



Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour

Ce rapport porte sur les questions relatives au droit à la liberté et à la sûreté (article 6), au droit d'asile (article 18), au droit à la protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition (article 19), aux droits de l'enfant (article 24) et au droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial (article 47) des chapitres II « Libertés », III « Égalité » et IV « Justice » de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

**Europe Direct est un service destiné à vous aider à trouver des réponses
aux questions que vous vous posez sur l'Union européenne**

Un numéro unique gratuit (*):
00 800 6 7 8 9 10 11

(*). Certains opérateurs de téléphonie mobile ne permettent pas l'accès aux numéros 00 800 ou peuvent facturer ces appels.

Crédit photo (couverture & intérieur): iStockphoto

De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur l'internet via le serveur Europa (<http://europa.eu>).

FRA – Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
Schwarzenbergplatz 11 – 1040 Vienne – Autriche
Tél. +43 (1) 580 30 - 0 – Fax +43 (1) 580 30 - 699
E-mail : info@fra.europa.eu – Web : fra.europa.eu

Une fiche catalographique figure à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne, 2011

ISBN 978-92-9192-638-1
doi:10.2811/85097

© Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2010
Reproduction autorisée, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source.

Printed in Luxembourg

IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE ÉLÉMENTAIRE (ECF)



Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour

Avant-propos

La rétention d'une personne constitue une atteinte majeure à la liberté personnelle. Toute privation de liberté doit dès lors respecter les garanties établies pour prévenir toute rétention illicite et arbitraire. C'est également le cas lorsque la rétention est utilisée pour faciliter l'éloignement des migrants en situation irrégulière. Ainsi, si la rétention avant éloignement n'est pas en soi une violation de la législation en matière de droits de l'homme, elle peut le devenir, par exemple, lorsque ses motifs ne sont pas fixés dans la législation nationale de manière claire et exhaustive, ou lorsque la rétention ne respecte pas les règles de procédure ou de fond que prévoit la loi.

La rétention des migrants en situation irrégulière dans le cadre des procédures de retour a fait l'objet de discussions animées au cours des négociations sur la directive « retour ». Ce rapport s'efforce de décomposer les différents éléments du droit à la liberté et de l'interdiction de la rétention arbitraire. Il présente pour chacun de ces éléments un aperçu des normes législatives internationales applicables, ainsi que les pratiques nationales dans le but de faciliter une discussion objective de ces problématiques.

Ce rapport doit être examiné dans le contexte des travaux de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) au sein du Comité de contact de la directive « retour », auquel l'Agence a été invitée à participer par la Commission. La FRA a partagé ses considérations préliminaires sur une sélection de questions de droits fondamentaux couvertes par la directive « retour » avec les membres du Comité de contact en septembre 2009. Une version provisoire de ce rapport a également été soumise aux membres du comité pour commentaires. Ceux-ci ont été pris en considération lors de la rédaction du rapport. Cela se base donc sur des informations portant jusqu'à septembre 2010.

Les États membres sont tenus de transposer la directive « retour » avant la fin 2010. Grâce à son engagement au sein du Comité de contact et à ce rapport, la FRA espère aider les États membres à traiter les défis en matière de droits fondamentaux liés à la complexité du sujet.

Morten Kjaerum
Directeur

Codes pays

AT	Autriche	IT	Italie
BE	Belgique	LT	Lituanie
BG	Bulgarie	LU	Luxembourg
CY	Chypre	LV	Lettonie
CZ	République tchèque	MT	Malte
DE	Allemagne	NL	Pays-Bas
DK	Danemark	PL	Pologne
EE	Estonie	PT	Portugal
EL	Grèce	RO	Roumanie
ES	Espagne	SE	Suède
FI	Finlande	SI	Slovénie
FR	France	SK	Slovaquie
HU	Hongrie	UK	Royaume-Uni
IE	Irlande		

