
1.1.1. Conditions générales	23
1.1.2. Détention au regard de l'article 5 § 1 f)	26
1.1.3. Détention au regard de l'article 5 § 1 b)	31
1.2. Garanties procédurales	32
1.3. Obligation d'envisager des alternatives à la rétention (autres instances du Conseil de l'Europe)	34
1.4. Obligations positives relatives à la vulnérabilité	36
1.4.1. Jurisprudence de la Cour	36
1.4.2. Autres organes du Conseil de l'Europe	40
1.4.3. Considérations spécifiques pour les personnes en situation de vulnérabilité	42
1.5. Assurer la dignité et le respect des autres droits fondamentaux des personnes placées dans la communauté	60

1.5.1. Restrictions à la liberté de circulation	60
1.5.2. Conditions de vie	61
2. AUTRES NORMES INTERNATIONALES (ORGANISATION DES NATIONS UNIES ET UNION EUROPEENNE)	64
2.1. Droit à la liberté	64
2.2. Obligation d'envisager des alternatives à la rétention	71
2.3. Garanties procédurales	72
2.4. Obligation positive d'éviter la détention des personnes en situation de vulnérabilité	77
2.5. Les alternatives doivent toujours se fonder sur la mesure la moins restrictive possible	90
2.6. Les alternatives ne doivent jamais constituer une privation de liberté ou des restrictions arbitraires à la liberté de circulation	91
2.7. Les alternatives doivent être inscrites dans la loi et soumises à un contrôle juridictionnel	92
2.8. Les alternatives doivent veiller à la dignité humaine et au respect des autres droits fondamentaux	93
III. ASPECTS PRATIQUES : DES ALTERNATIVES EFFICACES À LA RÉTENTION DES MIGRANTS	97
1. FACTEURS ESSENTIELS D'EFFICACITE	97
1.1. Vérifications initiales et évaluation	100
1.2. Accès à l'information	101
1.3. Assistance juridique	102
1.4. Susciter la confiance dans le traitement des demandes d'asile et d'immigration	103
1.5. Suivi individualisé des dossiers	105
1.6. Protection de la dignité humaine et des droits fondamentaux	106
2. TYPES D'ALTERNATIVES A LA RETENTION DES MIGRANTS	107
2.1. Inscription auprès des autorités	109
2.2. Titre de séjour temporaire	110

2.3. Soutien par un suivi individualisé du dossier ou par un travailleur social	111
2.4. Placement en structure familiale	113
2.5. Placement en structure d'accueil	114
2.6. Centres ouverts ou semi-ouverts	115
2.7. Pointage régulier	116
2.8. Assignation à résidence	117
2.9. Encadrement	118
2.10. Accompagnement du retour	119
2.11. Foyers ou centres pour personnes en attente de retour	120
2.12. Caution, garantie et sûretés	121
2.13. Surveillance électronique	122
3. AVANTAGES DES MESURES ALTERNATIVES A LA RETENTION	123
3.1. Respect des droits et des besoins des personnes	124
3.2. Respect des procédures de migration par les migrants	125
3.3. Rapport coût-efficacité	126
IV. APERÇU DES POLITIQUES ET PRATIQUES SUR LES MESURES ALTERNATIVES À LA RÉTENTION DES MIGRANTS	127
V. SUITE À DONNER : CE QUE POURRAIT FAIRE LE CDDH VALEUR AJOUTÉE ET PROCHAINES ÉTAPES	137
1. NECESSITE DE POURSUIVRE LES TRAVAUX	137
2. PROCHAINES ACTIONS ENVISAGEABLES	140

Aspects juridiques et pratiques des alternatives efficaces à la rétention dans le contexte des migrations

*Analyse du Comité directeur pour les droits de l'homme
adoptée le 7 décembre 2017*

Résumé

Cette Analyse est le résultat du travail effectué par le Groupe de rédaction sur les droits de l'homme et la migration (CDDH-MIG) à la lumière du mandat confié au Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) par le Comité des Ministres pour le biennium 2016-2017. Elle vise, entre autres, à :

- améliorer la compréhension des aspects juridiques et pratiques d'alternatives à la rétention dans le contexte des migrations ;
- donner un aperçu cohérent et précis des normes applicables relatives aux droits de l'homme dans le domaine, tout en mettant l'accent sur des thèmes essentiels et clarifiant les similitudes et les différences entre divers organes du Conseil de l'Europe, des Nations Unies (« ONU ») et de l'Union européenne (« UE ») ;
- élucider les préoccupations relatives à la vulnérabilité, par exemple dans le cas des enfants ou autres personnes en situation de vulnérabilité ;
- identifier les facteurs essentiels qui rendent les alternatives efficaces en termes de respect des procédures d'immigration, des droits de l'homme ainsi que du rapport coût-efficacité ;
- fournir une liste non-exhaustive et indicative des différents types d'alternatives possibles à la rétention dans le contexte des migrations, en expliquant leurs fonctions principales ainsi que leurs avantages et inconvénients potentiels ;
- réfléchir à des pistes en vertu desquelles le Conseil de l'Europe pourrait poursuivre des travaux de suivi dotés d'une utilité pratique pour les États dans le domaine.

Cette Analyse examine la rétention des migrants en tant que privation de liberté des personnes qui peuvent être privées de leur liberté au regard de l'article 5 § 1 f) et, dans certaines circonstances, de l'article 5 § 1 b) de la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention »). Toute privation de liberté sera comprise au sens de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour »). Les alternatives à la rétention des migrants seront examinées parmi un ensemble d'options restrictives et non restrictives, ce qui permettra d'aborder un plus large éventail de pratiques que les États membres du Conseil de l'Europe pourraient envisager pour éviter d'avoir recours à la rétention dans le cadre de leur gestion de l'immigration.

Aspects juridiques

L'examen d'alternatives à la rétention est lié et découle du droit à la liberté et à la sûreté des personnes, qui est consacré dans tous les principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Au niveau du Conseil de l'Europe, la privation de liberté est légale seulement si elle se fonde sur la liste exhaustive d'exceptions permises figurant à l'article 5 de la Convention. La Cour a, en particulier, mis l'accent sur la légalité de la rétention, y compris la qualité du droit national, et la protection contre l'arbitraire. Globalement, pour éviter d'être perçue comme arbitraire, la détention visée par l'article 5 § 1 f) doit être conforme aux critères généraux établis dans la jurisprudence de la Cour. La détention doit être prévue par la législation nationale, mise en œuvre de bonne foi et étroitement liée au but qu'elle poursuit. La détention doit être menée dans un lieu adéquat, ses conditions doivent être appropriées et sa durée ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi. La procédure devrait être menée avec la diligence requise et il devrait exister une perspective raisonnable d'éloignement. Des garanties procédurales suffisantes doivent être mises en place, telles que la présentation des motifs de détention, l'accès à l'assistance et la représentation juridiques, et des recours efficaces.

La mise en œuvre des alternatives fait, de même, l'objet de normes importantes relatives aux droits de l'homme, y compris les principes de proportionnalité et non-discrimination, tel qu'il a été notamment soutenu par différents organes du Conseil de l'Europe, de l'ONU et de l'UE. Les mesures alternatives ne doivent jamais s'élever à une privation de

liberté, et la question de savoir si une mesure est en fait *une forme* alternative de rétention plutôt qu'une alternative à la rétention est d'une importance cruciale. Ceci dépend de l'impact, du degré et de l'intensité cumulés de la ou des mesure(s) mise(s) en place. Les alternatives doivent être prévues par la loi, faire l'objet d'un contrôle judiciaire et leur mise en œuvre doit respecter d'autres droits fondamentaux. De plus, les alternatives doivent toujours se baser sur la mesure la moins restrictive possible.

Divers organes du Conseil de l'Europe, de l'ONU et de l'UE ont souligné que la rétention des migrants doit toujours être une mesure exceptionnelle de dernier recours. Cela signifie que la rétention ne peut être justifiée que dans le cas où, après un examen minutieux et individuel des circonstances particulières dans chaque cas, il a été établi que des mesures moins coercitives sont insuffisantes. Un nombre d'organes ont également établi l'obligation des États à examiner les alternatives à la rétention comme principe général avant que toute décision de rétention soit prise.

En ce qui concerne les enfants en particulier, la Cour a demandé l'adoption de garanties supplémentaires et souligné la nécessité d'examiner et de mettre en œuvre des alternatives. La Cour a relevé, de manière constante, que la vulnérabilité extrême de l'enfant l'emporte sur son statut de migrant et que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer dans toutes les décisions qui le concernent. Il faudrait toujours rechercher des alternatives à la rétention et prouver qu'elles ne sont pas efficaces à la lumière du but poursuivi. D'autres organes internationaux ont en outre conclu que la rétention des migrants est toujours contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, et ont appelé à ce que les enfants ne soient jamais détenus dans ce contexte.

Aspects pratiques

Même si la nécessité d'adopter des alternatives à la rétention des migrants a été soulignée de manière constante par les instances internationales, il existe très peu de lignes directrices sur la façon de développer et mettre en œuvre de telles alternatives de manière efficace dans la pratique. En définissant « l'efficacité » en termes de a) respect des droits de l'homme ; b) respect des procédures d'immigration et d'asile et de c) coût-efficacité, l'Analyse explore la question clé de savoir ce qui, en pratique, peut rendre les alternatives

efficaces. En analysant des expériences pratiques du terrain ainsi que des études globales et régionales, l'Analyse propose certains facteurs clés comme « facteurs essentiels » d'efficacité, à savoir :

- ↗ l'utilisation des vérifications initiales et procédures d'évaluation afin d'appréhender la situation particulière des individus, y compris les vulnérabilités et risques ;
- ↗ la provision d'informations claires et précises à propos des droits, devoirs et conséquences du non-respect des procédures d'immigration ;
- ↗ l'accès à l'assistance juridique dès le début ainsi qu'au cours de la procédure ;
- ↗ la confiance dans le traitement des demandes d'asile et d'immigration ;
- ↗ la mise à disposition d'un suivi individualisé des dossiers ;
- ↗ la protection de la dignité humaine et des droits fondamentaux des personnes concernées.

Un grand nombre de différents types d'alternatives dans le contexte spécifique des migrations, ainsi que leurs fonctionnalités, avantages et inconvénients, sont listés dans l'Analyse. Ceux-ci comprennent notamment l'inscription auprès des autorités ; les titres de séjour temporaire ; le soutien par un suivi individualisé du dossier ou par un travailleur social ; le placement en structure familiale ; le placement en structure d'accueil ; les centres ouverts ou semi-ouverts ; le pointage régulier ; l'assignation à résidence ; l'encadrement ; l'accompagnement du retour ; les foyers ou centres pour personnes en attente de retour ; la caution, garantie et les sûretés ; la surveillance électronique.

Chaque alternative reprise dans cette liste n'est pas nécessairement reconnue par tous les États membres ou tous les autres acteurs comme étant une alternative à la rétention, et les avantages, les difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme répertoriés ne reflètent pas forcément les opinions de certaines autorités. Fondamentalement, cependant, la manière avec laquelle les alternatives sont mises en œuvre, et les procédures en vertu desquelles les « facteurs essentiels » sont respectés ou négligés, peuvent déterminer le résultat et l'efficacité des mesures alternatives dans une mesure plus grande que le(s) type(s) spécifique(s) d'alternative(s).

Un examen des politiques et pratiques des États membres du Conseil de l'Europe indiquent qu'un nombre important de pays ont établi une obligation d'envisager des alternatives à la rétention dans leur législation nationale. Les types principaux d'alternatives fournis sont : a) le pointage régulier ; b) l'assignation à résidence ; c) la provision de documents ; d) la caution et les suretés. La vulnérabilité est une considération majeure lors de la prise de décision et la mise en œuvre de la procédure dans la plupart des États membres. En ce qui concerne les enfants en particulier, la situation varie en fonction des États membres en ce sens que leur rétention est soit interdite - parfois en fonction de l'âge - soit permise dans certaines circonstances exceptionnelles. Certains types spécifiques d'alternatives pour les enfants non accompagnés et les familles, tels que les foyers pour personnes en attente de retour, les centres ouverts et les dispositifs de prise en charge, ont été développés dans un certain nombre de pays.

Dans l'ensemble, certains obstacles juridiques et pratiques consistent en l'absence de lignes directrices claires au sein de la législation nationale sur l'utilisation concrète de mesures alternatives ; la qualité initiale du processus décisionnel ; les défis concernant les procédures d'évaluation de chaque cas ; l'absence de mécanismes de surveillance ainsi que la mise à disposition limitée de données et d'évaluation concernant l'utilisation, l'efficacité et les conséquences sur le plan des droits de l'homme des mesures employées. La plus grande lacune identifiée reste, cependant, le fait que les alternatives sont largement inutilisées en pratique et/ou sont appliquées à très petite échelle.

Prochaines actions

Les États membres du Conseil de l'Europe ont entrepris des démarches significatives pour explorer et mettre en œuvre des alternatives à la rétention dans leur contexte national particulier. Cependant, tel qu'il a été clairement illustré par cette Analyse, les États membres pourraient être plus soutenus dans leurs initiatives, surtout afin de relever certains défis persistants dans la mise en œuvre efficace des alternatives. Le Conseil de l'Europe pourrait, en utilisant cette Analyse comme fondation solide pour des avancées dans le domaine jouer un rôle important dans ce domaine. Une *première étape* concrète dans un avenir proche pourrait prendre la forme d'un manuel pratique et simple d'utilisation pour les autorités sur la mise en œuvre efficace des alternatives à la rétention des migrants. En parallèle à cette tâche,

le Conseil de l'Europe pourrait, entre autres, étudier la possibilité du lancement de projets spécifiques de coopération sur les alternatives à la rétention des migrants, avec des États membres intéressés, sur une base volontaire. En outre, une *seconde étape* plausible pourrait être le développement de lignes directrices sur des alternatives efficaces à la rétention des migrants, en mettant potentiellement l'accent sur les enfants en particulier. Afin que tous les travaux de suivi soient aussi utiles que possible, ils devraient illustrer les normes pertinentes en matière de droits de l'homme et les facteurs essentiels permettant de mettre en œuvre des alternatives efficaces de manière simple à utiliser, accessible et pratique.

I. INTRODUCTION

1. Contexte

1. Selon les estimations, un chiffre sans précédent de 65,6 millions de personnes ont été déplacées de force dans le monde en 2016. La population totale de réfugiés a atteint un niveau record de 22,5 millions de personnes, et près de la moitié d'entre eux étaient des enfants. En 2016, on comptait environ 2,8 millions de demandeurs d'asile et près de 10 millions de personnes étaient apatrides ou risquaient de le devenir¹. En 2016, la Turquie a accueilli le plus grand nombre de réfugiés dans le monde, soit environ 2,9 millions².

2. Plus de 380 000 personnes considérées comme migrants, demandeurs d'asile ou réfugiés sont arrivées en Europe en 2016. La quasi-totalité de ces arrivants sont passés par deux pays situés en première ligne, à savoir la Grèce, qui a enregistré l'entrée de plus de 176 000 personnes, et l'Italie, qui en a compté plus de 181 000³. D'après les estimations du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (« HCR »), l'Allemagne est le pays qui a enregistré le plus grand nombre de nouvelles demandes d'asile (722 400) en 2016, l'Italie venant en troisième position (123 000) et la Turquie (78 600) en

¹ Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (« HCR »), «La guerre, la violence et la persécution génèrent des déplacements à un niveau record», 19 juin 2017; HCR, *Tendances mondiales: les déplacements forcés en 2016 (rapport en anglais)*, 19 juin 2017, p. 2. Pour une distinction entre les personnes relevant de la compétence du HCR mentionnées ici, voir les pages 56-57 du rapport susmentionné. Il convient de noter que 40,3 millions de personnes ont été déplacées en 2016. En ce qui concerne les États membres du Conseil de l'Europe, on estime que l'Ukraine comptait 1 653 000 personnes déplacées en interne en 2016, suivie par la Turquie (1 108 000), l'Azerbaïdjan (582 000), Chypre (272 000), la Géorgie (208 000), la Bosnie-Herzégovine (98 000) et la Fédération de Russie (19 000). Les chiffres spécifiques par pays mentionnés ci-dessus se réfèrent aux déplacements internes par conflit. Voir Norwegian Refugee Council/Internal Displacement Monitoring Centre (NRC/IDMC), *Global Report on Internal Displacement - 2017*, May 2017, pp. 25-26 et 113-116.

² HCR, *Tendances mondiales: les déplacements forcés en 2016*, 19 juin 2017, pp. 14-15. Le Pakistan compte la deuxième plus grande population de réfugiés (1,4 million), suivi par le Liban (plus de 1 million – accueillant proportionnellement le nombre le plus important de réfugiés par rapport à sa population nationale), et la République islamique d'Iran (979 400).

³ Organisation Internationale pour les migrations (« OIM »), *Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond, Compilation of Available Data and Information*, période de rapport 2016, p. 1.

quatrième⁴. La Grèce a été classée comme étant le sixième pays d'accueil dans le monde (51 092)⁵. Bien qu'un grand nombre de personnes aient été sauvées de la noyade grâce à des opérations de sauvetage de grande envergure, plus de 5 000 personnes seraient mortes ou portées disparues en mer Méditerranée en 2016⁶.

3. En 2015 et 2016 environ 800 000 enfants ont demandé l'asile en Europe, et 170 000 d'entre eux ont été considérés comme non accompagnés⁷. Plus de 261 000 demandes d'asile déposées en Allemagne en 2016 ont été faites par des enfants, dont environ 35 000 étaient non accompagnés ou séparés. En 2016, plus de 100 000 enfants sont arrivés en Grèce, en Italie, en Espagne et en Bulgarie ; plus de 33 000 d'entre eux étaient non accompagnés ou séparés⁸. Environ 92% des enfants qui sont arrivés en Italie par la mer en 2016 et au cours des deux premiers mois de 2017 étaient non accompagnés ou séparés⁹.

4. La réponse globalement apportée en Europe à cet événement historique est complexe et délicate à définir, sans qu'une explication ou que des solutions simples apparaissent. Mais l'utilisation importante de la rétention en réaction à l'arrivée des réfugiés, demandeurs d'asile et migrants, soulève de sérieuses questions quant au respect des normes

⁴ Dans le monde, les États-Unis d'Amérique étaient en deuxième position quant au nombre des demandes d'asile enregistrées en 2016 (262 00). HCR, *Tendances mondiales: les déplacements forcés en 2016*, 19 juin 2017, pp. 39-40. Les chiffres concernant les autres États membres du Conseil de l'Europe sont présentés à la page 41 du rapport susmentionné.

⁵ En vertu des données statistiques officielles du service d'asile grec. Le chiffre correspondant à la Grèce dans les données statistiques - exposé dans, HCR, *Tendances mondiales: les déplacements forcés en 2016*, 19 juin 2017, p. 41 est de 49 000.

⁶ OIM, *Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond, Compilation of Available Data and Information*, période de rapport 2016, p. 12.

⁷ Il est précisé dans le rapport que les chiffres concernent 32 pays européens, soit les « pays de l'Union européenne et les quatre pays de l'Association européenne de libre échange ». Le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (« UNICEF »), *A child is a child - Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation*, UNICEF, mai 2017, graphique 5, p. 14.

⁸ HCR, UNICEF et OIM, *Refugee and Migrant Children- Including Unaccompanied and Separated Children- in the EU, Overview of Trends in 2016*, avril 2017, p. 1.

⁹ UNICEF, *A child is a child - Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation*, UNICEF, mai 2017, p. 11.

relatives aux droits de l'homme¹⁰. La rétention des personnes en situation vulnérable, tels que les enfants¹¹, reste un sujet de grande préoccupation en Europe et sur tous les continents. En raison de l'impact négatif de la rétention, en particulier sur les enfants et les autres personnes en situation de vulnérabilité, de nombreux acteurs ont appelé, de manière constante, à une meilleure mise en œuvre des alternatives à la rétention. Il devient donc de plus en plus urgent de comprendre et de partager la façon dont des politiques humaines et efficaces sur le plan financier peuvent être mises en œuvre dans le contexte actuel, tout en encourageant simultanément le respect des procédures de migration ainsi que le droit à la liberté. Bien qu'il n'existe pas de solution évidente aux problèmes de migration en Europe, les États membres du Conseil de l'Europe pourraient bénéficier de davantage de soutien afin de respecter leurs engagements internationaux à cet égard. Une telle démarche pourrait non seulement aider les États à gérer plus efficacement les flux migratoires mais aussi atténuer considérablement les souffrances humaines. C'est selon cette approche que l'exploration d'alternatives effectives à la rétention des migrants est menée.

2. Mandat

5. Lors de sa 1241^e réunion tenue du 24 au 26 novembre 2015, le Comité des Ministres a chargé le Comité directeur pour les droits de l'homme (« CDDH ») de conduire, pour le biennium 2016-2017, les travaux suivants : « A la lumière de la jurisprudence pertinente de la Cour et d'autres instruments du Conseil de l'Europe, mener une Analyse des aspects juridiques et pratiques des questions de droits de l'homme spécifiquement liées aux migrations, en particulier sur les alternatives efficaces à la rétention, et explorer la nécessité que le CDDH poursuive les travaux dans ce domaine »¹².

¹⁰ *Démocratie, droits de l'Homme et Etat de droit, Populisme – Quelle est la solidité de l'équilibre des pouvoirs institutionnels en Europe ?*, Rapport du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, avril 2017, p. 109.

¹¹ Aux fins de la présente Analyse, le terme « enfant » sera utilisé conformément à la définition fournie à l'article 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant : « un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ».

¹² Mandats du CDDH et de ses instances subordonnées pour le biennium 2016-2017 (tels qu'adoptés par le Comité des Ministres lors de sa 1241^e réunion, 24-26 novembre 2015).

6. À la lumière du mandat mentionné ci-dessus, le CDDH a créé un Groupe de rédaction sur les droits de l'homme et la migration (« CDDH-MIG »)¹³, et a nommé M. Frank SCHÜRMAN (Suisse) Rapporteur pour cette activité lors de sa 84^e réunion tenue du 7 au 11 décembre 2015¹⁴.

7. Lors de la 85^e réunion du CDDH organisée du 15 au 17 juin 2016, le Comité a désigné M. Morten RUUD (Norvège) Président du CDDH-MIG¹⁵. Lors de cette même réunion, le rapporteur du CDDH-MIG a présenté un projet de canevas de l'Analyse à effectuer. Au cours de la discussion qui a suivi, le CDDH a souligné que la « vulnérabilité ne concerne pas uniquement les enfants, mais tout un large éventail d'individus », et a demandé que l'Analyse traite en outre des individus et groupes vulnérables¹⁶. Le CDDH a par ailleurs recommandé d'établir une coordination avec d'autres organes du Conseil de l'Europe, en particulier le Comité d'experts sur la rétention administrative des migrants (« CJ-DAM ») et le Comité ad hoc pour les droits de l'enfant (« CAHENF »)¹⁷.

8. La 1^{ère} réunion du CDDH-MIG a eu lieu du 14 au 16 septembre 2016, et le Groupe a élu M. Ota HLINOMAZ (République tchèque) vice-président du CDDH-MIG¹⁸. Lors de cette réunion, le Groupe a chargé le Secrétariat de préparer un texte pour demander des informations sur les alternatives à la rétention dans le contexte des migrations pour enrichir davantage l'Analyse en cours fondée sur les contributions des États membres et observateurs du Conseil de l'Europe.¹⁹ Cette demande d'informations a été transmise à tous les membres du CDDH et du CDDH-MIG, ainsi qu'aux observateurs, le 10 octobre 2016²⁰.

¹³ Document CDDH(2016)R85, § 39.

¹⁴ Document CDDH(2015)R84, § 40 (iii).

¹⁵ Document CDDH(2016)R85, § 63.

¹⁶ *Ibid.*, § 37.

¹⁷ *Ibid.*, § 38.

¹⁸ Document CDDH-MIG(2016)R1, § 4.

¹⁹ *Ibid.*, § 10.

²⁰ Voir Annexe.

3. Définitions et portée

3.1. Définitions

3.1.1. Rétention des migrants

9. En vertu du droit international, on entend par privation de liberté « toute forme de détention ou d'emprisonnement, ou le placement d'une personne dans un établissement public ou privé de surveillance dont elle n'est pas autorisée à sortir à son gré, ordonné par une autorité judiciaire ou administrative ou toute autre autorité publique »²¹. En ce qui concerne la privation de liberté dans le contexte de la migration, couramment appelée « rétention des migrants », des définitions ont été données par plusieurs organes, y compris au niveau des Nations Unies (« ONU ») et de l'Union européenne (« UE »)²².

10. Au niveau du Conseil de l'Europe, le droit à la liberté et la sécurité de la personne est garanti par l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »), dont l'objectif central est de veiller à ce que personne ne soit privé de liberté d'une façon arbitraire. La Convention ne prévoit pas de définition de la détention en tant que telle

²¹ Nations Unies (« ONU »), Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (« OPCAT »), article 4 (2). Dans un rapport thématique consacré à la rétention des migrants, le Rapporteur spécial de l'ONU sur les droits de l'homme des migrants a noté que la rétention des migrants à des fins de contrôle est une privation de liberté et que « [d]ifférents types de migrants peuvent se trouver confrontés à la détention, notamment ceux qui sont sans papiers ou se trouvent en situation irrégulière, les demandeurs d'asile qui attendent le résultat de leur demande et les demandeurs déboutés qui attendent leur expulsion ». *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, § 8.

²² Par exemple, au niveau de l'ONU, le HCR a défini la rétention des migrants comme « la privation de liberté ou le confinement dans un lieu fermé qu'un demandeur d'asile n'est pas libre de quitter, y compris - mais pas seulement - les prisons ou les centres de détention, d'accueil fermé, de rétention et les établissements construits à cet effet ». HCR, *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention*, 2012, § 5. Au niveau de l'UE, la rétention des personnes demandant la protection internationale est définie comme « toute mesure d'isolement d'un demandeur par un État membre dans un lieu déterminé, où le demandeur est privé de sa liberté de mouvement ». Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), article 2 h).

mais se réfère plutôt à la « privation de liberté ». Une liste exhaustive d'exceptions qui permettent de restreindre cette liberté figure à l'article 5 § 1 (sous-paragraphe a) à f)).

11. Pour déterminer si un individu se trouve privé de sa liberté au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères tels que la nature, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée²³. Pour déterminer s'il y a privation de liberté ou non, la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour ») n'est pas liée par les législations nationales ou les décisions des juridictions nationales, et évalue la situation en toute indépendance²⁴.

12. Selon la Cour, la différence entre les restrictions à la liberté de circuler suffisamment graves pour constituer une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1, et celles qui ne restent que de simples restrictions à la liberté de circuler relevant de l'article 2 du Protocole n° 4, est une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence²⁵. Ainsi, différentes mesures qui restreignent la liberté de circuler peuvent, si elles sont combinées, constituer une privation de liberté. L'examen inclut notamment de prendre en compte les effets cumulés des restrictions imposées à une personne²⁶.

13. À la lumière de ce qui précède, la question de savoir si une mesure est en fait *une forme* alternative de rétention plutôt qu'une alternative à *la* rétention est d'une importance cruciale. Les mesures nommées « alternatives à la rétention » peuvent dans les faits résulter en une privation de liberté si l'impact, le degré et l'intensité cumulés des mesures prises représentent des restrictions sévères à la liberté des personnes. Cette règle est particulièrement importante dans le contexte des restrictions ou des alternatives sous conditions, car certaines restrictions à la liberté de circulation, que ce soit à elles seules ou en combinaison avec d'autres mesures, peuvent constituer des restrictions

²³ *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76, 6 novembre 1980, § 92; *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03, 29 mars 2010 [GC], § 73; *Creangă c. Roumanie*, n° 29226/03, 23 février 2012 [GC], § 91; *De Tommaso c. Italie*, n° 43395/09, 23 février 2017 [GC], § 80.

²⁴ *H.L. c. Royaume-Uni*, n° 45508/99, 5 octobre 2004, § 90; *H.M. c. Suisse*, n° 9187/98, 26 février 2002, §§ 30 and 48; *Creangă c. Roumanie* [GC], § 92.

²⁵ *Guzzardi c. Italie*, § 93; *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, 7 janvier 2010, § 314; *Stanev v. Bulgarie*, n° 36760/06, 17 janvier 2012 [GC], § 115.

²⁶ *Guzzardi c. Italie*, § 95.

arbitraires à cette liberté de circulation ou une privation arbitraire de liberté²⁷.

14. Dans l'arrêt majeur *Guzzardi c. Italie*, la Cour a reconnu que la privation de liberté peut prendre diverses formes. Elle a précisé que l'évolution des normes et pratiques juridiques tend à en accroître la diversité et que « la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques »²⁸. La Cour a conclu que les mesures appliquées au requérant, à savoir l'isolement dans un endroit particulier sur une petite île, une condition de résidence, l'obligation de se présenter deux fois par jour aux autorités ainsi que le fait d'être sujet à une supervision constante équivalaient en fait à une privation de liberté au sens de l'article 5. La Cour a fait remarquer que les restrictions imposées empêchaient le requérant d'établir des contacts sociaux. La Cour a conclu que ces mesures prises individuellement ne pouvaient constituer une privation de liberté, mais lorsqu'elles ont été prises de façon cumulative et combinée, elles constituaient une détention *de facto* et étaient donc visées par l'article 5 de la Convention²⁹.

15. En outre, la Cour peut examiner le contexte et les circonstances spécifiques des restrictions, outre l'isolement dans un lieu particulier. Ainsi, la privation de liberté peut se produire lorsque la personne privée de liberté n'a comme seule option de quitter le territoire, par exemple dans une zone de transit où une personne qui a demandé l'asile n'a pas d'autre choix que d'entrer dans l'État qu'elle vient de quitter parce que sa demande n'a pas encore été examinée³⁰. Dans l'arrêt *Amuur c. France*, la Cour a estimé que la rétention des requérants dans une zone internationale ainsi que les restrictions à la liberté de circuler et une surveillance policière stricte et constante avaient transformé une simple restriction à la liberté de circuler en une

²⁷ Comité Ad hoc d'Experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides ("CAHAR"), septembre 2005, commentaire portant sur le Principe 6 § 1 du Comité des Ministres, *Vingt Principes Directeurs sur le Retour Forcé*, § 3.

²⁸ *Guzzardi c. Italie*, § 95.

²⁹ *Ibid.*; Voir, en contraste avec l'affaire *Guzzardi*, l'arrêt *De Tommaso c. Italie*, dans lequel la Cour considère que « dans le cas d'espèce, [...] à la différence de l'intéressé dans l'affaire *Guzzardi*, le requérant dans la présente espèce n'a pas été contraint de vivre dans un endroit exigu et ne s'est pas trouvé dans l'impossibilité de nouer des contacts sociaux », § 85.

³⁰ *Amuur c. France*, n° 19776/92, 25 juin 1996, § 48; *Z.A. et autres c. Russie*, Nos. 61411/15 et 3 autres, 28 mars 2017, § 89 (Renvoi devant la Grande Chambre).

privation de liberté parce que ce maintien s'est « prolongé de manière excessive »³¹. La Cour a attaché une attention particulière à l'absence de garanties procédurales appropriées, à savoir un examen expéditif des restrictions imposées et le fait que les intéressés se soient trouvés « livrés à eux-mêmes » sans assistance juridique et sociale, en particulier en ce qui concerne les formalités de leurs demandes d'asile³². La Cour a rejeté l'argument selon lequel les personnes pouvaient choisir de retourner volontairement dans leur pays et donc mettre fin à leur rétention, estimant que cette possibilité revêt un caractère théorique si aucun autre pays n'est disposé ou prêt à les accueillir³³. De plus, la rétention dans une zone de transit peut être considérée comme une rétention de fait et s'avérer incompatible avec l'article 5 § 1 f) en cas d'absence de « décision formelle présentant un intérêt juridique et motivée »³⁴.

16. Aux fins de la présente Analyse, la rétention des migrants désigne la privation de liberté de personnes qui peuvent être privées de leur liberté régulièrement au regard de l'article 5 § 1 f) et, dans certaines circonstances, de l'article 5 § 1 b) de la Convention. Toute privation de liberté sera comprise au sens de la jurisprudence pertinente de la Cour.

3.1.2. Alternatives à la rétention des migrants

17. Il n'existe pas de définition universelle et convenue des « alternatives à la détention » ni des « alternatives à la rétention des migrants ». Certains termes tels que « mesures non privatives de liberté », « mesures moins restrictives », « mesures moins coercitives », « mesures moins contraignantes », « mesures moins invasives », « mesures moins onéreuses », « mesures moins intrusives », « mesures spéciales », « mesures plus clémentes » ou « mesures alternatives » sont souvent utilisées pour faire référence aux alternatives à la rétention³⁵. Les « alternatives à la rétention des

³¹ *Amuur c. France*, § 43.

³² *Ibid.*, § 45.

³³ *Ibid.*, § 48.

³⁴ *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, n° 47287/15, 14 mars 2017, §§ 67-69 (Renvoi devant la Grande Chambre).

³⁵ Voir, par exemple, les réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG; *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, n° 10486/10, 20 décembre 2011, § 124; *A.B. et autres c. France*, n° 11593/12, 12 juillet 2016, § 124; Comité des Ministres, *Vingt Principes*

migrants » ne désignent pas une notion juridique, mais renvoient en fait à un ensemble de pratiques différentes qui peuvent être utilisées pour éviter le recours à la rétention³⁶ et, par conséquent, respectent le principe de nécessité et de proportionnalité. Quel que soit le terme employé, un large consensus se dégage quant au fait que les alternatives à la rétention des migrants sont des mesures non privatives de liberté qui respectent les droits fondamentaux et permettent de choisir parmi d'autres options que la rétention³⁷.

18. Globalement, le terme est interprété et employé « dans au moins deux sens différents. Au sens strict, il désigne une pratique utilisée lorsque la rétention a un fondement légitime, en particulier lorsqu'un motif valable justifie le recours à la rétention dans l'affaire considérée, même si l'État dispose de moyens de contrôle moins restrictifs qui pourraient et même devraient être utilisés. Selon une interprétation plus large, [les alternatives à la rétention] désignent un ensemble de politiques et de pratiques que les États utilisent pour gérer le processus migratoire, sans avoir recours à la rétention, mais qui impliquent en général certaines restrictions »³⁸.

19. Adoptant l'interprétation stricte, le HCR définit les alternatives à la rétention des migrants comme « toute législation, politique ou

Directeurs sur le Retour Forcé, 925e réunion des Délégués des Ministres, 4 mai 2005, principe 6 § 1; Le Comité des droits de l'homme (« CCPR »), *Observation générale n° 35 - article 9 (Liberté et sécurité de la personne)*, CCPR/C/GC/35, 16 décembre 2014, § 18; *Zeyad Khalaf Hamadie Al-Gertani c. Bosnie-Herzégovine*, Communication n° 1955/2010, constatations adoptées le 1^{er} novembre 2013, § 10.4; HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 4.3, § 35; Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, 24 décembre 2008, L 348/98, article 15, § 1.

³⁶ HCR, *Principes directeurs*, 2012, § 8; Coalition internationale contre la détention (« IDC »), *There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention (revised edition)*, 2015, p. 7; C. Costello et E. Kaytaz, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention: Perceptions of Asylum-Seekers and Refugees in Toronto and Geneva*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2013/02.REV.1, juin 2013, p. 10.

³⁷ Voir, par exemple, Comité des Ministres, *Vingt Principes Directeurs sur le Retour Forcé*, principe 6, § 1; Directive 2013/33/UE, préambule (20); HCR, *Principes directeurs*, 2012, § 8; Le Comité des droits de l'enfant (« Le Comité CDE »), *Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration*, 28 septembre 2012, § 79.

³⁸ C. Costello et E. Kaytaz, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, p. 10.

pratique permettant aux demandeurs d'asile de résider dans le pays sous réserve d'un certain nombre de conditions ou de restrictions à leur liberté de circulation »³⁹. Dans un sens plus large, les alternatives à la rétention des migrants sont définies comme « toute loi, politique ou pratique selon lesquelles les personnes ne sont pas placées en rétention pour des motifs en rapport avec leur situation au regard du droit de séjour », ce qui inclut l'hébergement en centres ouverts, sur un éventail allant des mesures les moins restrictives aux plus restrictives, parmi l'ensemble des options de substitution dont disposent les États⁴⁰.

20. Aux fins de la présente Analyse, les alternatives à la rétention des migrants seront examinées parmi un ensemble d'options restrictives ou non restrictives, ce qui permettra d'aborder un plus large éventail de pratiques que les États membres du Conseil de l'Europe pourraient envisager de mettre en œuvre pour éviter d'avoir recours à la rétention dans le cadre de leur gestion de l'immigration.

3.2. Portée de l'Analyse, personnes concernées et sources consultées

21. Le présent document expose et analyse les normes européennes et internationales concernant les alternatives à la rétention pour les personnes susceptibles d'être régulièrement privées de leur liberté au regard de l'article 5 § 1 f) et, dans certaines circonstances, de l'article 5 § 1 b) de la Convention, tout en portant une attention particulière aux droits, obligations et nuances relatifs à leur vulnérabilité⁴¹. Compte tenu du mandat assigné au CDDH par le Comité des Ministres, la primauté est donnée à la jurisprudence de la Cour, mais aussi à d'autres normes du Conseil de l'Europe. Certains éléments essentiels des alternatives efficaces à la rétention sont présentés, ainsi qu'une liste non exhaustive des types d'alternatives envisageables, en rendant compte des avantages, des défis et des conséquences sur les droits de l'homme de chacun d'entre eux. Par ailleurs, divers aspects juridiques et pratiques que les États doivent prendre en compte dans l'élaboration et la mise en œuvre d'alternatives efficaces à la rétention dans le contexte des migrations sont examinés.

³⁹ HCR, *Principes directeurs*, 2012, § 8.

⁴⁰ IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 7.

⁴¹ S'agissant de la vulnérabilité, des termes tels que « personnes vulnérables », « individus vulnérables », « groupes vulnérables » et/ou « personnes en situation de vulnérabilité » sont utilisés indifféremment dans la présente analyse.