Table des matières

AVANT-PROPOS	3
SYNTHÈSE	7
AVIS	9
INTRODUCTION	13
1. LISTE EXHAUSTIVE DES MOTIFS	15
1.1. Motifs légitimes.....	15
1.2. Motifs figurant dans les législations nationales	16
1.3. Motifs non couverts par l'article 5, paragraphe 1, point f, CEDH.....	19
2. NÉCESSITÉ ET PROPORTIONNALITÉ	21
2.1. Pondération.....	21
2.2. Rétenion obligatoire.....	23
2.3. Diligence requise dans la préparation et l'exécution de l'éloignement.....	24
2.4. Perspectives réelles d'éloignement	25
2.5. Obstacles juridiques à l'éloignement	27
2.6. Risque de fuite	28
2.7. Caractéristiques et vulnérabilités personnelles.....	29
3. DURÉE MAXIMALE DE RÉTENION	31
3.1. Délais fixés dans le droit national.....	31
3.2. Rétenion aussi brève que possible.....	35
3.3. Contrôles périodiques automatiques	37
4. GARANTIES PROCEDURALES	39
4.1. Droit d'être informé.....	39
4.2. Contrôle juridictionnel.....	40
4.3. Assistance juridique.....	45
4.4. Accès aux procédures d'asile en rétenion	47
5. ALTERNATIVES À LA RÉTENION	49
5.1. Alternatives trouvées dans les législations nationales.....	49
5.2. Obligation d'examiner les alternatives avant de procéder à la rétenion	54
6. RÉTENION DES ENFANTS	55
6.1. Mesure de dernier ressort.....	55
6.2. Garanties contre la séparation des parents	57
6.3. Rétenion des enfants séparés.....	58
6.4. Séparation des enfants d'adultes non membres de la famille	61
6.5. Représentation juridique des enfants détenus seuls	62
ANNEXE	64

Figures et tableaux

Figure 1 : Durée maximale de rétenion fixée par la loi, UE-27	32
Figure 2 : Durée maximale de rétenion, par pays (mois).....	33
Figure 3 : États membres de l'UE possédant deux délais (mois).....	34
Figure 4 : Durée de rétenion maximale – tendances 2009-2010 (mois).....	35
Figure 5 : Approbation de l'ordonnance de rétenion par une juridiction, UE-27	41
Figure 6 : Existence d'alternatives à la rétenion dans le droit national, UE-27	50
Tableau 1 : Types d'alternatives utilisées par les États membres de l'UE.....	52
Figure 7 : Rétenion avant éloignement d'enfants séparés (hors points d'entrée), UE-27	59
Tableau A1 : Législations nationales – références complètes et abréviations, UE 27.....	64

Synthèse

Le présent rapport porte sur la privation de liberté des migrants en situation irrégulière dans l'attente de leur retour. Il examine six grandes questions : les motifs de la rétention, les principes de nécessité et de proportionnalité, la durée maximale de rétention, les garanties procédurales permettant d'éviter la rétention arbitraire, les alternatives à la rétention, et la rétention des enfants.

Les motifs de toute privation de liberté doivent être décrits de manière claire et exhaustive dans la législation. Ces motifs doivent également être légitimes à la lumière de l'article 5, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Les paramètres de la rétention visant à empêcher toute entrée non autorisée ou pour faciliter l'éloignement ont également été fixés dans le droit de l'Union européenne à l'article 15 de la directive « retour », qui prévoit de soumettre l'individu aux procédures de retour. Toutefois, dans certains cas, le fait d'être un migrant en situation irrégulière semble suffisant pour justifier la rétention. Dans d'autres cas, les législations nationales concernant l'immigration ou les étrangers envisagent la rétention des étrangers pour des motifs non liés à l'entrée non autorisée ou à la facilitation de l'éloignement.

Même lorsqu'elle se base sur des motifs légitimes, la rétention doit respecter certaines obligations supplémentaires pour ne pas être arbitraire. Les procédures de retour doivent être effectuées avec la diligence requise et les perspectives d'éloignement doivent être réalistes. En outre, l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) a été interprété de la manière suivante: pour ne pas être arbitraire, la rétention doit être nécessaire, par exemple, pour éviter la fuite ou la destruction de preuves. De même, l'article 15, paragraphe 5, de la directive « retour » stipule que la rétention est maintenue aussi longtemps qu'il est nécessaire pour garantir que l'éloignement puisse être mené à bien. Ces obligations doivent être examinées au cas par cas. En outre, une fois libérés, les migrants peuvent bénéficier des droits fondamentaux de base.

La rétention avant éloignement pour une durée indéterminée est arbitraire. Après un certain temps, lorsque l'éloignement n'a pas eu lieu, la privation de liberté perd son objectif initial. La directive « retour » est le premier document supranational contraignant qui prévoit une durée maximale de rétention avant éloignement: elle fixe le délai à six mois et, exceptionnellement, à 18 mois.