En conclusion, ce document donne un aperçu des éventuels travaux que le CDDH pourrait envisager à l'avenir.

22. La présente Analyse puise principalement les informations sur lesquelles elle s'appuie dans plusieurs documents publiés par le Conseil de l'Europe, les Nations Unies et l'UE. Les normes relatives aux droits de l'homme mentionnées dans cette Analyse reposent sur des instruments juridiquement contraignants (conventions, chartes, législation secondaire de l'UE, etc.) et des recommandations, résolutions, directives, rapports, etc., juridiquement non contraignants. Dans un souci de clarté et de précision, chaque organisme est mentionné, le cas échéant, dans le texte et cité dans les notes de bas de page. D'autres sources, notamment des travaux, études et rapports universitaires, ont également été consultées et sont citées dans cette Analyse. Les principales sources mentionnées constituent les réponses reçues à la demande d'informations sur les alternatives à la rétention envoyées par CDDH-MIG. Ces réponses donnent davantage d'informations sur les politiques, les pratiques et la mise en œuvre d'alternatives à la rétention dans les États membres du Conseil de l'Europe. Finalement, les conclusions de la Conférence internationale « *La rétention d'enfants migrants: Bientôt la fin ?* », qui s'est tenue à Prague du 25 au 26 septembre 2017 sous les auspices de la Présidence tchèque du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, seront référencées le cas échéant⁴². La Conférence, organisée en coopération avec le Conseil de l'Europe, fut partiellement inspirée des travaux en cours du CDDH-MIG et conçue afin d'apporter une contribution et une impulsion supplémentaires au domaine dans son ensemble.

⁴² Voir <http://dmcprague2017.justice.cz/>

II. ASPECTS JURIDIQUES : NORMES RELATIVES AUX DROITS DE L'HOMME APPLICABLES

1. La Cour européenne des droits de l'homme et d'autres normes du Conseil de l'Europe

1.1. Droit à la liberté : Article 5 de la Convention

1.1.1. Conditions générales

23. L'examen des alternatives à la rétention est lié et découle du droit à la liberté et à la sûreté des personnes, qui est consacré dans tous les principaux instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme⁴³.

24. Comme on l'a déjà indiqué, dans le cadre du Conseil de l'Europe, le droit à la liberté et à la sûreté de la personne est inscrit à l'article 5 de la Convention. La Cour a souligné que cette disposition « consacre un droit fondamental de l'homme, à savoir la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'État à sa liberté »⁴⁴. Le droit à la liberté est considéré comme de la plus haute importance dans une société démocratique au sens de la Convention⁴⁵ et s'applique à chacun⁴⁶. La Cour a rappelé que cette disposition exige de l'État « non seulement qu'il s'abstienne de porter activement atteinte aux droits en question, mais aussi qu'il prenne des mesures appropriées pour protéger l'ensemble des personnes relevant de sa juridiction contre toute atteinte illégale à ces droits »⁴⁷.

⁴³ Voir, par exemple, article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (« DUDH »); article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« le Pacte »); article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention ») et article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« Charte de l'UE »).

⁴⁴ Voir, par exemple, *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03, 29 janvier 2008 [GC], § 63; *Khlaifia et autres c. Italie*, n° 16483/12, 15 décembre 2016 [GC], § 88; *Thimothawes c. Belgique*, n° 39061/11, 4 avril 2017, § 56; *Suso Musa c. Malte*, n° 42337/12, 23 juillet 2013, § 89.

⁴⁵ *Medvedyev et autres c. France* [GC], § 76; *Ladent c. Pologne*, n° 11036/03, 18 mars 2008, § 45.

⁴⁶ *Medvedyev et autres c. France*, [GC], § 77; *Nada c. Suisse*, n° 10593/08, 12 septembre 2012, [GC], § 224.

⁴⁷ *El-Masri c. "L'ex-république yougoslave de Macédoine"*, n° 39630/09, 13 décembre 2012 [GC], § 239.

Liste exhaustive des exceptions permises

25. L'article 5 § 1, sous-paragraphes a) à f), contient une liste exhaustive d'exceptions qui permettent de restreindre cette liberté. Ces exceptions doivent être interprétées de façon étroite pour cadrer « avec le but de cette disposition : assurer que nul ne soit arbitrairement privé de sa liberté »⁴⁸. Toute privation de liberté qui ne relève pas d'une de ces exceptions sera toujours illégale⁴⁹.

Légalité/conformité à la procédure nationale (références à la législation nationale)

26. Le texte de la Convention pose deux conditions générales : la détention doit être « régulière » et doit être effectuée « selon les voies légales » (références au droit national). Ainsi, dans l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni*, la Grande Chambre de la Cour a estimé ce qui suit⁵⁰ :

« Il est bien établi dans la jurisprudence de la Cour relative aux alinéas de l'article 5 § 1 que toute privation de liberté doit non seulement relever de l'une des exceptions prévues aux alinéas a) à f), mais aussi être 'régulière'. En matière de 'régularité' d'une détention, y compris l'observation des 'voies légales', la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en observer les normes de fond comme de procédure ».

27. La Cour a accordé une attention particulière à la *qualité* de la législation nationale qui restreint la liberté d'un individu, en particulier en ce qui concerne les demandeurs d'asile. En conséquence, la loi doit être compatible avec l'État de droit⁵¹ et « suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire »⁵². Ces caractéristiques

⁴⁸ *Vasileva c. Danemark*, n° 52792/99, 25 décembre 2003, § 33; *Khlaifia et autres c. Italie*, [GC], § 88.

⁴⁹ *Khlaifia et autres c. Italie* [GC], § 88.

⁵⁰ *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], § 67.

⁵¹ « Un concept inhérent à tous les articles de la Convention. » *Amuur c. France*, § 50; *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, n° 30471/08, 22 septembre 2009, § 130 ; *Khlaifia et autres c. Italie* [GC], § 91.

⁵² *Longa Yonkeu c. Lettonie*, n° 57229/09, 15 novembre 2011, §§ 120, 133-144 (en particulier au § 140) ; *Shamsa c. Pologne*, n° 45355/99 et n° 45357/99, 27 novembre 2003, § 49 ; *Baranowski c. Pologne*, n° 28358/95, 28 mars 2000, § 52 ; *Amuur c. France*, § 50 ; *Sadaykov c. Bulgarie*, n° 75157/01, 22 mai 2008, § 23.

« revêtent une importance fondamentale dans le domaine des demandeurs d'asile dans les aéroports, compte tenu notamment de la nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des États »⁵³.

28. Sur la base de ces références au droit interne, la Cour a précisé que si la législation interne d'un État prévoit que la nécessité de la détention doit être démontrée, la détention doit respecter cet élément de nécessité défini dans le droit national afin que la détention ne soit pas arbitraire⁵⁴. De même, dans le cas d'une prolongation de la détention, la Cour a jugé que cette mesure devait respecter les règles pertinentes du droit interne (par exemple, l'obligation pour les autorités de vérifier que la personne détenue n'a pas fait obstacle à l'exécution de l'expulsion, que des mesures moins strictes n'étaient pas applicables ou si l'ordre d'expulsion pouvait éventuellement être appliqué ou non) afin que la détention ne soit pas arbitraire⁵⁵.

Protection contre l'arbitraire

29. Dans l'affaire *Saadi* susmentionnée, la Cour, après avoir souligné l'obligation de conformité avec la législation nationale, a en outre souligné que le respect du droit national⁵⁶ :

« n'est pas suffisant : l'article 5 § 1 exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but consistant à protéger l'individu contre l'arbitraire. [...] Il est un principe fondamental selon lequel nulle détention arbitraire ne peut être compatible avec l'article 5 § 1, et la notion d'« arbitraire » que contient l'article 5 § 1 va au-delà du défaut de conformité avec le droit national, de sorte qu'une privation de liberté peut être régulière selon la législation interne tout en étant arbitraire et donc contraire à la Convention. [...] De plus, il ressort clairement de la jurisprudence que la notion d'arbitraire dans le contexte de l'article 5 varie dans une certaine mesure suivant le type de détention en cause ».

⁵³ *Amuur c. France*, § 50 ; *Rashed c. République tchèque*, n° 298/07, 27 novembre 2008, § 73.

⁵⁴ *Rusu c. Autriche*, n° 34082/02, 2 octobre 2008, §§ 54-58.

⁵⁵ *Nabil et autres c. Hongrie*, n° 62116/12, 22 septembre 2015, §§ 40-43.

⁵⁶ *Saadi c. Royaume-Uni*, [GC], § 67.

1.1.2. Détention au regard de l'article 5 § 1 f)

Généralités

30. La rétention dans le contexte des migrations est traitée par l'article 5 § 1 (f) qui prévoit deux situations différentes : première partie, la détention d'une personne « pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire » ; seconde partie, la détention d'une personne « contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

31. La Cour a jugé que la détention au regard de l'article 5 § 1 f) n'est pas considérée comme raisonnablement nécessaire⁵⁷. À cet égard, le sous-paragraphe f) définit un niveau de protection différent de celui des autres sous-paragraphe, notamment le sous-paragraphe c). Dans l'arrêt *Rusu c. Autriche*, au sujet de l'expulsion, elle a jugé ce qui suit⁵⁸ :

« La détention de la requérante doit être examinée sous l'angle de l'article 5 § 1 de la Convention. La Cour rappelle que cette disposition exige uniquement qu'une « procédure d'expulsion ou d'extradition [soit] en cours ». L'article 5 § 1 f) n'exige pas que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours soit considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple pour l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir ; à cet égard, l'article 5 § 1 f) définit un niveau de protection différent de celui prévu par l'article 5 § 1 c) (voir *Čonka*, cité précédemment, § 38, et *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt rendu le 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, p. 1862-63, § 112-13) ».

32. Malgré cette distinction, la détention au regard de l'article 5 § 1 f) doit être conforme à l'objet de l'article 5, c'est-à-dire la protection contre l'arbitraire.

⁵⁷ *Ibid.*, § 72; *Rusu c. Autriche*, § 52; *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, 5 février 2002, § 38; *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93, 15 novembre 1996 [GC], §§ 112-113.

⁵⁸ *Rusu c. Autriche*, § 52.

33. Pour éviter d'être perçue comme arbitraire, la détention visée par l'article 5 § 1 f) (dans les deux cas de figure⁵⁹) doit être conforme aux critères généraux établis dans la jurisprudence de la Cour, qui indiquent que⁶⁰ :

- i. la détention doit être mise en œuvre de bonne foi ;
- ii. la détention doit être étroitement liée au but qu'elle poursuit ;
- iii. le lieu et les conditions de détention doivent être appropriés, car « une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays »⁶¹ ;
- iv. la durée de la détention ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi ;
- v. la procédure doit être menée avec la diligence requise⁶² ;
- vi. il doit exister une perspective raisonnable d'éloignement (second cas de figure du sous-paragraphe f)⁶³.

Détention pour empêcher une entrée non autorisée

34. Dans l'affaire *Saadi*, la Cour a précisé que toute entrée serait « non autorisée » jusqu'à ce que l'État ait fourni l'autorisation. La Cour a jugé que la détention des demandeurs d'asile et d'autres migrants avant l'autorisation formelle d'entrer relève de la première partie de l'article 5 § 1 f)⁶⁴. Le raisonnement a été résumé dans l'affaire *Musa Suso c. Malte*⁶⁵ :

« C'est dans son arrêt *Saadi* (précité, §§ 64-66) que la Cour a interprété pour la première fois le sens des termes de la première partie de l'article 5 § 1 f), visant “ la détention régulièr[e] d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire ”. Dans cet arrêt, la Cour a

⁵⁹ *Saadi c. Royaume-Uni*, § 73.

⁶⁰ *Ibid.*, § 74. Voir aussi, *Suso Musa c. Malte*, § 93 ; *Longa Yonkeu c. Lettonie*, § 134.

⁶¹ *Saadi c. Royaume-Uni*, § 74, citant avec approbation *Amuur c. France*, § 43

⁶² *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93, 15 novembre 1996 [GC], § 113. Voir également, *Singh c. République tchèque*, n° 60538/00, 25 janvier 2005, §§ 61-68 ; *Raza c. Bulgarie*, n° 31465/08, 11 février 2010, §§ 71- 75 ; *M. et autres c. Bulgarie*, n° 41416/08, 26 juillet 2011, §§ 61-77 ; *Auad c. Bulgarie*, n° 46390/10, 11 octobre 2011, §§ 128-135.

⁶³ *Louled Massoud c. Malte*, n° 24340/08, 27 juillet 2010, § 69.

⁶⁴ *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], § 65-66.

⁶⁵ *Suso Musa c. Malte*, § 90.

estimé que, tant qu'un État n'avait pas " autorisé " l'entrée sur son territoire, celle-ci était " irrégulière ", et que la détention d'un individu souhaitant entrer dans le pays mais ayant pour cela besoin d'une autorisation dont il ne disposait pas encore pouvait viser – sans que la formule soit dénaturée – à " empêcher [l'intéressé] de pénétrer irrégulièrement ". Elle a rejeté l'idée que, si un demandeur d'asile se présentait de lui-même aux services de l'immigration, cela signifiait qu'il cherchait à pénétrer " régulièrement " dans le pays, avec cette conséquence que la détention ne pouvait se justifier sous l'angle de la première partie de l'article 5 § 1 f) (§ 65). Elle a ajouté que lire cette disposition comme autorisant uniquement la détention d'une personne dont il était établi qu'elle tentait de se soustraire aux restrictions à l'entrée reviendrait à interpréter de manière trop étroite les termes de la disposition ainsi que le pouvoir de l'État d'exercer l'indéniable droit de contrôle évoqué plus haut. Elle a précisé que pareille interprétation cadrerait mal avec la conclusion no 44 du Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés, les Principes directeurs du HCR et la Recommandation du Comité des Ministres (§§ 34-35 et 37 de l'arrêt Saadi), textes qui envisagent tous la détention des demandeurs d'asile dans certaines circonstances, par exemple lors de vérifications d'identité ou quand il faut déterminer des éléments fondant la demande d'asile ».

35. Le point de savoir à quel moment la première partie de l'article 5 § 1 f) cesse de s'appliquer, au motif que la personne concernée s'est vue accorder une autorisation officielle d'entrée ou de séjour, dépend largement du droit interne. À cet égard, dans l'affaire *Musa Suso c. Malte*, la Cour a souligné ce qui suit⁶⁶ :

« En effet, lorsqu'un État, qui est allé au-delà de ses obligations en créant d'autres droits ou un régime plus favorable – ce qu'il lui est loisible de faire en vertu de l'article 53 de la Convention, adopte de son propre chef ou en application du droit de l'Union européenne une loi autorisant expressément l'entrée et le séjour des étrangers dans l'attente

⁶⁶ *Ibid.*, § 97.

de l'examen de leur demande d'asile [...], toute détention ultérieure visant à empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement dans le pays peut soulever une question concernant la régularité de la détention au regard de l'article 5 § 1 f). En pareilles circonstances, il serait certes difficile de considérer que la mesure est étroitement liée au but de la détention et de juger la situation conforme au droit interne. En fait, il serait arbitraire, et donc contraire au but de l'article 5 § 1 f), d'interpréter des dispositions claires et précises du droit interne de manière contraire à leur sens ».

36. Compte tenu de ce qui précède, la jurisprudence de la Cour relative à la première partie de l'article 5 § 1 f) suggère que la détention d'une personne peut soulever une question de légalité au regard de cette disposition lorsque la législation nationale autorise l'entrée ou le séjour de cette personne en attendant que sa demande d'asile soit examinée⁶⁷.

Détention en vue d'une expulsion ou extradition

37. La détention d'une personne en attente d'expulsion ou d'extradition relève de la seconde partie de l'article 5 § 1 f)⁶⁸. L'expulsion d'une personne ne peut être exécutée tant qu'une décision n'a pas été rendue sur sa demande d'asile⁶⁹. La Cour rappelle cependant que « seul le déroulement de la procédure d'expulsion » justifie la détention⁷⁰. La détention, cependant, ne sera compatible avec l'article 5 § 1 f) que si la procédure est menée avec la « diligence requise »⁷¹. Elle devient illégale s'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement⁷² ou si le critère de la « diligence requise » n'est pas satisfait⁷³. En ce sens, le critère de proportionnalité

⁶⁷ *Idem.*; Voir aussi, *O.M. c. Hongrie*, n° 9912/15, 5 juillet 2016, § 47.

⁶⁸ *Chahal c. Royaume-Uni* [GC], §112

⁶⁹ *R.U. c. Grèce*, n° 2237/08, 7 juin 2011, § 94; *S.D. c. Grèce*, n° 53541/07, 11 juin 2009, § 62.

⁷⁰ *Chahal c. Royaume-Uni*, [CG], 15 novembre 1996, §112; *Rusu c. Autriche*, § 52.

⁷¹ *Chahal c. Royaume-Uni* [GC], § 113; *A. et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05, 19 février 2009 [CG], § 164; *Singh c. République tchèque*, §§ 61-68; *Raza c. Bulgarie*, §§ 71- 75; *M. et autres c. Bulgarie*, §§ 61-77; *Auad c. Bulgarie*, §§127-135.

⁷² *Louled Massoud c. Malte*, § 67; *Mikolenko c. Estonie*, n° 10664/05, 8 octobre 2010, §§ 64-65

⁷³ *Auad c. Bulgarie*, §§130-135.

concernant le sous-paragraphe f) est différent de celui qui est visé dans le sous-paragraphe b) (voir ci-dessous, 1.1.3).

À cet égard, dans l'affaire *Saadi*, la Cour a déclaré ce qui suit⁷⁴ :

« De même, dans une affaire où une personne avait été détenue en vertu de l'article 5 § 1 f), la Grande Chambre, interprétant la seconde partie de l'alinéa f), a considéré que, tant qu'un individu était détenu " dans le cadre " d'une procédure d'expulsion ", c'est-à-dire tant qu'une " procédure d'expulsion [était] en cours " contre lui, rien n'exigeait des motifs raisonnables de croire à la nécessité de la détention, par exemple pour empêcher l'intéressé de commettre une infraction ou de s'enfuir (*Chahal*, précité, § 112). Dans la même affaire, la Grande Chambre a également déclaré que le principe de proportionnalité ne s'appliquait à une détention fondée sur l'article 5 § 1 f) que dans la mesure où celle-ci ne se prolongeait pas pendant un laps de temps déraisonnable ; ainsi, elle a estimé que " seul le déroulement de la procédure d'expulsion justif[ait] la privation de liberté fondée sur cette disposition [et que si] la procédure n'[était] pas menée avec la diligence requise, la détention cess[ait] d'être justifiée (...) " (*ibidem*, § 113, et voir également *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, n° 25389/05, § 74, CEDH 2007-II) ».

38. Quant à l'appréciation du caractère arbitraire, la Cour a examiné la possibilité donnée aux États d'appliquer d'autres mesures que la détention prolongée en l'absence de toute perspective immédiate d'éloignement de la personne ou en raison de l'incapacité des autorités à mener une procédure avec la diligence requise⁷⁵. Donc, dans l'arrêt *Louled Massoud c. Malte*, la Cour a constaté⁷⁶ :

⁷⁴ *Saadi v. c. Royaume-Uni* [GC], § 72.

⁷⁵ *Louled Massoud c. Malte*, § 68; *Mikolenko c. Estonie*, § 67. Voir également, *Raza c. Bulgarie*, §§ 73-75 (l'expulsion du requérant en rétention a été bloquée parce qu'il ne disposait pas des documents de voyage nécessaires. La Cour a accordé une attention particulière au fait que la procédure n'avait pas été poursuivie avec diligence tout en notant que les autorités disposaient d'autres mesures d'éloignement que la détention prolongée du requérant). Elle a également fait référence à l'examen des alternatives à la détention des migrants suite à l'application d'une mesure provisoire au titre de l'article 39 de son règlement : voir, par exemple, *Keshmiri c. Turquie* (n° 2), n° 22426/10, 17 janvier 2012, § 34 (le requérant est resté en détention prolongée sans que des solutions alternatives soient recherchées); *Azimov c. Russie*, n° 67474/11, 18 avril 2013 §§ 169-174 (le requérant est resté en rétention prolongée sans que son maintien

«...it hard to conceive that in a small island like Malta, where escape by sea without endangering one's life is unlikely and fleeing by air is subject to strict control, the authorities could not have had at their disposal measures other than the applicant's protracted detention to secure an eventual removal in the absence of any immediate prospect of his expulsion ».⁷⁷

1.1.3. Détention au regard de l'article 5 § 1 b)

39. L'article 5 § 1 b), qui autorise la détention aux fins de « garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi », peut également être pertinent dans le contexte de la migration. Selon la Cour, pour que la détention soit régulière au sens de l'article 5 § 1 b), plusieurs critères doivent être respectés :

- i. il doit y avoir une obligation non remplie par la personne concernée ;
- ii. l'arrestation et la détention doivent être aux fins de garantir le respect de cette obligation ;
- iii. l'arrestation et la détention ne doivent pas avoir un caractère punitif ;
- iv. l'obligation qui incombe à la personne doit être précise et concrète ;
- v. l'arrestation et la détention doivent être véritablement nécessaires à son exécution⁷⁸;
- vi. l'obligation prévue par la loi ne peut être satisfaite par des moyens moins stricts ;
- vii. le principe de proportionnalité doit être appliqué et notamment qu' « un équilibre soit ménagé entre la nécessité dans une société démocratique de garantir l'exécution immédiate de

en rétention soit examiné et que des « mesures alternatives » soient prises en compte); *Ermakov c. Russie*, n° 43165/10, 7 novembre 2013, § 252 (la détention du requérant a été soumise à des délais et des mesures préventives moins strictes avait été recherchées).

⁷⁶ *Louled Massoud c. Malte*, § 68.

⁷⁷ Traduction effectuée par le Secrétariat : «... Il est difficile de concevoir que sur une petite île telle que Malte, où s'évader par la mer sans mettre sa vie en danger est improbable et où la fuite en avion est soumise à un contrôle strict, les autorités n'aient pas eu d'autres mesures à leur disposition que la détention prolongée du requérant pour s'assurer d'un renvoi final en l'absence de toute perspective immédiate d'expulsion ».

⁷⁸ *O.M c. Hongrie*, § 42.

l'obligation dont il s'agit, et l'importance du droit à la liberté »⁷⁹.

40. Lorsqu'elle évalue la compatibilité d'une arrestation ou d'une détention avec l'article 5 § 1 b), la Cour tient compte des trois facteurs principaux suivants : « La nature de l'obligation découlant de la législation pertinente, y compris son objet et son but ; la personne détenue et les circonstances particulières qui ont conduit à la détention et la durée de la détention »⁸⁰. L'exécution de l'obligation en question rend caduc le motif de la détention prévu à l'article 5 § 1 b)⁸¹.

41. Par rapport au sous-paragraphe f), le sous-paragraphe b) prévoit une évaluation de la nécessité et de la proportionnalité dans chaque affaire⁸².

1.2. Garanties procédurales

Présentation des motifs de détention

42. Une personne détenue peut contester la légalité de sa détention en s'appuyant sur l'article 5 § 2, qui énonce que « [t]oute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ». Cette information lui permet de discuter la légalité de la détention, en vertu de l'article 5 § 4. La Cour a estimé que l'« arrestation » visée à l'article 5 § 2 était analogue à la « détention »⁸³. La conformité avec l'article 5 § 2 est obligatoire dans tous les cas de détention prévus à l'article 5 § 1⁸⁴, et l'article 5 § 2 donne droit à une évaluation de chaque cas individuel⁸⁵. L'absence d'information sur les motifs de détention peut entraîner son illégalité au regard de l'article 5 § 1 f)⁸⁶.

⁷⁹ *Ibid.*, § 43, *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], § 70.

⁸⁰ *O.M c. Hongrie*, § 44.

⁸¹ *Ibid.*, § 42.

⁸² *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], § 70.

⁸³ *Shamayev et autres c. Géorgie et Russie*, n° 36378/02, 12 avril 2005, §§ 413-414.

⁸⁴ *Kerr c. Royaume-Uni*, n° 40451/98, Décision partielle, 7 décembre 1999; *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, n° 12446/86, n° 12245/86, n° 12383/86, 30 août 1990, §40.

⁸⁵ *Kerr c. Royaume-Uni; Murray c. Royaume-Uni*, n° 14310/88, 28 octobre 1994 [GC], § 72; *Ćonka c. Belgique*, § 50.

⁸⁶ *Lokpo et Touré c. Hongrie*, n° 10816/10, 20 septembre 2011, § 24.

43. Les motifs de détention doivent présenter « les raisons juridiques et factuelles essentielles » de la privation de liberté⁸⁷. Le langage utilisé pour transmettre les motifs doit être « un langage simple, non technique que [la personne détenue] puisse comprendre »⁸⁸. La personne doit être informée dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou détention⁸⁹.

Examen des décisions de détention (habeas corpus)

44. L'article 5 § 4 énonce que toute personne privée de sa liberté « a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». La garantie s'applique à la détention qui n'a pas été ordonnée par une instance judiciaire⁹⁰. L'article 5 § 4 contient deux éléments importants pour l'examen d'une décision de placement en détention : 1) l'examen doit être effectué « à bref délai » et 2) il doit être accessible et effectif dans la pratique. Toute personne détenue doit pouvoir obtenir à bref délai un contrôle juridictionnel de la légalité de sa détention⁹¹. L'accessibilité au droit de contester la décision de détention, et son effectivité, peuvent pâtir du refus d'accès à un avocat ou de l'absence d'un accès effectif à un avocat⁹². En rappelant que la Convention vise à garantir des droits « non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs », la Cour a souligné qu'il était important que les personnes détenues bénéficient d'une assistance juridique pour présenter un recours⁹³, notamment pour contester la décision de placement en détention⁹⁴. La Cour a estimé que les États membres sont tenus de désigner un avocat pour que le détenu soit en mesure de présenter un recours, soit parce que la loi le prescrit, soit « en raison de la complexité de la procédure ou de la

⁸⁷ *Kerr c. Royaume-Uni; Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, §§ 136-138; *Rusu c. Autriche*, § 36; *Kaboulov c. Ukraine*, n° 41015/04, 19 novembre 2009, § 143.

⁸⁸ *Kerr c. Royaume-Uni; Čonka c. Belgique*, § 50.

⁸⁹ *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], §§ 81-85 (une durée de 76 heures fut considérée comme étant en violation de l'article 5 § 2); *Murray c. Royaume-Uni* [GC], §§ 77-80 (une durée d'1 heure et 15 minutes à partir de l'arrestation fut considérée comme étant en violation de l'article 5 § 2).

⁹⁰ *Shamsa c. Pologne*, § 59.

⁹¹ *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, § 139.

⁹² *Ibid.*, §§ 139-142; *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08, 5 avril 2011, § 120.

⁹³ *Čonka c. Belgique*, §§ 44-46.

⁹⁴ *Ibid.*, § 55.

cause »⁹⁵. Le refus d'accès à un avocat, ou l'absence d'un accès effectif à un avocat, peut indiquer que le droit de contester la décision de détention prévue à l'article 5 § 4 n'était pas accessible et efficace dans la pratique⁹⁶.

45. Le Comité des Ministres s'est prononcé en ce sens, en soulignant qu'il est important de fournir des informations rapides sur les motifs factuels et juridiques de la détention dans une langue que la personne comprend, ainsi que sur les recours disponibles pour contester la légalité de la détention⁹⁷. L'accès à des avocats et la mise à disposition d'une assistance juridique⁹⁸, ainsi que l'obligation de contrôler les décisions de détention *ex officio* et sur demande, ont également été mis en évidence⁹⁹.

1.3. Obligation d'envisager des alternatives à la rétention (autres instances du Conseil de l'Europe)

46. Dans la jurisprudence de la Cour, l'obligation d'examiner des alternatives à la rétention est traitée dans le contexte spécifique des personnes vulnérables¹⁰⁰, mais d'autres organes du Conseil de l'Europe indiquent clairement qu'il faut examiner ce type de mesure dans chaque affaire traitée. Il est largement admis que la rétention n'est autorisée que 1) si elle est conforme à une procédure prévue par la loi et 2) si un examen attentif et individuel de la nécessité de privation de liberté montre que des mesures moins coercitives ne peuvent pas être

⁹⁵ *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 26.

⁹⁶ *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, §§ 139-142; *Rahimi c. Grèce*, § 120.

⁹⁷ Comité des Ministres, *Vingt Principes Directeurs sur le Retour Forcé*, principe 6 § 2; Comité des Ministres, *Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées*, adoptées par le Comité des Ministres le 1^{er} juillet 2009, lors de la 1062e réunion des Délégués des Ministres, § XI. 5.

⁹⁸ Comité des Ministres, *Vingt Principes Directeurs sur le Retour Forcé*, principes 6 § 2 et 9 § 2; Comité des Ministres, *Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées*, XI. §§ 5 et 6; Comité des Ministres, *Recommandation Rec(2003)5 du Comité des Ministres aux États membres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile* (adoptée par le Comité des Ministres le 16 avril 2003, lors de la 837e réunion des Délégués des Ministres), § 17. Voir également, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (« CPT »), fiche thématique sur la rétention des migrants, mars 2017.

⁹⁹ Comité des Ministres, *Vingt Principes Directeurs sur le Retour Forcé*, principe 8 § 2; Comité des Ministres, *Recommandation Rec(2003)5*, § 5.

¹⁰⁰ Voir ci-dessous, 1.4.1; 1.4.3.

appliquées efficacement dans le cas concerné¹⁰¹. Il faudrait toujours rechercher des alternatives à la rétention, envisageables dans le cas particulier¹⁰², et prouver qu'elles ne sont pas efficaces avant que la rétention ne soit ordonnée¹⁰³.

47. L'Assemblée parlementaire a, entre autres, fourni des orientations sur la mise en œuvre de mesures alternatives à la rétention. Elle a encouragé les États membres à s'assurer qu'il existe une présomption en faveur de la mise en liberté dans la législation nationale et à intégrer à la législation et à la pratique nationales un véritable cadre juridique et institutionnel applicable à ces alternatives afin de veiller à ce qu'elles soient envisagées d'emblée¹⁰⁴. En outre, les États membres ont été invités à clarifier le cadre juridique de la mise en œuvre de ces mesures et à faire en sorte que leur application soit soumise aux mécanismes de protection des droits de l'homme et qu'elle soit nécessaire, proportionnée et non discriminatoire.¹⁰⁵ La situation et la vulnérabilité des personnes auxquelles elles sont appliquées doivent toujours être prises en compte, et les mesures alternatives devraient être régulièrement examinées par un organe judiciaire indépendant ou une autre autorité compétente¹⁰⁶.

48. Le Commissaire aux droits de l'homme fait partie de ceux qui ont constamment soutenu les recommandations susmentionnées et les ont portées à l'attention des États membres¹⁰⁷. Le Commissaire a

¹⁰¹ Comité des Ministres, *Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées*, § XI. 4; Comité des Ministres, *Recommandation Rec(2003)5*, §§ 4 and 6. Comité des Ministres, *Vingt Principes Directeurs sur le Retour Forcé*, principe 6 § 1; Assemblée parlementaire, *Résolution 1707 (2010)*, *La rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe*, §§ 9.1.1 - 9.1.7.

¹⁰² Comité des Ministres, *Recommandation Rec(2003)5*, § 6.

¹⁰³ *Ibid.*, §§ 4 et 6; Comité des Ministres, *Vingt Principes Directeurs sur le Retour Forcé*, principe 6 § 1; Assemblée parlementaire, *Résolution 1707 (2010)*, § 9.1.1; Commissaire aux droits de l'homme, *Le carnet des droits de l'homme*, "Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants", 31/01/2017; Commissaire aux droits de l'homme, *Document CommDH(2015)12*, § 140; CPT, *fiche thématique sur la rétention des migrants*, mars 2017. Il convient de noter que CPT utilise le libellé suivant: « des solutions alternatives devraient être développées et utilisées autant que possible ».

¹⁰⁴ Assemblée parlementaire, *Résolution 1707 (2010)*, §§ 9.3.1-9.3.2.

¹⁰⁵ *Ibid.*, §§ 9.3.2-9.3.3.

¹⁰⁶ *Ibid.*, § 9.3.3.

¹⁰⁷ Voir, par exemple, Commissaire aux droits de l'homme, *Le carnet des droits de l'homme*, "Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la

récemment exhorté les États à investir davantage dans les alternatives à la rétention, tout en veillant à ce que l'obligation de fournir des mesures moins coercitives soit clairement définie dans la législation et les politiques nationales. Il a également appelé à la mise en place d'une « palette d'alternatives viables et accessibles au regard des différents besoins et situations »¹⁰⁸.

1.4. Obligations positives relatives à la vulnérabilité

1.4.1. Jurisprudence de la Cour

Généralités

49. La notion de vulnérabilité a été abordée pour la première fois par la Cour en 1981¹⁰⁹. Depuis cette date, ce terme est employé dans la jurisprudence de la Cour de plus en plus fréquemment¹¹⁰. La Cour a souligné à plusieurs reprises que certains individus ou groupes sont plus vulnérables que d'autres et qu'ils ont besoin d'une attention et d'une protection spécifiques. Elle a reconnu en outre qu'une personne peut se trouver dans une situation (particulièrement) vulnérable en raison de circonstances spécifiques. Ainsi, la question de la vulnérabilité s'est posée, entre autres, pour les enfants, les demandeurs d'asile, les personnes souffrant de troubles de santé graves (y compris la santé mentale), les personnes LGBTI, les apatrides, les victimes de la traite des personnes, les femmes enceintes, les victimes de la torture, de mauvais traitements et de violence domestique, les personnes âgées et les personnes en situation de handicap¹¹¹.

détention des migrants", 31/01/2017; Commissaire aux droits de l'homme, Document CommDH(2016)31, 5 octobre 2016, § 122; Document CommDH(2011)17, 9 juin 2011, § 17.

¹⁰⁸ Commissaire aux droits de l'homme, Le carnet des droits de l'homme, "Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants", 31/01/2017.

¹⁰⁹ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, 22 octobre 1981.

¹¹⁰ La question de la vulnérabilité a été très rarement examinée au 20^e siècle, mais, en 2012, pour ne citer qu'un seul exemple, le terme est apparu dans plus de 80 arrêts.

¹¹¹ Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive et l'individu, les groupes et les situations susmentionnés ne peuvent pas toujours être liés au contexte de la migration et/ou de la détention. Les informations ont cependant pour but de donner un aperçu de la jurisprudence de la Cour en matière de vulnérabilité.

Le contexte spécifique de la détention

50. La Cour a également porté une attention particulière à la vulnérabilité dans les affaires de détention, surtout en matière pénale, et a reconnu que la détention porte en elle-même son lot de souffrances et d'humiliations¹¹². Ainsi, dans le cadre de l'article 3, la jurisprudence de la Cour suggère que la vulnérabilité entraîne la mise en place d'obligations positives plus étendues, tout particulièrement en ce qui concerne la détention¹¹³ :

« En ce qui concerne les détenus, la Cour a déjà souligné dans de précédentes affaires qu'une personne placée en détention ne perd pas, simplement en raison de son incarcération, la protection de ses droits garantis par la Convention. Au contraire, les personnes détenues sont en situation de vulnérabilité et les autorités ont le devoir de les protéger. En vertu de l'article 3, l'État doit s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate ».

51. Cette jurisprudence s'applique, *a fortiori*, en matière de rétention des migrants, où le niveau de détresse et de souffrance peut être encore plus fort que dans le cadre d'une rétention pénale, et où « une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays »¹¹⁴.

¹¹² *S.D. c. Grèce*, § 47; *Riad et Idiab c. Belgique*, n° 29787/03 et n° 29810/03, 24 janvier 2008, § 99; *Mahmundi et Others c. Grèce*, n° 14902/10, 31 juillet 2012, § 62.

¹¹³ *Orchowski c. Pologne*, n° 17885/04, 22 octobre 2009, § 120.

¹¹⁴ *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], § 74, citant avec approbation *Amuur c. France*, § 43. De la même manière, le Comité des Ministres, l'Assemblée parlementaire et le CPT ont, entre autres, souligné que les demandeurs d'asile et les migrants ne devraient pas être hébergés avec des prisonniers. Des conditions matérielles ainsi qu'un régime adéquat à leurs situations légales devraient être mis à leur disposition. Voir, Comité des Ministres, *Recommandation Rec(2003)5*, § 10 ; Comité des Ministres, *Vingt principes directeurs sur le retour forcé*, principe 10, §§1 et 4; Assemblée parlementaire,

52. L'intérêt croissant porté par la Cour à la vulnérabilité a des conséquences pour les États membres. Les individus et groupes vulnérables, et/ou les personnes en situation vulnérable, ont besoin de mesures de protection particulières¹¹⁵ et la marge d'appréciation accordée à l'État s'en trouve réduite.

53. La Cour a également souligné qu'il incombait aux États de prendre les mesures adéquates pour fournir des soins et une protection aux personnes les plus vulnérables de la société au titre des obligations positives découlant de l'article 3¹¹⁶. S'agissant de déterminer si un degré minimal de gravité est atteint au regard de l'article 3 de la Convention, toutes les circonstances de l'espèce devront être prises en compte, notamment la durée du traitement en question ainsi que l'état de santé physique et mental. Dans certains cas, l'état de santé, l'âge et le sexe d'une personne sont des facteurs que la Cour peut également prendre en considération¹¹⁷.

54. Dans le cadre de l'article 5 § 1, le lieu et le régime de détention peuvent avoir une incidence sur la régularité de la détention¹¹⁸, et l'« extrême vulnérabilité » d'une personne peut jouer un rôle à cet égard¹¹⁹. En effet, des vulnérabilités particulières peuvent empêcher la détention. Ainsi, dans l'affaire de *Thimothawes c. Belgique*, la Cour a rappelé¹²⁰:

“...qu'elle a déjà estimé que des décisions généralisées ou automatiques de placement en détention des demandeurs d'asile sans appréciation individuelle des besoins particuliers des intéressés pouvaient poser problème au regard de l'article

Résolution 1707 (2010), §§ 9.2.2. et 9.2.5-9.2.6 ; CPT, fiche thématique sur la rétention des migrants, mars 2017, p. 1.