Toutefois, elle a subi de virulentes critiques internationales et de la société civile à ce sujet. La durée de la rétention doit être déterminée à la lumière des circonstances de chaque cas particulier. Plusieurs États membres de l'Union européenne ont mis en place des mécanismes de révision périodique de la rétention, utiles pour éviter que celle-ci soit indûment prolongée.

Plusieurs garanties procédurales ont été instaurées pour réduire le risque de rétention illicite ou arbitraire. Parmi celles-ci, le droit des personnes d'être informées des motifs de la rétention dans une langue qu'elles comprennent, le droit de contrôle juridictionnel de la décision relative à la rétention et une assistance judiciaire. Comme le montrent les résultats de cette étude de la FRA, en pratique, il pourrait y avoir des obstacles à l'exercice de ces droits. Un autre point à améliorer est l'information et le conseil relatifs au droit de demander l'asile pour les personnes privées de liberté.

La rétention peut devenir arbitraire si l'objectif pour lequel elle a été ordonnée peut être atteint au moyen de mesures moins restrictives, comme une information régulière de la police ou des restrictions liées à la résidence. Même si de nombreux États membres de l'UE prévoient la possibilité d'imposer des alternatives à la rétention, celles-ci ne sont utilisées qu'exceptionnellement et principalement pour les groupes particulièrement vulnérables. En même temps, certaines bonnes pratiques associant la libération à des conseils individuels dispensés par des assistants sociaux apparaissent.

Le droit international décourage fortement la rétention d'enfants. La rétention doit être une mesure en dernier ressort et durer le moins de temps possible, à la fois pour les enfants séparés et pour les enfants accompagnés de leurs parents ou des personnes qui en ont la charge principale. Toutefois, dans le même temps, la rétention des enfants pour empêcher leur entrée non autorisée sur le territoire ou pour faciliter leur éloignement n'est pas rare en Europe, notamment dans des infrastructures qui ne sont pas équipées pour répondre à leurs besoins.

Pour chacune de ces problématiques, ce rapport fournit des suggestions sous la forme d'avis de la FRA sur la manière de combler les vides existants. Elles sont mentionnées à la fin de chaque section et sont reproduites de manière consolidée à la section suivante.

Avis

Liste exhaustive des motifs

Les motifs de la rétention avant éloignement doivent être mentionnés de manière exhaustive dans la législation nationale et définis clairement. Le simple fait d'être un migrant en situation irrégulière ne doit jamais être considéré comme un motif suffisant de rétention.

Les États membres de l'Union européenne devraient veiller à ce que les motifs de rétention établis au niveau national n'aillent pas au-delà de la liste exhaustive des motifs légitimes prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). La privation de liberté sur la base de la prévention de la criminalité, des considérations sanitaires ou du vagabondage doit être régie par les mêmes règles, quel que soit le statut juridique de la personne concernée dans le pays d'accueil. Ces motifs ne devraient donc pas être réglementés par des législations sur les étrangers ou l'immigration, mais par d'autres actes législatifs. Dans le cas contraire, cela risque de conduire à l'application de normes différentes basées sur le statut juridique de la personne dans le pays.

Nécessité et proportionnalité

Toute rétention obligatoire des migrants en situation irrégulière devrait être interdite car elle est contraire à la nécessité d'examiner si des mesures moins coercitives peuvent s'appliquer en l'espèce ou si la rétention est nécessaire en premier lieu.

Pour éviter des situations pouvant être contraires aux exigences de l'article 5, paragraphe 1, CEDH, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH), ainsi qu'à l'article 15, paragraphe 1, de la directive « retour », les États membres de l'UE devraient envisager d'inclure dans leur droit national la nécessité de lancer et de mettre en œuvre le processus de retour et d'éloignement avec la diligence requise pour garantir la légalité de la privation de liberté.

La rétention avant éloignement n'est pas légale en l'absence de perspectives réalistes d'éloignement. Il appartient normalement à l'administration et aux tribunaux de décider si c'est le cas. Pour éviter une rétention prolongée, les législateurs peuvent toutefois envisager de prévoir une présomption contre la rétention avant éloignement pour les apatrides *de fait*, lorsqu'il apparaît clairement au vu des expériences passées que le pays de nationalité refusera toute coopération pour établir la citoyenneté et transmettre les documents de voyage appropriés.

Les États membres de l'UE sont encouragés, lorsqu'ils réexaminent leurs législations relatives aux étrangers ou à l'immigration, à mettre en place des mécanismes pour éviter les situations de vides juridiques en reconnaissant la présence dans le pays de personnes qu'il est impossible d'éloigner, et à faire en sorte qu'elles jouissent des droits fondamentaux applicables. En outre, il est important d'entamer une réflexion, au niveau européen, pour définir les moyens de mettre fin aux situations prolongées de flou juridique. Cette réflexion ne devrait pas avoir pour effet de récompenser le manque de collaboration, mais d'instaurer une certitude juridique et respecter les droits fondamentaux.

La rétention avant éloignement devrait uniquement être utilisée lorsqu'il existe un risque de fuite ou d'autre ingérence sérieuse dans le processus de retour ou d'éloignement, notamment la destruction de preuves ou de documents. Les États membres de l'UE peuvent envisager de le mentionner explicitement lors de l'examen de leur législation nationale.

La FRA salue les dispositions législatives nationales existant dans certains États membres qui requièrent des autorités qu'elles prennent en considération les caractéristiques individuelles de la personne concernée lorsqu'elles décident de sa rétention, et encourage les autres à suivre cet exemple. Ces dispositions peuvent aider à s'assurer qu'une attention particulière est accordée à cet élément avant de priver de liberté des personnes particulièrement vulnérables ou des personnes ayant des besoins spécifiques, et à garantir que des solutions autres que la rétention soient dûment examinées.

Durée maximale de rétention

La FRA encourage les États membres de l'UE à ne pas prolonger les périodes maximales de rétention au-delà de six mois. Lorsqu'une telle possibilité est introduite ou prévue, conformément à la directive « retour », la législation nationale doit comprendre des garanties strictes pour veiller à ce que cette possibilité ne soit utilisée que dans des cas extrêmement exceptionnels. Un retard dans l'obtention des documents nécessaires ne peut justifier un prolongement de la privation de liberté, s'il est clair dès le départ que le pays tiers concerné ne collaborera pas ou lorsqu'on ne s'attend pas raisonnablement à ce que les documents nécessaires soient délivrés dans les temps. Le cas échéant, la rétention ne poursuivrait plus l'objectif légitime de faciliter l'éloignement.

La période de six mois (très exceptionnellement, 18 mois) fixée dans la directive « retour » doit être considérée

comme un plafond. Vu l'influence de la rétention sur la dignité personnelle, il est capital de prévoir dans la législation nationale que la rétention ne sera décidée ou maintenue que pour une durée strictement nécessaire pour garantir que la situation individuelle de la personne concernée sera évaluée dans chaque cas, rendant ainsi l'application systématique du délai maximal de rétention illicite.

Les contrôles juridictionnels périodiques automatiques sont une garantie importante que la rétention soit la plus brève possible. Les cours et tribunaux doivent procéder à des révisions à intervalles réguliers, de préférence au moins une fois par mois.

Garanties procédurales

Vu les problèmes de mise en œuvre pratique de l'article 5, paragraphe 2, de la CEDH, il est sans doute recommandable de préciser expressément dans la législation nationale que le motif de rétention mentionné dans l'ordonnance de rétention et la procédure d'accès au contrôle juridictionnel doivent être traduits dans une langue comprise par le détenu. Les motifs devraient également être communiqués par écrit et lus avec l'aide d'un interprète, si nécessaire.

Le droit de contrôle juridictionnel de l'ordonnance de rétention doit être disponible effectivement dans tous les cas. Pour ce faire, le meilleur moyen est d'exiger que toute ordonnance de rétention soit signée par un juge, comme c'est déjà le cas dans de nombreux États membres de l'UE. En outre, des mesures visant à lever les obstacles restreignant l'accès à la procédure de contrôle juridictionnel devraient être mises en place, notamment en ce qui concerne l'information, l'assistance linguistique et la simplification des exigences procédurales. Les cours et tribunaux qui réexaminent l'ordonnance de rétention doivent avoir le pouvoir et être adéquatement équipés pour examiner la légalité de la rétention. Des délais raisonnables doivent également être appliqués pour éviter de prolonger les procédures d'examen sans nuire à leur équité.

Vu la variété d'obstacles que les migrants en situation irrégulière doivent surmonter pour accéder à l'assistance judiciaire, les États membres de l'UE sont encouragés, lorsqu'ils réexaminent leurs législations relatives aux étrangers ou à l'immigration, à entamer un dialogue avec les organisations de la société civile ainsi qu'avec les organisations du barreau pour trouver des solutions législatives pragmatiques, pratiques et non discriminatoires aux obstacles rencontrés, et continuent de respecter les obligations internationales. En outre, une étude comparative détaillée sur l'accessibilité de l'assistance judiciaire en pratique doit être réalisée dans tous les pays de l'Union européenne.