¹¹⁵ *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, 21 janvier 2011 [GC], § 251.

¹¹⁶ *Rahimi c. Grèce*, § 87.

¹¹⁷ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 48; *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12, 4 novembre 2014 [GC], § 118.

¹¹⁸ *Aerts c. Belgique*, n° 61/2997/845/1051, 30 juillet 1998, § 46; *Bizzotto c. Grèce*, n° 22126/93, 15 novembre 1996, § 31; *Ashingdane c. Royaume-Uni*, n° 8225/78, 28 mai 1985, § 44; *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], § 74.

¹¹⁹ *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga c. Belgique*, §§ 102-105 cité avec approbation dans *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, n° 41442/07, 19 janvier 2010, §§73-75.

¹²⁰ *Thimothawes c. Belgique*, § 73.

5 § 1 f). Corrélativement, la Cour a estimé que les autorités compétentes devaient rechercher s'il était possible de leur substituer une autre mesure moins radicale. Cette exigence vise à détecter si les intéressés présentent une vulnérabilité particulière qui s'oppose à la détention (voir, par exemple, s'agissant de mineurs étrangers accompagnés, *Muskhadzhiyeva et autres*, précité, *Kanagaratnam*, précité, § 94, *Popov c. France*, nos 39472/07 et 39474/07, § 119, 19 janvier 2012, et *A.B. et autres c. France*, no 11593/12, § 123, 12 juillet 2016 ; en ce qui concerne des mineurs non accompagnés, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, no 13178/03, §§ 99-104, CEDH 2006-XI, *Rahimi*, précité, §§ 108-110, et *Housein c. Grèce*, no 71825/11, § 76, 24 octobre 2013, et à propos d'étrangers malades : *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, no 10486/10, § 124, 20 décembre 2011). Dans certaines affaires, la Cour a mis en cause la politique généralisée de détention de migrants (*Suso Musa c. Malte*, no 42337/12, § 100, 23 juillet 2013, et *Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*, nos 25794/13 et 28151/13, § 146, 22 novembre 2016 ; voir également, dans des cas où la preuve de la nécessité de la détention était requise par le droit national, *Rusu*, précité, §§ 57-58, et *Nabil et autres c. Hongrie*, no 62116/12, §§ 40-43, 22 septembre 2015)."

55. Partant, on peut estimer que la jurisprudence de la Cour sur la vulnérabilité restreint la portée de la rétention dans le cas des personnes qui pénètrent irrégulièrement sur le territoire d'un État, en insistant particulièrement sur les demandeurs d'asile et les enfants, qui doivent être traités comme des individus particulièrement vulnérables. Dans ces situations, la Cour estime que la détention est illégale si le but poursuivi par cette mesure peut être atteint par d'autres mesures moins coercitives¹²¹. Les mesures alternatives à la rétention doivent être rigoureusement examinées et la détention doit, en principe, être exclue et n'être utilisée que pour des raisons impérieuses, c'est-à-dire en dernier ressort.

¹²¹ *Rahimi c. Grèce*, §§ 102-110; *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, § 124; *Popov c. France*, §§119 et 121.

Détection de la vulnérabilité

56. L'identification des personnes ou des groupes vulnérables est au cœur de la protection contre la détention arbitraire et de l'application effective des mesures alternatives à la rétention. Dans l'arrêt récent *Thimothawes c. Belgique*, aucune violation n'a été constatée, mais les remarques incidentes (*obiter*) de la Cour laissent entendre que les autorités des États membres ont l'obligation de se demander si les personnes concernées ont une vulnérabilité particulière qui s'oppose à leur rétention¹²². Si elles l'ont, les autorités doivent envisager de remplacer leur détention par une mesure moins contraignante conforme à la jurisprudence de la Cour. Pour pouvoir bénéficier de cette protection, les personnes doivent avoir accès aux procédures d'évaluation de la vulnérabilité. En effet, dans l'affaire *Abdi Mahamud c. Malte*, l'absence d'informations sur l'existence de ces procédures, l'insuffisance des mesures prises par les autorités pour informer la personne détenue ainsi que la durée excessive de la procédure d'évaluation de la vulnérabilité ont soulevé de graves préoccupations quant à la bonne foi du gouvernement. Le critère de la bonne foi a été un facteur décisif pour conclure qu'il y avait bien eu détention arbitraire d'une personne vulnérable compte tenu de l'absence de garanties procédurales pour contester la légalité de la détention (contraire à l'article 5 § 4) et du placement en détention du requérant dans de mauvaises conditions (contraires à l'article 3)¹²³.

1.4.2. Autres organes du Conseil de l'Europe

57. La question de la vulnérabilité a également été abordée régulièrement par d'autres organes du Conseil de l'Europe et d'autres traités ont été élaborés pour veiller à ce que les besoins spécifiques de certains individus ou groupes soient effectivement protégés¹²⁴. S'agissant de la vulnérabilité, il existe des listes non exhaustives dont le dénominateur commun est l'obligation de prendre dûment en considération les « besoins spéciaux » des personnes ou des groupes

¹²² *Thimothawes c. Belgique*, § 73.

¹²³ *Abdi Mahamud c. Malte*, n° 56796/13, 3 mai 2016, §§ 134-135.

¹²⁴ Il s'agit notamment de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains; de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (« la Convention d'Istanbul »); la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (« la Convention de Lanzarote »).

concernés, en veillant à ce qu'ils aient accès à une protection et des soins appropriés. Dans le contexte de la migration, la vulnérabilité apparaît régulièrement dans les travaux de différents organes, où elle est constamment associée à des personnes, des catégories, des groupes, des situations spécifiques, ainsi qu'à la détention *en tant que telle*¹²⁵.

58. Le Comité des Ministres et l'Assemblée parlementaire ont notamment reconnu que la privation de liberté peut aggraver la vulnérabilité des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en particulier, et ont exprimé leur préoccupation concernant leur situation vulnérable¹²⁶. De même, le CPT a souligné que les migrants en détention « sont particulièrement vulnérables à diverses formes de torture et de mauvais traitements » à divers stades du processus¹²⁷.

59. L'Assemblée parlementaire et le Commissaire aux droits de l'homme ont mis en évidence que les personnes vulnérables ne devraient pas être placées en détention¹²⁸. Une protection particulière

¹²⁵ Par exemple, le Comité des Ministres fait référence aux « personnes ayant des besoins spécifiques » et désigne notamment « les mineurs, les femmes enceintes, les personnes âgées, les personnes souffrant d'un handicap physique ou mental ainsi que les personnes qui ont été gravement traumatisées, y compris les victimes d'actes de torture. » Comité des Ministres, *Recommandation Rec(2003)5*, § 13; le CPT fait référence à des « catégories vulnérables de personnes », notamment les victimes de torture, les victimes de la traite, les femmes enceintes et les mères allaitantes, les enfants, les familles avec de jeunes enfants, les personnes âgées et les personnes souffrant de handicaps ». CPT, fiche thématique sur la rétention des migrants, mars 2017, p. 8. L'Assemblée parlementaire fait référence, entre autres, aux « personnes vulnérables » qui regroupent « les mineurs non accompagnés, les femmes enceintes, les familles avec des mineurs, les personnes ayant des besoins spéciaux médicaux ou autres, les personnes âgées, les victimes de torture et de violence sexuelle, et les victimes de la traite des êtres humains ». Assemblée parlementaire, *Résolution 1637 (2008), Les boat people de l'Europe: arrivée par mer de flux migratoires mixtes en Europe du Sud*, § 9.6; Le Commissaire aux droits de l'homme a fait référence, entre autres, aux « personnes vulnérables », notamment les « enfants, les personnes handicapées et les victimes de la traite des êtres humaines ». Commissaire aux droits de l'homme, Document CommDH(2014)4, 24 mars 2014, § 72.

¹²⁶ Comité des Ministres, réponse à la *Recommandation 1900 (2010)* de l'Assemblée parlementaire, § 2.

¹²⁷ CPT, Garanties pour les étrangers en situation irrégulière privés de liberté, *extrait du 19e rapport général d'activités du CPT, publié en 2009*, § 75.

¹²⁸ Il s'agit notamment des mineurs non accompagnés, des familles avec enfants, des personnes ayant des besoins médicaux ou spéciaux, des femmes enceintes, des personnes âgées, des victimes de tortures et de violences sexuelles, et de victimes de

et un soutien adéquat doivent être fournis à la place, notamment sous la forme d'alternatives à la rétention¹²⁹, et leurs besoins devraient toujours être pris en compte dans toutes les décisions visant à limiter leur liberté personnelle¹³⁰. De même, le CPT a demandé que des mesures alternatives effectives puissent être appliquées à certaines catégories de personnes vulnérables.¹³¹

Détection de la vulnérabilité

60. L'importance de la détection de la vulnérabilité a également été abordée par divers organes du Conseil de l'Europe. À cet égard, le Comité des Ministres a demandé que les demandeurs d'asile soient examinés dès le début de la détention pour que des soins et des conditions appropriés soient mis à leur disposition¹³². Le CPT a également souligné la nécessité de mettre en place des procédures de détection spécifiques afin que les personnes en situation de vulnérabilité soient identifiées et bénéficient d'un accès à des soins appropriés¹³³. En outre, le Commissaire aux droits de l'homme a encouragé les autorités nationales à assurer une identification précoce et rapide de toutes les vulnérabilités potentielles, afin d'éviter la détention des personnes vulnérables¹³⁴.

1.4.3. Considérations spécifiques pour les personnes en situation de vulnérabilité

61. Une liste non exhaustive de personnes et groupes vulnérables est présentée ci-dessous. Elle a été dressée dans le but de recenser

la traite. Assemblée parlementaire, *Résolution 1637 (2008)*, § 9.6 ; Commissaire aux droits de l'homme, Document CommDH(2014)4, 24 mars 2014, § 72 ; Document CommDH(2014)18, 14 octobre 2014, § 101.

¹²⁹ Assemblée parlementaire, *Résolution 1637 (2008)*, § 9.6. Voir également, Commissaire aux droits de l'homme, Document CommDH(2016)16, 16 mars 2016, §§ 72 et 80 ; Document CommDH(2014)21, 16 décembre 2014, § 165.

¹³⁰ Assemblée parlementaire, *Recommandation 1547 (2002) relative aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité*, § 13 (h).

¹³¹ CPT, fiche thématique sur la rétention des migrants, mars 2017.

¹³² Comité des Ministres, *Recommandation Rec(2003)5*, § 12.

¹³³ CPT, fiche thématique sur la rétention des migrants, mars 2017, p. 8

¹³⁴ Commissaire aux droits de l'homme, Document CommDH(2016)16, §§ 72 et 80 ; Document CommDH(2014)21, § 165 ; Document CommDH(2016)1, 28 janvier 2016, § 44.

les droits spécifiques qui leur sont dus, selon la Cour et/ou d'autres instances du Conseil de l'Europe¹³⁵.

Enfants

62. Les enfants sont un des groupes vulnérables les plus fréquemment mentionnés dans la jurisprudence de la Cour et la question de leur détention (qu'ils soient non accompagnés ou accompagnés des membres de la famille) a été abordée en particulier au regard des articles 3, 5, 8 et 13 de la Convention.

63. La Cour a souligné, entre autres, l' « extrême vulnérabilité » des enfants et leurs besoins spécifiques en fonction de leur âge, le manque d'indépendance et le statut de demandeurs d'asile ou de migrants¹³⁶. L'« extrême vulnérabilité » d'un enfant est telle qu'elle engage les États à respecter leurs obligations positives au titre de l'article 3 de la Convention et qu'elle « prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal [du mineur] »¹³⁷. Les États doivent tenir compte de l'âge et de la situation personnelle de l'enfant, prendre des mesures adéquates et fournir des soins et une protection correspondant à leurs besoins spécifiques¹³⁸. Les conditions d'accueil doivent être adaptées à l'âge de l'enfant « pour lui éviter toute situation de stress et d'angoisse qui pourrait avoir des conséquences particulièrement traumatisantes sur son psychisme ». Le non-respect de ces conditions peut entraîner une violation de l'article 3¹³⁹.

64. L'extrême vulnérabilité des enfants a des conséquences non seulement dans le cadre de la protection contre l'arbitraire prévue à l'article 5 § 1 f), mais aussi pour l'interprétation de ce qui doit être

¹³⁵ Dans certaines des catégories et/ou situations suivantes, la Cour a noté que certains individus ou groupes étaient vulnérables lorsqu'elle interprétait la Convention en dehors du contexte de la migration et/ou de la rétention. Ces considérations peuvent néanmoins donner des indications concernant la décision de mettre en détention des individus ou de les placer en rétention dans la communauté avec un niveau de soutien approprié. Par souci de précision, le texte mentionnera explicitement qu'une affaire n'est pas liée à un contexte de migration et/ou de détention.

¹³⁶ *Tarakhel c. Suisse* [GC], § 99.

¹³⁷ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, § 55; *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, §§ 56-58; *Popov c. France*, § 91.

¹³⁸ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, § 55; *Rahimi c. Grèce*, §§ 86-87 ; *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, § 58; *Popov c. France*, § 91.

¹³⁹ *Tarakhel c. Suisse* [GC], § 119.

considéré comme des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 de la Convention¹⁴⁰. Par conséquent, la Cour a conclu à des violations de l'article 3 en raison du jeune âge de l'enfant, des conditions de détention et de la durée de la détention¹⁴¹. L'affaire *Popov c. France* illustre notamment ces trois éléments¹⁴² :

« Il ressort de ce qui précède que les conditions dans lesquelles les enfants ont été détenus, pendant quinze jours, dans un milieu d'adultes, confrontés à une forte présence policière, sans activités destinées à les occuper, ajoutées à la détresse des parents, étaient manifestement inadaptées à leur âge. Les deux enfants, une fillette de trois ans et un bébé, se trouvaient dans une situation de particulière vulnérabilité, accentuée par la situation d'enfermement. Ces conditions de vie ne pouvaient qu'engendrer pour eux une situation de stress et d'angoisse et avoir des conséquences particulièrement traumatisantes sur leur psychisme.

Ainsi, compte tenu du bas âge des enfants, de la durée de leur détention et des conditions de leur enfermement dans un centre de rétention, la Cour estime que les autorités n'ont pas pris la mesure des conséquences inévitablement dommageables pour les enfants. Elle considère que les autorités n'ont pas assuré aux enfants un traitement compatible avec les dispositions de la Convention et que celui-ci a dépassé le seuil de gravité exigé par l'article 3 de la

¹⁴⁰ Dans plusieurs affaires récentes, la Cour, après avoir réaffirmé les principes généraux d'interprétation, a rappelé qu'elle avait conclu « à plusieurs reprises à la violation de l'article 3 de la Convention en raison du placement en rétention d'étrangers mineurs accompagnés (voir *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, no 41442/07, 19 janvier 2010 ; *Kanagaratnam c. Belgique*, no 15297/09, 13 décembre 2011 ; *Popov* (précité) ou non (voir *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, no 13178/03, CEDH 2006 XI ; *Rahimi c. Grèce*, no 8687/08, 5 avril 2011). Dans les affaires concernant le placement en rétention d'enfants étrangers mineurs accompagnés, elle a notamment conclu à la violation de l'article 3 de la Convention en raison de la conjonction de trois facteurs: le bas âge des enfants, la durée de leur rétention et le caractère inadapté des locaux concernés à la présence d'enfants. *R.M. et autres c. France*, n° 33201/11, 12 juillet 2016, § 70 ; *A.B. et autres c. France*, n° 11593/12, § 109 ; *A.M. et autres c. France*, n° 24587/12, § 46 ; *R.C. et V.C. c. France*, n° 76491/14, § 34 ; *R.K. et autres c. France*, n° 68264/14, § 66.

¹⁴¹ *R.M. et autres c. France*, §§ 71-76. Voir également, à la même date, *A.B. et autres c. France*, §§ 110-115 ; *A.M. et autres c. France*, §§ 47-53 ; *R.C. et V.C. c. France*, §§ 35-40 ; *R.K. et autres c. France*, §§ 67-72.

¹⁴² *Popov c. France*, §§ 102-103.

Convention. Partant il y a eu violation de cet article à l'égard des enfants ».

65. Plus récemment, la Cour a adopté une approche segmentée quant à l'importance à accorder aux aspects ci-dessus, à savoir les conditions de rétention et le jeune âge des enfants d'une part, et la durée de leur rétention d'autre part¹⁴³ :

« La Cour considère que de telles conditions [sc. mauvaises], bien que nécessairement sources importantes de stress et d'angoisse pour un enfant en bas âge, ne sont pas suffisantes, dans le cas d'un enfermement de brève durée et dans les circonstances de l'espèce, pour atteindre le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3. Elle est convaincue, en revanche, qu'au-delà d'une brève période, la répétition et l'accumulation de ces agressions psychiques et émotionnelles ont nécessairement des conséquences néfastes sur un enfant en bas âge, dépassant le seuil de gravité précité. Dès lors, l'écoulement du temps revêt à cet égard une importance primordiale au regard de l'application de ce texte. La Cour estime que cette brève période a été dépassée dans la présente espèce, s'agissant de la rétention d'un enfant de sept mois qui s'est prolongée pendant au moins sept jours dans les conditions exposées ci-dessus ».

66. La référence expresse faite par la Cour à la Convention relative aux droits de l'enfant (« CDE ») revêt une grande importance dans le contexte de la rétention des migrants. Dans son argumentation, la Cour indique régulièrement que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer dans toutes les décisions concernant les enfants¹⁴⁴. Elle indique également que les États doivent prendre les mesures appropriées pour qu'un enfant réfugié et demandeur d'asile bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire conformément à l'article 22 de la CDE¹⁴⁵. Ces conclusions ont permis de renforcer les protections en ce qui concerne la rétention des enfants migrants. Par exemple, lorsque la Cour a examiné la détention au regard de l'article 5 § 1 f) dans l'affaire *Rahimi c. Grèce*, le fait que l'intérêt supérieur de l'enfant ou sa situation

¹⁴³ *R.M. et autres c. France*, § 75.

¹⁴⁴ *Rahimi c. Grèce*, § 108; *Popov c. France*, § 140.

¹⁴⁵ *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, § 62; *Popov c. France*, § 91.

personnelle n'ait pas été pris en compte et que des alternatives à la détention n'aient pas été examinées sont des éléments qui ont conduit la Cour à douter de la bonne foi des autorités lors de la mise en œuvre de la mesure de détention¹⁴⁶ :

« Or, en l'occurrence, en ordonnant la mise en détention du requérant, les autorités nationales [...] n'ont pas recherché si le placement du requérant dans le centre de rétention de Pagani était une mesure de dernier ressort et si elles pouvaient lui substituer une autre mesure moins radicale afin de garantir son expulsion. Ces éléments suscitent des doutes aux yeux de la Cour, quant à la bonne foi des autorités lors de la mise en œuvre de la mesure de détention ».

67. Enfin, en ce qui concerne les conséquences, en particulier s'agissant des enfants, de l'omission d'examiner si des mesures moins restrictives seraient applicables ou suffisantes, la Cour a jugé à plusieurs reprises qu'une telle omission peut constituer en elle-même une violation de l'article 5 § 1 f). Ainsi, dans l'arrêt *Popov c. France*, la Cour considère¹⁴⁷ :

« que, en dépit du fait qu'ils [les enfants] étaient accompagnés de leurs parents et même si le centre de rétention prévoyait une aile d'accueil des familles, que la situation particulière des enfants ne fut pas examinée et elles n'ont pas non plus recherché si le placement en rétention administrative était une mesure de dernier ressort à laquelle aucune alternative ne pouvait se substituer. Ainsi, la Cour estime que le système français ne leur a pas garanti, de manière suffisante, de droit à la liberté ».

68. Dans plusieurs arrêts récents concernant la France, la Cour a examiné la question de la détention dans le cadre d'un petit enfant ou d'enfants détenus avec leurs parents (ou la mère). La Cour a souligné que l'exigence de nécessité découlant de l'article 5 § 1 f) survient lorsque des enfants sont concernés¹⁴⁸. Face au dilemme selon lequel

¹⁴⁶ *Rahimi c. Grèce*, § 109.

¹⁴⁷ *Popov c. France*, § 119. Voir également, *Rahimi c. Grèce*, § 109; *Mohamad c. Grèce*, n° 70586/11, 11 décembre 2014, §§ 84-86; *A.B. et autres c. France*, § 124.

¹⁴⁸ *R.M. et autres c. France*, § 83.

les enfants ne doivent ni être placés en détention, ni être séparés de leurs parents, la nécessité d'évaluer des mesures alternatives pour toute la famille devient dès lors cruciale et la Cour fixe des critères stricts à cet égard¹⁴⁹ :

« Toutefois, la Cour observe que la situation des enfants est intrinsèquement liée à celle de leurs parents, dont il convient, dans toute la mesure du possible, de ne pas les séparer. Ce lien, conforme à l'intérêt des enfants, a pour conséquence que, lorsque leurs parents sont placés en rétention, ils sont eux-mêmes *de facto* privés de liberté. Cette privation de liberté résulte de la décision légitime des parents, ayant autorité sur eux, de ne pas les confier à une autre personne. La Cour peut accepter qu'une telle situation ne soit pas, dans son principe, contraire au droit interne. Elle souligne néanmoins que le cadre dans lequel se trouvent alors les enfants est source d'angoisse et de tensions pouvant leur être gravement préjudiciable.

Dans de telles conditions, la Cour juge que la présence en rétention d'un enfant accompagnant ses parents n'est conforme à l'article 5 § 1 (f) qu'à la condition que les autorités internes établissent qu'elles ont recouru à cette mesure ultime seulement après avoir vérifié concrètement qu'aucune autre moins attentatoire à la liberté ne pouvait être mise en œuvre ».

69. Dans le cas des familles ayant des enfants, la question des alternatives a également été abordée au regard de l'article 8 de la Convention. Étant donné que la détention peut également être considérée comme une atteinte au droit au respect de la vie familiale, toute mesure interférant avec ce droit doit être compatible avec les conditions énoncées à l'article 8 § 2. Par conséquent, les autorités ont le devoir de prendre en compte l'intérêt des enfants pour évaluer si une mesure est proportionnée à l'objectif poursuivi. La Cour ayant jugé que l'intérêt supérieur de l'enfant prévalait dans le contexte de la détention des enfants migrants, il a depuis été conclu que cet intérêt serait protégé au mieux si l'enfant restait autant que possible avec ses

¹⁴⁹ *Ibid.*, §§ 85-86. Voir également, *A.B. et autres c. France*, §§ 122-123 ; *A.M. et autres c. France*, §§ 66-67 ; *R.C. et V.C. c. France*, §§ 54-55 ; *R.K. et autres c. France*, §§ 84-85.

parents et si des mesures alternatives étaient envisagées afin que sa détention ne soit vraiment qu'une mesure de dernier ressort¹⁵⁰. En fait, la Cour a estimé que la détention est une mesure disproportionnée par rapport au but poursuivi compte tenu de l'absence de tout risque réel de fuite¹⁵¹.

70. Globalement, les critères permettant de placer des enfants migrants en rétention sont stricts et portent non seulement sur les conditions matérielles dans lesquelles vivent les enfants détenus, qui peuvent être adaptées ou non, mais sur les effets que la rétention peut avoir sur eux. Il est donc impératif, dans ce contexte, que les États procèdent à un examen complet des mesures alternatives à la rétention.

71. En résumé, on peut tirer de la jurisprudence de la Cour relative à la rétention d'enfants migrants les principes suivants :

- l'extrême vulnérabilité de l'enfant prédomine sur son statut de migrant¹⁵²;
- le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une préoccupation primordiale¹⁵³;
- le fait que les enfants soient accompagnés par leurs parents ou par l'un des parents ne libère pas les autorités de leur obligation positive découlant de l'article 3 de protéger les enfants¹⁵⁴;
- le fait qu'un centre de rétention soit reconnu par les autorités comme adapté à l'accueil de familles n'est pas décisif. La Cour tient compte des conditions effectives ;¹⁵⁵
- un environnement inadapté ne constitue pas à lui seul une violation de l'article 3, mais, pour éviter d'atteindre le degré

¹⁵⁰ *Popov c. France*, § 141; *A.B. et autres c. France*, §§ 152-156 ; *R.K. et autres c. France*, §§ 113-117.

¹⁵¹ *Popov c. France*, §§ 145-148; *A.B. et autres c. France*, § 156 ; *R.K. et autres c. France*, § 117.

¹⁵² *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, § 55; *Popov c. France*, § 91.

¹⁵³ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, § 83 ; *Rahimi c. Grèce*, § 108; *Popov c. France*, § 140.

¹⁵⁴ *R.M. c. France*, § 71; *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, §§ 57- 58 ; *Popov c. France*, § 91.

¹⁵⁵ *R.M. c. France*, §§ 73-74.

minimum de gravité, il n'est acceptable que sur une très courte période¹⁵⁶,

- inversement, les conditions de rétention peuvent être si mauvaises qu'elles constituent une violation de l'article 3, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la durée de la détention¹⁵⁷;
- la rétention administrative des enfants peut être admise à titre exceptionnel, après avoir établi concrètement qu'aucune alternative ne convenait, en dernier ressort et pour une très courte période, si toutes les conditions nécessaires sont réunies¹⁵⁸.

72. D'autres instances du Conseil de l'Europe ont également mis en évidence la vulnérabilité particulière des enfants dans le contexte de la migration. À cet égard, le Comité des Ministres a reconnu que les réfugiés, demandeurs d'asile et enfants migrants non accompagnés sont un groupe particulièrement vulnérable d'enfants ayant besoin d'une « protection et d'une assistance spéciales »¹⁵⁹. L'Assemblée parlementaire a également souligné la triple vulnérabilité des enfants migrants sans papiers : en tant qu'enfants, migrants et personnes sans papiers¹⁶⁰.

73. Il existe un large consensus sur le fait que l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être une considération primordiale dans tous les cas qui concernent ou touchent l'enfant concerné¹⁶¹. Il est donc

¹⁵⁶ *R.M. c. France*, § 75 (la durée de rétention de 7 jours a été considérée comme trop longue).

¹⁵⁷ *Rahimi c. Grèce*, § 86 (la rétention a duré 2 jours).

¹⁵⁸ *Popov c. France*, § 119 ; *Rahimi c. Grèce*, § 109; *Mohamad c. Grèce*, §§ 84-86 ; *A.B. et autres c. France*, § 124.

¹⁵⁹ Comité des Ministres, *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 novembre 2010, lors de la 109^e réunion des Délégués des Ministres et l'exposé des motifs, octobre 2011, III. Principes fondamentaux, D. Protection contre la discrimination, § 2, ainsi que §§ 43 et 78 de l'exposé des motifs.

¹⁶⁰ Assemblée parlementaire, *Recommandation 1985 (2011), Les enfants migrants sans-papiers en situation irrégulière: une réelle cause d'inquiétude*, § 2.

¹⁶¹ Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, article 28, § 3, et § 127 du rapport explicatif de la Convention; Comité des Ministres, *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*, III. Principes fondamentaux, B. Intérêt supérieur de l'enfant, et § 36 de l'exposé des motifs; Comité des Ministres, *Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées*, III.1 ; Comité

essentiel de mettre en place des procédures efficaces et multidisciplinaires permettant d'évaluer cet intérêt avec précision¹⁶².

74. Le Comité des Ministres a souligné qu'une attention particulière devrait être accordée au groupe particulièrement vulnérable des enfants demandeurs d'asile tandis que les enfants non accompagnés, qu'ils soient ou non demandeurs d'asile, ne devraient jamais être privés de leur liberté « motivée par l'absence du statut de résident, ni se fonder exclusivement sur elle »¹⁶³. Le Comité des Ministres a plutôt recommandé l'adoption des dispositifs alternatifs de prise en charge sans privation de liberté, tels que les foyers ou placements en famille d'accueil¹⁶⁴. Dans l'ensemble, il a jugé que les enfants ne devraient pas, en règle générale, être détenus¹⁶⁵ et a reconnu que le Conseil de l'Europe avait « un rôle à jouer pour mettre fin au placement en rétention d'enfants migrants et identifier des alternatives à cette pratique »¹⁶⁶.

75. De même, le CPT a soutenu que « la détention ne saurait être justifiée par le seul fait que l'enfant est séparé ou non accompagné, ni par son seul statut au regard de la législation relative à l'immigration ou à la résidence ou l'absence d'un tel statut »¹⁶⁷. De l'avis du CPT, les enfants non accompagnés et séparés ne devraient pas, en règle générale, être détenus¹⁶⁸ tandis que « tous les efforts doivent être faits pour éviter de recourir à la privation de liberté d'un migrant en situation

des Ministres, *Vingt Principes Directeurs sur le Retour Force*, principe 11 § 5; Assemblée parlementaire, *Recommandation 1985 (2011)*, § 1.

¹⁶² Comité des Ministres, *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*, III. Principes fondamentaux, B. Intérêt supérieur de l'enfant, et § 36 de l'exposé des motifs.

¹⁶³ Comité des Ministres, *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*, IV. Une justice adaptée aux enfants avant, pendant et après la procédure judiciaire, § 22, ainsi que § 78 de l'exposé des motifs.

¹⁶⁴ Comité des Ministres, *Recommandation Rec(2003)5*, § 23.

¹⁶⁵ Comité des Ministres, *Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées*, § XI.2.

¹⁶⁶ Comité des Ministres, réponse à la *Recommandation 2056 (2014) sur les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants* de l'Assemblée parlementaire, § 2.

¹⁶⁷ CPT, *Garanties pour les étrangers en situation irrégulière privés de liberté*, extrait du *19e rapport général d'activités du CPT*, publié en 2009, § 97 ; CPT, fiche thématique sur la rétention des migrants, mars 2017.

¹⁶⁸ *Ibid.*

irrégulière qui est un enfant »¹⁶⁹. Dans les circonstances exceptionnelles où des enfants sont détenus, la durée de la rétention doit être la plus courte possible. Les enfants et leurs responsables principaux doivent être hébergés ensemble dans un établissement adapté à leurs besoins spécifiques, tout en déployant tous les efforts en vue de la libération immédiate des enfants non accompagnés et de leur prise en charge plus appropriée¹⁷⁰. Lorsque des enfants sont exceptionnellement détenus, des dispositions spéciales qui leur conviennent doivent être prises. Ils doivent être séparés des adultes, à moins qu'il ne soit pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant de procéder de la sorte¹⁷¹.

76. D'autres instances du Conseil de l'Europe, comme l'Assemblée parlementaire, le Commissaire aux droits de l'homme, le Représentant spécial du Secrétaire général sur les migrations et les réfugiés (« RSSG ») et la Conférence des Organisations internationales non-gouvernementales (« Conf-OINGS ») se sont prononcés fermement contre la détention d'enfants migrants, qu'ils soient seuls ou avec leurs familles.

77. En 2014, l'Assemblée parlementaire a adopté une recommandation dans laquelle elle souligne que¹⁷² :

« Les États qui pratiquent le placement en rétention d'enfants migrants contreviennent au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et violent ses droits. Ils privent les enfants de leur droit fondamental à la liberté et les exposent à des risques de graves troubles physiques, psychiques et du développement pouvant les affecter tout au long de leur vie. Ils peuvent aussi violer d'autres droits fondamentaux des enfants, comme le droit à la vie de famille, à la santé, à l'éducation ou encore le droit de jouer ».

78. À la lumière de ce qui précède, l'Assemblée parlementaire a considéré que le Conseil de l'Europe avait un rôle important à jouer en favorisant les alternatives au placement en rétention d'enfants

¹⁶⁹ CPT, fiche thématique sur la rétention des migrants, mars 2017.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Idem.*

¹⁷² Assemblée parlementaire, *Recommandation 2056 (2014)*, § 2.

migrants¹⁷³. Il a également encouragé les États membres à, *entre autres*¹⁷⁴ :

- *reconnaître* qu'il n'est jamais dans l'intérêt supérieur d'un enfant d'être placé en rétention en raison de son statut ou de celui de ses parents ;
- *introduire* dans la législation l'interdiction du placement en rétention d'enfants pour des raisons relatives à l'immigration, lorsque cela n'a pas encore été fait, et à veiller à la pleine application de la législation dans les faits ;
- *adopter* des alternatives à la rétention qui répondent à l'intérêt supérieur de l'enfant et permettent aux enfants de rester avec leur famille et/ou tuteur dans un cadre non carcéral, au sein de la collectivité ;
- *s'efforcer* d'élaborer et de mettre en œuvre des programmes alternatifs à la rétention des enfants et de leur famille non privatifs de liberté.

79. De même, le Commissaire aux droits de l'homme a constamment souligné que les enfants, qu'ils voyagent seuls ou avec leurs parents, ne devraient jamais être placés en rétention et que ce moyen n'est jamais dans leur intérêt¹⁷⁵. Il a demandé aux États de mettre fin rapidement et complètement à la rétention des enfants migrants, d'inscrire cette interdiction dans la loi¹⁷⁶, et de mettre en place des alternatives à la rétention en s'inspirant des bonnes pratiques existantes¹⁷⁷.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Assemblée parlementaire, *Résolution 2020 (2014), Les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants*, §§ 9.1–9.2 et 9.7–9.8. En 2015, l'Assemblée parlementaire a lancé une campagne pour mettre fin à la rétention d'enfants migrants.

¹⁷⁵ Voir, par exemple, Commissaire aux droits de l'homme, Le carnet des droits de l'homme, "Protection des droits de l'enfant: l'Europe doit mieux faire", 18 novembre 2014; Document CommDH(2015)12, 22 juin 2015, § 141 ; Document CommDH(2016)1, 28 janvier 2016, §§ 48-49.

¹⁷⁶ Commissaire aux droits de l'homme, Le carnet des droits de l'homme, "Protection des droits de l'enfant: l'Europe doit mieux faire", 18 novembre 2014; Document CommDH(2016)1, §§ 48-49.

¹⁷⁷ Commissaire aux droits de l'homme, Le carnet des droits de l'homme, "Protection des droits de l'enfant: l'Europe doit mieux faire", 18 novembre 2014 ; Commissaire aux droits de l'homme, Le carnet des droits de l'homme, "Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants", 31/01/2017.

80. De la même façon, le Représentant spécial du Secrétaire général sur les migrations et les réfugiés (« RSSG ») a jugé que les enfants ne devraient jamais être détenus à des fins liées à l'immigration¹⁷⁸. A cette fin, il a également coordonné un *Plan d'action sur la protection des enfants réfugiés et migrants* qui a été adopté par le Comité des Ministres visant entre autres à éviter le recours à la rétention des enfants migrants et à fournir des orientations sur les alternatives à la rétention¹⁷⁹.

Demandeurs d'asile

81. Dans l'affaire majeure *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la Grande Chambre de la Cour a statué que les demandeurs d'asile sont « un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale »¹⁸⁰. Dans son évaluation de la compatibilité des conditions de détention du requérant avec l'article 3, la Cour a noté « la vulnérabilité spécifique du requérant, inhérente à sa qualité de demandeur d'asile, du fait de son parcours migratoire et des expériences traumatiques qu'il peut avoir vécues en amont »¹⁸¹. La Cour a jugé également que la détresse du requérant en détention « a été accentuée par la vulnérabilité inhérente à sa qualité de demandeur d'asile »¹⁸². La Cour a ensuite souligné que, comme en témoignent la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés de 1951 et son Protocole de 1967 (« Convention sur les réfugiés »), le mandat et les activités du HCR ainsi que les normes établies dans la directive

¹⁷⁸ Rapport thématique sur les enfants migrants et réfugiés, préparé par le Représentant spécial du Secrétaire Général sur les migrations et les réfugiés, Documents d'information, SG/Inf(2017)13, 10 mars 2017 ; Ambassador Tomáš Boček Représentant spécial du Secrétaire Général sur les migrations et les réfugiés, Discours/Déclarations, Discours lors de la rencontre d'Ombudsmans, Médiateurs et défenseurs des droits de l'enfant organisée par l'ENOC et le Défenseur des Droits, 28 juin 2016. Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a également souligné que les enfants ne devraient pas être placés en rétention pour des questions liées à la migration. *Démocratie, droits de l'Homme et Etat de droit, Populisme – Quelle est la solidité de l'équilibre des pouvoirs institutionnels en Europe ?*, Rapport du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, avril 2017, p. 108.

¹⁷⁹ Plan d'action du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants réfugiés et migrants en Europe, Comité des Ministres, 127^e session du Comité des Ministres (Nicosie, 19 mai 2017).

¹⁸⁰ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], § 251 (En relation avec les conditions de vie en Grèce en dehors du contexte de détention).

¹⁸¹ *Ibid.*, § 232.

¹⁸² *Ibid.*, § 233.

« accueil » de l'Union européenne, « ce besoin d'une protection sociale fait l'objet d'un large consensus à l'échelle internationale et européenne »¹⁸³. La référence à la vulnérabilité des demandeurs d'asile a été, depuis, reprise dans d'autres arrêts¹⁸⁴.

82. Il est à noter que la Cour emploie le terme « particulièrement vulnérable » (au lieu de « vulnérable ») dans des circonstances spécifiques concernant des personnes ou des groupes qui ont besoin d'une prise en charge spéciale et particulière de la part de l'État, comme les enfants, les personnes atteintes de troubles mentaux. Les personnes qui appartiennent à plusieurs de ces groupes ont logiquement des besoins accrus que l'État doit prendre en charge. On peut citer, à cet égard, le cas de demandeurs d'asile qui appartiennent ou prétendent appartenir à des groupes vulnérables dans leur pays d'origine (voir ci-après § 85). La Cour a récemment rappelé que la détention généralisée et automatique des demandeurs d'asile sans une évaluation de leur situation particulière peut soulever une question de légalité au regard de l'article 5 § 1 f)¹⁸⁵.