Les informations relatives à l'asile devraient être directement disponibles dans les infrastructures de rétention. Les États membres de l'UE devraient permettre aux organisations non gouvernementales (ONG) et à ceux qui fournissent des conseils juridiques d'accéder aux infrastructures de rétention et de fournir des conseils. Lorsqu'une libération immédiate sur remise d'une demande de protection internationale n'est pas envisagée, le demandeur doit être libéré dès que la demande n'est ni considérée comme irrecevable ou abusive, ni considérée comme manifestement infondée.

Alternatives à la rétention

Les États membres de l'UE qui ne l'ont pas encore fait sont encouragés à prévoir dans leur législation nationale des règles définissant des solutions alternatives à la rétention, sans limiter de manière disproportionnée les autres droits fondamentaux. Les formes innovantes d'alternatives, notamment l'information de l'individu sur la finalité de l'immigration doivent être examinées si possible. À l'inverse, vu les restrictions des droits fondamentaux qu'elle implique, l'identification électronique devrait normalement être évitée.

La rétention ne doit pas être utilisée lorsque des mesures moins intrusives sont suffisantes pour atteindre l'objectif légitime recherché. Pour faire en sorte que ces mesures moins coercitives soient appliquées en pratique, les États membres de l'UE sont encouragés à prévoir dans leur législation nationale des règles définissant des solutions autres que la rétention. Ces règles devraient prévoir obligatoirement que les autorités examinent, dans chaque cas particulier, si l'objectif consistant à assurer l'éloignement peut être atteint par des mesures moins coercitives avant de délivrer une ordonnance de rétention, et qu'elles exposent les motifs si tel n'est pas le cas.

Rétention d'enfants

Les États membres de l'UE sont encouragés à inclure dans leur législation nationale une forte présomption contre la rétention et en faveur de solutions autres que la rétention pour les familles avec enfants, en tenant compte en premier lieu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les enfants ne doivent pas être privés de liberté s'ils ne peuvent être détenus dans des infrastructures adaptées à leurs besoins spécifiques. Des garanties devraient également être envisagées pour veiller à ce que lorsque les enfants sont privés de leur liberté, la rétention ne soit pas prolongée indûment. Il pourrait notamment s'agir de durées maximales de rétention ou de réexamens plus fréquents.

Lorsqu'on détermine si les enfants doivent être placés en rétention avec leurs parents ou la personne qui en

a la charge principale, il faut accorder une importance capitale à l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi, les solutions autres que la rétention doivent être activement prises en considération. Lorsque, exceptionnellement, les alternatives ne sont pas suffisantes, et s'il est jugé nécessaire de placer le(s) parent(s) en rétention, les enfants ne doivent être détenus avec leurs parents que si – après une évaluation attentive de toutes les circonstances individuelles et en accordant l'importance nécessaire à l'avis de l'enfant, à son âge et à sa maturité - il en va de l'intérêt de l'enfant de rester avec ses parents, il faut le préciser dans la législation nationale.

Plusieurs États membres de l'UE interdisent actuellement la rétention d'enfants séparés et/ou non accompagnés, tandis que d'autres ne l'autorisent que dans des circonstances très exceptionnelles. C'est une bonne pratique qu'il faudrait maintenir et que les autres États devraient adopter,

en vertu également de l'article 4, paragraphe 3, de la directive « retour », qui permet d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables. Il est d'ailleurs difficile d'imaginer une situation où la rétention d'un enfant séparé ou non accompagné au seul motif d'assurer son éloignement respecterait les obligations de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE).

Les enfants séparés ne doivent en aucune circonstance être privés de leur liberté s'il n'est pas possible de garantir qu'ils seront détenus dans des infrastructures appropriées, dans des logements séparés des adultes.

Lorsque la législation permet exceptionnellement la privation de liberté d'un enfant séparé, le droit national devrait obliger de nommer immédiatement un représentant légal gratuit, à moins que l'enfant en ait déjà un, en plus d'un tuteur indépendant.

Introduction

Le programme de travail 2009 de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) inclut un projet sur les droits des immigrés en situation irrégulière dans les procédures de retour volontaire et involontaire. Il a été demandé à la FRA d'examiner la législation et la pratique existantes à la lumière des normes prévues par la directive « retour ». Plusieurs questions de droits fondamentaux relatives au traitement des personnes qui seront expulsées du territoire des États membres de l'Union européenne seront analysées dans le cadre de ce projet. La première question examinée par la FRA concerne la privation de liberté des migrants en situation irrégulière¹ en attente du retour, qui fait l'objet de ce rapport.