83. Le Comité des Ministres a affirmé que la détention des demandeurs d'asile ne devrait être qu'exceptionnelle¹⁸⁶, et admissible uniquement si, après un examen individuel et rigoureux de la nécessité de la détention, il a été conclu que des mesures alternatives et non coercitives ne peuvent pas être appliquées¹⁸⁷. Selon le Commissaire aux droits de l'homme, les demandeurs d'asile ne devraient pas, en principe, être détenus, et des mesures alternatives devraient toujours être recherchées¹⁸⁸.

¹⁸³ *Ibid.*, § 251.

¹⁸⁴ Voir, par exemple, *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, No 16643/09, 21 octobre 2014, § 172; *Tarakhel c. Suisse* [GC], § 97.

¹⁸⁵ *Thimothawes c. Belgique*, § 73.

¹⁸⁶ Comité des Ministres, *Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées*, § XI.1

¹⁸⁷ Comité des Ministres, *Recommandation Rec(2003)5*, §§ 4 et 6 ; Comité des Ministres, *Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées*, § XI.4. Voir également, Assemblée parlementaire, *Résolution 1707 (2010)*, § 9.1.1.

¹⁸⁸ Commissaire aux droits de l'homme, Document CommDH(2016)17, § 55 ; Document CommDH(2014)18, 18 octobre 2014, § 101.

Personnes souffrant de graves problèmes de santé

84. Dans le contexte des facteurs qui contribuent au niveau minimum de gravité au regard de l'article 3, la Cour a jugé qu'une requérante était dans une position vulnérable en raison de son statut d'immigrant en situation irrégulière, de son passé spécifique, de sa situation émotionnelle et de sa santé fragile¹⁸⁹. Dans l'affaire *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, la Cour a examiné la légalité, au regard de l'article 5 § 1 f), de la détention, en vue de son expulsion, d'une ressortissante camerounaise souffrant du sida à un stade avancé. Compte tenu de sa vulnérabilité et du fait que les autorités connaissaient son identité et son adresse exacte, qu'elle se présentait régulièrement aux autorités et qu'elle avait pris des mesures pour régulariser sa situation, la Cour a estimé que des mesures alternatives à la détention devraient être appliquées¹⁹⁰.

Personnes LGBTI

85. La vulnérabilité des personnes LGBT a été soulignée dans l'affaire *O.M. c. Hongrie* dans laquelle la Cour a examiné la légalité de la détention au regard de l'article 5 § 1 b). À cet égard, la Cour a noté que le requérant était une personne vulnérable et faisait partie d'un groupe vulnérable en raison de son appartenance à une minorité sexuelle dans son pays d'origine. La Cour a recommandé aux autorités de « veiller tout particulièrement à éviter des situations qui pourraient reproduire celles qui ont poussé initialement ces personnes à fuir leur pays »¹⁹¹. Dans son argumentation, la Cour a jugé que les autorités avaient manqué à leur devoir en ordonnant la détention du requérant sans tenir compte de la sécurité des personnes vulnérables en prison, notamment parmi d'autres détenus, dont « beaucoup viennent de pays ayant des préjugés culturels ou religieux à l'encontre de ces personnes »¹⁹². À cette fin, la Cour a mis en évidence non seulement la vulnérabilité du requérant en tant que personne LGBT, mais aussi le contexte particulier dans lequel le requérant serait placé en détention.

¹⁸⁹ *Aden Ahmed c. Malte*, n° 55352/12, 23 July 2013, § 97.

¹⁹⁰ *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, § 124.

¹⁹¹ *O.M. c. Hongrie*, § 53.

¹⁹² *Ibid.*

Apatrides

86. Les apatrides peuvent se trouver dans une situation vulnérable à cause de leur apatridie et des difficultés pratiques liées à leur statut. L'absence de documents d'identité ou de voyage, les retards considérables liés à l'obtention des documents requis et la réticence des États à accepter les personnes concernées peuvent rendre l'éloignement des apatrides irréaliste et soumettre ces personnes à une détention indéfinie et répétée¹⁹³. Ainsi, l'obligation « d'examiner si l'éloignement est une perspective réaliste et si la détention en vue de l'éloignement est dès le départ, ou continue d'être, justifiée » est d'une importance primordiale, et la « nécessité d'accéder à des garanties procédurales » devient un facteur décisif à cet égard¹⁹⁴. Dans de telles circonstances, le critère de diligence requise joue un rôle central dans la conduite de la procédure et s'y soustraire entraîne une violation de l'article 5¹⁹⁵.

87. Dans l'affaire *Kim c. Russie*, la Cour, en examinant la légalité de la détention d'une personne apatride en attente d'expulsion, s'est inquiétée de la « situation particulièrement vulnérable du requérant et a souligné qu'il s'agissait d'une personne apatride qui n'avait donc pas pu bénéficier de l'assistance consulaire et des conseils qui sont généralement fournis par le personnel diplomatique du pays d'origine d'une personne incarcérée ». Ce point était d'autant plus pertinent que le requérant, qui n'avait ni aide financière, ni relations familiales, n'avait également aucune possibilité d'accéder à un recours efficace ou à d'autres garanties qui lui auraient permis de contester la légalité et la durée de sa détention¹⁹⁶.

¹⁹³ Par exemple, la Cour a reconnu que l'exécution d'un ordre d'expulsion contre un apatride peut entraîner « des difficultés considérables et même se révéler impossible parce qu'aucun pays n'est disposé à l'accueillir ». *Amie et autres c. Bulgarie*, n° 58149/08, 12 février 2013, § 77 ; dans un autre jugement la Cour a mis en doute l'argument du gouvernement selon lequel la détention d'un apatride en vue de son expulsion était justifiée parce que toute perspective d'éloignement pouvait donner lieu à un risque de mauvais traitements au sens de l'article 3 de la Convention. Cela était d'autant plus vrai qu'aucun autre État n'était disposé à accueillir le requérant. *A. et autres c. Royaume-Uni* [CG], § 167.

¹⁹⁴ *Kim c. Russie*, n° 44260/13, 17 July 2014, § 53.

¹⁹⁵ *Auad c. Bulgarie*, § 135; *Kim c. Russie*, § 56.

¹⁹⁶ *Kim c. Russie*, §§ 53-54.

88. Il est également intéressant de noter que la Cour est restée préoccupée par le fait que le requérant courait le risque d'être de nouveau poursuivi après sa libération en raison de son apatridie et de l'absence de pièces d'identité et de résidence fixe. La Cour s'est donc appuyée sur l'article 46 de la Convention pour souligner que des mesures nécessaires devaient être prises « pour empêcher le requérant d'être de nouveau arrêté et mis en détention pour des infractions découlant de son statut d'apatride »¹⁹⁷.

Victimes de la traite des êtres humains

89. Bien que cela ne soit pas expressément mentionné dans le contexte de l'article 5 § 1, la Cour a indiqué que « la traite menace la dignité humaine et les libertés fondamentales de ses victimes »¹⁹⁸ et s'est montrée soucieuse de la vulnérabilité des victimes de cette forme d'exploitation des êtres humains¹⁹⁹. Se fondant sur l'article 4 de la Convention et les dispositions pertinentes, notamment, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (« la Convention contre la traite »), la Cour a souligné, entre autres, les obligations positives qui incombent aux États d'identifier les victimes de la traite des êtres humains, notamment en détention et de prendre les mesures appropriées pour les protéger efficacement²⁰⁰.

90. La Convention contre la traite susmentionnée est d'une grande importance puisqu'elle énonce que les victimes de la traite ne doivent pas être pénalisées pour avoir pris part à des activités illicites lorsqu'elles y sont réduites par leur condition de victimes de la traite²⁰¹. Les États Parties à la Convention de lutte contre la traite ont, de même, une obligation positive d'exercer une diligence raisonnable dans l'identification des victimes de la traite des êtres humains, avant et

¹⁹⁷ *Ibid.*, §§ 73-74.

¹⁹⁸ *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, 7 janvier 2010, § 282.

¹⁹⁹ *Breukhoven c. République tchèque*, n° 44438/06, 21 juillet 2011, § 52.

²⁰⁰ La Cour a également cité la disposition du protocole des Nations unies visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants ("le Protocole de Palerme") et souligné les obligations positives qu'ont les États d'empêcher la traite, de protéger les victimes et de poursuivre et condamner les responsables. *Rantsev c. Chypre et Russie*, §§ 283-309.

²⁰¹ Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, article 26.

pendant la détention²⁰². Ils doivent accorder à la personne désignée comme victime de la traite un délai de rétablissement et de réflexion d'au moins 30 jours durant lequel cette personne bénéficiera d'une assistance, notamment un logement approprié, une assistance psychologique et matérielle, un accès à des soins médicaux d'urgence, des conseils et des informations, en particulier en ce qui concerne les droits que la loi lui reconnaît, ainsi que les services mis à sa disposition²⁰³. Un permis de séjour renouvelable devrait être mis à la disposition des victimes de la traite des êtres humains en fonction des situations spécifiques décrites dans la disposition pertinente de la Convention contre la traite²⁰⁴.

Femmes enceintes

91. La Cour a reconnu que les femmes qui sont à un stade avancé de la grossesse sont dans une situation particulièrement vulnérable²⁰⁵. Dans le contexte de la migration, la détention d'une femme enceinte de huit mois dans des conditions inappropriées, sans surveillance spécifique de sa situation particulière, a conduit la Cour à conclure que le niveau minimum de gravité de l'article 3 avait été atteint²⁰⁶.

92. Le Commissaire aux droits de l'homme a pris une position claire contre la détention des femmes enceintes²⁰⁷.

Victimes de la torture, de mauvais traitements et/ou de violence domestique

93. Ce cas de figure n'est pas non plus expressément mentionné dans le contexte des migrations [article 5 § 1], mais la Cour a souligné que les autorités ont l'obligation de tenir compte de la vulnérabilité particulière des victimes de torture et de mauvais traitements²⁰⁸. Elle

²⁰² *Ibid.*, article 10, §§ 1 et 2, et § 127 du rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains.

²⁰³ Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, article 13 et article 12, §§ 1 et 2.

²⁰⁴ *Ibid.*, article 14.

²⁰⁵ *Nechiporuk et Yonkalo c. Ukraine*, n° 42310/04, 2011, § 156.

²⁰⁶ *Mahmundi et autres c. Grèce*, § 70.

²⁰⁷ Commissaire aux droits de l'homme, Document CommDH(2016)17, § 55 ; Document CommDH(2014)18, § 101.

²⁰⁸ *Gisayev c. Russie*, n°14811/04, 2011, § 116 (la vulnérabilité a été mentionnée au regard de l'article 3).

estime également que les victimes de violences familiales font partie du groupe des « personnes vulnérables » ayant le droit à une protection de l'État²⁰⁹. La Cour a souligné que la vulnérabilité des victimes de violences familiales est mise en évidence dans divers instruments internationaux qui mettent l'accent sur la nécessité de prendre des mesures actives pour les protéger²¹⁰.

94. La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (« Convention d'Istanbul ») insiste également sur la nécessité d'accorder une protection spéciale aux victimes de la violence domestique. La Convention d'Istanbul établit un cadre commun pour la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes. Les États parties sont tenus d'adopter des mesures pour protéger les droits des victimes (migrants, réfugiés ou autre situation) sur la base de l'égalité et sans discrimination aucune²¹¹. En outre, toute mesure prise devrait tenir dûment compte et traiter les « besoins spécifiques des personnes rendues vulnérables du fait de circonstances particulières »²¹². Des dispositions spécifiques de la Convention d'Istanbul traitent également de la situation particulière des femmes réfugiées, migrantes et demandeurs d'asile²¹³. Il s'agit, notamment, de la possibilité d'accorder aux victimes migrants un permis de résidence autonome, de veiller à ce que la violence sexiste contre les femmes soit reconnue comme une forme de persécution au sens de la Convention sur les réfugiés de 1951, de l'élaboration de procédures d'asile et d'accueil sensibles au genre ainsi que des lignes directrices fondées sur le genre et des services de soutien dans la procédure d'asile²¹⁴. Il s'agit également d'une série de mesures générales, notamment sur la prévention, la protection et des services de soutien spécialisés²¹⁵.

²⁰⁹ *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02, 9 juin 2009, § 160 (la vulnérabilité a été mentionnée au regard de l'article 3).

²¹⁰ *E.M. c. Roumanie*, n° 43994/05, 30 octobre 2012, § 58.

²¹¹ Convention d'Istanbul du Conseil de l'Europe, article 4, §§ 3 et 4.

²¹² *Ibid.*, article 12 § 3.

²¹³ Voir notamment, Chapitre VII – Migration et asile, articles 59-61 de la Convention d'Istanbul du Conseil de l'Europe.

²¹⁴ Convention d'Istanbul du Conseil de l'Europe, articles 59- 60.

²¹⁵ Il s'agit, notamment, d'informations en temps utile sur les services de soutien disponibles et les mesures légales, communiquées dans une langue que la personne comprend, de l'accès à des services de rétablissement après des violences subies, et, le cas échéant, d'une aide psychologique et juridique, d'une aide financière, d'un accès

1.5. Assurer la dignité et le respect des autres droits fondamentaux des personnes placées dans la communauté

95. Lorsque des mesures alternatives à la rétention sont mises en œuvre, d'autres articles de la Convention peuvent également s'avérer pertinents. Certains types de mesures peuvent en elles-mêmes, ou en combinaison avec d'autres mesures, constituer des restrictions au droit de circuler librement et de choisir sa résidence et/ou au droit à l'intégrité physique ou psychologique, voire au droit au respect de la vie privée et familiale²¹⁶.

1.5.1. Restrictions à la liberté de circulation

96. Le droit à la liberté de circulation est consacré par l'article 2 du Protocole n° 4 et s'applique à ceux qui se trouvent légalement sur le territoire. La disposition complète la protection accordée par l'article 5 de la Convention dans le sens où elle s'applique à toutes les formes de restrictions de la liberté. Dans ce contexte, il est important de noter qu'une combinaison de restrictions peut, dans certaines circonstances, être assimilée à une privation de liberté. Dans ce cas, l'article 5 de la Convention entre en jeu²¹⁷.

97. Pour être compatible avec l'article 2 du Protocole n° 4, toute restriction à la liberté de circulation doit être considérée comme nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite des buts légitimes figurant au paragraphe 3 de l'article 2. L'article 2 peut s'appliquer lorsqu'une personne a bénéficié du droit d'entrer ou de rester durant l'examen de sa demande d'asile. Dans l'affaire *De Tommaso c. Italie*, la Cour a rappelé²¹⁸ :

« ...que l'article 2 du Protocole no 4 garantit à toute personne le droit de libre circulation à l'intérieur du territoire où elle se trouve ainsi que le droit de le quitter, ce qui implique le droit

à un logement et à l'éducation, et des services sociaux et médicaux, etc. Convention d'Istanbul du Conseil de l'Europe, articles 19-23.

²¹⁶ CAHAR, commentaire portant sur le Principe 6 § 1 du Comité des Ministres, *Vingt Principes Directeurs sur le Retour Forcé*, § 3.

²¹⁷ Voir Part. I, 3.1.1, Définition de la rétention.

²¹⁸ *De Tommaso*, § 104. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que les restrictions n'étaient pas suffisamment prévisibles dans la loi (§124).

de se rendre dans un pays de son choix dans lequel elle pourrait être autorisée à entrer (*Khlyustov c. Russie*, no 28975/05, § 64, 11 juillet 2013, *Baumann c. France*, no 33592/96, § 61, CEDH 2001-V). Selon la jurisprudence de la Cour, toute mesure restreignant le droit à la liberté de circulation doit être prévue par la loi, poursuivre l'un des buts légitimes visés au troisième paragraphe de l'article 2 du Protocole no 4 et ménager un juste équilibre entre l'intérêt général et les droits de l'individu (*Battista c. Italie*, no 43978/09, § 37, CEDH 2014, *Khlyustov*, précité, § 64, *Raimondo*, précité, § 39, et *Labita*, précité, §§ 194-195).

1.5.2. Conditions de vie

98. Le respect de la dignité humaine de ceux qui sont placés en rétention dans la communauté, notamment en veillant à ce que leurs besoins fondamentaux soient satisfaits, est également indispensable pour éviter une violation de l'article 3 de la Convention. L'article 3 vise toutes les personnes relevant de la compétence des États membres, quel que soit leur statut au regard de la loi sur l'immigration. Dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* susmentionné, la Cour a estimé que les conditions d'existence du requérant (un demandeur d'asile) qui vivait en liberté en Grèce, avaient atteint un seuil de gravité tel qu'il constituait une violation de l'article 3 de la Convention. A cet effet, la Cour a estimé que les autorités²¹⁹ :

« ... n'ont pas dûment tenu compte de la vulnérabilité du requérant comme demandeur d'asile et doivent être tenues pour responsables, en raison de leur passivité, des conditions dans lesquelles il s'est trouvé pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels. La Cour estime que le requérant a été victime d'un traitement humiliant témoignant d'un manque de respect pour sa dignité et que cette situation a, sans aucun doute, suscité chez lui des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à conduire au désespoir. Elle considère que de telles conditions d'existence, combinées avec l'incertitude prolongée dans laquelle il est resté et l'absence totale de perspective de

²¹⁹ *M.S.S c. Belgique et Grèce* [GC], §263.

voir sa situation s'améliorer, ont atteint le seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention ».

99. La situation des familles avec enfants nécessite à cet égard une attention particulière. Les affaires concernant les enfants au regard de leurs « besoins spécifiques et de leur extrême vulnérabilité » ont joué un rôle important dans l'évaluation faite par la Cour de la « protection spéciale » requise par l'article 3²²⁰. En outre, toute inaction des autorités ou manquement à leur obligation de prendre des mesures appropriées pour protéger et prendre soin d'un enfant, en particulier non accompagné et placé dans la communauté, peut constituer un traitement dégradant²²¹. En effet, la Cour a jugé que l'indifférence des autorités à l'égard d'un enfant non accompagné avait provoqué une profonde inquiétude, en particulier l'absence de mesures prises pour désigner un tuteur légal, qui le laissait livré à lui-même²²². Dans l'ensemble, la Cour estime que les conditions d'accueil doivent être adaptées à l'âge de l'enfant « pour lui éviter toute situation de stress et d'angoisse qui pourrait avoir des conséquences particulièrement traumatisantes sur son psychisme ». Le non-respect de ces conditions peut entraîner une violation de l'article 3²²³, et il est important que les enfants restent avec leur famille²²⁴.

100. La Charte sociale européenne (« la Charte ») et son interprétation par le Comité européen des Droits sociaux (« CEDS ») sont particulièrement pertinentes à cet égard. Le CEDS a estimé que toutes les personnes vivant sur le territoire d'un État partie doivent jouir de certains droits fondamentaux en lien avec le droit à la vie et la dignité humaine, indépendamment de leur statut de migrant ou de leur situation au regard du droit de séjour²²⁵. Ces dispositions sont notamment le droit à l'assistance sociale et médicale²²⁶, le droit des

²²⁰ *Tarakhel c. Suisse* [CG], §119. La Cour a estimé que le niveau minimum de gravité aurait été atteint au regard de l'article 3 lorsqu'une famille de deux parents et de six enfants Court avait dû être transférée de Suisse vers l'Italie.

²²¹ *Rahimi c. Grèce*, §§ 87-94.

²²² *Ibid.*, §§ 88-94.

²²³ *Tarakhel c. Suisse* [CG], §119.

²²⁴ *Ibid.*, § 122

²²⁵ Comité européen des droits sociaux ("CEDS"), *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. France*, Réclamation n° 14/2003, 3 novembre 2004, §§ 30 et 32.

²²⁶ Article 13 de la Charte. Voir, CEDS, *Conférence des Eglises européennes (CEC) c. Pays-Bas*, Réclamation n° 90/2013, 1^{er} juillet 2014.

enfants et des jeunes à une protection sociale, juridique et économique²²⁷ et le droit au logement²²⁸.

101. En ce qui concerne les droits des réfugiés protégés par la Charte, le CEDS a rappelé « que les États parties doivent veiller à ce que chaque individu présent sur leur territoire soit traité avec dignité et sans discrimination ». En conséquence, cette obligation ne se limite pas à assurer le respect des droits civils des personnes concernées, mais nécessite aussi de garantir le « respect de leur intégrité physique et mentale » et de reconnaître « leurs besoins humains essentiels de solidarité et d'appartenance »²²⁹. Le CEDS conclut en déclarant que « les réfugiés doivent jouir autant que possible des droits qui sont garantis par la Charte »²³⁰.

102. Reconnaisant que le respect de la dignité est un droit fondamental²³¹, le Comité des Ministres a indiqué que « le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires devrait à tout le moins couvrir la nourriture, l'habillement, l'hébergement et les soins médicaux de base » tout en notant que l'exercice de ce droit « devrait appartenir aux nationaux et aux étrangers, quel que soit le statut de ces derniers au regard du droit des étrangers, selon les modalités à définir par les autorités nationales »²³². En ce qui concerne les enfants, le Comité des Ministres a jugé qu'il faudrait accorder une attention particulière à leur bien-être, à leur situation personnelle ainsi qu'à leurs besoins spécifiques tout en respectant pleinement leur intégrité physique et

²²⁷ Article 17 de la Charte. Voir, CEDS, *Defense des enfants International (DCI) c. Belgique*, Réclamation collective n° 69/2011, 23 octobre 2012.

²²⁸ Article 31 de la Charte. Voir, CEDS, *Fédération Européenne des Associations Nationales Travaillant avec les Sans-Abris (FEANTSA) c. Pays-Bas*, Réclamation n° 86/2012, 2 juillet 2014.

²²⁹ CEDS, Déclaration d'interprétation sur les droits des réfugiés en vertu de la Charte sociale européenne, (élaborée lors de la 280^e session du Comité européen des droits sociaux à Strasbourg, 7-11 septembre) (en anglais uniquement), § 3.

²³⁰ *Ibid.*, § 4.

²³¹ Comité des Ministres, *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*, III. Principes fondamentaux, C. Dignité, § 1, ainsi que § 39 de l'exposé des motifs.

²³² Comité des Ministres, *Recommandation n° R (2000) 3 du Comité des Ministres aux États membres sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité*, (adoptée par le Comité des Ministres le 19 janvier 2000, lors de la 694^e réunion des Délégués des Ministres), §§ 2 et 4.

psychologique, quel que soit, entre autres, leur statut au regard de la loi²³³.

103. Le Commissaire aux droits de l'homme a souligné que les besoins élémentaires des personnes dans les mesures alternatives devraient être traités de manière à préserver leur dignité humaine tout en encourageant des relations positives avec les autorités²³⁴.

2. Autres normes internationales (Organisation des Nations Unies et Union européenne)

2.1. Droit à la liberté

104. Au sein du système des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« le Pacte ») garantit à toute personne le droit à la liberté et à la sûreté quel que soit son statut juridique, sa nationalité ou son apatridie. Cette protection concerne, notamment, les réfugiés, les demandeurs d'asile, les apatrides et les migrants en situation irrégulière²³⁵. Le Pacte ne donne pas de liste explicite des groupes qu'il est admissible de placer en rétention²³⁶. Il interdit expressément toute arrestation ou détention arbitraire. De même, toute privation de liberté illégale est également expressément interdite²³⁷.

105. L'impératif de légalité impose que la privation de liberté soit imposée « pour les motifs et selon la procédure prévus par la loi » du pays concerné²³⁸. Il a été interprété comme exigeant que les motifs de

²³³ Comité des Ministres, *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*, III. Principes fondamentaux, C. Dignité, § 1.

²³⁴ Commissaire aux droits de l'homme, Le carnet des droits de l'homme, "Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants", 31/01/2017.

²³⁵ Le Pacte, article 9. Voir plus loin, CCPR, *Observation générale n° 35*, § 3; CCPR, *Observation générale n° 31 [80]*, *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, adoptée le 29 mars 2004 (2187^{ème} séance), CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, § 10 ; *Situation des migrants en transit Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, A/HRC/31/35, 27 janvier 2016, § 42.

²³⁶ CCPR, *Observation générale n° 35*, § 14.

²³⁷ Le Pacte, article 9 § 1.

²³⁸ CCPR, *Observation générale n° 35*, § 11.

la privation de liberté et les procédures d'application de cette mesure soient « clairement défini[e]s et énuméré[e]s de manière exhaustive dans la législation »²³⁹ et « définis avec suffisamment de précision pour éviter une interprétation ou une application trop étendues ou arbitraires »²⁴⁰. La détention est illégale si les motifs et la procédure ne sont pas développés de manière exhaustive dans le droit national, avec suffisamment de précision.

106. En ce qui concerne « l'arbitraire », le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (« CCPR ») est arrivé aux conclusions suivantes²⁴¹ :

« L'adjectif “ arbitraire ” n'est pas synonyme de “ contraire à la loi ” mais doit recevoir une interprétation plus large, intégrant le caractère inapproprié, l'injustice, le manque de prévisibilité. Par exemple, le placement en détention provisoire dans une affaire pénale doit être une mesure raisonnable et nécessaire en toutes circonstances. Elle doit être nécessaire à tous égards dans les circonstances de l'espèce et proportionnée au but recherché, par exemple éviter que l'intéressé ne prenne la fuite ou soustraie des preuves, ou ne commette une nouvelle infraction ».

107. Le CCPR a également souligné l'importance de la proportionnalité au regard de l'article 9 § 1 du Pacte²⁴² :

« De plus, la détention provisoire pourrait être considérée comme arbitraire si elle n'est pas nécessaire à tous égards, par exemple pour éviter que l'intéressé ne prenne la fuite ou soustraie des preuves : l'élément de proportionnalité doit intervenir ici ».

108. Dans le contexte de la migration, l'article 9 § 1 du Pacte ne déclare pas la rétention arbitraire en soi²⁴³, et le CCPR a reconnu

²³⁹ *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, A/HRC/13/30, 18 janvier 2010, § 59; CCPR, *Observation générale* n° 35, §§ 11 et 23.

²⁴⁰ CCPR, *Observation générale* n° 35, § 22.

²⁴¹ CCPR, *Van Alphen c. Pays-Bas*, Communication n° 305/1988, CCPR/C/39/D/305/1988, 23 juillet 1990, § 5.8.

²⁴² CCPR, *A c. Australie*, Communication n° 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, 30 avril 1997, § 9.2. Voir également, CCPR, *Observation générale* n° 35, § 12.

²⁴³ CCPR, *Observation générale* n° 35, § 18.

que le fait que la personne visée soit entrée illégalement dans le pays « peut indiquer qu'une enquête est nécessaire et il peut y avoir d'autres considérations propres à l'intéressé, telles que le risque de fuite et le manque de coopération, qui peuvent justifier la détention pendant une période donnée »²⁴⁴. Mais « en l'absence de tels facteurs, la détention peut être considérée comme arbitraire, même en cas d'entrée illégale »²⁴⁵. Ce qui veut dire que la rétention des migrants doit être une mesure exceptionnelle, de dernier recours, raisonnable, nécessaire et proportionnée, fondée chaque fois sur une évaluation individuelle, prenant dûment en considération les effets possibles de la rétention sur l'état de santé mentale et physique de l'intéressé²⁴⁶.

109. Cela a été réaffirmé, notamment par le Groupe de travail sur la détention arbitraire (« GTDA ») et le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants, qui ont estimé que la rétention administrative des migrants devrait toujours être une mesure de dernier ressort conformément au principe de proportionnalité²⁴⁷. Selon le CCPR, l'État doit évaluer si la rétention se justifie sur la base de la situation particulière de la personne concernée et si la rétention est la seule mesure proportionnée qui lui reste, eu égard à la menace que représente ladite personne²⁴⁸.

110. La Convention sur les réfugiés est d'autant plus pertinente pour les réfugiés et les demandeurs d'asile qu'elle interdit aux États parties d'appliquer des sanctions pénales du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers sur leur territoire, aux réfugiés et aux demandeurs d'asile « arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article 1 », et « sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons

²⁴⁴ A. c. *Australie*, § 9.4.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ CCPR, *Observation générale* n° 35, § 18.

²⁴⁷ *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, A/HRC/13/30, 18 janvier 2010, § 59; *Report to the Seventh Session of the Human Rights Council - Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, A/HRC/7/4, 10 January 2008, § 80 (b) ; *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, § 68.

²⁴⁸ *Danyal Shafiq c. Australie*, Communication n° 1324/2004, CCPR/C/88/D/1324/2004, constatations adoptées le 31 octobre 2006, § 7.3; C. c. *Australie*, Communication n° 900/1999, CCPR/C/76/D/900/1999, constatations adoptées le 28 octobre 2002, §§ 8.2 et 8.4.

reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières »²⁴⁹. En outre, la Convention sur les réfugiés prévoit que toute restriction à la liberté de circulation de ces individus doit être nécessaire et appliquée « seulement en attendant que le statut de ces réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays »²⁵⁰. Enfin, les réfugiés qui séjournent régulièrement sur le territoire ont le droit de circuler librement et de choisir leur lieu de résidence²⁵¹. Compte tenu du caractère déclaratoire du statut de réfugié²⁵², les demandeurs d'asile « sont considérés comme résidant légalement sur le territoire en ce qui concerne l'application de cette disposition »²⁵³.

111. De même, l'article 12 § 1 du Pacte prévoit également que les personnes qui se trouvent en situation régulière sur le territoire bénéficient du droit à la liberté de circulation et du libre choix de résidence. Ce droit ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans le Pacte²⁵⁴. À cet égard, le Comité des droits de l'homme a estimé qu'un « étranger qui est entré illégalement sur le territoire d'un État, mais dont

²⁴⁹ Article 31 § 1, Convention sur les réfugiés. En outre, au regard de l'article 5 du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale, les migrants qui sont l'objet d'un trafic ne sont pas poursuivis au pénal.

Pour une discussion plus complète sur l'article 31(1) de la Convention sur les réfugiés de 1951, voir, Commentaire sur la Convention sur les réfugiés de 1951, articles 2-11, 13-37, publié par la Division des services de la protection internationale du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, 1997, pp. 97-104 ; Dr C. Costello, (avec Y. Ioffe and T. Büchsel), *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, Legal and Protection Policy Research Series*, PPLA/2017/01, juillet 2017, pp.10-43 ; Guy S. Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection*, un papier préparé à la demande du Département de la protection internationale pour les Consultations globales du HCR, octobre 2001.

²⁵⁰ Convention relative aux réfugiés, article 31 (2).

²⁵¹ *Ibid.*, article 26.

²⁵² HCR, Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/1P/4/ENG/REV, décembre 2011, p. 9.

²⁵³ HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 2, § 13.

²⁵⁴ Le Pacte, article 12 (3).

la situation a été régularisée, doit être considéré comme se trouvant également sur le territoire au sens de l'article 12 »²⁵⁵.

112. Les *Principes directeurs* du HCR relatifs à la détention rappellent que le recours à la détention des demandeurs d'asile « devrait être évité » et ne constituer qu'une mesure de dernier ressort quand il s'avère qu'elle est « nécessaire dans le cas d'espèce, raisonnable en toutes circonstances et proportionnelle à un but légitime »²⁵⁶. Il importe d'examiner dûment « l'existence d'alternatives efficaces et appropriées à la détention » pour chaque cas individuel afin de garantir que la « détention de demandeurs d'asile est une mesure non pas de premier mais de dernier ressort »²⁵⁷. Le fait de ne pas envisager de mesures de substitution pourrait aussi rendre la détention arbitraire²⁵⁸.

113. Des méthodes appropriées de vérification et des procédures d'évaluation doivent être mises en œuvre pour garantir que des demandeurs d'asile ne sont pas détenus à tort lorsque l'on évalue le risque de fuite²⁵⁹. La détention ne doit pas être utilisée comme moyen de dissuasion auprès des futurs demandeurs d'asile ou en vue d'amener ceux ayant déjà engagé une procédure d'asile à ne pas la poursuivre²⁶⁰. Le HCR a proposé des lignes directrices supplémentaires pour l'application de mesures alternatives portant en particulier sur les réfugiés, les demandeurs d'asile et d'autres personnes ayant besoin d'une protection internationale²⁶¹.

114. Au niveau de l'UE, le droit à la liberté et à la sûreté est garanti par l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE («Charte de

²⁵⁵ CCPR, *Observation générale* n° 27, *Liberté de circulation* (Art. 12), 2 novembre 1999, § 4. Voir également, *Celepli c. Suède*, Communication n° 456/1991, constatations adoptées le 18 juillet 1994, § 9.2.

²⁵⁶ HCR, *Principes directeurs*, 2012, Introduction, § 2 et principe 4, § 18.

²⁵⁷ *Ibid.*, principe 4.3, § 35.

²⁵⁸ *Ibid.*, principe 4, § 18.

²⁵⁹ *Ibid.*, § 22. Voir également HCR, *HCR et IDC (2016), Outil d'examen de la vulnérabilité - Déterminer et prendre en compte les situations de vulnérabilité : outils pour les systèmes d'asile et de migration*, 2016.

²⁶⁰ *Ibid.*, principe 4, § 32.

²⁶¹ Voir, HCR, *Principes directeurs*. Voir également, HCR, *Options Paper 1: Options for governments on care arrangements and alternatives to detention for children and families*, 2015; HCR, *Options Paper 2: Options for governments on open reception and alternatives to detention*, 2015.

l'UE") et correspond à l'article 5 § 1 de la Convention²⁶². La Cour de Justice de l'Union européenne (« CJUE ») a souligné l'importance du droit à la liberté consacré par l'article 6 § 1 de la Charte de l'Union européenne et a souligné que la « gravité de l'ingérence » de la mesure de rétention dans ce droit impose que des « limitations de l'exercice de ce droit doivent s'opérer dans les limites du strict nécessaire »²⁶³. De façon générale, en vertu du droit de l'Union européenne, le statut d'immigration d'une personne ne consiste jamais en l'unique raison de la rétention, puisque les actes législatifs concernés requièrent des motifs stricts et exhaustifs pour le recours à la rétention, et établissent encore plus de garanties pour les enfants.

115. À la lumière de l'article 31 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut de réfugiés, le droit de l'UE interdit le placement en rétention de personnes au seul motif qu'elles ont présenté une demande de protection internationale²⁶⁴. De même, la rétention de personnes visées par le Règlement (UE) n° 604/2013 n'est pas autorisée²⁶⁵.

116. La rétention des demandeurs d'asile et des personnes relevant de la procédure de Dublin doit respecter les principes de nécessité et de proportionnalité tant en ce qui concerne la forme que la finalité de ce placement, et n'être appliquée que s'il a été conclu, suite à une évaluation individuelle, qu'aucune alternative ne peut être appliquée efficacement dans chaque cas d'espèce²⁶⁶. Selon la directive 2013/32/UE, les demandeurs d'asile sont autorisés à rester dans l'État membre jusqu'à ce que l'autorité responsable de la détermination se soit prononcée conformément aux procédures en première instance, ou jusqu'à l'expiration du délai prévu pour l'exercice de leur droit à un recours effectif et si ce droit a été exercé dans le délai prévu²⁶⁷.

117. Les demandeurs d'asile peuvent circuler librement sur le territoire de l'État membre d'accueil ou à l'intérieur d'une zone qui leur

²⁶² Charte de l'UE, article 52 (2) et (3) et article 53.

²⁶³ Arrêt du 15 février 2016, *N.*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, § 56.

²⁶⁴ Directive 2013/32/UE, article 26 § 1 ; Directive 2013/33/UE, préambule (15) et article 8 § 1.

²⁶⁵ Règlement (UE) N° 604/2013, préambule (20) et article 28 § 1.

²⁶⁶ Directive 2013/33/UE, préambule (15) et (16) et article 8 § 2 ; Règlement (UE) N° 604/2013, préambule (20) et article 28 §§ 2 et 3.

²⁶⁷ Directive 2013/32/UE, articles 9 § 1 et 46 § 5.

est fixée par cet État membre²⁶⁸. Si les demandeurs d'asile se trouvent dans une zone attribuée, celle-ci ne doit pas porter atteinte à « la sphère inaliénable de la vie privée » et doit donner « suffisamment de latitude pour garantir l'accès à tous les avantages » prévus par la directive 2013/33/UE²⁶⁹.

118. Dans la législation secondaire de l'UE, la rétention des personnes visées par une procédure de retour fait l'objet des principes de nécessité et de proportionnalité. Les mesures alternatives doivent être examinées et jugées inefficaces dans chaque cas d'espèce avant toute décision de placement en rétention²⁷⁰. La rétention doit être aussi brève que possible et « maintenue aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et est exécuté avec toute la diligence requise ». Une personne ne peut être gardée en rétention que dans le but de préparer le retour et/ou exécuter la procédure d'éloignement, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou la personne concernée évite ou entrave la préparation de la procédure de retour ou d'éloignement. Si les perspectives d'éloignement sont irréalistes pour des raisons légales et d'autres motifs, la rétention cesse d'être justifiée²⁷¹.

119. Dans le récent arrêt *Al Chodor*, la CJUE a interprété l'article 28 § 2 combiné avec l'article 2 n) du Règlement (UE) n° 604/2013, qui autorise la rétention de la personne soumise à une procédure de Dublin dans le cas où le risque de fuite est important²⁷². Se référant en particulier au principe de la *qualité* de la loi telle qu'il est énoncé dans la jurisprudence pertinente de la Cour, à savoir les critères de clarté, de prévisibilité, d'accessibilité et de protection contre l'arbitraire, la CJUE a estimé que les critères objectifs pour évaluer le risque de fuite devraient être mis en place dans une disposition contraignante d'application générale²⁷³. Si ces critères objectifs ne sont pas prévus dans le droit

²⁶⁸ Directive 2013/33/UE, article 7 § 1.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Directive 2008/115/CE, préambule (16) et article 15 § 1.

²⁷¹ Directive 2008/115/CE, article 15 §4. Voir aussi, Arrêt du 30 novembre 2009, Grande chambre, *Kadzoev*, C-357/09 PPU, EU:C:2009:741, § 64.

²⁷² En vertu de l'article 2 (n) du Règlement (UE) N° 604/2013, le risque de fuite se définit comme étant "l'existence de raisons, fondées sur des critères objectifs définis par la loi, de craindre la fuite d'un demandeur, un ressortissant de pays tiers ou un apatride qui fait l'objet d'une procédure de transfert". Une définition presque similaire se trouve également à l'article 3 § 7 de la Directive 2008/115/CE.

²⁷³ Arrêt du 15 mars 2017, *Al Chodor e.a.*, C-528/15, EU:C:2017:213, § 45.

interne, la rétention visée par l'article 28, § 2 combiné à l'article 2 (n) du Règlement (UE) n° 604/2013 sera illégale²⁷⁴.

2.2. Obligation d'envisager des alternatives à la rétention

120. Étant donné que la détention est une mesure exceptionnelle de dernier ressort, les États ont l'obligation juridique, conformément aux principes de nécessité et de proportionnalité, premièrement d'examiner soigneusement des mesures alternatives et deuxièmement de ne recourir à la détention que s'il a été établi que les mesures alternatives ne sont pas suffisantes pour atteindre l'objectif poursuivi²⁷⁵.

121. Le CCPR a confirmé cette obligation dans plusieurs avis, estimant qu'il y a violation de l'article 9 § 1 du Pacte lorsque les États ne peuvent pas démontrer « qu'au vu de la situation particulière de chaque individu, il n'y avait pas de moyen moins invasif de parvenir aux mêmes fins »²⁷⁶. De même, le GTDA a déclaré que « des mesures de substitution et non privatives de liberté [...] devraient toujours être envisagées avant de recourir à la détention »²⁷⁷. Ce principe s'applique également en matière d'éloignement, lorsque « les possibilités de procéder au renvoi dans un délai raisonnable sont réduites, le Gouvernement a d'autant plus l'obligation de chercher des mesures pour remplacer la détention »²⁷⁸. De façon générale, l'obligation d'envisager des solutions de substitution à la rétention des migrants a été affirmée par un large éventail d'organes des Nations Unies²⁷⁹.

²⁷⁴ *Ibid.*, § 46.

²⁷⁵ Pour les États membres de l'UE, l'obligation de prendre en considération les alternatives à la rétention est prévue dans: la Directive 2013/33/UE, préambule (20) et article 8 § 2 ; Directive 2008/115/CE, préambule (16) et article 15 § 1 ; Règlement (UE) N° 604/2013, préambule (20) et article 28 § 2.

²⁷⁶ *C. c. Australie*, § 8.2; *Saed Shams et autres c. Australie*, Communications nos. 1255,1256,1259,1260,1266,1268,1270,1288/2004, constatations adoptées le 20 juillet 2007, § 7.2; *Zeyad Khalaf Hamadie Al-Gertani c. Bosnie-Herzégovine*, § 10.4; *F.K.A.G. et al. c. Australie*, Communication n° 2094/2011, CCPR/C/108/D/2094/2011, constatations adoptées le 26 juillet 2013, § 9.4.

²⁷⁷ *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire : additif : Rapport sur la mission du Groupe de travail au Royaume-Uni concernant la question des immigrants et des demandeurs d'asile*, E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 décembre 1998, § 33.

²⁷⁸ GTDA, *Opinion* n° 45/2006, A/HRC/7/4/Add.1, 16 janvier 2008, § 25.

²⁷⁹ Il s'agit, notamment, du GTDA, du HCR, du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants et du Bureau du Haut-Commissariat aux droits de l'homme.

122. Au niveau de l'UE, l'obligation d'examiner des mesures alternatives est liée au principe de proportionnalité dans le droit primaire et est clairement établie dans les dispositions spécifiques des directives pertinentes. Ainsi, la rétention des demandeurs d'asile, y compris ceux qui sont visés par une procédure de Dublin et une procédure de retour, n'est autorisée que s'il a été établi, sur la base d'une évaluation de chaque cas, que d'autres mesures alternatives, moins coercitives, ne peuvent pas être appliquées efficacement²⁸⁰.

123. L'obligation d'examiner des mesures alternatives a été réaffirmée par la CJUE dans l'affaire *El Dridi*, où il a été souligné que la procédure d'éloignement doit être appliquée selon une gradation, fondée sur une évaluation individuelle, allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir le retour volontaire, et uniquement lorsque chaque mesure s'est avérée inefficace, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, notamment, en dernier ressort, la rétention²⁸¹. Pour ce qui est des compétences de contrôle des autorités judiciaires, la CJUE a rendu la conclusion suivante²⁸² :

« le contrôle [de] l'autorité judiciaire saisie d'une demande de prolongation de la rétention d'un ressortissant d'un pays tiers doit permettre à cette autorité de statuer sur le fond, au cas par cas, sur la prolongation de la rétention du ressortissant concerné, sur la possibilité de substituer à la rétention une mesure moins coercitive ou sur la remise en liberté de ce ressortissant, ladite autorité étant ainsi compétente pour se fonder sur les faits et les preuves produits par l'autorité administrative l'ayant saisie ainsi que sur les faits, les preuves et les observations qui lui sont éventuellement soumis lors de cette procédure ».

2.3. Garanties procédurales

Présentation des motifs de rétention

124. Le droit d'être informé des motifs de l'arrestation et de la rétention découle de l'article 9, § 2 du Pacte. Les motifs doivent

²⁸⁰ Directive 2013/33/UE, préambule (15) et (20) et article 8 § 2 ; Directive 2008/115/CE, préambule (16) et article 15 § 1 ; Règlement (UE) N° 604/2013, préambule (20) et article 28 § 2.

²⁸¹ Arrêt du 28 avril 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, §§ 39 et 41.

²⁸² Arrêt du 5 juin 2014, *Mahdi*, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, § 64.

« permettre [à la personne détenue] de prendre des mesures immédiates pour obtenir sa libération si elle pense que les raisons invoquées sont invalides ou sans fondement »²⁸³. On trouve également, par analogie, l'obligation de communiquer sans délai un ordre de détention ainsi que les raisons l'ayant motivé dans l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement (« UNBOP »)²⁸⁴. La personne en rétention doit être avisée de ses droits et de la façon de les exercer, dans une langue qu'elle comprend²⁸⁵. De même, selon le GTDA, la personne doit être informée de l'ordre de détention par écrit, y compris les raisons la motivant²⁸⁶. Les renseignements donnés à la personne devraient également décrire la façon de déposer un recours judiciaire pour que la légalité de la rétention soit examinée rapidement et que, le cas échéant, la libération de ladite personne soit ordonnée²⁸⁷. Le HCR a également donné aux demandeurs d'asile la possibilité d'être informés des motifs de leur rétention, de leurs droits à l'égard de l'ordre de rétention (notamment les procédures d'examen), « dans une langue et dans des termes qu'ils comprennent »²⁸⁸.

125. Dans la législation secondaire de l'UE, la rétention des demandeurs d'une protection internationale doit être ordonnée par écrit par les autorités judiciaires ou administratives, qui doivent préciser les raisons de fait et de droit qui motivent cet ordre²⁸⁹. Les détenus qui sollicitent une protection internationale doivent être immédiatement informés par écrit des motifs de leur rétention, dans une langue qu'ils comprennent ou sont censés comprendre²⁹⁰. Ils doivent être également informés des procédures prévues dans la législation nationale pour contester l'ordre de rétention²⁹¹. Ces garanties s'appliquent aux requérants qui sont visés par une procédure de Dublin²⁹².

²⁸³ *Adolfo Drescher Caldas c. Uruguay*, Communication n° 43/1979, CCPR/C/OP/2, 1990, § 13.2.

²⁸⁴ Principe 11(2).

²⁸⁵ UNBOP, principes 13 et 14.

²⁸⁶ Le Groupe de travail sur la détention arbitraire, *Deliberation n° 5 concerning the situation regarding immigrants and asylum-seekers*, (en anglais uniquement), principe 8.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 7, § 47 (i).

²⁸⁹ Directive 2013/33/UE, article 9 § 2.

²⁹⁰ *Ibid.*, article 9 § 4.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Règlement (UE) N° 604/2013, article 28 § 4.

126. Pour ceux qui sont en attente d'une décision de retour et qui sont placés en rétention, la législation secondaire de l'UE prévoit que la rétention doit être ordonnée par écrit et dûment motivée, de fait et de droit²⁹³. Les États membres sont tenus d'informer sans délai la personne détenue de la possibilité d'introduire un recours afin de soumettre la légalité de la rétention à un contrôle juridictionnel rapide²⁹⁴.

Assistance juridique

127. Au regard de l'article 7 du Pacte, un accès rapide et régulier à un avocat est considéré comme une précaution importante contre les traitements inhumains ou dégradants²⁹⁵. L'UNBOP prévoit expressément qu'une personne en rétention peut premièrement bénéficier de l'assistance d'un avocat, deuxièmement être informée de ce droit rapidement après son arrestation, et troisièmement bénéficier de « facilités raisonnables » pour exercer son droit à un conseil juridique²⁹⁶. La personne en rétention qui n'a pas choisi d'avocat aura le droit de s'en voir désigner un par une autorité judiciaire ou autre « dans tous les cas où l'intérêt de la justice l'exige, et ce sans frais si elle n'a pas les moyens de le rémunérer »²⁹⁷.

128. Le HCR a indiqué que les demandeurs d'asile devraient être informés de leur droit à un avocat, et une assistance gratuite est également fournie lorsqu'elle existe pour les ressortissants qui se trouvent dans une situation semblable. Une assistance juridique devrait être mise à disposition « dès que possible après l'arrestation ou la détention de l'intéressé pour l'aider à comprendre ses droits »²⁹⁸.

129. Dans la législation secondaire de l'UE, les détenus demandeurs d'une protection internationale doivent être informés de la possibilité de demander une assistance juridique et une représentation gratuites²⁹⁹. Les procédures d'accès à l'assistance juridique doivent être définies dans le droit national³⁰⁰. Les États membres sont tenus de fournir une

²⁹³ Directive 2008/115/CE, article 15 § 2 deuxième alinéa.

²⁹⁴ *Ibid.*, Article 15 § 2 (b).

²⁹⁵ CCPR, *Observation générale n° 20: article 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants)*, 10 mars 1992, § 11.

²⁹⁶ UNBOP, principe 17 § 1.

²⁹⁷ *Ibid.*, principe 17 § 2.

²⁹⁸ HCR, *Principes directeurs uidelines*, 2012, principe 7, § 47 (ii).

²⁹⁹ Directive 2013/33/UE, Article 9 § 4.

³⁰⁰ *Ibid.*, article 9 § 10.

assistance juridique gratuite et une représentation aux personnes détenues lors du contrôle juridictionnel de la détention ordonnée par les autorités administratives³⁰¹, mais les États membres ont une certaine latitude dans ce domaine, notamment en ce qui concerne les moyens du requérant, le budget et les délais³⁰². L'assistance juridique comprend « au moins la préparation des actes de procédure requis et la participation à l'audience devant les autorités judiciaires au nom du demandeur »³⁰³. Ces garanties s'appliquent également aux demandeurs d'une protection internationale visées par une procédure de Dublin³⁰⁴.

130. Ceux qui sont visés par une décision de retour et détenus ont le droit d'établir des contacts avec des représentants légaux « sur demande » et « en temps voulu »³⁰⁵.

Contrôle juridictionnel

131. L'article 9 § 4 du Pacte prévoit le contrôle juridictionnel de la légalité d'une privation de liberté « sans délai » et la libération de la personne si la détention n'est pas régulière. Le Comité des droits de l'homme a décrit la portée du contrôle juridictionnel et indiqué que la légalité de la détention doit non seulement être examinée au regard de la législation nationale, mais aussi du Pacte lui-même, ainsi que la possibilité pour une cour d'ordonner la libération de l'intéressé³⁰⁶.

132. Le HCR a indiqué que les demandeurs d'asile détenus devraient être rapidement présentés devant une autorité judiciaire ou une autre instance indépendante en vue d'un réexamen de la décision de détention. Dans l'idéal, ce réexamen devrait être automatique et se dérouler dans les 24 à 48 heures suivant la décision initiale de placer le demandeur d'asile en détention³⁰⁷. À la suite du réexamen initial de la détention, il convient de mettre en place des procédures de contrôle périodiques et régulières sur la nécessité de prolonger la détention,

³⁰¹ *Ibid.*, article 9 § 6 et 3.

³⁰² *Ibid.*, article 9 § 7, § 8 et 9.

³⁰³ *Ibid.*, article 9 § 6.

³⁰⁴ Règlement (UE) N° 604/2013, article 28 § 4.

³⁰⁵ Directive 2008/115/CE, article 16 § 2.

³⁰⁶ *A. c. Australie*, § 9.5; *C. c. Australie*, § 7.4 ; *Omar Sharif Baban c. Australie*, Communication n° 1014/2001, CCPR/C/78/D/1014/2001, constatations adoptées le on 6 August 2003, § 7.2.

³⁰⁷ HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 7, § 47 (iii).

lesquelles seront organisées par une cour ou une instance indépendante³⁰⁸. Le HCR a également indiqué que le droit de la personne détenue (ou de son représentant) « de contester en tout temps la légalité de la détention devant une cour de justice doit être respecté », quelles que soient les révisions effectuées auparavant³⁰⁹.

133. Dans la législation secondaire de l'UE, dans des circonstances où la détention a été ordonnée par les autorités administratives, les détenus demandeurs d'une protection internationale ont droit à un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de leur détention d'office et/ou à la demande de l'intéressé en détention. Lorsqu'il a lieu d'office, ce contrôle est décidé le plus rapidement possible à partir du début du placement en rétention. Lorsqu'il a lieu à la demande du demandeur, il est décidé « le plus rapidement possible après le lancement de la procédure pertinente ». À cette fin, les États membres définissent dans leur droit national « le délai dans lequel ont lieu le contrôle juridictionnel d'office et/ou le contrôle juridictionnel à la demande du demandeur ». Si le contrôle juridictionnel montre que la détention est irrégulière, la personne doit être immédiatement libérée³¹⁰.

134. Le placement en rétention fait l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire « à intervalles raisonnables, d'office et/ou à la demande du demandeur concerné, notamment en cas de prolongation, de survenance de circonstances pertinentes ou d'informations nouvelles pouvant avoir une incidence sur la légalité du placement en rétention »³¹¹. Les garanties ci-dessus s'appliquent également aux personnes visées par une procédure de Dublin³¹².

135. S'agissant des personnes qui sont visées par une décision de retour et qui sont détenues par les autorités administratives, les États membres sont tenus d'accorder aux secondes soit le droit à « un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention qui doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du début de la rétention »³¹³, soit subsidiairement, le droit d'engager une procédure par laquelle la légalité de la rétention fait l'objet d'un contrôle

³⁰⁸ *Ibid.*, § 47 (iv).

³⁰⁹ *Ibid.*, § 47 (v).

³¹⁰ Directive 2013/33/UE, article 9 § 3.

³¹¹ *Ibid.*, article 9 § 5.

³¹² Règlement (UE) N° 604/2013, article 28 § 4.

³¹³ Directive 2008/115/CE, article 15 (2) (a).

juridictionnel accéléré « qui doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du lancement de la procédure en question »³¹⁴. Dans chaque cas, la rétention fait l'objet d'un réexamen à intervalles raisonnables, soit à la demande du ressortissant concerné d'un pays tiers, soit d'office. En cas de périodes de rétention prolongées, les réexamens font l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire³¹⁵.

2.4. Obligation positive d'éviter la détention des personnes en situation de vulnérabilité

136. L'examen du recours à la rétention et les mesures de substitution à la rétention doivent non seulement être conformes aux obligations des États de *ne pas* porter atteinte aux droits individuels, mais doivent aussi *protéger* les individus ou les groupes de personnes qui sont identifiées comme étant particulièrement vulnérables aux violations de leurs droits pendant leur placement en rétention.

137. Conformément au droit de l'UE, les États membres doivent prendre en compte la situation particulière et les besoins spécifiques des personnes vulnérables qui demandent une protection internationale ou sont visées par une décision de retour³¹⁶. Pour ce qui est des personnes demandant une protection internationale en particulier, les États membres de l'UE ont l'obligation d'évaluer dans un délai raisonnable s'ils ont des besoins spécifiques en matière d'accueil³¹⁷. Il est également demandé aux États membres d'indiquer la nature de ces besoins et de veiller à ce qu'ils soient pris en considération pendant toute la durée de la procédure d'asile, alors qu'il leur est fourni un soutien adapté et un suivi approprié de leur situation³¹⁸. La Directive 2013/33/UE relève également que « [l]'état de santé, y compris l'état de santé mentale, des

³¹⁴ *Ibid.*, article 15 § 2 (b).

³¹⁵ *Ibid.*, article 15 § 3.

³¹⁶ Directive 2013/33/UE, article 21 et article 22 § 1 troisième alinéa ; et la directive 2008/115/CE, Article 14 § 1 (d). L'article 21 de la directive 2013/33/ UE donne une liste non exhaustive des personnes vulnérables, telles que "les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de la traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle, par exemple les victimes de mutilation génitale féminine". Une liste non exhaustive presque identique figure également à l'article 3 § 9 de la directive 2008/115/CE.

³¹⁷ Directive 2013/33/UE, Article 22.

³¹⁸ *Ibid.*

demandeurs placés en rétention qui sont des personnes vulnérables est pour les autorités nationales une préoccupation primordiale »³¹⁹. Les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence doivent recevoir le traitement que nécessitent les dommages causés par de tels actes, et en particulier avoir accès à des traitements ou des soins médicaux et psychologiques adéquats³²⁰. Par ailleurs, le droit de l'UE impose aux États membres de prendre des mesures supplémentaires pour faire en sorte que les conditions matérielles d'accueil et le niveau de vie des personnes vulnérables demandeuses d'asile soient conformes à leur « situation particulière »³²¹.

138. Les points ci-après constituent un bref examen des aspects juridiques des alternatives à la rétention des migrants pour certains de ces individus et groupes particulièrement vulnérables.

Enfants

139. Selon le Pacte, la détention des enfants devrait être une mesure exceptionnelle de dernier ressort, pour une durée aussi brève que possible, et leur intérêt supérieur doit être une considération primordiale « pour ce qui est de la durée et des conditions de la détention ». Une attention particulière doit être accordée à l'extrême vulnérabilité et au besoin de prise en charge des mineurs non accompagnés³²².

140. Bien que l'article 37 (b) de la CDE énonce que la privation de liberté d'un enfant n'est qu'une mesure de dernier ressort, cette disposition fait l'objet de considérations et de principes importants, notamment les principes de non discrimination, d'intérêt supérieur de l'enfant et de maintien de l'unité familiale, qui réduisent considérablement les cas où l'enfant peut être privé de sa liberté en raison de son statut de migrant ou du statut de migrant de ses parents.

³¹⁹ *Ibid.*, article 11 § 1.

³²⁰ *Ibid.*, article 25 § 1.

³²¹ *Ibid.*, article 17§ 2.

³²² CCPR, *Observation générale* n° 35, §18.

Non discrimination

141. Les droits consacrés dans la CDE s'appliquent à tous les enfants relevant de la compétence des États parties sur la base de la non-discrimination³²³. Le Comité CDE a indiqué à ce sujet que³²⁴ :

« La jouissance des droits énoncés dans la Convention n'est donc pas limitée aux enfants de l'État partie et doit dès lors impérativement, sauf indication contraire expresse de la Convention, être accessible à tous les enfants – y compris les enfants demandeurs d'asile, réfugiés ou migrants –, sans considération de leur nationalité, de leur statut au regard de l'immigration ou de leur apatridie ».

*L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*³²⁵

142. Le Comité, qui a rappelé qu'il n'y a pas de hiérarchie des droits dans la Convention, a néanmoins indiqué que l'intérêt supérieur de l'enfant fait partie des quatre principes généraux de la CDE³²⁶ et noté qu'il englobait trois dimensions³²⁷ : *premièrement* un « droit de fond »³²⁸,

³²³ CDE, article 2.

³²⁴ Le Comité CDE, *Observation générale n° 6, traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, CRC/GC/2005/6, 17 mai-3 juin 2005, § 12.

³²⁵ Le Comité CDE a précisé que l'expression « considération primordiale » signifie que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut pas être mis sur le même plan que toutes les autres considérations. Cette position forte est justifiée par la situation particulière de l'enfant : dépendance, degré de maturité, statut juridique et, fréquemment, impossibilité de faire entendre sa voix [...]. Il a souligné également que « le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale signifie que les intérêts de l'enfant ont un rang de priorité élevé et ne sont pas une considération parmi d'autres seulement. Il convient donc d'attribuer un plus grand poids à ce qui sert au mieux les intérêts de l'enfant ». Le Comité CDE, *Observation générale no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, adoptée par le Comité à sa soixante - deuxième session (14 janvier – 1er février 2013), §§ 37 and 39.

³²⁶ Les trois autres principes généraux sont : l'article 2 sur la non-discrimination; l'article 6 sur le droit à la liberté, à la survie et au développement, et l'article 12 sur les droits de l'enfant à exprimer librement son opinion. Le Comité CDE *Observation générale n° 12 (2009): Le droit de l'enfant d'être entendu*, 20 juillet 2009, CRC/C/GC/12, § 2; Le Comité CDE, *Observation générale n° 5 (2003): Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant*, 27 novembre 2003, CRC/GC/2003/5, §12.

³²⁷ Le Comité CDE, *Observation générale n° 14*, § 6.

deuxièmement « un principe juridique interprétatif fondamental »³²⁹ et troisièmement une « règle de procédure »³³⁰.

143. Eu égard à ce qui précède, les États parties sont tenus d'effectuer une évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant « à toutes les étapes du processus migratoire et pour toutes les décisions affectant l'enfant »³³¹, et toute décision prise devrait justifier la façon dont le droit a été pris en considération. L'évaluation devrait tenir compte des circonstances particulières de chaque enfant, notamment « la nature de sa vulnérabilité et de son degré de vulnérabilité »³³² propre au cas spécifique.

144. Compte tenu de la vulnérabilité particulière des enfants à la torture et aux mauvais traitements dans les lieux de rétention, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a conclu³³³ :

« Dans le contexte du contrôle administratif de l'immigration, il est désormais clair que la privation de liberté des enfants fondée sur le statut migratoire de leurs parents n'est jamais dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ne répond pas à une nécessité, devient excessivement disproportionnée et peut constituer un traitement cruel, inhumain et dégradant des enfants migrants ».

³²⁸ Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit évalué et soit une considération primordiale lorsque différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question en cause, et la garantie que ce droit sera mis en œuvre dans toute prise de décisions concernant un enfant, y compris « l'inaction ou le défaut d'action ».

³²⁹ Si une disposition juridique se prête à plusieurs interprétations, il convient de choisir celle qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant.

³³⁰ Quand une décision qui aura des incidences sur un enfant en particulier, un groupe défini d'enfants ou les enfants en général doit être prise, le processus décisionnel doit comporter une évaluation de ces incidences (positives ou négatives) sur l'enfant concerné ou les enfants concernés.

³³¹ Le Comité CDE, *Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration*, 28 septembre 2012, § 72.

³³² La vulnérabilité de l'enfant du fait, par exemple, « d'un handicap ou de son appartenance à un groupe minoritaire ou bien du fait qu'il est migrant ou demandeur d'asile, est victime de mauvais traitements ou vit dans la rue, etc. » Le Comité CDE, *Observation générale n° 14*, § 75.

³³³ *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Juan E. Méndez, 5 mars 2015, A/HRC/28/68 (en anglais uniquement), § 80.

145. Dans son avis consultatif de 2014, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé que « la privation de liberté des enfants pour des raisons exclusivement liées à des motifs liés à la migration dépasse l'exigence de nécessité [...] [et] ne saurait être une mesure qui répond à l'intérêt supérieur de l'enfant »³³⁴. Le Rapporteur spécial a également conclu à cet égard que³³⁵ :

« Le principe de l'*ultima ratio* de la détention des enfants n'était pas un paramètre de fonctionnement dans le domaine des procédures d'immigration. La détention des enfants pour des raisons exclusivement liées à leur statut migratoire dépasse l'exigence de nécessité, car une telle mesure n'est pas absolument nécessaire pour garantir sa comparution dans le processus de migration ou pour assurer la mise en œuvre d'une mesure d'expulsion. De surcroît, la détention d'un enfant dans ce contexte ne peut pas être comprise comme une mesure qui répond à ses intérêts. Les pratiques de détention des migrants dans le monde, que ce soit *de jure* ou *de facto*, exposent les enfants à des risques de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants [...] ».

146. L'article 22 de la CDE est également pertinent dans ce contexte puisqu'il demande aux États parties de prendre les mesures appropriées pour qu'un enfant réfugié ou demandeur d'asile bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire voulues pour lui permettre de jouir des droits que lui reconnaissent la CDE et les autres instruments internationaux auxquels lesdits États sont parties. En outre, l'article 20 vise également les enfants non accompagnés et séparés et demande aux États d'accorder une protection et une assistance spéciales à ce groupe, y compris le placement en institution.

147. D'autres indications relatives à la protection des enfants dans le contexte de la migration ont été fournies par la CDE dans diverses observations générales et lors des journées de débat général. Ainsi, en 2005, le Comité CDE a examiné spécifiquement le traitement des

³³⁴ Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif OC-21/14 du 19 août 2014, § 154.

³³⁵ Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Juan E. Méndez, 5 mars 2015, A/HRC/28/68 (*en anglais uniquement*), § 80.

enfants non accompagnés et séparés et considéré qu'il s'agissait d'« un groupe particulièrement vulnérable d'enfants »³³⁶. Eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant, le Comité a jugé que les enfants non accompagnés et séparés ne devraient pas, en règle générale, être placés en détention et affirmé que³³⁷ :

« La détention ne saurait être justifiée par le seul fait que l'enfant est séparé ou non accompagné, ni par son seul statut au regard de la législation relative à l'immigration ou à la résidence ou l'absence d'un tel statut ».

148. La Journée de débat général (2012) consacrée aux « droits de tous les enfants dans le contexte des migrations internationales » a marqué un tournant en ce qui concerne la détention des enfants migrants, y compris les familles. Le Comité CDE a conclu à cette occasion que³³⁸ :

« Les enfants ne devraient pas être incriminés ou soumis à des mesures punitives en raison de leur statut de migrant ou de celui de leurs parents. La détention d'un enfant constitue une violation des droits de l'enfant et contrevient toujours au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. À cet égard, les États devraient mettre fin rapidement et complètement à la détention des enfants pour des motifs liés à leur statut de migrant ».

149. La position contre la détention des enfants migrants a depuis été régulièrement réaffirmée. Ainsi, le Comité CDE a fait récemment référence aux adolescents non accompagnés et séparés, et demandé aux États parties de privilégier l'« évaluation des besoins de protection par rapport à la détermination de la situation au regard de

³³⁶ Le Comité CDE, *Observation générale* n° 6, § 4. Il convient de noter que le Comité CDE a averti les États parties que, lors de l'application des normes contenues dans le commentaire susmentionné, « ils doivent être conscients de leur caractère évolutif et reconnaître par conséquent que leurs obligations peuvent se développer au-delà des normes énoncées dans le présent document ».

³³⁷ *Ibid.*, § 61.

³³⁸ Le Comité CDE, *Observation générale* n°, *Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration*, 28 septembre 2012, § 78.

l'immigration » pour prendre en compte leur vulnérabilité particulière et interdire la détention des migrants³³⁹.

150. Cette position sans équivoque contre la détention des migrants a été adoptée par plusieurs autres instances internationales et régionales de protection des droits de l'homme, qui ont toujours considéré que les enfants ne doivent pas être placés en rétention aux fins du contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application³⁴⁰. Le HCR a récemment précisé sa position sur la rétention des enfants dans le contexte des migrations en soulignant que les enfants ne devraient pas être détenus à des fins d'immigration, quelque soit leur statut légal ou migratoire ou celui de leurs parents³⁴¹. Plutôt, des dispositifs de soin appropriés et des alternatives à la rétention doivent être mises en place afin d'assurer l'accueil adéquat des enfants et de leurs familles³⁴². L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans chaque décision qui le concerne.

151. Les États se sont récemment engagés à mettre fin à la pratique consistant à placer en rétention des enfants à des fins liés à la migration³⁴³.

³³⁹ Le Comité CDE, Observation générale n° 20 (2016) sur la mise en oeuvre des droits de l'enfant Durant l'adolescence, 6 décembre 2016, CRC/C/GC/20, § 77.

³⁴⁰ Voir, Inter-Agency Working Group (IAWG) to End Child Immigration Detention, *Summary of normative standards and recommendations on ending child immigration detention*, août 2016.

³⁴¹ HCR, *UNHCR's position regarding the detention of refugee and migrant children in the migration context*, janvier 2017.

³⁴² Voir des exemples qui ont été répertoriés dans les documents suivants du HCR: *Options Paper 1: Options for governments on care arrangements and alternatives to detention for children and families* et *Options Paper 2 on Options for governments and open reception and alternatives to detention*. Dans le rapport conjoint du HCR et de l'UNICEF "Safe and Sound report", le HCR a souligné que « la rétention a des effets négatifs permanents. Elle affaiblit la dignité humaine des individus, peut causer des souffrances inutiles et potentiellement entrainer de sérieuses conséquences pour la santé et le bien-être. La rétention des enfants est particulièrement sérieuse en raison de l'effet dévastateur qu'elle peut avoir sur leur développement physique, émotionnel et psychologique. En principe, les enfants ne doivent pas être détenus ». HCR, *Safe & Sound: what States can do to ensure respect for the best interests of unaccompanied and separated children in Europe*, octobre 2014.

³⁴³ Assemblée générale, Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants, § 33.

Maintien de l'unité familiale

152. La CDE prévoit qu'un enfant ne doit jamais être séparé de ses parents contre leur gré, sauf si cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant et conforme aux lois et procédures applicables³⁴⁴. Par conséquent, le droit à la liberté s'applique également aux parents de l'enfant lorsque l'intérêt supérieur de celui-ci justifie le maintien de l'unité familiale³⁴⁵. Plutôt que de recourir à la détention des enfants migrants, le Comité CDE, ainsi que d'autres instances, ont invité les États à mettre en œuvre des mesures alternatives à la détention dans un cadre non carcéral, au sein de la collectivité, pour toute la famille, telles que celles qui sont présentées dans les Lignes directrices de l'ONU relatives à la protection de remplacement pour les enfants³⁴⁶ :

« Dans toute la mesure du possible, et en utilisant toujours les moyens nécessaires les moins restrictifs, les États devraient adopter des alternatives à la détention qui répondent à l'intérêt supérieur de l'enfant et qui respectent leurs droits à la liberté et à la vie familiale en adoptant des lois, des politiques et des pratiques qui permettent aux enfants de rester avec les membres de la famille et/ou leurs tuteurs s'ils sont présents dans les pays de transit et/ou de destination et être logés en famille dans un cadre non carcéral, au sein de la collectivité, en attendant une décision concernant leur statut de migrant »³⁴⁷.

153. Selon la Charte de l'UE ainsi que la législation secondaire européenne en la matière, une considération primordiale devrait être

³⁴⁴ CDE, Article 9 § 1. Le Comité CDE a rappelé aux États parties que «le terme «famille» doit s'interpréter au sens large en englobant les parents «biologiques et les parents adoptifs ou les parents nourriciers, ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale». Le Comité CDE, *Observation générale n° 14*, § 59.

³⁴⁵ *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Juan E. Méndez, 5 mars 2015, A/HRC/28/68 (en anglais uniquement), § 80.

³⁴⁶ Assemblée générale, *Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants, adoptée par l'Assemblée générale le 18 décembre 2009*, A/RES/64/142, 24 février 2010.

³⁴⁷ Le Comité CDE, *Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration*, 28 septembre 2012, § 79.

accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les actions qui les concernent, ainsi qu'au droit à l'unité familiale et à la vie familiale³⁴⁸. La législation de l'UE prévoit que la détention des enfants migrants est une mesure à appliquer en dernier ressort, pour une durée aussi brève que possible et après avoir établi que des mesures alternatives ne peuvent pas être appliquées efficacement avant tout placement en détention³⁴⁹. Elle prévoit également une disposition spéciale pour les enfants non accompagnés, qui ne doivent être détenus « que dans des circonstances exceptionnelles »³⁵⁰. Le droit de l'Union européenne prévoit des mesures de protection strictes qui garantissent, *a priori*, la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de la migration. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les actions qui le concernent. Dès lors, il ne peut y avoir de cas de rétention puisque la rétention d'un enfant est contraire à l'intérêt de l'enfant. Tout doit être mis en œuvre pour libérer les enfants détenus demandeurs d'asile et les placer dans des lieux d'hébergement adaptés aux mineurs³⁵¹. Il existe également une obligation s'appliquant aux enfants non accompagnés, qui prévoit que tout doit être mis en œuvre pour les libérer « le plus rapidement possible » et pour qu'ils soient hébergés « dans des centres disposant

³⁴⁸ Charte de l'UE, articles 7 et 24 § 2 ; Directive 2013/33/UE, préambule (9) et article 23 §§ 1 et 2 Directive 2008/115/CE, préambule (22) et article 5 (a) et (b), et article 17 § 5; Règlement (UE) n° 604/2013, préambule (13) et (16), article 6 §§ 1 et 3. Voir également, Directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), 29 décembre 2011, L337/9, préambule (18), article 20 § 5 et article 23. Sur l'intérêt supérieur de l'enfant, voir aussi Directive 2013/32/UE du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), 29 juin 2013, L 180/60, préambule (33) et article 25 § 6.

³⁴⁹ Directive 2013/33/UE, préambule (15) et articles 8 § 2) et 11 § 2 ; Directive 2008/115/CE, préambule (16), Article 15 § 1; Règlement (UE) N° 604/2013, préambule (20) et article 28 § 2.

³⁵⁰ Directive 2013/33/UE, Article 11§ 3. Récemment, la Commission européenne a encouragé les États membres de l'UE « à garantir l'existence d'une série de modalités de prise en charge des enfants non accompagnés, y compris le placement en famille d'accueil ». Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, La protection des enfants migrants*, COM(2017) 211 final, 12 avril 2017, p. 9.

³⁵¹ *Ibid.*, préambule (15) and Articles 8 § 2 et 11 § 2.

de personnel et d'installations qui tiennent compte des besoins des personnes de leur âge »³⁵².

154. Le Parlement européen a fait écho à la recommandation du Comité CDE et appelé les États membres à « mettre définitivement et immédiatement un terme à la détention d'enfants fondée sur leur situation au regard de l'immigration, à protéger les enfants des infractions relevant des politiques et des procédures migratoires, et à adopter des mesures alternatives à la détention permettant aux enfants de rester auprès des membres de leur famille ou de tuteurs »³⁵³.

Apatrides

155. A la lumière de la complexité de leur statut, y compris l'absence d'identité et de titres de transport, qui entraînent, à leur tour, l'absence de résidence légale dans quelque pays que ce soit, les apatrides sont tout particulièrement exposés au risque de rétention prolongée et répétée³⁵⁴. L'absence des permis nécessaires d'immigration ou autres documents ne peut pas, dès lors, être utilisée comme justification générale pour la rétention des apatrides³⁵⁵. De même, la rétention de routine des personnes demandant une protection basée sur leur apatridie est arbitraire. Dans ce contexte, les procédures de détermination de l'apatridie sont particulièrement importantes pour veiller à l'identification correcte des apatrides³⁵⁶. Selon le HCR, « l'identification de l'apatridie doit être considérée comme partie intégrante de l'identification d'autres vulnérabilités »³⁵⁷. Ensuite, le HCR a précisé que, bien que la Convention de 1954 relative au statut des apatrides « ne prescrit aucun mécanisme permettant d'identifier les apatrides en tant que tels », il est implicitement indiqué dans cette Convention que « les Etats doivent identifier les apatrides relevant de leur juridiction, afin de leur fournir un traitement approprié et de

³⁵² *Ibid.*, article 11 § 3.

³⁵³ Résolution du Parlement européen du 4 février 2014 sur les femmes migrantes sans papiers dans l'Union européenne (2013/2115(INI)), 4 février 2014, § 29; voir aussi, Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2013 sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne (2012/2263(INI)), § 13.

³⁵⁴ HCR, *Manuel sur la protection des apatrides*, 30 juin 2014, § 112.

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ HCR, *Stateless Persons in Detention: A tool for their identification and enhanced protection*, juin 2017, p. 7.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 4.

respecter ainsi leurs engagements envers la Convention »³⁵⁸. La libération des apatrides au sein de la collectivité ou le renvoi à des alternatives à la rétention plus adéquates doivent être prioritaires³⁵⁹.

Survivants de tortures ou de traumatismes

156. Les victimes de traumatismes, de tortures et d'autres violences physiques, psychologiques ou sexuelles exigent une attention spéciale et ne devraient pas, en principe, être placées en rétention. Il convient de tenir compte, dans l'évaluation de la nécessité d'un tel placement, de facteurs comme les dépressions, les angoisses, les manifestations d'agressivité et les conséquences physiques, psychologiques ou d'autres conséquences émotionnelles³⁶⁰. Des évaluations initiales et périodiques de la santé physique et mentale du détenu doivent être réalisées en raison de la gravité de l'impact dû à la détention³⁶¹. Un traitement approprié doit être fourni³⁶², et des services et des programmes de réadaptation efficaces, qui tiennent compte de la culture, de la personnalité, de l'histoire et de l'origine des victimes doivent être mis en place pour toutes les victimes sans discrimination et indépendamment de leur identité ou de leur statut³⁶³.

Victimes ou victimes potentielles de la traite des êtres humains

157. Les victimes ou victimes potentielles de la traite ne doivent pas être détenues, inculpées ou poursuivies au motif qu'elles sont entrées ou résident de manière illégale dans les pays de transit ou de destination, ou qu'elles ont pris part à des activités illicites auxquelles elles étaient contraintes en raison de leur condition de victimes de la traite³⁶⁴. Une protection et un soutien appropriés devraient leur être

³⁵⁸ HCR, *Manuel sur la protection des apatrides*, 30 juin 2014, § 8.

³⁵⁹ HCR, *Stateless Persons in Detention: A tool for their identification and enhanced protection*, juin 2017, p. 4.

³⁶⁰ HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 9. 1, § 49.