Le présent rapport examine la pratique dans les 27 États membres de l'Union européenne à la lumière du cadre juridique international des droits de l'homme (principalement le pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et, pour les enfants, la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989) et de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH). En outre, des documents importants de droit non contraignant comme, par exemple, les Vingt principes directeurs sur le retour forcé du Conseil de l'Europe ainsi que les déclarations pertinentes des organes du traité des Nations unies (ONU) et du Groupe de travail de l'ONU sur la rétention arbitraire ont également été utilisés pour orienter la discussion.

La rétention et la privation de liberté sont utilisées comme synonymes dans ce rapport. Ces deux expressions englobent différentes formes de privation de liberté des non-ressortissants de l'Union européenne (y compris les apatrides) afin de faciliter leur éloignement, quelle que soit la manière dont ces mesures sont définies en droit national. Elles incluent, par exemple, l'expression française « rétention », ou la restriction de mouvement prévue à l'article 56 de la loi slovène sur les étrangers qui, même si elle ne parle pas explicitement de privation de liberté dans le droit national, revient en pratique à la rétention².

Il faut faire une différence entre rétention et restriction du droit à la liberté de mouvement, même si cette différence porte essentiellement sur le degré ou l'intensité, et pas sur la nature ou le fond, comme l'a précisé la Cour européenne des

droits de l'homme³. Une personne n'est pas privée de liberté en cas de restriction liée à la résidence, sauf si celle-ci est tellement stricte qu'elle est considérée comme synonyme de rétention. C'est par exemple le cas des personnes détenues dans les zones de transit des aéroports qui, même si elles ont en théorie la possibilité de quitter le pays, doivent être considérées comme privées de leur liberté⁴.

Il est important de noter que la rétention des demandeurs d'asile n'est pas couverte par le présent rapport, qui se concentre principalement sur la rétention avant éloignement pour faciliter l'expulsion de ressortissants de pays tiers se trouvant déjà sur le territoire de l'Union européenne, même si la privation de liberté aux points d'entrée comme, par exemple, le confinement dans un aéroport, pour empêcher l'entrée non autorisée, est abordée dans certaines sections. La rétention de personnes dont l'éloignement a été décidé par un tribunal dans le cadre de procédures pénales n'est pas non plus couverte par le présent rapport.

Celui-ci ne porte pas non plus sur les conditions dans les infrastructures utilisées pour la rétention avant éloignement, sauf lorsqu'elles sont directement liées à la question du caractère arbitraire ou non de la rétention.

En ce qui concerne les enfants, ce rapport complète les études récemment publiées par la FRA sur *Les enfants séparés demandeurs d'asile dans les États membres de l'Union européenne*, dont la synthèse a été publiée en avril 2010⁵.

Les informations sur la législation et les pratiques nationales ont été collectées par la FRA auprès d'experts juridiques nationaux. Le projet de rapport a été présenté pour commentaires aux représentants des États membres au sein du Comité de contact sur la directive « retour ». Quatorze pays ont fourni des commentaires : Autriche, Belgique, République tchèque, Allemagne, Irlande, Lettonie, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Pologne, Slovaquie, Slovénie, Suède et Royaume-Uni. En outre, des commentaires sur le projet ont été communiqués par la Cour européenne des droits de l'homme, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme (OHCHR), le Fonds des Nations unies pour l'enfance (UNICEF), ainsi que l'International Detention Coalition, le Jesuit Refugee Service Europe et Save the Children.

1 Ce rapport utilise l'expression « migrant en situation irrégulière » comme synonyme de « ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier » tel que défini à l'article 3, paragraphes 1 et 2 de la 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 (directive « retour »).

2 12^e rapport annuel du Médiateur slovène des droits de l'homme, juillet 2007, p. 37, disponible sur : www.varuh-rs.si/fileadmin/user_upload/pdf/lp/Varuh_LP_2006_ANG.pdf (tous les hyperliens de ce document ont été consultés le 24 août 2010).

3 Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH), *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76, 6 novembre 1980, paragraphe 93.