³⁶¹ *Ibid.*, § 50.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Comité contre la torture ("CAT"), *Observation générale n° 3 (2012) - Application de l'article 14 par les États parties*, CAT/C/GC/3, 13 décembre 2012, § 15.

³⁶⁴ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights ("OHCHR"), *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*, E/2002/68/Add.1, 20 May 2002, principe 2, § 6 et principe 4, § 5. Voir plus loin, *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la traite des êtres humains, en particulier les femmes et les enfants*, A/HRC/32/41, 3 mai 2016, §§ 64 (h) et 66 (d) (e); *Rapport du Rapporteur*

accordés³⁶⁵, notamment des alternatives à la rétention, comme des foyers d'hébergement ou d'autres dispositifs de prise en charge, surtout pour les enfants³⁶⁶.

158. Dans le cadre du droit de l'Union européenne, même si les victimes de la traite des êtres humains peuvent être détenues en vertu de certaines dispositions qui énoncent des garanties particulières concernant les personnes vulnérables, les États membres doivent les protéger contre toute poursuite ou pénalisation liées à leur implication dans des activités criminelles qu'elles ont été forcées de commettre en raison de la traite dont elles ont fait l'objet³⁶⁷. Les États membres ont également l'obligation d'adopter des mécanismes adéquats afin d'assurer l'identification précoce des victimes³⁶⁸. Une assistance et un soutien spécifiques doivent leur être fournis, tels qu'un hébergement sûr et adéquat, une assistance matérielle, le traitement médical nécessaire, y compris une assistance psychologique, des services de soutien et d'information, de traduction et d'interprétation³⁶⁹. Un permis de résidence peut être délivré à des personnes qui sont victimes de la traite des êtres humains ou qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes³⁷⁰.

Personnes souffrant d'un handicap et ayant des besoins spéciaux, médicaux ou autres

159. La Convention relative aux droits des personnes handicapées (« CRPD ») interdit la détention illégale ou arbitraire d'une personne handicapée, et un handicap ne doit « en aucun cas justifier une

spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, § 72 (i).

³⁶⁵ Voir, par exemple, article 6 de la Convention de Palerme; HCDH, Principes et directives concernant les droits de l'homme et la traite des êtres humains : recommandations, E/2002/68/Add.1, principe 6.

³⁶⁶ HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 9. 5, § 62.

³⁶⁷ Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, 15 avril 2011, L 101/1, préambule (14) et article 8.

³⁶⁸ Directive 2011/36/UE, article 11 § 4.

³⁶⁹ *Ibid.*, articles 11 §§ 1, 2 et 5.

³⁷⁰ Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, 6 août 2004, L 261/19.

privation de liberté »³⁷¹. En outre, le Comité des droits des personnes handicapées (« le Comité CRPD ») a souligné que la détention restrictive des demandeurs d'asile et des migrants handicapés n'est pas conforme à la CRPD et a recommandé que l'UE communique des directives à ses organismes et aux États membres à cet égard³⁷². De même, le HCR a estimé que les demandeurs d'asile souffrant de handicaps physiques, mentaux, intellectuels et sensoriels à long terme ne devraient pas, en règle générale, être détenus³⁷³. Une identification et un enregistrement rapides et systématiques de ces personnes sont nécessaires pour éviter la détention arbitraire et tout dispositif de substitution devrait être adapté à leurs besoins spécifiques, comme les comptes rendus par téléphone pour les personnes à mobilité réduite³⁷⁴.

Femmes enceintes et mères allaitantes

160. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (« CEDAW ») et le HCR ont, entre autres, souligné que les femmes enceintes et les mères allaitantes ne devraient pas, en règle générale, être détenues³⁷⁵. D'autres dispositions qui tiennent compte de leurs besoins particuliers, notamment des mesures de protection contre la violence sexuelle et sexiste et toute forme d'exploitation, devraient être appliquées à la place³⁷⁶.

Personnes âgées

161. D'autres dispositions qui tiennent compte de la situation particulière des personnes âgées, notamment leur bien-être physique et mental, devraient être prévues³⁷⁷.

³⁷¹ CRPD, article 14 § 1 (b).

³⁷² CRPD, Concluding observations European Union, CRPD/C/EU/CO/1, 2 octobre 2015, § 35.

³⁷³ HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 9.5, § 63.

³⁷⁴ *Ibid.* Voir aussi HCR, *HCR et IDC (2016), Outil d'examen de la vulnérabilité - Déterminer et prendre en compte les situations de vulnérabilité : outils pour les systèmes d'asile et de migration*, 2016.

³⁷⁵ CEDAW, *Recommandation générale n° 32 sur les femmes et les situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie*, 14 décembre 2014, CEDAW/C/GC/32, § 34; HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 9.3, § 58. Voir également, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau*, A/HRC/20/24, § 72 (g).

³⁷⁶ HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 9.3, § 58.

³⁷⁷ *Ibid.*, principe 9.6, § 64.

LGBTI

162. Les personnes LGBTI devraient être mises en liberté et bénéficier de mesures alternatives lorsque leur sécurité n'est pas garantie en détention³⁷⁸.

2.5. Les alternatives doivent toujours se fonder sur la mesure la moins restrictive possible

163. Au niveau des Nations Unies, le Comité CDE, le HCR et le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants ont, entre autres, souligné que lorsque des solutions de substitution à la rétention des migrants sont appliquées dans un cas particulier, le principe d'intervention minimale doit être respecté et la mesure la moins intrusive possible doit être mise en œuvre, en s'appuyant sur une évaluation individuelle qui tient compte des besoins, des vulnérabilités et de la situation spécifiques de la personne concernée³⁷⁹.

164. De la même manière, selon le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants lorsque l'on considère que les restrictions à la liberté des personnes sont inévitables et respectent les principes de caractère raisonnable, de nécessité et de proportionnalité, elles doivent être évaluées selon « un éventail de mesures allant de la moins restrictive à la plus restrictive pour permettre d'analyser la proportionnalité et la nécessité de chaque mesure »³⁸⁰.

165. Dans le contexte de l'UE, la CJUE, dans son arrêt de principe *El Dridi*, a également confirmé que la Directive 2008/115/CE fixe « l'ordre de déroulement des différentes étapes » que la procédure d'éloignement comporte successivement³⁸¹. Cet ordre prévoit une « gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé [...] à des mesures qui restreignent le plus celle-ci »³⁸². Par conséquent, les États membres doivent avoir recours aux « mesures les moins

³⁷⁸ *Ibid.*, principe 9. 7, § 65.

³⁷⁹ *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, A/65/222, 4 August 2010, §§ 92 (a) et 95 ; Le Comité CDE, Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration, § 79; HCR, Principes directeurs, 2012, principe 4.3, § 39.*

³⁸⁰ *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, §§ 53 et 73.*

³⁸¹ Arrêt du 28 avril 2011, C-61/11 PPU, EU:C:2011 : 268, § 34.

³⁸² *Ibid.*, § 41.

coercitives possible », en s'appuyant sur une évaluation individuelle dans chaque cas. Le principe de proportionnalité est d'une importance capitale à toutes les étapes de la procédure de retour³⁸³.

166. Le HCR a précisé que le niveau et le caractère approprié de tout placement dans la collectivité (comme alternative à la détention) « doit tenir compte à la fois de la situation de l'intéressé et des risques pour la société »³⁸⁴. De plus, l'individu et/ou sa famille devraient être affectés à une communauté appropriée dans le cadre de l'évaluation des alternatives à la détention, ainsi que du niveau requis et de la disponibilité des services de soutien³⁸⁵. Enfin, les personnes à qui l'on impose des restrictions ou des conditions à leur liberté dans le cadre de l'application de mesures de substitution à la rétention doivent recevoir des informations sur les conditions de cette application, notamment en ce qui concerne leurs obligations et leurs droits, ainsi que les conséquences d'un manquement à ces obligations³⁸⁶. La détention ne doit pas être imposée automatiquement suite à l'échec d'une autre mesure³⁸⁷.

2.6. Les alternatives ne doivent jamais constituer une privation de liberté ou des restrictions arbitraires à la liberté de circulation

167. Le HCR et le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants ont souligné que les alternatives à la détention ne devraient jamais devenir des *formes alternatives de* détention, ni des alternatives à la libération inconditionnelle³⁸⁸. Cette règle est particulièrement importante dans le contexte des restrictions ou des alternatives sous conditions, car certaines restrictions à la liberté de circulation, que ce

³⁸³ *Ibid.*, §§ 41-43.

³⁸⁴ HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 4, § 20.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, § 66.

³⁸⁷ *Ibid.*, § 55. Voir, par analogie, Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté ("Règles de Tokyo"), règle 14.3.

³⁸⁸ HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 4.3, § 38; *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, § 73; *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, A/HRC/13/30, 18 janvier 2010, § 65. Voir plus loin, O. Field et A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, POLAS/2006/03, avril 2006, §13.

soit à elles seules ou en association avec d'autres mesures, peuvent constituer des restrictions à cette liberté de circulation ou une privation de liberté arbitraires.

2.7. Les alternatives doivent être inscrites dans la loi et soumises à un contrôle juridictionnel

168. Le HCR a souligné que les alternatives destinées aux demandeurs d'asile doivent être à la fois disponibles en pratique et convenablement régies par des lois et des règlements pour éviter l'imposition arbitraire de restrictions à la liberté ou à la liberté de circulation³⁸⁹. Les dispositions légales devraient préciser les types d'alternatives disponibles, les critères de leur utilisation, ainsi que les autorités chargées de leur mise en œuvre et de leur application³⁹⁰. Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a, de même, souligné que les États devraient prévoir une attitude privilégiant la liberté dans la législation nationale³⁹¹ et veiller à ce qu'un large éventail³⁹² d'alternatives fondées sur les droits de l'homme³⁹³ soit disponible et établi en droit.

169. Le HCR et le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants ont affirmé que les alternatives qui imposent des restrictions quant à la liberté individuelle ou la libre circulation devraient être réexaminées régulièrement dans chaque cas par un organisme indépendant ou une autre autorité compétente afin de vérifier qu'elles respectent les principes de nécessité et de proportionnalité³⁹⁴. De plus, les individus soumis à des restrictions quant à la liberté ou la liberté de circulation devraient avoir la possibilité de contester ces restrictions devant une autorité judiciaire ou toute autre autorité compétente et

³⁸⁹ HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 4.3, § 36.

³⁹⁰ *Ibid.* Voir également, par analogie, la Règle de Tokyo 10.2.

³⁹¹ *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, § 68.*

³⁹² *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, A/65/222, 4 août 2010, § 94.*

³⁹³ *Ibid.* ; *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, § 73.*

³⁹⁴ HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 4.3, § 37 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, A/65/222, 4 August 2010, § 92 (b).*

indépendante en accédant en temps opportun à des mécanismes et des recours efficaces³⁹⁵.

170. La directive 2013/33/UE énonce que les États membres de l'UE sont tenus d'établir des règles sur les alternatives à la rétention dans le droit national pour les demandeurs d'asile³⁹⁶. En ce qui concerne les personnes visées par une procédure de retour, on peut affirmer que le considérant 16, lu conjointement avec l'article 15, § 1 de la directive 2008/115/CE, doivent être interprétés en ce sens qu'ils exigent que chaque État membre prévoit des alternatives à la rétention dans sa législation nationale³⁹⁷.

2.8. Les alternatives doivent veiller à la dignité humaine et au respect des autres droits fondamentaux

171. Les personnes qui sont détenues ou bénéficient d'alternatives à la rétention continuent de bénéficier d'autres droits de l'homme. L'application de mesures alternatives à la détention est une étape importante pour réduire le risque de violation de leurs autres droits. Cependant, le HCR et le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, entre autres, ainsi que des organisations de la société civile compétentes dans le domaine ont reconnu que le manque d'accès effectif aux droits fondamentaux, y compris un soutien matériel et un hébergement adéquats, dans le cadre des mesures alternatives à la rétention, peut entraîner une marginalisation ou un dénuement et nuire à l'efficacité de ces mesures³⁹⁸.

172. Récemment, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a rappelé que tout individu, indépendamment de sa nationalité ou de son statut juridique, doit bénéficier d'un « contenu minimum essentiel de chacun des droits » consacrés dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, en toutes

³⁹⁵ HCR, *Principes directeurs*, 2012, principe 4.3, § 37; *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, § 55.

³⁹⁶ Directive 2013/33/UE, Article 8 (4).

³⁹⁷ Commission européenne, annexe à la recommandation de la Commission établissant un "manuel sur le retour" à être utilisé par les autorités compétentes des États membres dans le contexte des procédures d'éloignement, C(2017) 6505, Bruxelles, 27 septembre 2017, p. 67.

³⁹⁸ Service Jésuite des Réfugiés ("JRS"), "Alternatives to Detention of Asylum Seekers", Working paper, octobre 2008, p. 7.

circonstances³⁹⁹. Il s'agit notamment du droit à un niveau de vie suffisant (nourriture, eau, vêtements et logement), ainsi que du droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale, comprenant l'accès à des services de santé préventifs, curatifs et palliatifs⁴⁰⁰, à des médicaments essentiels, et à l'éducation⁴⁰¹. Cette prise de position a été également défendue, entre autres, par le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants⁴⁰².

173. Dans le contexte de l'UE, l'article 1 de la Charte européenne garantit le droit à la dignité, qui est envisagé dans le droit secondaire de l'UE⁴⁰³. L'article 3 prévoit le droit à l'intégrité physique et mentale de la personne. L'article 4 interdit la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants.

174. A l'instar de la Cour dans l'affaire *M.S.S c. Belgique et Grèce*, la CJUE a mis en évidence dans l'affaire *N.S.* que les États membres ont l'obligation de mettre en œuvre le droit de l'UE pour veiller à ce que les conditions d'accueil n'entraînent pas des peines ou traitements inhumains et dégradants. La CJUE a jugé que les États membres ne peuvent pas transférer un requérant visé par une procédure de Dublin vers un autre État membre⁴⁰⁴ :

« lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 4 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

³⁹⁹ Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels ("CESCR"), *Devoirs des États envers les réfugiés et les migrants au titre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, E/C.12/2017/1, 13 mars 2017, § 9.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, §§ 9 and 12.

⁴⁰¹ *Ibid.*, §§ 6 and 9.

⁴⁰² *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, § 66.

⁴⁰³ Directive 2013/33/UE, préambule (35) ; Directive 2013/32/UE, préambule (60) ; Directive 2011/95/UE, préambule (16) ; Directive 2008/115/CE, préambule (24).

⁴⁰⁴ Arrêt du 21 décembre 2011, Grande Chambre, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, *N.S. et autres*, EU:C:2011 : 865, § 94.

175. En ce qui concerne les demandeurs d'asile le droit de l'UE exige que les États membres fournissent des informations sur les avantages offerts et les obligations que les requérants doivent respecter quant aux conditions d'accueil, ainsi que des informations sur les organisations ou groupe de personnes qui fournissent une assistance juridique et les organisations qui pourraient les aider ou les informer sur les conditions d'accueil, y compris les soins de santé⁴⁰⁵. En outre, la législation européenne oblige les États membres à assurer aux demandeurs d'asile et à d'autres personnes ayant besoin d'une protection internationale « des conditions matérielles d'accueil » ainsi qu'un « niveau de vie adéquat qui garantisse leur subsistance et protège leur santé physique et mentale »⁴⁰⁶.

176. Dans l'affaire *Saciri*, la CJUE a estimé que, premièrement, à la lumière de l'article 1 de la Charte de l'UE, la mise à disposition des conditions matérielles d'accueil doit être immédiate lors de la demande d'asile du demandeur, même si celui-ci est visé par une procédure de Dublin⁴⁰⁷; deuxièmement, lorsque les conditions matérielles d'accueil sont fournies à un demandeur d'asile sous la forme d'allocations financières, celles-ci doivent être de nature à garantir un niveau de vie digne et adéquat pour la santé ainsi que pour assurer la subsistance du demandeur, en lui permettant notamment de disposer d'un logement, si nécessaire sur le marché privé du logement locatif, et de maintenir l'unité familiale⁴⁰⁸, et troisièmement, lorsque les conditions matérielles d'accueil sont fournies par les organismes du régime général d'assistance publique, ces organismes sont tenus de respecter les normes énoncées dans la directive 2013/33/UE, sans que la saturation des réseaux d'accueil ne justifie une quelconque dérogation au respect de ces normes⁴⁰⁹. Le droit à des conditions d'accueil adéquates

⁴⁰⁵ Directive 2013/33/UE, article 5 § 1; la Cour a estimé que compte tenu de l'inadéquation des informations communiquées et à la lumière de leur inadéquation, ce n'était pas au requérant d'améliorer sa situation : *MSS c. Belgique et Grèce* [GC], § 257.

⁴⁰⁶ Directive 2013/33/UE, Article 17 § 2.

⁴⁰⁷ Judgment of 27 February 2014, *Saciri and Others*, C-79/13, EU:C:2014:103, § 35. Voir plus loin dans le cadre de l'application de la Directive 2013/33 / UE aux personnes visées par la procédure de Dublin: Judgment of 27 September 2012, *Cimade and GISTI*, C-179/11, EU:C:2012:594.

⁴⁰⁸ *Saciri et autres*, § 46.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, §§ 49-51.

s'applique également aux personnes visées par une procédure de Dublin⁴¹⁰.

177. Des modalités particulières sont prévues pour les conditions matérielles d'accueil dans le cas des demandeurs d'asile⁴¹¹, y compris dans des locaux servant à loger les demandeurs pendant l'examen de leur demande et dans des centres d'hébergement qui garantissent un niveau de vie suffisant⁴¹². Entre autres obligations, les États membres sont tenus, au regard du droit de l'UE, de prendre des mesures appropriées pour lutter contre la violence et la violence sexiste (y compris les agressions sexuelles et le harcèlement), et de prendre en considération le genre, l'âge et la situation des personnes vulnérables. La scolarisation et l'éducation des enfants⁴¹³ sont prévues ainsi que la possibilité de permettre aux candidats d'accéder à la formation professionnelle⁴¹⁴.

178. Conformément à la directive 2008/115/CE, les personnes visées par une procédure de retour ont droit à des soins médicaux d'urgence et au traitement indispensable des maladies⁴¹⁵. Les États membres sont, en même temps, tenus de garantir le respect de la dignité des personnes visées par une procédure de retour conformément à leurs obligations découlant de l'article 1 de la Charte européenne⁴¹⁶.

⁴¹⁰ *Cimade et et GISTI*.

⁴¹¹ Directive 2013/33/UE, Article 18.

⁴¹² *Ibid.*, article 18 § 1. Voir dans le contexte de l'article 18 §§ 3 et § 4.

⁴¹³ *Ibid.*, article 14.

⁴¹⁴ *Ibid.*, article 16.

⁴¹⁵ Directive 2008/115/CE, Article 14 § 1 (b).

⁴¹⁶ *Ibid.*, préambule (24).

III. ASPECTS PRATIQUES : DES ALTERNATIVES EFFICACES À LA RÉTENTION DES MIGRANTS

1. Facteurs essentiels d'efficacité

179. Bien que le Conseil de l'Europe, l'Union européenne, ainsi que des experts de l'ONU et des organes de surveillance des traités aient constamment souligné la nécessité de recourir à des mesures autres que la rétention dans le contexte de la migration, il n'existe que peu d'orientations sur la façon de développer et de mettre en œuvre avec efficacité des formules de telles alternatives à la rétention des migrants.

180. Cependant, au moins quatre études porteuses consacrées aux mesures évitant la rétention ont cherché à dégager ce qu'on appelle « les composantes essentielles » des alternatives efficaces en ce qui concerne les coûts, le respect des migrants de leurs obligations et le respect de leurs droits et de leur bien-être⁴¹⁷. Au-delà de ces études comparées globales, il y a également eu un certain nombre d'études régionales en Europe sur le sujet ; elles ont pour la plupart tendu à recenser les pratiques adoptées par les États membres en la matière.⁴¹⁸ Dans l'ensemble, il y a un large consensus pour évaluer

⁴¹⁷ a) En 2002, le HCR a commandé une étude mondiale de l'utilisation des alternatives à la détention pour les demandeurs d'asile et les réfugiés. Voir, O. Field et A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*.

b) Quelques années plus tard, la IDC et le HCR ont réalisé chacun une étude comparative mondiale sur les alternatives à la détention aux fins de contrôle de l'immigration. Les deux ouvrages ont été publiés en 2011. Voir, IDC, *There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, 13 mai 2011; et A. Edwards, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2011/01.Rev.1, avril 2011. Ces études ont contribué à la première Table ronde globale sur les alternatives à la détention.

c) En 2013, une étude comparative des programmes au Canada et en Suisse a été commandée par le HCR. Voir, C. Costello et E. Kaytaz, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, 2013.

d) De 2011 à 2015, la IDC a réalisé un autre programme d'étude comparative pour mieux recenser et décrire les différents modèles d'alternatives à la détention. Voir, IDC, *There are Alternatives*, 2015.

⁴¹⁸ Voir, par exemple, A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, Odysseus Network, janvier 2015; Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne ("FRA"), "Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures", octobre 2015; Réseau européen des migrations ("EMN"), Synthesis Report – *The Use of Detention and Alternatives to*

l'efficacité des alternatives à la rétention, basé sur les trois critères suivants⁴¹⁹ :

- i. Assurer le respect des procédures d'immigration, y compris :
 - Résoudre des cas de manière prompte et juste
 - Faciliter les retours volontaires et forcés
 - Réduire les risques de fuite
 - Minimiser les risques de délinquance durant le processus d'immigration ;
- ii. Respecter les droits de l'homme et satisfaire les besoins de base ;
- iii. Promouvoir le rapport coût-efficacité.

181. Ces critères ne doivent pas être considérés comme étant isolés les uns des autres mais plutôt complémentaires. L'objectif légitime des États d'assurer le respect des procédures d'immigration est clairement un aspect fondamental de l'efficacité des alternatives. Sans cet élément crucial, les alternatives ne peuvent pas être efficaces. De même, les États sont plus à même de mettre en œuvre des alternatives nécessaires s'il est démontré qu'elles peuvent atteindre leurs objectifs

Detention in the Context of Immigration Policies, November 2014; JRS, *From Deprivation to Liberty: Alternatives to detention in Belgium, Germany and the United Kingdom*, décembre 2011; FRA, *Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour*, 30 novembre 2010; Conseil européen pour les réfugiés et les exilés ("ECRE"), *Research Paper on Alternatives to Detention; Practical Alternatives to the Administrative Detention of Asylum Seekers and Rejected Asylum Seekers*, septembre 1997.

⁴¹⁹ Cette formulation est l'adaption de celle d'une étude du EMN, qui définit l'efficacité comme étant « (i) la prise de décisions promptes et justes sur le statut d'immigration des demandes de protection internationale ainsi que les personnes qui font l'objet d'une procédure d'éloignement ; (ii) la maximisation du rapport coût-efficacité ; (iii) le respect des droits fondamentaux ; et (iv) la réduction des risques de fuite ». EMN, *Synthesis Report*, novembre 2014, p. 36; La IDC a identifié l'efficacité comme étant "la réduction de l'utilisation de la rétention ... les coûts, les taux de compatibilité, des résolutions de cas efficaces et opportuns... le respect de la santé, du bien-être et des droits de l'homme ». IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 9. L'étude mondiale réalisée en 2006 par le HCR renvoie à l'efficacité exclusivement en termes de priorités des états de « prévenir les risques de fuite et/ou améliorer le respect des procédures d'asile ». O. Field et A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, 2006, p. 45. L'étude réalisée en 2011 par le HCR souligne les différentes perspectives sur le concept, et identifie les taux de fuite et de retour comme des priorités pour les gouvernements et la libération de la détention pour les groupes de défense des droits de l'homme, tout en soulignant les préoccupations relatives aux droits de l'homme. A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, note de bas de page 323, p. 52.

légitimes de façon rentable. Cette section explorera certains processus, approches et procédures clés en vertu desquels l'objectif de conformité peut être atteint à travers des alternatives à la rétention, comme démontré par diverses recherches.

182. Toutes les études existantes ont cherché à dégager les facteurs essentiels d'efficacité des mesures substitutives à la rétention ont abouti à des résultats remarquablement similaires et qui paraissent homogènes — qu'il s'agisse de l'arrivée des migrants, du traitement des demandes d'asile ou d'immigration, voire de la facilitation d'un retour garantissant la sécurité et la dignité des personnes. Cette similitude notable justifie l'examen plus détaillé présenté ci-dessous de ces facteurs d'efficacité⁴²⁰ :

- tiennent compte des situations personnelles et se fondent sur les vérifications initiales et l'évaluation pour aboutir à des décisions fondées en ce qui concerne les possibilités de traitement du cas et de placement ;
- renseignent convenablement les personnes et leur fournissent une information claire, concise et accessible sur leurs droits, leurs obligations, et les conséquences de la non-observation de leurs obligations ;
- les font bénéficier d'un authentique accès à des conseils juridiques et leur apporte un soutien dès le début et tout au long des procédures pertinentes en matière d'asile et de migration ;
- suscitent un esprit d'équité et de coopération qui inspire confiance et respect, au lieu de se concentrer exclusivement sur le contrôle et la répression de la désobéissance ;
- soutiennent les personnes concernées en leur offrant des services de suivi individualisé des dossiers ;
- protègent la dignité et les droits fondamentaux des personnes concernées, et veillent à ce que leurs besoins essentiels puissent être satisfaits.

⁴²⁰ Beaucoup des études comparatives régionales et mondiales citées ont présenté leurs propres listes « d'éléments essentiels » pour des alternatives efficaces. La liste qui figure ici rassemble et synthétise les principaux éléments présentés dans chacune de ces études.

1.1. Vérifications initiales et évaluation

183. Les procédures de vérification initiale et d'évaluation sont souvent qualifiées d'éléments « fondamentaux » et essentiels des mesures efficaces autres que la rétention⁴²¹ car elles constituent une aide à la décision en permettant de comprendre la situation de chaque personne pour laquelle une telle solution est envisagée. Elles aident ainsi les autorités à prendre des décisions fondées en ce qui concerne les formes les plus appropriées de gestion du cas et de placement.

184. Bien que différentes, les procédures de vérification initiale et d'évaluation se renforcent mutuellement. Les vérifications initiales consistent à réunir une information de base sur la personne : identité, nationalité, statut de réfugié ou d'immigrant, état de santé, ou tout signe particulier de vulnérabilité⁴²². L'évaluation est un examen plus approfondi de la situation d'une personne : risques, besoins ou facteurs de vulnérabilité identifiés durant la vérification initiale. Elle permet de sélectionner les façons appropriées pour répondre aux besoins constatés⁴²³.

185. Il est important de procéder très tôt aux vérifications initiales, et surtout avant la détention, que ce soit à la frontière ou à l'identification sur le territoire⁴²⁴. L'évaluation du cas peut avoir lieu au même moment ou plus tard, et devrait être reprise à intervalles réguliers pendant tout le processus de traitement de la demande d'asile ou d'immigration, y compris la rétention⁴²⁵. De plus, l'identification des besoins éventuels de protection internationale et des mécanismes efficaces de renvoi à des procédures d'asile, y compris au sein de centres de rétention, doit être assurée. Les procédures de vérifications initiales et d'évaluation devraient être aussi transparentes et structurées que possible et convenablement contrôlées, dans le but de réduire tout risque

⁴²¹ HCR, Second Global Roundtable on Reception and Alternatives to Detention, Toronto, Canada, 20-22 avril 2015, Summary of deliberations, § 5 ; Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Alternatives to detention, 3 juin 2015, § 3.

⁴²² IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 36.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ HCR, Second Global Roundtable on Reception and Alternatives to Detention, Toronto, Canada, 20-22 avril 2015, Summary of deliberations, § 6.

⁴²⁵ *Ibid.*, § 10.

d'arbitraire dans les décisions de rétention ou de restriction de la liberté de mouvement⁴²⁶.

186. Convenablement réalisées, les vérifications et l'évaluation traitent les migrants comme des personnes très différentes les unes des autres, présentant des besoins et des motivations différents, qui exigent des solutions sur mesure. Cela nécessite un *éventail de formules de placement et de soutien* correspondant au profil des personnes concernées et à leurs situations respectives⁴²⁷.

1.2. Accès à l'information

187. L'une des composantes essentielles permettant l'efficacité des mesures évitant la rétention est la mise à disposition aux intéressés d'une information claire, concise et accessible sur leurs droits, leurs obligations et les conséquences de la non-observation de leurs obligations. Cela suscite la confiance dans le système⁴²⁸, tout en faisant en sorte que la personne concernée et l'autorité chargée d'évaluer la demande d'asile ou d'immigration comprennent le mieux possible la situation, ce qui améliore la qualité des décisions et réduit le nombre de celles qui sont ensuite annulées en appel⁴²⁹.

188. Une information précise réduit également la fréquence des fuites et encourage la personne à coopérer à la procédure de retour⁴³⁰. Les personnes sont naturellement mieux disposées à obéir aux instructions des services d'immigration si elles comprennent la situation juridique, les procédures judiciaires et administratives en cours et les possibilités qui pourraient s'offrir à elles⁴³¹. Les agents des services d'immigration eux-mêmes ont observé que cela se traduit par des taux accrus de présence aux convocations et aide à rectifier les informations erronées que les personnes ont pu recevoir de passeurs ou d'autres intervenants peu scrupuleux au cours de leur voyage⁴³².

⁴²⁶ *Ibid.*, § 11.

⁴²⁷ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 120.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 111.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 99.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 31.

⁴³² O. Field et A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, 2006, p. 232.

189. Pour que les personnes soient bien informées, il faut que l'information soit fournie *dans des formats multiples et de façon aisément accessible*. Cela implique de s'assurer qu'elle est communiquée à l'écrit comme à l'oral, dans une langue connue de la personne, et que les agents de l'autorité s'assurent qu'elle a été bien comprise⁴³³. Cela peut aller jusqu'à la mise à disposition (gratuite si nécessaire) de *traducteurs ou d'interprètes*. Il a été observé que la mise à disposition de documents traduits et de l'aide d'interprètes améliore la communication non seulement avec les personnes déposant une demande d'immigration ou d'asile, mais aussi entre les juristes, les travailleurs sociaux et les membres des services d'immigration concernés⁴³⁴.

190. L'information sur les droits et obligations de la personne concernée et sur les conséquences de la non-observation des obligations doit aussi être communiquée dès le début de la procédure de demande d'immigration ou d'asile, *viser à une coopération précoce*, et se poursuivre au besoin pendant tout le processus. La personne devrait par exemple clairement connaître le déroulement du traitement de sa demande d'asile ou de migration dès le début de la procédure, mais aussi comprendre les raisons pour lesquelles telle ou telle mesure autre que la rétention a été retenue dans son cas, voire pourquoi des restrictions ou des mesures pénalisantes ont été jugées nécessaires pour non-respect d'obligations, et recevoir toute autre information pertinente à mesure que son dossier progresse. Il est apparu que ces informations contribuaient de façon déterminante à l'efficacité des formules substitutives à la rétention⁴³⁵, et préparent mieux la personne concernée à un retour volontaire en cas de rejet de sa demande, ce qui se traduit par un taux accru de retours volontaires⁴³⁶.

1.3. Assistance juridique

191. Les mesures évitant la rétention sont nettement plus efficaces si elles sont accompagnées de conseils et d'une aide juridiques

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 32.

⁴³⁵ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 109.

⁴³⁶ A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, p. 83.

pendant toute la procédure de traitement de la demande. L'accès effectif à des conseils juridiques est un élément crucial à leur bon fonctionnement, et aide les migrants à respecter les procédures de demande d'asile et d'immigration, voire de retour. Des intervenants de terrain ont jugé que l'assistance juridique avait un impact notable sur le succès des programmes alternatifs à la rétention⁴³⁷, et il a été constaté que la mise à disposition de conseils et d'aide juridiques gratuits accroît de façon significative les taux d'observation des obligations et de présence aux convocations dans plusieurs pays⁴³⁸. L'assistance juridique *aide en outre les personnes à explorer toutes les possibilités que leur offre le droit*, ce qui se traduit par une augmentation des taux de retour volontaire, les intéressés comprenant mieux les raisons pour lesquelles le permis de séjour leur est refusé⁴³⁹.

192. Dans l'idéal, l'assistance et l'aide juridique pourraient être *gratuits et automatiques*. Même si les procédures administratives d'immigration ne prévoient pas ce droit, un certain nombre de formules performantes évitant la rétention font appel à des organisations non gouvernementales, des centres d'aide juridique, des cabinets d'avocats ou des collectivités locales pour faire en sorte que toute personne passant par une procédure d'asile ou d'immigration ait accès à l'assistance juridique de manière significative⁴⁴⁰.

1.4. Susciter la confiance dans le traitement des demandes d'asile et d'immigration

193. Au cœur des facteurs essentiels d'efficacité des mesures permettant d'éviter la rétention, ainsi que pour les autres facteurs essentiels en général, il est indispensable *d'inspirer confiance et respect* dans le processus de traitement des demandes d'asile ou d'immigration en y faisant régner *un esprit d'équité et de coopération entre les parties impliquées*. On constate qu'une personne qui juge équitables les processus de traitement des demandes d'asile et d'immigration est beaucoup plus encline à coopérer avec les

⁴³⁷ O. Field et A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, 2006, p. 232.

⁴³⁸ *Ibid.*, § 156.

⁴³⁹ A. Edwards, *Back to Basics*, p. 83.

⁴⁴⁰ IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 32.

autorités⁴⁴¹. La chose est d'ailleurs corroborée par un « ample corpus d'études de sciences sociales consacrées à ce qui pousse les gens à obéir à la loi dans d'autres domaines » ; il en ressort que « le respect est mieux suscité par la persuasion et des mesures encourageant la coopération que par la sévérité »⁴⁴².

194. Même dans le contexte du retour, la recherche comparée consacrée à l'échelle mondiale aux formules autres que la rétention des immigrés a montré que les personnes « ont davantage tendance à accepter et à respecter un refus de visa, de statut ou autre demande liée à l'immigration si elles estiment que la procédure à laquelle elles ont été soumises est équitable, qu'elles ont été informées et soutenues, et que toutes les possibilités de les faire rester régulièrement dans le pays ont été explorées »⁴⁴³.

195. *L'équité de la procédure* est un facteur essentiel de confiance et de respect dans le processus de traitement des demandes d'asile ou d'immigration, ce qui signifie « qu'il ne suffit pas pour le gouvernement de se cantonner à suivre des règles et procédures préétablies, mais qu'il faut aussi que son action soit perçue comme équitable par les intéressés eux-mêmes »⁴⁴⁴. L'équité de la procédure est donc liée à la *légitimité perçue* par les intéressés du traitement des demandes d'asile et d'immigration⁴⁴⁵. Cette perception de l'équité et de la légitimité de la procédure dépend de facteurs comme le sentiment d'avoir été entendu pendant la procédure, les incohérences de traitement, les retards dans la prise des décisions et l'absence ou l'inaccessibilité de conseils juridiques⁴⁴⁶. Si une personne a l'impression que son affaire n'a pas été examinée sérieusement ou que la procédure n'a pas été équitable, elle aura davantage tendance à contester un refus, à s'enfuir, ou à chercher d'autres façons de rester dans le pays⁴⁴⁷.

⁴⁴¹ C. Costello et E. Kaytaz, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, p. 15.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 8.

⁴⁴³ IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 44.

⁴⁴⁴ C. Costello et E. Kaytaz, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, p. 8.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ *Ibid.*, pp. 22-24.

⁴⁴⁷ IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 44.

196. Les autorités peuvent susciter un sentiment d'équité et de légitimité de la procédure en veillant au respect et à la mise en œuvre pratique de nombreux autres facteurs essentiels d'efficacité des mesures substitutives à la rétention : communication rapide d'une information claire et accessible, accès gratuit à l'assistance juridique et au soutien, suivi individualisé du dossier, par exemple⁴⁴⁸.

197. En revanche, il a été démontré que le recours général ou arbitraire à la rétention érode la confiance dans la procédure d'immigration et la disposition à s'y conformer⁴⁴⁹. Les mêmes résultats ont été observés pour les mesures substitutives à la rétention centrées sur le contrôle ou la répression des manquements plutôt que sur *l'encouragement du respect des obligations* par le soutien et l'accompagnement actif des personnes concernées⁴⁵⁰.

1.5. Suivi individualisé des dossiers

198. On s'accorde à reconnaître que le soutien par suivi individualisé est un élément essentiel de tout un spectre de mesures substitutives à la rétention⁴⁵¹. Les responsables du dossier ou les coachs qui en sont chargés suscitent la confiance et encouragent la participation constructive aussi précoce que possible au traitement de la demande d'asile ou d'immigration, en garantissant notamment l'accès à l'information et à des conseils juridiques. Il a été constaté que ce rôle avait un impact déterminant sur le choix que font les intéressés de coopérer au traitement de leur demande d'immigration ou de prendre la fuite⁴⁵².

199. Il a aussi été démontré que le soutien personnalisé en phase de retour contribue de façon déterminante à ce que les personnes puissent partir dans la sécurité et la dignité. Cette formule devrait être

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 45.

⁴⁴⁹ C. Costello et E. Kaytaz, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, p. 22.

⁴⁵⁰ J. Phelps, 'Alternatives to detention in the UK: from enforcement to engagement', *Forced Migration Review*, 44, septembre 2013.

⁴⁵¹ HCR, *Principes directeurs*, 2012, § 41 ; IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 47 ; O. Field et A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, 2006, p. 59 ; A. Edwards, *Back to Basics*, 2011 ; A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 99.

⁴⁵² C. Costello et E. Kaytaz, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, 2013, pp. 7 and 28 ; A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, p. 86.

utilisée pour toutes les personnes demandant l'asile ou l'immigration, tout en leur fournissant des conseils sur les possibilités de séjour régulier et de retour volontaire⁴⁵³. Il est en particulier essentiel de fournir systématiquement un suivi personnalisé précoce, sans attendre une éventuelle décision d'éloignement forcé⁴⁵⁴. La coopération n'est en général pas bonne si la participation des intéressés n'est recherchée qu'en fin de processus, et exclusivement pour le retour⁴⁵⁵.