4 Voir CouEDH, *Amuur c. France*, n° 19776/92, 25 juin 1996, paragraphe 49. La Cour a conclu que la rétention des demandeurs d'asile dans la zone de transit de l'aéroport de Paris-Orly (et son extension, le rez-de-chaussée de l'Hôtel Arcade adapté à cet effet) pendant vingt jours était synonyme de privation de liberté, même s'il était en principe possible pour les demandeurs d'asile de quitter volontairement le pays.

5 FRA (2010) *Separated asylum-seeking children in European Union Member States – Summary report*, Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, disponible sur : http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/SEPAC-SUMMARY-REPORT-conference-edition_en.pdf.

1. Liste exhaustive des motifs

Le motif de toute privation de liberté doit être prévu dans la législation de manière claire et exhaustive. Cette disposition figure à l'article 9, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)⁶, ainsi qu'à l'article 5, paragraphe 1, de la CEDH⁷.

Pour être licite, la rétention visant à prévenir toute entrée non autorisée dans le pays ou à faciliter l'éloignement doit être couverte par le droit national. La légalité de la privation de liberté des migrants en attente de leur éloignement ne pose généralement pas de problème: dans tous les pays de l'Union européenne, les motifs permettant la rétention sont inscrits dans la loi, habituellement dans les législations nationales relatives à l'immigration ou aux étrangers. Les motifs sont généralement exposés dans le droit national de manière exhaustive⁸.

1.1. Motifs légitimes

Convention européenne des droits de l'homme

Article 5, paragraphe 1, point f

Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : [...]

(f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

Toutefois, les motifs doivent non seulement être cités de manière exhaustive dans la législation nationale, mais doivent être aussi être légitimes pour éviter que la privation de liberté ne soit arbitraire. Si le PIDCP ne contient pas une liste des motifs, l'article 5, paragraphe 1, CEDH autorise la privation de liberté pour six motifs seulement. Cette liste est exhaustive et doit être interprétée de manière restrictive⁹. Elle prévoit que la privation de liberté ne peut être utilisée que dans les cas suivants :

- après condamnation par un tribunal compétent ;
- pour non-exécution d'une obligation prescrite par la loi ;

- dans l'attente du procès ;
- dans des situations spécifiques concernant les mineurs ;
- pour des motifs de protection sociale liés à des groupes vulnérables ;
- pour empêcher l'entrée irrégulière ou faciliter l'éloignement.

C'est ce dernier motif, mentionné à l'article 5, paragraphe 1, point f, qui établit le cadre de privation de liberté couvert par ce rapport. Plus spécifiquement, l'article 5, paragraphe 1, point f, permet la privation de liberté d'une personne :

- pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire ; ou
- contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

Pour respecter la CEDH, il convient d'intégrer les motifs prévus dans le droit national pour justifier une rétention avant entrée ou avant éloignement dans l'un de ces deux volets de l'article 5, paragraphe 1, point f. Autrement, le droit national sera en contradiction avec la CEDH. Des garanties plus strictes sont expressément requises pour la privation de liberté, avant procès ou autre, prévue à l'article 5, paragraphe 1, points a à e¹⁰.

Dans le droit de l'Union européenne, la privation de liberté au titre de l'article 5, paragraphe 1, point f, CEDH est essentiellement régie par l'acquis en matière d'asile¹¹ et par la directive « retour ». L'article 15, paragraphe 1, de la directive « retour » permet uniquement la rétention d'un ressortissant d'un pays tiers « qui fait l'objet de procédures de retour ». La privation de liberté est autorisée pour deux raisons : (i) pour préparer le retour et (ii) pour exécuter le processus d'éloignement, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou d'autres ingérences dans le processus de retour ou d'éloignement. Ces raisons sont couvertes par l'article 5, paragraphe 1, point f, CEDH.

6 Voir deuxième phrase : « Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs, et conformément à la procédure prévus par la loi ».

7 « Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales ».

8 Pour des exemples de listes exhaustives des motifs de rétention, voir l'article 113 de la loi lituanienne sur le statut juridique des étrangers (loi sur les étrangers) ou l'article 121 de la loi finlandaise sur les étrangers (loi sur les étrangers).

9 Voir CouEDH, *Ciulla c. Italie*, n° 11152/84, 22 février 2002, paragraphe 41 ; et CouEDH, *Wloch c. Pologne*, n° 27785/95, 19 octobre 2000, paragraphe 108.

10 Voir ci-dessous au point 1.3.

11 Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, article 18 ; et directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, considérant 10 et articles 6, paragraphe 2, 13, paragraphe 2, et 14, paragraphe 8. Voir aussi la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, refonte, COM(2008) 820, section V.

1.2. Motifs figurant dans les législations nationales

Cour européenne des droits de l'homme

H.L. c. Royaume-Uni, 2004, paragraphe 114

En outre, vu l'importance de la liberté personnelle, la législation nationale applicable doit respecter le critère de « légalité » fixé par la convention, qui requiert que toute législation doit être suffisamment précise pour permettre au citoyen – si nécessaire, au moyen de conseils appropriés – de prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences que pourrait avoir une action donnée dans certaines circonstances.

En général, au niveau national, on peut distinguer trois grandes approches concernant la manière dont les motifs de rétention avant éloignement sont fixés par la législation. Dans un premier groupe de pays, des listes spécifiques et parfois détaillées des situations justifiant la rétention sont incluses dans le droit national¹². Dans un deuxième groupe de pays, les motifs autorisant la rétention avant éloignement sont décrits en termes généraux¹³. Enfin, dans un troisième groupe, la législation comprend une description relativement générale, avec des précisions plus spécifiques sous la forme d'exemples dans les arrêtés d'application¹⁴ ou une note d'orientation¹⁵.

12 C'est par exemple le cas en Hongrie, où la section 54.1, de la loi II de 2007 sur l'admission et le droit de résidence des ressortissants de pays tiers (loi RPT) permet la rétention d'un ressortissant de pays tiers pour assurer son expulsion dans cinq circonstances expressément prévues par la loi, allant de l'obstruction au report de l'expulsion, en passant par le non-respect des obligations d'information. De la même manière, la section 62.2 de la loi allemande sur la résidence du 30 juillet 2004 (loi sur la résidence) comprend six motifs de rétention avant éloignement, dont notamment la non-présentation à un rendez-vous avec les autorités sans excuse valable et la suspicion fondée que l'étranger se soustraira à son expulsion. En Lituanie, l'article 113 de la loi sur le statut juridique des étrangers du 29 avril 2004 (loi sur les étrangers) prévoit sept motifs de rétention, par exemple, la suspicion d'avoir utilisé des documents contrefaits.

13 À Malte, par exemple, l'article 14 de la loi d'immigration prescrit une rétention obligatoire pour tous les « étrangers clandestins », notion qui renvoie essentiellement à toute personne n'ayant pas le droit d'entrer, de séjourner et de résider sur le territoire (voir article 5 de la même loi). Au Portugal, l'article 161 de la loi 23/2007 approuvant le cadre juridique de l'entrée, du séjour, de la sortie et de l'éloignement des étrangers sur le territoire national et en dehors de celui-ci (loi 23/2007) permet la rétention en cas de désobéissance vis-à-vis de la décision d'éloignement. L'article 13, paragraphe 2, de la loi chypriote sur les étrangers et l'immigration de 2001 (loi sur les étrangers) octroie aux autorités le droit de détenir les personnes réputées être des immigrés clandestins qui ont reçu un ordre de quitter le territoire.

14 C'est par exemple le cas aux Pays-Bas, qui permettent la rétention dans le but d'éloigner de force les migrants en situation irrégulière pour des questions d'ordre public ou de sécurité nationale (loi sur les étrangers, article 59). Les orientations d'exécution de 2000 de la loi sur les étrangers, au point (A) 5.3.3.1, contiennent une longue liste d'exemples de raisons d'ordre public, par exemple le risque de fuite pour éviter un éloignement de force ou le casier judiciaire. Ces exemples ne sont pas exhaustifs, comme souligné par le département de la juridiction administrative du conseil d'État (voir décision 200402389/1 du 4 mai 2004, considérant 2.1.1.).

15 Voir, par exemple, UK Border Agency, Operational Enforcement Manual,

Une liste spécifique peut fournir des orientations concrètes aux fonctionnaires chargés de prendre la décision relative à la rétention, réduisant ainsi le risque de rétention arbitraire. Si elle est trop prescriptive, elle peut toutefois réduire les marges d'appréciation laissées à l'administration ou aux tribunaux pour déterminer si la rétention est appropriée en l'espèce. Dans la même veine, une définition assez générale de la rétention peut encourager une pondération des différents facteurs pertinents dans chaque cas individuel, mais une plus grande marge de discrétion laissée aux fonctionnaires peut conduire à des approches incohérentes. Lorsque les motifs de rétention sont exposés de manière générale, des exemples peuvent toutefois se révéler utiles.

Un large éventail de motifs sont prévus par la législation nationale