200. La personne assurant le soutien individualisé doit intervenir auprès de la personne concernée et de toutes les parties prenantes essentielles (services d'immigration, professionnels de la santé, juristes et membres de la famille) pour cerner les vulnérabilités et les points forts de la personne, ainsi que les risques qu'elle court, et la nature de l'aide dont elle peut avoir besoin, y compris les alternatives adéquates aux options de détention⁴⁵⁶.

1.6. Protection de la dignité humaine et des droits fondamentaux

201. Enfin, pour être efficace, une mesure substitutive à la rétention doit protéger la dignité de la personne, en lui fournissant des conditions de vie décentes et en respectant ses autres droits fondamentaux, comme le droit à la santé, à l'éducation et à la vie familiale. La satisfaction des besoins essentiels est importante, non seulement parce qu'il s'agit d'un droit fondamental, mais aussi du fait que c'est une mesure pratique qui contribue à ce que la personne puisse se conformer aux exigences de la procédure d'immigration, notamment en vue de son retour⁴⁵⁷. Une personne logée dans des conditions stables, ayant accès à l'aide sociale, à l'éducation et aux soins de santé indispensables sera mieux soutenue et incitée à maintenir le contact avec les autorités.

202. En revanche, les statistiques ne révèlent pas de corrélation entre la restriction de l'accès à la satisfaction de ces droits fondamentaux et la fréquence des départs indépendants, ni ne

⁴⁵³ Manuel sur le retour, p. 68.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ Comme c'est le cas, par exemple, le 'Family Return Project' à Glasgow au Royaume-Uni. Voir, A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, p. 76.

⁴⁵⁶ IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 50.

⁴⁵⁷ A. Edwards, *Back to Basics*, p. 84.

confirment les théories de l'effet dissuasif⁴⁵⁸. En fait, le non-respect de ces droits fondamentaux, qui entraîne un déficit dans la légitimité perçue et le développement de la confiance, peut accroître les taux de fuite⁴⁵⁹.

2. Types d'alternatives à la rétention des migrants

203. Les formules évitant la rétention sont diversement définies, et les pratiques et contextes nationaux varient, ce qui fait qu'il n'existe pas de liste définitive et complète des mesures alternatives dans le contexte de migration. De nombreuses possibilités ont été identifiées au cours de recherches⁴⁶⁰, et des listes non exhaustives ont été produites par un certain nombre d'organismes, notamment le Comité des Ministres⁴⁶¹ et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁴⁶², l'Union européenne⁴⁶³, ainsi que divers organes des Nations unies, en particulier le HCR⁴⁶⁴ et le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants⁴⁶⁵.

204. Il convient d'adopter lors de l'examen de ces mesures, une approche de l'« échelle mobile », ainsi que d'explorer un éventail plus large de solutions, restrictives ou non, présentant les composantes essentielles des formules efficaces identifiées dans les études comparées actuelles. Il est également nécessaire de mieux comprendre les avantages et les inconvénients de chaque approche, pour s'assurer que la mesure retenue convient spécifiquement aux points forts, aux besoins et aux vulnérabilités de la personne concernée, ainsi qu'au contexte national/régional particulier, ce qui l'incitera à respecter ses obligations.

205. Dans le but d'offrir un aperçu utile, la section suivante souligne quelques aspects centraux en jeu au sein d'un éventail large des

⁴⁵⁸ IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 28. Voir également, A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, p. 54.

⁴⁵⁹ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 73.

⁴⁶⁰ Voir notes de bas de page 418 et 419.

⁴⁶¹ Comité des Ministres, *Vingt Principes Directeurs sur le Retour Forcé*, principe 6 § 1.

⁴⁶² Assemblée parlementaire, *Résolution 1707 (2010)*, §§ 9.3.4.1 - 9.3.4.6.

⁴⁶³ Directive 2013/33/UE, article 8 § 4.

⁴⁶⁴ HCR, *Principes directeurs*, 2012, § 40.

⁴⁶⁵ *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, § 56.

mesures alternatives possibles dans différentes situations. Les mesures sont listées de l'option de la moins à la plus restrictive de manière approximative. Cette Analyse ne prétend pas créer de typologie des alternatives à la rétention des migrants et il est reconnu qu'il peut souvent être adéquat et important d'utiliser plusieurs modèles qui se recoupent en fonction des besoins et des risques que présente chaque cas particulier⁴⁶⁶. Parallèlement, il convient de noter que l'information sur les avantages, les défis et les conséquences sur le plan des droits de l'homme que comporte chaque type d'alternative est premièrement basée sur une variété de sources secondaires et de recherches existantes dans le domaine, ainsi que sur les réponses fournies au CDDH-MIG suite à la demande d'informations⁴⁶⁷. Certains types

⁴⁶⁶ Il est intéressant de noter que la « mise en liberté sur engagement de la personne », également appelée « non-rétention » ou « libération inconditionnelle », est reconnue par certains acteurs sur le terrain comme l'alternative « ultime » à la détention et le point de départ pour toute considération d'alternatives à la détention Edwards, *Back to Basics*, 2011, p. 53. La *mise en liberté sur engagement de la personne* demande qu'une personne est simplement avertie de la procédure à suivre pour sa demande d'asile ou d'immigration, et des conséquences de la non-observation de ses obligations ; on attend alors d'elle une participation active. Elle peut par exemple s'engager à se présenter à des audiences ou à des entretiens, et à respecter les exigences normales en matière de visa ou de séjour. Toutefois, l'FRA soutient que les solutions alternatives à la détention doivent être distinguées de la libération inconditionnelle. FRA, "Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures", p. 1.

⁴⁶⁷ Les informations sur les avantages, les défis et les conséquences sur les droits de l'homme des types d'alternatives à la rétention aux fins de contrôle de l'immigration présentées dans la présente Analyse sont fondées principalement sur les sources suivantes: Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG; HCR, *Baseline Report - Detention situation as of end 2013. Beyond Detention: A Global Strategy to support governments to end the detention of asylum-seeker and refugees*, 2014-2019, août 2016, p. 24-28; HCR, *Options Paper 1: Options for governments on care arrangements and alternatives to detention for children and families*, 2015, p.10-15; HCR, *Options Paper 2: Options for governments on open reception and alternatives to detention*, 2015, p.6-10; HCR, *Principes directeurs*, 2012, Annexe A, p. 41-44; HCR, *Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-Seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons: Summary Conclusions*, juillet 2011, §§ 29-37; *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants François Crépeau*, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, §§ 57-65; Assemblée générale des NU, *Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants, adoptée par l'Assemblée générale le 18 décembre 2009*, A/RES/64/142, 24 février 2010; FRA, "Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures", 2015, p. 1-2; OIM, *International Migration Law Information Note on International Standards on Immigration Detention and Non-Custodial Measures*, IOM Submission to the Working Group on Arbitrary Detention, novembre 2011, p. 7-8; A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 89-103; IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 65-91; A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, p. 53-81;

d'alternatives répertoriés en particulier peuvent ne pas être considérés nécessairement par *tous* les États membres ou les instances internationales en tant qu'alternatives à la rétention, les avantages et les défis listés ne pouvant également pas nécessairement refléter les vues de certaines autorités. Plutôt, une collection large de sources et de recherches sont regroupées dans une forme concise pour mettre en avant des conclusions significatives qui peuvent s'avérer utiles.

206. Dans ce contexte, il est important de souligner que la manière avec laquelle les alternatives sont mises en œuvre peut être aussi significative que le(s) type(s) d'alternative(s) choisi(s). Alors que certains avantages et défis de chaque type peuvent être pris en considération, le processus concret d'engagement et de mise en œuvre pratique des alternatives peut, finalement, mieux déterminer le résultat plutôt que la nature intrinsèque de la mesure en question. Ici encore, les facteurs essentiels d'efficacité entrent en jeu dans le processus de mise en œuvre. De même, il est important de reconnaître qu'il n'existe pas d'alternative qui puisse remplir tous les critères dans le domaine. La conception et la mise en œuvre d'alternatives nécessitent d'être basées sur le contexte national/régional particulier ainsi que la diversité des individus concernés.⁴⁶⁸

2.1. Inscription auprès des autorités

207. Lorsqu'une personne entre dans un pays sans les documents ou les visas nécessaires, il peut lui être demandé de s'inscrire auprès des autorités et un document temporaire peut lui être délivré (comme une carte d'enregistrement d'étranger). Le document peut comporter une photo d'identité et une indication du motif de son admission temporaire sur le territoire de l'État. L'inscription peut avoir lieu à son

JRS, *From Deprivation to Liberty: Alternatives to detention in Belgium, Germany and the United Kingdom*, 2011; Heaven Crawley, *Ending the detention of children: developing an alternative approach to family returns*, Centre for Migration Policy Research (CMPR), juin 2010, p. 5-12; Amnesty International, *Irregular migrants and asylum-seekers: Alternatives to immigration detention*, 2009, p. 11-15; IDC, "The Australian Experience: Case management as an alternative to immigration detention", juin 2009; JRS, "Alternatives to Detention of Asylum Seekers", Working paper, octobre 2008, p. 6-11; Van der Vennet, Laetitia, *Détention des enfants en famille en Belgique: analyse de la théorie et de la pratique, Plate-forme Mineurs en Exil*, 2015, p. 95-96.

⁴⁶⁸ Voir, par exemple, A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, p. 52; A. Bloomfield, E. Tsourdi and J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 119.

arrivée, ou alors plus tard, à la mairie de son lieu de résidence, par exemple. De tels programmes existent depuis longtemps dans de nombreux pays, et les progrès de la biométrie ont nettement réduit les possibilités de falsification des documents de ce type.

208. Si nécessaire, il peut être demandé à la personne de remettre ses documents de voyage ou d'identité aux autorités compétentes en matière d'inscription.

Avantages

- Respecte pleinement le droit à la liberté ;
- Solution pratique et aisée pour la plupart des personnes arrivant sans documents ;
- Permet aux autorités de constituer une banque de données centrale des informations sur les personnes inscrites ;
- Protège les documents d'identité et de voyage valides contre la perte ou la destruction au cours des procédures de demande d'asile ou d'immigration.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Peut faire obstacle à la satisfaction de droits fondamentaux (éducation, logement, soins de santé) si les documents ne sont pas reconnus par les services concernés ;
- Craintes de falsification des documents ;
- Peut entraîner l'arrestation et la détention si toutes les autorités publiques ne respectent ou ne reconnaissent pas l'inscription et les documents d'identification ;
- La confiscation des documents d'identité ne doit pas être décidée à la légère, car elle peut augmenter la précarité des personnes concernées.

2.2. Titre de séjour temporaire

209. Le titre de séjour temporaire peut prendre n'importe quelle forme de statut ou permis délivré par un État et conférant un droit de séjour régulier. Il peut notamment s'agir d'un visa transitoire, d'un visa de longue durée, d'un visa humanitaire temporaire ou d'un permis de séjour expiré délivré au titre d'une protection internationale toujours valide⁴⁶⁹. Un tel document peut couvrir la période de traitement de la demande d'asile ou d'immigration ou de la préparation au retour. Il peut

⁴⁶⁹ Manuel sur le retour, p. 26.

être renouvelé à intervalles réguliers. La délivrance d'un titre de séjour temporaire peut dépendre de la capacité de la personne concernée à trouver un lieu de résidence, et être ou non assortie de restrictions en ce qui concerne l'accès au marché du travail, aux soins de santé, à l'éducation ou aux services sociaux.

Avantages

- Respecte pleinement le droit à la liberté ;
- Assure une protection plus complète contre l'arrestation et la détention que la simple inscription auprès des autorités ;
- Peut conférer le droit au travail et un meilleur accès à la santé, à l'éducation et à l'exercice d'autres droits fondamentaux associés à un séjour temporaire.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Peut mettre la personne dans l'indigence si le permis ne confère pas de droit au travail ou à l'aide sociale⁴⁷⁰.

2.3. Soutien par un suivi individualisé du dossier ou par un travailleur social

210. Le soutien par un suivi individualisé du dossier ou par un travailleur social apportent un aide individuelle complète à la personne passant par une procédure d'immigration, en vue du règlement du dossier⁴⁷¹. Un responsable du dossier est en général chargé d'assister la personne (ou la famille) dans la procédure d'immigration, depuis la demande initiale jusqu'au retour ou à l'obtention du statut. Il peut s'agir d'un agent de l'État ou de la société civile, qui garantira l'accès à l'information, à l'assistance juridique et à la représentation dans la procédure d'immigration. Le dispositif peut aussi englober la satisfaction des besoins fondamentaux : accès facilité aux services sociaux, aux soins de santé, au travail ou à l'éducation⁴⁷².

⁴⁷⁰ En Australie, des personnes ayant reçu un visa temporaire ont été plongées dans la précarité car elles n'avaient ni le droit de travailler, ni le droit aux prestations sociales et à des soins médicaux gratuits. Des organisations communautaires et des familles de migrants ont dû s'endetter lourdement pour payer leurs soins de santé. Voir, par exemple, IDC, "Case management as an alternative to immigration detention: the Australian Experience", juin 2009, p. 4.

⁴⁷¹ IDC, *There Are Alternatives*, 2015, pp. 12-13, sections 2.5, 2.5.3 et p. 47, section 7, tout particulièrement à la p. 52, section 7.2.

⁴⁷² Manuel sur le retour, p. 68.

211. Le suivi individualisé du dossier comprend en général trois volets : a) l'évaluation individualisée permettant d'identifier les besoins de la personne concernée et les risques qu'elle présente ; b) la préparation d'un *programme de suivi* répondant effectivement aux besoins constatés ; c) le transfert de la personne à un autre endroit, avec suivi en continu garantissant que tous les changements sont convenablement pris en compte⁴⁷³.

Avantages

- Peut être adopté transversalement avec de nombreux modèles ou approches évitant la rétention ;
- Peut favoriser la confiance et le respect du processus conduisant à la décision ;
- Facilite l'intégration dans la société si le dossier est accepté, et le retour si la demande est rejetée ;
- Facilite l'échange d'informations entre les autorités et la personne concernée, et peut améliorer la qualité des décisions des autorités comme de l'intéressé ;
- La formule se révèle efficace pour les personnes à risque, particulièrement celles qui ont pris la fuite ou ne se sont pas montrées coopératives dans des procédures d'asile ou d'immigration par le passé ;
- Convient particulièrement aux personnes et groupes vulnérables présentant des besoins particuliers de soutien.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Formule relativement onéreuse par rapport aux autres, mais moins que la rétention ;
- Exige le recrutement et/ou la formation de professionnels compétents de la gestion des cas ;
- Peut éroder la confiance dans le processus de traitement des demandes d'asile ou d'immigration si les fonctions et la déontologie professionnelle du responsable du dossier ne sont pas clairement définies, pour éviter toute confusion entre son rôle et celui d'un service de répression ;
- Peut éroder la confiance et le respect des obligations si le suivi individuel du dossier n'est assuré que tardivement dans la procédure, après rejet de la demande d'asile ou d'immigration.

⁴⁷³ IDC, *Case management as an alternative to immigration detention: The Australian experience*, juin 2009, p. 5.

2.4. Placement en structure familiale

212. Le placement en structure familiale est un terme général recouvrant tout un spectre d'options formelles ou informelles de prise en charge alternatives d'enfants non accompagnés ou séparés, telles que la prise en charge par des proches, en famille d'accueil et dans d'autres structures familiales ou toutes autres formes similaires, qui diffèrent du placement en institution⁴⁷⁴. Une formule de ce type garantit que l'enfant bénéficie en permanence du soutien et de la protection d'un *tuteur légal* ou autre adulte responsable reconnu, ou d'un organisme public compétent⁴⁷⁵.

213. La **prise en charge par des proches** consiste à « confier l'enfant, formellement ou non, à sa famille élargie ou à des amis proches de la famille qu'il connaît »⁴⁷⁶. Ces derniers peuvent être des parents de sang, légaux ou fictifs. Le lien de sang implique qu'il y ait une relation génétique entre l'enfant et la personne qui le prend en charge, comme entre une grand-mère maternelle et son petit-fils, par exemple. Un parent légal est un adulte marié à un membre de la famille, mais sans lien génétique ou biologique avec l'enfant, comme dans le cas d'une belle-mère. Un parent fictif est un adulte sans lien de sang ou d'alliance avec l'enfant, mais qui n'en a pas moins une relation affective étroite avec lui, équivalant à un lien familial (comme entre les membres d'un groupe ethnique)⁴⁷⁷.

214. Le **placement en famille d'accueil** est « le placement de l'enfant, sur décision d'une autorité compétente, dans une famille autre que la sienne, qui est chargée d'assurer une protection de remplacement et qui est soumise à cette fin à un processus de sélection, de qualification, d'approbation et de contrôle »⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Voir en général, Better Care Network et al., Discussion Paper: Identifying Basic Characteristics of Formal Alternative Care Settings for Children, mars 2013.

⁴⁷⁵ Voir, par exemple, UNICEF, HCR et Save the Children, Separated Children in Europe Programme, *SCEP Statement of Good Practice* 4e version révisée, mars 2010.

⁴⁷⁶ Assemblée générale des NU, *Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants*, adoptée par l'Assemblée générale le 18 décembre 2009, A/RES/64/142, 24 février 2010, § 29(c)(i)..

⁴⁷⁷ Better Care Network et al, Discussion Paper, mars 2013, p. 7-8.

⁴⁷⁸ Assemblée générale des NU, *Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants*, adoptée par l'Assemblée générale le 18 décembre 2009, A/RES/64/142, 24 février 2010, § 29(c)(ii).

215. Les autres formes de **placement de type familial** assurent la prise en charge de courte ou de longue durée par des personnes autres que la famille ou une famille d'accueil ; l'enfant est placé dans le foyer d'une famille, et les personnes qui s'occupent de lui ont été sélectionnées et préparées à le prendre en charge ; elles peuvent recevoir à ce titre un soutien financier ou autre, ou une indemnité⁴⁷⁹.

Avantages

- Respecte pleinement le droit à la liberté ;
- Garantit que l'enfant bénéficie en permanence de soins et de soutien, et qu'il n'est pas mis en rétention ;
- Respecte le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Si des membres de la famille sont présents, l'enfant ne devrait jamais être séparé de ses parents/familles pour être confié à une autre famille, à moins que cela paraisse être dans son intérêt — faute de quoi il pourrait y avoir violation de son droit et des droits de ses parents à la vie familiale.

2.5. Placement en structure d'accueil

216. Les structures d'accueil sont des dispositifs de vie en petits groupes dans des installations spécifiquement conçues ou affectées, reproduisant normalement d'aussi près que possible la vie familiale ou en petit groupe. Elles sont en général censées assurer une prise en charge temporaire, le temps de trouver une solution plus stable au sein de la collectivité ou d'une famille.

217. Le placement en structure d'accueil peut correspondre « au placement dans un cadre non familial, par exemple dans des refuges pour placement d'urgence, des **centres de transit** en situation d'urgence et tous les autres établissements d'accueil de courte ou de longue durée, y compris les **foyers d'hébergement** »⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Better Care Network et al., Discussion Paper, mars 2013, p. 9.

⁴⁸⁰ Assemblée générale, *Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants*, adoptée par l'Assemblée générale le 18 décembre 2009, A/RES/64/142, 24 février 2010, § 29 (c)(iv).

218. Un **refuge** est une structure d'accueil particulière assurant le cas échéant une sécurité renforcée pour protéger des résidents menacés, comme des victimes de la traite ou des employés de maison fuyant des employeurs qui les maltraitent. Cette formule ne se prête pas à l'hébergement de longue durée, mais peut convenir jusqu'à ce qu'une solution permanente ait été trouvée pour la personne concernée.

Avantages

- Protection, soutien et suivi renforcés ;
- Évite la rétention des personnes particulièrement vulnérables.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Formule relativement onéreuse, prise en charge spécialisée à réserver aux personnes présentant des vulnérabilités ou des besoins particuliers ;
- Devrait être réservé aux cas où cette solution est particulièrement appropriée, nécessaire et constructive pour l'enfant concerné et répond à son intérêt supérieur ;
- Il est indispensable de s'assurer que les formules de ce type ne deviennent pas des établissements fermés ou des *formes* alternatives de rétention.

2.6. Centres ouverts ou semi-ouverts

219. Les centres ouverts ou semi-ouverts, y compris les centres d'accueil de demandeurs d'asile⁴⁸¹, bien qu'ils puissent également accueillir des migrants, hébergent temporairement des demandeurs d'asile et des réfugiés, individuellement ou en famille. Il peut être exigé d'une personne qu'elle reste dans le centre pendant le traitement de sa demande, ce qui revient à une assignation à résidence. Si elle obtient le statut de réfugié, elle pourra souvent demeurer dans le centre pendant une période de transition, le temps de trouver un logement permanent. Ces centres fournissent le logement, la nourriture et les soins de santé essentiels, mais le niveau et la qualité des services y varient fréquemment selon l'établissement, au sein d'un même pays comme d'un pays à l'autre.

⁴⁸¹ Dans ce contexte il est important, dans l'ensemble, de noter que de tels centres pour les demandeurs d'asile peuvent ne pas être compris comme étant des alternatives à la rétention mais plutôt une forme de dispositif d'accueil. Voir la définition des alternatives à la rétention des migrants selon le HCR, §19 ci-dessus.

Avantages

- Assure immédiatement l'hébergement, le soutien et l'inscription, ce qui peut se révéler particulièrement utile en cas d'arrivées nombreuses ;
- Permet de traiter assez efficacement un grand nombre de demandeurs d'asile.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Les centres d'accueil risquent parfois de devenir des formes alternatives de rétention, et peuvent en pratique être assimilés, de façon arbitraire, à une détention *de facto* ;
- L'accueil d'un grand nombre de personnes dans des centres de ce type peut se révéler extrêmement onéreux, ce qui peut se traduire par des conditions de vie non conformes aux normes.

2.7. Pointage régulier

220. L'obligation de pointage fait partie des mesures substitutives à la rétention les plus souvent employées en Europe⁴⁸², et consiste en l'obligation de se présenter régulièrement à l'autorité compétente (police, services d'immigration ou autre organisme chargé du contrôle comme les services de protection de l'enfance ou d'aide sociale)⁴⁸³. Le pointage peut aussi être téléphonique, ce qui évite des trajets longs et coûteux. La fréquence du pointage peut varier, pouvant être quotidienne jusqu'à mensuelle (voire moins fréquente), et les rendez-vous peuvent coïncider avec d'autres convocations, facilitant ainsi les choses pour les personnes ayant entrepris une procédure de demande d'asile ou d'immigration.

Avantages

- Simplicité de mise en œuvre ;
- Ne requiert pas d'infrastructure lourde ;
- Garantit des contacts réguliers entre la personne concernée et les autorités ;
- Garantit la disponibilité de la personne concernée pour des entretiens et d'autres démarches.

⁴⁸² EMN, *Synthesis Report*, 2014, p. 34; *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour*, COM(2014) 199 final, 28.3.2014, p. 15.

⁴⁸³ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, pp. 89-90.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Si la fréquence ou les critères du pointage sont trop contraignants (par exemple, la personne doit accomplir un long trajet ou ses frais de transport ne lui sont pas remboursés), cela peut entraîner des manquements et empêcher l'intéressé(e) de se conformer à ses obligations ;
- Cette formule peut porter atteinte à d'autres droits, comme la liberté de mouvement ou le droit à la vie privée et familiale⁴⁸⁴ ;
- Peut nourrir les sentiments d'angoisse et la crainte de la rétention, surtout si le pointage a lieu dans un poste de police ou d'autre services associés à la répression.

2.8. Assignation à résidence

221. Il est également largement recouru en Europe à l'assignation à résidence⁴⁸⁵, par laquelle les autorités imposent à la personne concernée de demeurer dans une région ou un lieu déterminé. Cette mesure peut prendre diverses formes, notamment celle d'une résidence dans une zone géographique particulière dans le pays, à une adresse personnelle de la personne ou de sa caution, dans un centre d'accueil ouvert ou semi-ouvert de réception ou pour demandeurs d'asile, ou dans une structure financée ou administrée par l'État. Dans certains cas, l'absence de plus d'une journée du lieu de résidence peut nécessiter l'autorisation préalable des services d'immigration. Il arrive que la formule soit assouplie, la personne pouvant choisir elle-même l'adresse ou le lieu où elle souhaite être assignée à résidence⁴⁸⁶.

222. Contrairement à l'assignation à résidence, l'inscription auprès des autorités et la mise en liberté moyennant engagement personnel n'imposent pas de restriction en ce qui concerne le lieu de résidence de la personne sur le territoire de l'État tant qu'elle se conforme à la procédure de demande d'asile ou d'immigration. L'assignation à résidence se distingue également de l'accueil en centre semi-ouvert, où

⁴⁸⁴ Parmi les autres ingérences, citons, la nécessité de se rendre à d'autres convocations des services d'immigration, la capacité de prendre en charge des personnes dépendantes, l'emploi, etc.

⁴⁸⁵ EMN, *Synthesis Report*, 2014, p. 34.

⁴⁸⁶ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 96.

la personne n'est pas tenue de résider, mais peut s'installer de son propre chef.

223. L'assignation à résidence peut être combinée avec de nombreuses autres mesures alternatives de placement, comme l'hébergement en logement accompagné, le placement en structure d'accueil ou en centre ouvert ou semi-ouvert, par exemple, si le lieu d'assignation à résidence est le même que celui de placement.

Avantages

- Peut être une formule relativement peu onéreuse ;
- Peut permettre à la personne de vivre dans la collectivité, près de sa famille et d'autres réseaux d'aide ;
- Peut tirer parti de formules existantes d'accueil et de placement au sein de la collectivité ;
- L'assignation à résidence dans une région peut faciliter le partage des charges et la répartition équitable des ressources entre les régions d'un pays.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Associée à un couvre-feu ou à d'autres restrictions pratiques à la liberté de mouvement, ou si le lieu se trouve dans une zone éloignée ou isolée, l'assignation à résidence peut constituer une *forme* alternative de rétention ou interférer avec d'autres droits ;
- Les personnes qui n'ont pas les moyens de subvenir à leurs besoins ou de travailler, ou qui n'ont pas accès à d'autres aides financières ou prestations de l'État, peuvent tomber dans l'indigence et/ou faire face à de graves conséquences psychologiques et sociales.

2.9. Encadrement

224. Les dispositifs d'encadrement au sein du pays autorisent la personne à vivre librement dans la collectivité, moyennant un suivi (encadrement) par l'État ou son représentant désigné (organisation non gouvernementale, collectivité ou organisation religieuse). Le contrôle peut revêtir la forme de visites périodiques au domicile ou de pointages effectués par l'autorité étatique ou son représentant désigné, et peut aussi inclure une aide à l'accès au travail, au logement, à l'éducation,

une assistance juridique ainsi que d'autres services, ou la mise à disposition directe de biens.

225. L'encadrement diffère du pointage, dans le cadre duquel c'est à la personne qu'il incombe de se présenter devant le service que lui désigne l'État. Il diffère également du suivi individualisé, assuré par une tierce partie indépendante, alors que l'encadrement est assuré par l'État lui-même ou son représentant désigné, qui remplit généralement une fonction de contrôle du respect des obligations.

Avantages

- Permet l'observation directe du lieu de séjour et des activités de la personne ;
- Accroît sensiblement la communication et les contacts entre les autorités et la personne ayant déposé une demande d'asile ou d'immigration ;
- Peut faciliter l'accès à l'assistance sociale et juridique.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Cette formule mobilise des ressources de l'État ou de son représentant désigné.
- Elle peut constituer un contrôle intrusif du respect des obligations⁴⁸⁷.

2.10. Accompagnement du retour

226. L'accompagnement du retour volontaire permet à des personnes et à des familles d'être libérées ou de ne pas être placées en rétention de sorte qu'elles puissent explorer les possibilités de retour volontaire, normalement avec un soutien intense, voire des incitations financières⁴⁸⁸, de représentants de l'État ou d'organisations de la société civile⁴⁸⁹. Il peut par exemple s'agir de conseils et d'assistance centrés sur des programmes formels de retour volontaire, comme ceux qu'administre l'Organisation internationale pour les migrations (« OIM ») ou d'autres programmes nationaux ou internationaux⁴⁹⁰, qui fournissent

⁴⁸⁷ Ceci peut consister, par exemple, en des visites inopinées et/ou fréquentes au lieu de résidence des personnes concernées.

⁴⁸⁸ IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 53.

⁴⁸⁹ EMN, *Synthesis Report*, 2014, p. 36.

⁴⁹⁰ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG.

une aide au départ, une assistance au transit, et un soutien après le retour de la personne, lors de son arrivée et dans le cadre de la réintégration au pays. Ces conseils peuvent calmer les inquiétudes des migrants craignant l'indigence à leur retour, ou l'interdiction de demander un visa de retour légal dans le futur⁴⁹¹.

Avantages

- Formule humaine alternative à la rétention et à l'expulsion ;
- Permet un retour durable dans la dignité, et facilite la réintégration dans le pays d'origine ;
- Dispositif pouvant être peu onéreux pour les gouvernements ;
- Solution moins délicate et moins problématique que le retour forcé et la rétention.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Devrait s'inscrire dans un dispositif plus large d'intervention précoce, de suivi individualisé et d'assistance juridique pour être le plus efficace possible ;
- Un centrage exclusif sur le retour prévenant l'exploration d'autres possibilités de séjour légal peut éroder la confiance et accroître le risque de fuite⁴⁹².

2.11. Foyers ou centres pour personnes en attente de retour

227. Les foyers pour personnes en attente de retour sont une alternative à la rétention qui combine idéalement le suivi individualisé et l'assignation à résidence en préparation au départ volontaire ou forcé. Les personnes en instance de retour et les demandeurs d'asile rejetés sont placés dans des structures ouvertes où des accompagnateurs individuels ou des conseillers les informent des possibilités qui s'offrent à elles et les aident à se préparer en vue de leur départ⁴⁹³.

Avantages

- Peut instaurer la confiance et faciliter le départ volontaire ;
- La structure ouverte favorise la consultation d'ONG, de conseillers juridiques et d'autres prestataires.

⁴⁹¹ IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 53.

⁴⁹² En Belgique, les "maisons du retour" ont enregistré des taux de fuite en augmentation constante en raison de la réduction de l'aide individualisée aux familles hébergées. Van der Vennet, Laetitia, *Détention des enfants en famille en Belgique: analyse de la théorie et de la pratique, Plate-forme Mineurs en Exil*, 2015, pp. 95-96.

⁴⁹³ FRA, "Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures," 2015.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Les foyers de ce type ne donnent pas de très bons résultats si l'intervention est tardive et le suivi seulement proposé une fois l'ordre d'éloignement signifié.

2.12. Caution, garantie et sûretés

228. Le dépôt d'une garantie ou l'intervention d'une caution permettent à une personne de ne pas être soumise à la rétention a) contre versement d'un dépôt de garantie par elle-même ou une caution ; b) contre engagement écrit pris auprès des autorités, fréquemment assorti d'un dépôt de garantie ; c) contre garantie fournie par une tierce personne, des ONG ou d'autres organisations religieuses que l'intéressé se conformera à ses obligations. La garantie financière est perdue en cas de fuite ou de non-respect. La restitution peut être faite à un membre de la famille, à une autre personne, à une organisation non gouvernementale, à une organisation religieuse ou à une collectivité.

Avantages

- Plus facile à employer dans un pays possédant une forte population immigrée ou pour les personnes qui y vivent depuis longtemps, et qui pourront avoir noué des liens solides au sein de la société ou acquis des ressources financières suffisantes ;
- L'utilisation d'une caution par un tiers peut être économique pour les États puisqu'il/elle a d'habitude l'obligation de subvenir aux besoins de la personne concernée.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Risque de discrimination à l'égard des personnes ne possédant pas les ressources financières ou les contacts nécessaires au sein de la société et risque d'exploitation des personnes vulnérables ;
- Il convient de veiller à ce que le montant soit raisonnable dans tous les cas, faute de quoi il fait apparaître un risque de détention ou de non-respect d'autres conditions de mise en liberté.

2.13. Surveillance électronique

229. Il est rarement recouru en Europe à la surveillance électronique⁴⁹⁴, une forme de surveillance visant à contrôler ou à restreindre les mouvements d'une personne par des dispositifs comme des bracelets de poignet ou de cheville GPS. Elle est surtout utilisée dans le cadre de la répression pénale⁴⁹⁵ et certains estiment qu'elle est, dès lors, particulièrement inadéquate dans le contexte des migrations. De la même manière, certaines instances considèrent que c'est une forme de rétention *de facto* et une forme non valide d'alternative à la rétention. Le HCR⁴⁹⁶, le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants⁴⁹⁷, l'Agence de l'Union européenne pour les droits fondamentaux (« FRA »)⁴⁹⁸, ainsi que de nombreux chercheurs⁴⁹⁹ dans le domaine estiment qu'il s'agit d'une des mesures alternatives les plus intrusives et sévères, surtout compte tenu du stigmate criminel, et déconseillent son utilisation.

230. Une enquête au moins a constaté que la surveillance électronique et le pointage téléphonique donnaient des résultats identiques en ce qui concerne le respect des obligations, ce qui tendrait à montrer que les mesures moins intrusives pourraient éventuellement garantir tout aussi efficacement le respect des obligations⁵⁰⁰. Contrairement à la surveillance électronique, qui est qualifiée de mesure particulièrement dure, le pointage téléphonique et d'autres technologies modernes sont considérés comme de bonnes pratiques

⁴⁹⁴ *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour*, COM(2014) 199 final, 28.3.2014, p. 16; EMN, *Synthesis Report*, 2014, p. 36.

⁴⁹⁵ FRA, "Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures," 2015, p. 2.

⁴⁹⁶ HCR, *Principes directeurs*, 2012, § 40. Voir également, HCR, Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-Seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons: Summary Conclusions, juillet 2011, § 21.

⁴⁹⁷ *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, § 63.

⁴⁹⁸ FRA, "Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures," 2015, p. 2.

⁴⁹⁹ Voir, *inter alia*, A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, pp. 102-103; JRS, "Alternatives to Detention of Asylum Seekers", Working paper, October 2008, p. 9; IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 73.

⁵⁰⁰ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 154.

(voir ci-dessus, pointage), en particulier pour les personnes à mobilité réduite⁵⁰¹.

Avantages

- Permet aux autorités de savoir à tout moment où se trouve la personne concernée et peut être une manière d'assurer le contact avec les autorités ;
- Peut permettre la surveillance de la conformité avec les obligations de faire rapport aux autorités.

Difficultés et conséquences sur le plan des droits de l'homme

- Elle a été caractérisée comme étant une mesure particulièrement intrusive, car elle restreint considérablement la liberté de la personne et constitue une ingérence dans sa vie privée et familiale, affectant de manière négative tout enfant impliqué et soulevant potentiellement des questions au regard de la Convention ;
- Elle peut éroder la confiance dans la décision, et avoir des effets contre-productifs sur la coopération au retour ;
- Elle peut avoir des effets stigmatisants et psychologiquement néfastes, tout en portant potentiellement atteinte à la dignité de la personne et contribuant à son exclusion sociale ;
- Elle peut ne pas être totalement efficace car le dispositif est coûteux et les frais de gestion d'un tel système sont élevés, et pourtant il est facile de s'en débarrasser.

3. Avantages des mesures alternatives à la rétention

231. Il a été amplement démontré que lorsque des mesures alternatives sont efficacement mises en œuvre, elles produisent toute une gamme de bénéfices, sur le plan de l'observation des procédures d'immigration par les migrants, des coûts, du respect des droits de l'homme et de la satisfaction des besoins sociaux. Des études et des intervenants de terrain ont constamment fait ressortir la valeur ajoutée de ces solutions, y compris:

⁵⁰¹ HCR, Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-Seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons: Summary Conclusions, juillet 2011, § 21.

3.1. Respect des droits et des besoins des personnes

232. Le respect des normes relatives aux droits de l'homme (notamment le droit européen et international des droits de l'homme, la jurisprudence en la matière de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice européenne et du Comité des droits de l'homme des Nations unies) impose l'emploi de mesures évitant la rétention des migrants. Ces normes exigent qu'une attention particulière soit accordée aux personnes et groupes vulnérables, en particulier les enfants.

233. Les mesures alternatives peuvent prévenir les graves effets potentiels de la rétention sur la santé physique et psychologique des migrants et des demandeurs d'asile⁵⁰². Des études ont révélé les détériorations causées par la rétention à la santé des migrants, avec des taux de troubles post-traumatiques pouvant atteindre 50 % selon l'une d'elles⁵⁰³. La rétention de personnes vulnérables particulièrement d'enfants constitue une ingérence particulière dans les droits et le bien-être. Il a été également noté que soutenir une mise en œuvre plus systématique des alternatives à la rétention pourrait non seulement rappeler la nature non-punitive de la rétention des migrants mais aussi réduire la discrimination et les perceptions négatives par le public⁵⁰⁴.

234. L'impact de la rétention sur les enfants peut être particulièrement extrême, aboutissant à des effets à long terme sur leur développement cognitif et affectif⁵⁰⁵. Ces conséquences néfastes ont notamment été constatées par le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui a

⁵⁰² A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, pp. 23-25.

⁵⁰³ Voir, par exemple, Z. Steel, D. Silove, R. Brooks, S. Momartin, B. Alzuhairi et I. Susljik, 'The impact of immigration detention and temporary protection on the mental health of refugees', *British journal of psychiatry*, 2008, p. 58; Physicians for Human Rights and The Bellevue/NYU program for survivors of torture, 'From persecution to prison: the health consequences of detention for asylum seekers', juin 2003. D'autres informations sur les effets négatifs de la rétention ont été soulignées dans, notamment, les études suivantes: JRS-Europe, *Becoming Vulnerable in Detention: Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union* (The DEVAS Project), juin 2010; Dr Graham Durcan, Jessica Stubbs et Dr Jed Boardman, *Report, Immigration Removal Centres in England: A mental health needs analysis*, Centre for mental health, janvier 2017.

⁵⁰⁴ Voir la contribution écrite du REINDH à l'Analyse du CDDH-MIG.

⁵⁰⁵ IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 5.

observé que même des périodes de détention de très courte durée peuvent compromettre le bien-être d'un enfant et son développement cognitif, accroître le risque de dépression, d'anxiété, de troubles post-traumatiques, de suicide, d'automutilation, de troubles mentaux et de problèmes de développement⁵⁰⁶. Il a conclu que la « détention des enfants [...] est inextricablement liée — en fait sinon en droit — à la maltraitance des enfants, en raison de la situation particulièrement vulnérable dans laquelle ils sont placés et qui les expose à de nombreux types de risques »⁵⁰⁷.

3.2. Respect des procédures de migration par les migrants

235. Les enquêtes montrent également que les mesures autres que la rétention, lorsqu'elles sont bien mises en œuvre, peuvent améliorer la gouvernance de la migration en favorisant le respect des procédures d'immigration dans de nombreux groupes de population et contextes. Par exemple, une étude mondiale consacrée à 13 programmes de mesures de substitution a relevé des taux d'obéissance compris entre 84 % et 99,9 %, avec des taux de 94 % ou supérieurs dans 10 des 13 programmes⁵⁰⁸. Une autre, consacrée à des mesures de ce type au sein de l'UE, a révélé des taux de respect des obligations compris entre 77 % et 96 % en Belgique, en Suède et au Royaume-Uni⁵⁰⁹.

236. Il a également été démontré que les solutions de ce type favorisent le respect des obligations dans des contextes complexes de transit migratoire mixte⁵¹⁰. Comme elles peuvent contribuer à stabiliser des personnes en situation par nature vulnérable, elles les rendent plus

⁵⁰⁶ *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Juan E. Méndez, 5 mars 2015, A/HRC/28/68 (en anglais uniquement), § 16.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, § 69.

⁵⁰⁸ L'étude a permis de recenser plusieurs facteurs facilitant le respect des procédures, notamment: a) traiter l'individu avec dignité et humanité ; b) assurer un niveau de vie et de soutien suffisant ; c) fournir très rapidement des informations claires et concises sur les droits et devoirs ainsi que les conséquences du non respect des procédures ; d) faciliter l'accès à des conseils juridiques ; e) fournir des services de suivi individuel du dossier. A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, pp. 82-83.

⁵⁰⁹ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and asylum detention in the EU*, 2015, p. 114.

⁵¹⁰ Un taux de départ de 60 % des demandeurs déboutés a été enregistré dans un projet australien, et plus de la moitié des migrants sont retournés dans leur pays dans le cadre d'un projet de retour volontaire mis en oeuvre aux Pays-Bas ; IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 52-54.

enclines à participer durablement aux procédures d'immigration si elles reçoivent les moyens de subvenir à leurs besoins essentiels au sein de la collectivité et de bénéficier de conseils et d'un soutien, à l'abri de la menace de la rétention⁵¹¹. La Commission européenne a observé que « les avantages des alternatives à la rétention [...] peuvent engendrer des taux de retour plus élevés (y compris le départ volontaire), une meilleure coopération avec les personnes concernées par une mesure de retour pour obtenir la documentation nécessaire, des avantages financiers (moins de coûts pour l'État) et moins de coûts humains (en évitant l'épreuve de la rétention) »⁵¹².

3.3. Rapport coût-efficacité

237. Les informations sont rarement communiquées publiquement par les États, et il est par conséquent difficile de calculer les coûts financiers précis⁵¹³. Les informations dont on dispose invitent toutefois à penser qu'elles sont sensiblement moins onéreuses.

238. Selon les statistiques disponibles, les « unités familiales » belges reviennent à la moitié du coût de la rétention⁵¹⁴. Au Canada, la rétention peut coûter jusqu'à 17 fois plus que les mesures de substitution existantes⁵¹⁵, alors qu'en Autriche, ces dernières coûtent entre 17 et 24 euros par personne et par jour, contre 120 € pour la rétention⁵¹⁶. Des enquêtes menées au Royaume-Uni ont montré qu'il serait possible d'économiser 76 millions de livres sterling par an en évitant la rétention de longue durée des migrants qui finissent par être remis en liberté, et qu'offrir des mesures de substitution à toutes ces personnes ne reviendrait qu'à 44 % du coût total⁵¹⁷.

⁵¹¹ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 114.

⁵¹² Manuel sur le retour, 2015, p. 88.

⁵¹³ Assemblée parlementaire, Rapport sur la rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe, Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Rapporteuse : Mme Ana Catarina MENDONÇA, 11 janvier 2010, § 58.

⁵¹⁴ €90 par jour, contre €180-190. Voir, EMN, *Synthesis Report*, novembre 2014, p. 38.

⁵¹⁵ CA\$179 par jour, contre CA\$10-12. Voir, IDC, *There are Alternatives*, 2015, p. 11.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ Matrix Evidence, *An economic analysis of alternatives to long-term detention*, 2012, pp. 4-5.

239. Cela dit, le recours plus fréquent à des mesures de ce type ne se révèle rentable que si elles *remplacent* la rétention et contribuent en fin de compte à réduire le nombre de centres de rétention. Bien des avantages décrits ci-dessus ne sont d'ailleurs obtenus que moyennant la réduction générale de la rétention. En revanche, si le recours accru aux mesures de substitution s'accompagne du *maintien*, voire de l'accroissement, des capacités de rétention, il est inévitable qu'il se traduise par un alourdissement général des coûts, sans réduction des effets pervers ou de l'impact de la rétention. Cet « élargissement du réseau » (« *net widening* ») a été très critiqué au sein de la justice pénale, par exemple, et va à contre-courant du but fondamental des mesures de substitution, à savoir la réduction systématique du recours à la rétention inutile⁵¹⁸.

IV. APERÇU DES POLITIQUES ET PRATIQUES SUR LES MESURES ALTERNATIVES À LA RÉTENTION DES MIGRANTS

240. Le présent chapitre donne un aperçu des politiques et des pratiques sur les mesures alternatives à la rétention dans les États membres de Conseil de l'Europe. Il est principalement fondé sur les réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG concernant les mesures alternatives à la rétention dans le cadre de la migration. D'autres rapports et études pertinents pour la présente Analyse l'ont également complété.

Obligation d'examiner des mesures alternatives à la rétention et cadre juridique

241. Un grand nombre d'États membres du Conseil de l'Europe ont créé dans leur législation nationale une obligation d'examiner des mesures alternatives avant de recourir à la rétention des migrants. Certains, peu nombreux, n'ont pas créé cette obligation ou ne l'ont fait que pour certains groupes, à savoir les enfants et les familles avec enfants. Il a été noté dans la majorité des réponses que les mesures alternatives existantes sont réglementées dans la législation nationale

⁵¹⁸ Voir, par exemple, le débat sur "l'élargissement du réseau" dans le Commentaire officiel sur l'adoption des Règles de Tokyo. UN Office at Vienna, Commentary on the United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures (1993).

sur la migration et l'asile. Quelques États membres indiquent que ces modalités sont précisées dans des réglementations internes⁵¹⁹.

242. Nonobstant ce qui précède, des études menées dans ce domaine ont démontré que les alternatives à la rétention continuent d'être vagues et/ou font l'objet d'une réglementation déficiente dans certains États membres⁵²⁰. Certaines lois et réglementations nationales ne fournissent pas d'indications suffisantes et laissent le choix de la mesure alternative et/ou des détails concernant sa mise en œuvre (conditions, critères, etc.) aux organes de décision ou aux juges nationaux⁵²¹. L'absence de lignes directrices claires sur l'utilisation concrète de ces mesures alternatives crée des problèmes⁵²², et soulève parfois des questions quant à la transparence du processus de mise en œuvre dans certains États membres.

Types de mesures alternatives disponibles et personnes concernées

243. Les types d'alternatives sont présentés dans la législation interne de la majorité des États membres ; certains ont précisé que la liste est non exhaustive, ce qui laisse aux autorités compétentes la latitude de choisir d'autres mesures adaptées à chaque cas d'espèce. Les principaux types d'alternatives mentionnés par la majorité des États membres sont : a) le pointage régulier ; b) l'assignation à résidence ; c) la remise de documents ; et d) la caution ou garantie. Certains États prévoient d'autres mesures, telles que l'accompagnement au retour, les foyers ou centres pour personnes en attente de retour et/ou les programmes de retour volontaire (que ce soit comme mesure alternative ou composante additionnelle du programme de retour). D'autres types de mesure ont été récemment inclus dans la législation

⁵¹⁹ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG ; Voir également, EMN, *Synthesis Report*, November 2014, p. 7 ; A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Péting, *Alternatives to Immigration and asylum detention in the EU*, 2015, p. 87.

⁵²⁰ Campagne parlementaire pour mettre fin à la rétention d'enfants migrants, *Study of immigration detention practices and the use of alternatives to immigration detention of children*, 2017, p. 19 ; A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Péting, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, pp. 118.

⁵²¹ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Péting, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 87.

⁵²² Assemblée parlementaire, Rapport sur la rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe, Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Rapporteuse: Mme Ana Catarina MENDONÇA, 11 janvier 2010, § 38.

pertinente ou sont actuellement examinés dans quelques États membres⁵²³.

244. D'après les réponses reçues, les alternatives s'appliquent aux demandeurs d'asile et aux personnes en attente de retour ; certains États membres précisent que les personnes visées par une procédure de Dublin et des procédures de réadmission bénéficient également de ces dispositifs⁵²⁴. Les types existants peuvent être appliqués séparément ou en combinaison en fonction de la situation de l'individu concerné. Un grand nombre d'États membres ont également précisé que les alternatives existantes ne sont pas conçues spécifiquement pour des personnes ou des groupes vulnérables, bien que cette catégorie soit un des principaux bénéficiaires de ces dispositifs. Néanmoins, les États prévoient des mesures alternatives pour les familles avec des petits enfants tels que les centres et foyers pour personnes en attente de retour, les centres familiaux et d'autres arrangements, mais certains États membres proposent également des centres d'accueil ouverts ou des dispositifs de prise en charge pour mineurs non accompagnés⁵²⁵.

Autorités responsables et critères/procédure pour décider s'il convient d'appliquer des mesures alternatives

245. La décision d'appliquer des mesures alternatives est habituellement prise soit par les ministères compétents, les services de police, les gardes-frontières, soit par une autorité judiciaire, et repose sur une évaluation de chaque cas⁵²⁶. Les critères pris en considération au cours de la procédure d'évaluation individuelle sont notamment⁵²⁷:

- i. les principes de nécessité et de proportionnalité ;
- ii. la vulnérabilité (âge, santé, situation particulière de l'individu, etc.) ;

⁵²³ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG.

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ *Idem.*

⁵²⁶ Toutefois, il convient de noter que les autorités responsables peuvent différer si la demande d'asile de la personne est en cours ou si la personne fait l'objet d'une procédure d'éloignement. *Idem.* Voir également, EMN, *Synthesis Report*, 2014, p. 24.

⁵²⁷ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG. Voir également, EMN, *Synthesis Report*, 2014, pp. 22-24.

- iii. la question de savoir si la mesure serait viable et/ou suffisante pour atteindre l'objectif poursuivi ;
- iv. le respect de la mesure et le risque de fuite ;
- v. les considérations d'ordre pratiques, comme le coût et la disponibilité du régime particulier, les liens sociaux et familiaux, la possession de documents de voyage, le logement, les moyens financiers, etc.

246. Des études ont cependant exprimé des doutes sur la qualité initiale du processus décisionnel relatif à la rétention et aux alternatives, y compris des problèmes concernant l'application correcte du critère de proportionnalité et l'évaluation des mesures qui pourraient se substituer à la rétention⁵²⁸. Elles ont noté que les décisions étaient parfois stéréotypées et que les arguments de fond faisaient défaut, ce qui aggravait le risque d'arbitraire dans le processus décisionnel⁵²⁹. En outre, la nécessité d'améliorer les procédures d'évaluation de chaque cas ou les mécanismes de contrôle, notamment pour identifier les personnes en situation de vulnérabilité, a été soulignée à plusieurs reprises, notamment par des instances du Conseil de l'Europe⁵³⁰.

Personnes en situation vulnérable

247. La vulnérabilité est un facteur important à prendre en compte au cours des procédures d'évaluation et quelques États membres indiquent que des orientations supplémentaires relatives à l'identification des personnes vulnérables ont été diffusées⁵³¹. Dans l'ensemble, la législation nationale n'autorise la rétention des personnes et des groupes vulnérables que dans des circonstances très exceptionnelles⁵³². En ce qui concerne les enfants en particulier, la situation varie selon les États membres. Un certain nombre de pays ne

⁵²⁸ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, pp. 73-74.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 117.

⁵³⁰ Groupe d'Experts sur la lutte contre la traite des êtres humains ("GRETA"), 5e Rapport Général sur les activités du GRETA, couvrant la période du 1er octobre 2014 au 31 décembre 2015, février 2016, §§ 99 et 103. Voir plus loin, EMN, *Synthesis Report*, 2014, p. 27; FRA, *Monthly data collection on the current migration situation in the EU: Thematic focus: Disability*, rapport mensuel d'août 2016, pp. 8-10; A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 117.

⁵³¹ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG.

⁵³² EMN, *Synthesis Report*, 2014, p. 20.

permettent pas la rétention des enfants en dessous d'un certain âge tandis que d'autres permettent la rétention dans certains cas très exceptionnels. Les enfants non accompagnés en général ou en dessous d'un certain âge sont soit exemptés de rétention, conformément à la législation ou la pratique nationale, soit placés en rétention à titre exceptionnel dans un certain nombre d'États membres⁵³³. Un rapport récent de la FRA a constaté que, par exemple, la moitié des États membres de l'Union européenne ne détiennent pas les enfants non accompagnés dans le cadre des procédures d'asile et/ou de retour⁵³⁴. La rétention des familles avec enfants est une mesure exceptionnelle de dernier ressort dans la plupart des États membres, à quelques exceptions près (qui interdisent la détention en toute circonstance)⁵³⁵.

248. Cependant, en ce qui concerne les enfants non accompagnés, un certain nombre de lacunes en matière de protection ont été repérées par d'autres acteurs du domaine. Ces lacunes sont dues en particulier à des systèmes de tutelle, des procédures d'évaluation de l'âge et des mécanismes défaillants destinés à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'à des places limitées ou inexistantes dans les établissements spécialisés pour enfants⁵³⁶. De telles lacunes dans le système de la protection de l'enfant risquent d'entraver l'identification prompte des enfants ainsi que leur accès à des garanties supplémentaires qui empêchent la rétention. Ces systèmes de protection défaillants peuvent aboutir au maintien en rétention d'enfants non accompagnés pendant de longues périodes dans des conditions inadéquates au lieu de mettre en oeuvre des dispositifs de soin appropriés ou des alternatives à cette rétention⁵³⁷.

⁵³³ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG. Voir également, EMN, *Synthesis Report*, novembre 2014, p. 20.

⁵³⁴ FRA, *European legal and policy framework on immigration detention of children*, 2017, p. 36.

⁵³⁵ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG. Voir également, FRA, *European legal and policy framework on immigration detention of children*, 2017, p. 55.

⁵³⁶ GRETA, Rapport Général sur les activités du GRETA, couvrant la période du 1 janvier au 31 décembre 2016, §§ 109-113; UNICEF, *A child is a child - Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation*, UNICEF, mai 2017, p. 30; FRA, "Key migration issues: one year on from initial reporting," octobre 2016, pp. 4-5.

⁵³⁷ FRA, "Key migration issues: one year on from initial reporting", octobre 2016, p. 8.

Voies de recours et mécanismes de contrôle

249. En ce qui concerne la disponibilité des voies de recours, quelques États membres notent que la décision d'appliquer des mesures alternatives peut être contestée devant les tribunaux compétents. Dans certains pays, le recours peut seulement être introduit dans le cadre d'une autre procédure⁵³⁸. En outre, des mécanismes de surveillance et/ou de contrôle juridictionnel de la bonne application des alternatives existantes à la rétention semblent faire défaut dans de nombreux États membres, même si, dans certains cas, les évaluations sont effectuées par les autorités compétentes ou des ONG⁵³⁹.

250. Des études réalisées dans ce domaine par d'autres acteurs semblent souligner également l'absence d'un mécanisme de surveillance ou de procédures spécifiques permettant de contester le placement en rétention ou l'imposition de restrictions à la liberté⁵⁴⁰. D'autres problèmes se posent dans certains États membres, notamment, le manque de contrôles réguliers et systématiques de l'opportunité de la rétention⁵⁴¹, ce qui peut déboucher sur des cas de détention arbitraire ou prolongée qui ont déjà été signalés dans un certain nombre d'États membres, ainsi que l'absence de délais dans l'application des mesures alternatives⁵⁴².

Défis pratiques et juridiques

251. Le fait que les alternatives restent peu utilisées dans la pratique ou ne sont appliquées qu'à un petit nombre de personnes concernées est une tendance observée dans la majorité des États membres⁵⁴³. Les résultats obtenus par les différents acteurs du domaine, y compris le

⁵³⁸ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG. Voir également, A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 117.

⁵³⁹ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG.

⁵⁴⁰ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 118.

⁵⁴¹ EMN, *Synthesis Report*, 2014, p. 27.

⁵⁴² Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG. Voir également, A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 118.

⁵⁴³ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG.

Conseil de l'Europe⁵⁴⁴, l'ONU⁵⁴⁵ et l'UE⁵⁴⁶, ainsi que des experts et chercheurs⁵⁴⁷ semblent corroborer cette tendance.

252. Différentes raisons expliquent cette sous-utilisation des mesures alternatives. Il semble, notamment, que les États membres ne soient pas convaincus que ces mesures sont en adéquation avec les procédures d'immigration et craignent les risques de fuite. Ce point a en effet été soulevé dans la plupart des réponses, en particulier par les États qui sont considérés comme des « pays de transit », qui ont indiqué que la majorité de la population migrante a probablement l'intention de se déplacer vers d'autres États membres⁵⁴⁸.

253. Le risque de fuite est considéré comme crucial lorsque l'on décide d'évaluer l'opportunité de placer une personne en rétention ou d'appliquer une mesure alternative. En l'espèce, le choix d'un type particulier d'alternative est aussi étroitement lié au risque de fuite. Il est donc indispensable de pouvoir disposer de moyens perfectionnés pour évaluer le risque de fuite si l'on veut parvenir à la meilleure décision dans ce contexte. À cet égard, il semble que les États membres devraient continuer à élaborer des indicateurs et/ou des critères d'évaluation clairs du risque de fuite et à encourager leur utilisation. Les critères qui existent au niveau national pourraient notamment être affinés dans un certain nombre de cas en améliorant la clarté juridique et l'objectivité⁵⁴⁹. L'évaluation efficace du risque de fuite et/ou des

⁵⁴⁴ Commissaire aux droits de l'homme, Le carnet des droits de l'homme, "Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants", 31/01/2017; Assemblée parlementaire, *Résolution 2020 (2014)*, § 8.

⁵⁴⁵ *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau, Étude régionale: la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne et ses incidences sur les droits de l'homme des migrants*, 24 avril 2013, A/HRC/23/46, § 48.

⁵⁴⁶ *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour*, COM(2014) 199 final, 28.3.2014, p. 15.

⁵⁴⁷ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 116.

⁵⁴⁸ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG.

⁵⁴⁹ M. Moraru, G. Renaudiere, *European Synthesis Report on the Judicial Implementation of Chapter IV of the Return Directive – Pre-Removal Detention*, REDIAL RR 2016/05, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): European University Institute, 2016 ; EMN, *Synthesis Report*, 2014, p. 27 ; A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 117.

facteurs qui doivent être pris en compte peut poser un certain nombre de problèmes aux autorités compétentes. Le renforcement de la qualité globale de la procédure d'évaluation est donc une des clés pour parvenir à choisir, de la façon la plus judicieuse possible, une mesure alternative approuvée⁵⁵⁰.

254. Un autre problème soulevé concerne le fait que certains types de mesures alternatives restent inutilisées dans la pratique, soit parce que leur portée est limitée, soit parce que les personnes concernées ne peuvent pas satisfaire aux exigences⁵⁵¹. Cela concerne tout particulièrement la caution ou la garantie lorsque le manque de moyens est considéré comme un motif pour ne pas appliquer ce dispositif. L'absence de logement et de documents a également été considérée comme un obstacle à la mise en œuvre concrète de mesures alternatives⁵⁵².

255. Cependant, des solutions pratiques telles que la mise à disposition d'un garant ou le paiement d'une garantie financière (caution) comme alternative à la rétention peuvent être discriminatoires ou inefficaces dans la pratique pour de nombreux migrants sans amis, sans famille ou sans ressources financières suffisantes dans le pays et/ou accès à des organisations non-gouvernementales⁵⁵³. De même, des solutions d'assignation à résidence peuvent s'avérer totalement inefficaces si des options de résidence ne sont pas disponibles. Le pointage régulier, lorsqu'il ne doit pas être réalisé près du lieu de résidence, sera souvent inefficace s'il n'y a pas de moyens de transport gratuit vers les points de rencontre avec les autorités chargées des questions de migration⁵⁵⁴.

256. D'autres études ont signalé qu'il existait des interprétations divergentes de la notion d'alternatives à la rétention des migrants dans quelques États membres et que certaines pratiques de rétention de fait

⁵⁵⁰ EMN, *Synthesis Report*, 2014, pp. 23 and 27.

⁵⁵¹ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG. Voir également, Commissaire aux droits de l'homme, Le carnet des droits de l'homme, "Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants", 31/01/2017.

⁵⁵² Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG.

⁵⁵³ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, pp. 94-95.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, pp. 68-69.

(soit des *formes alternatives* de rétention) étaient considérées comme des alternatives viables à la rétention, voire encouragées par les autorités de l'État⁵⁵⁵. De même, le manque de ressources budgétaires peut entraver la mise en œuvre concrète de certaines solutions, et ce, même si des statistiques disponibles montrent que de nombreuses alternatives sont moins coûteuses à mettre en œuvre que la rétention. L'absence d'approche uniforme concernant l'utilisation et la disponibilité d'alternatives à la rétention de migrants suscite également des préoccupations⁵⁵⁶.

257. Enfin, même si de nombreux efforts ont été réalisés dans certains États membres en vue d'assurer l'accès effectif à l'information, des obstacles persistent toujours en relation avec l'interprétation professionnelle, la diversification des canaux de communication ainsi que l'accessibilité, la qualité et le langage des documents justificatifs. Le manque d'investissement dans la formation du personnel de rétention et d'accueil pour détecter des personnes en situation de vulnérabilité peut également soulever des préoccupations⁵⁵⁷.

Expériences et réflexions découlant de l'utilisation de mesures alternatives

258. Certains États membres ont estimé que l'inclusion de mesures alternatives dans des dispositifs généraux ou spécifiques relevant de la politique nationale est une étape positive. Selon eux, ces mesures peuvent garantir que le principe de proportionnalité est correctement appliqué ou que les personnes ne sont plus placées en rétention tant qu'elles coopèrent avec les autorités⁵⁵⁸. En ce qui concerne les types précis d'alternatives utilisées, certains États membres notent l'utilité des mesures telles que: a) l'assignation à résidence ; b) le pointage régulier ; et c) les programmes d'assistance au retour volontaire ou l'accompagnement du retour⁵⁵⁹. Nonobstant ce qui précède, il est également signalé que l'utilisation très limitée

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 116.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, pp. 117-118.

⁵⁵⁷ Voir la contribution écrite du REINDH à l'Analyse du CDDH-MIG.

⁵⁵⁸ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG.

⁵⁵⁹ Il convient de noter que les programmes d'assistance au retour volontaire ou l'accompagnement du retour ne peuvent pas toujours être considérés comme une alternative à la rétention au sens strict du terme mais consistent plutôt en une partie d'un programme de retour.

d'alternatives dans la pratique ne permet pas de présenter suffisamment d'idées et de résultats positifs quant à ces mesures⁵⁶⁰.

Informations statistiques et évaluation de l'efficacité

259. Les données statistiques sur les personnes à qui des mesures alternatives avaient été appliquées, l'impact sur les droits de l'homme, le respect des procédures et les coûts liés à l'immigration tendent à être insuffisantes et/ou indisponibles⁵⁶¹. Dans l'ensemble, seuls certains États membres fournissent ce type de renseignements, qui se limitent généralement au nombre de personnes qui ont bénéficié de mesures alternatives ou qui ont été détenues ainsi qu'aux coûts liés à la rétention ou des solutions de substitution. L'insuffisance des données statistiques ne permet pas, par conséquent, de tirer des conclusions générales et/ou de faire des comparaisons explicites.

260. Cependant, l'évaluation régulière des dispositifs existants est considérée comme importante pour faire face aux défis persistants et améliorer le fonctionnement et l'efficacité des mesures alternatives dans la pratique⁵⁶². À cet égard, l'Assemblée parlementaire, entre autres, a souligné la nécessité de procéder à des recherches empiriques et des analyses sur les alternatives à la rétention, notamment leur utilisation, leur efficacité et les meilleures pratiques qui leur sont associées, en établissant une distinction entre celles qui respectent le droit à la libre circulation et celles qui le limitent⁵⁶³. Il serait donc utile à cet égard de pouvoir disposer de méthodes plus perfectionnées d'évaluation de l'efficacité des mesures alternatives dans différents milieux. En outre, la mise à disposition d'informations cohérentes et publiquement disponibles sur la capacité de certains modèles ou approches d'accroître le respect des procédures, de réduire les coûts et de sauvegarder les droits et le bien-être des migrants permettrait certainement de progresser dans ce domaine.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ Réponses reçues à la demande d'informations du CDDH-MIG. Commissaire aux droits de l'homme, Le carnet des droits de l'homme, "Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants", 31/01/2017; EMN, *Synthesis Report*, 2014, p. 41; A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 118.

⁵⁶² *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 avril 2012, § 74; O. Field et A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, 2006, § 175.

⁵⁶³ Assemblée parlementaire, *Résolution 1707 (2010)*, § 9.3.4.

Surtout, la participation accrue de la société civile au processus de mise en application pourrait être un facteur concret d'amélioration de l'efficacité⁵⁶⁴.

261. De manière générale, les États membres pourraient bénéficier d'une aide plus importante pour faire face aux nombreux défis pratiques et juridiques qui perdurent, et utiliser davantage les alternatives à la rétention. Ce point est d'autant plus crucial que la majorité des États membres ont déjà créé une obligation légale d'examiner des mesures alternatives et pris des mesures à cet égard. Il est certain toutefois que des orientations plus complètes sur la façon d'appliquer effectivement ces mesures dans la pratique renforceront l'action des États membres dans ce domaine.

V. SUITE À DONNER : CE QUE POURRAIT FAIRE LE CDDH VALEUR AJOUTÉE ET PROCHAINES ÉTAPES

1. Nécessité de poursuivre les travaux

262. Comme indiqué au début de la présente Analyse, concevoir et mettre en œuvre des mesures alternatives à la rétention des migrants est une obligation solidement ancrée en Europe et dans le monde, et constamment réaffirmée dans les normes, les déclarations, et les recommandations internationales relatives aux droits de l'homme et dans les travaux spécifiques sur des pays qui appellent les États membres à donner priorité aux mesures de substitution.

263. Un certain nombre d'États membres ont modifié leur législation et leurs politiques de façon à restreindre le recours à la rétention des migrants, surtout les personnes vulnérables, et à prévoir d'autres mesures dans leur législation. Ils ont aussi exploré activement des mesures de substitution spécifiquement adaptées à leur contexte national ou à leurs groupes de migrants. Certains États membres du Conseil de l'Europe participent en outre à la stratégie globale du HCR *Au-delà de la détention*⁵⁶⁵, et s'impliquent dans d'autres activités et projets nationaux en la matière⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ A. Bloomfield, E. Tsourdi et J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, p. 119.

⁵⁶⁵ Le HCR a lancé la stratégie globale : *Au-delà de la détention 2014-19* en juin 2014 qui vise à ce que des alternatives à la détention soient prévues dans la législation et

264. La récente *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*, adoptée en septembre 2016 au sommet de haut niveau des Nations Unies, confirme ce mouvement et cette volonté en faveur d'une mise en œuvre plus judicieuse des mesures alternatives à la rétention. Les États se sont engagés notamment à rechercher des mesures de substitution et à s'efforcer de ne plus mettre d'enfants en détention dans le contexte de la migration⁵⁶⁷.

265. Malgré ces engagements et ces progrès, des obstacles juridiques et pratiques continuent de freiner considérablement la mise en œuvre systématique des mesures de ce type. Elles butent toujours sur de graves lacunes, qu'il conviendra de combler pour qu'elles soient véritablement efficaces.

266. La présente Analyse a passé en revue un certain nombre de mesures alternatives à envisager, avec leurs points forts et faibles. Les études comparées sur les alternatives à la rétention indiquent toutefois qu'il n'existe pas de modèle unique ni d'options « à la carte » garantissant des solutions durables si elles sont menées sans prendre dûment en considération certains éléments essentiels d'efficacité. Généralement, l'expérience réunie en la matière porte plutôt à conclure qu'il est d'une manière générale indispensable que certains facteurs essentiels soient présents pour que toute formule de substitution se révèle efficace sur le plan du respect des migrants de leurs obligations, du respect des droits de l'homme et des coûts. Cela peut en fait se révéler plus important que les types ou modèles de mesures adoptées, voire que le volume de ressources financières que consacre l'État membre à tel ou tel d'entre eux.

mises en œuvre dans la pratique. Elle a également pour but de mettre fin à la rétention des enfants aux fins de contrôle de l'immigration. Pour plus d'informations, voir HCR, 2014 2019 *Beyond Detention: A Global Strategy to support governments to end the detention of asylum-seekers and refugees*, 2014. Les États membres suivants se sont associés à la Stratégie, notamment la Hongrie, la Lituanie, la Malte et le Royaume-Uni. En décembre 2016, il a été annoncé que quatre autres États membres du Conseil de l'Europe participeraient à la Stratégie, notamment la Belgique, la Bulgarie, la République tchèque et "l'ex-République yougoslave de Macédoine". Voir: HCR, *Contribution to the Fifteenth Coordination Meeting on International Migration*, UN/POP/MIG-15CM/2017/14, 10 février 2017, §§ 22-24.

⁵⁶⁶ Diverses activités et projets pilote sur les alternatives à la rétention ont lieu dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe.

⁵⁶⁷ Assemblée générale, *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*, § 33.

267. Il n'y a donc pas de panacée, mais il paraît possible d'intégrer ces facteurs essentiels dans un large spectre de pratiques et d'approches. Cela veut aussi dire qu'il y aurait une occasion de concevoir de nouvelles approches innovantes qui renforcent « l'efficacité » des mesures tout en élargissant la vision actuelle des solutions possibles. Dans ce contexte, il est important de reconnaître que, sur le plan historique, les pratiques consistant à placer des migrants en rétention et à mettre en place des mesures alternatives à cette rétention sont relativement nouvelles. En d'autres termes, la plupart des parties prenantes continuent d'apprendre la façon dont les alternatives à la rétention des migrants fonctionnent le mieux et deviennent véritablement efficaces. Il est donc essentiel, dans ce processus encore expérimental, d'aider les États à prendre conscience non seulement qu'ils ont des obligations juridiques, mais aussi qu'ils doivent renforcer leurs capacités d'échange des savoir-faire et des méthodes concrètes qui ont fait leur preuve à ce jour dans ce domaine.

268. Les listes existantes de mesures de substitution en Europe montrent que, dans l'ensemble de ce domaine, il existe peut-être des possibilités de se concentrer davantage sur la participation que sur la répression. En effet, des pratiques *mobilisant* les intéressés peuvent se révéler plus fructueuses en termes de respect des obligations, d'avantages et d'application des textes. Autrement dit, tabler sur l'*encouragement* de la participation peut déboucher sur une meilleure *mise en œuvre* des politiques de gestion de la migration, et un bien meilleur respect des droits de l'homme.

269. En conclusion, disons premièrement que bien que les mesures évitant la rétention figurent déjà dans de nombreuses législations, leur mise en œuvre nationale pourrait être renforcée ; deuxièmement, lorsque des mesures de ce type sont déployées au niveau national, leur spectre suffisamment large et diversifié d'options pourrait être considérablement élargi. Et troisièmement, il conviendrait d'accorder une attention beaucoup plus grande à certains « facteurs essentiels » d'efficacité dans la mise en œuvre et la conception de ces mesures, de façon à garantir leur bon fonctionnement.

2. Prochaines actions envisageables

270. À la lumière de ce qui précède, il semble qu'une aide supplémentaire à la conception et au déploiement de mesures alternatives authentiquement efficaces dans les contextes nationaux respectifs des États membres serait encore utile à ces derniers. Il pourrait également être utile de les sensibiliser aux facteurs essentiels d'efficacité des mesures de ce type, en leur indiquant notamment comment en tirer parti pour résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'ils rencontrent. Il pourrait aussi être souhaitable de leur montrer comment appliquer chez eux ces facteurs essentiels à tel ou tel groupe de migrants ou à telle ou telle mesure. Cela pourrait nécessiter de promouvoir plus largement les facteurs essentiels de succès des mesures alternatives auprès de l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe.

271. Un appoint d'assistance pourrait aussi être nécessaire sur les façons d'associer efficacement des acteurs clés, tels que des institutions nationales des droits de l'homme (INDH) et des organisations de la société civile, à la recherche et au développement de formules efficaces évitant la rétention, surtout en raison du fait qu'ils se sont révélés être des partenaires indispensables à la réalisation des objectifs « d'efficacité ».

272. Au niveau de la justice pénale, les Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (« règles de Tokyo ») fournissent des modèles pour toute une série de problèmes que posent les mesures alternatives à la détention au niveau de la conception initiale, du déploiement, des garanties juridiques, de la formation, de l'évaluation et de la recherche notamment. Il n'existe pas encore de lignes directrices aussi complètes dans le domaine de la migration.

273. Certaines règles de Tokyo pourraient certes être transposées à la migration (en droit administratif) et fournir un bon point de départ à la préparation d'un code complet. Mais il est indispensable de bien distinguer les normes applicables au contexte pénal de celles qui s'appliqueraient à la gouvernance de la migration. Le moment pourrait être venu de s'atteler à cette tâche. Au Conseil de l'Europe, le Comité d'experts sur la rétention administrative des migrants (« CJ-DAM »)

codifie actuellement des règles relatives aux conditions de la rétention des migrants.

274. Globalement, il n'existe pas au niveau européen de cadre clair et complet sur les mesures efficaces alternatives à la rétention couvrant toutes les personnes auxquelles s'applique le paragraphe 1 f) de l'article 5 et, dans certaines circonstances, le paragraphe 1 b) de l'article 5, de la Convention. Il serait pourtant nécessaire d'en mettre un en place, qui contienne des garanties claires et complètes visant non seulement au respect des normes relatives aux droits de l'homme, mais aussi à l'authentique réalisation de ces derniers, tout en garantissant le respect des procédures de migration.

275. Le Conseil de l'Europe pourrait apporter à cette réflexion son expertise et sa perspective des droits de l'homme dans le domaine, pour indiquer comment les alternatives pourraient être encadrées de manière efficace. Les États membres pourraient être soutenus dans le développement et la mise en œuvre d'un éventail plus large de modèles alternatifs à la rétention, qui se basent sur les facteurs essentiels d'efficacité ainsi que des approches fondées sur l'engagement. Cela représenterait une contribution utile aux efforts actuels des États membres et compléterait les travaux fournis par d'autres parties prenantes européennes et internationales à ce sujet.

276. Comme suggestion concrète pour des travaux futurs, et à la lumière du mandat du CDDH pour le prochain biennium, une approche progressive pour les prochains travaux aurait le plus grand potentiel de succès. Dans un premier temps, la valeur ajoutée dans un avenir proche pourrait prendre la forme d'un manuel pratique et simple d'utilisation pour les autorités sur la mise en œuvre efficace des alternatives à la rétention des migrants. Fondamentalement, un tel manuel ne doit pas se restreindre aux aspects juridiques mais doit également s'appuyer sur les facteurs essentiels d'efficacité et les bonnes pratiques afin de donner des orientations sur la mise en œuvre réussie des alternatives et des leçons tirées. En parallèle à ce travail, le Conseil de l'Europe pourrait, entre autres, étudier la possibilité du lancement de projets spécifiques de coopération sur les alternatives à la rétention des migrants, avec des États membres intéressés, sur une base volontaire. Une seconde étape envisageable dans le processus de suivi des travaux actuels pourrait consister, par exemple, en la prise en considération de lignes directrices sur des alternatives efficaces à la

rétenion des migrants, en mettant potentiellement l'accent sur les enfants en particulier. Un échange d'information sur l'impact des mesures prises pourrait faire partie intégrante des travaux postérieurs. Afin que tous les travaux de suivi soient aussi utiles que possibles, ils devraient illustrer les normes pertinentes en matière de droits de l'homme et les facteurs essentiels des alternatives efficaces à la rétenion des migrants de manière simple à utiliser, accessible et pratique.

* * *

La présente Analyse fournit un aperçu global des normes internationales en matière de droits de l'homme qui sont pertinentes dans le contexte des alternatives à la rétention de migrants, en soulignant en particulier la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et autres standards du Conseil de l'Europe. D'un point de vue pratique, l'Analyse identifie plusieurs éléments qui s'avèrent essentiels pour rendre effectives les alternatives à la rétention de migrants, en termes de respect des droits de l'homme et de conformité aux procédures applicables aux migrations, ainsi qu'en termes de coût. L'Analyse fournit également une liste non exhaustive de différents types d'alternatives à la rétention dans le contexte des migrations, en expliquant les traits principaux de chaque alternative, ses avantages et ses inconvénients potentiels.

www.coe.int

Le Conseil de l'Europe est la principale organisation de défense des droits de l'homme du continent. Il comprend 47 États membres, dont l'ensemble des membres de l'Union européenne. Tous les États membres du Conseil de l'Europe ont signé la Convention européenne des droits de l'homme, un traité visant à protéger les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit. La Cour européenne des droits de l'homme contrôle la mise en œuvre de la Convention dans les États membres.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE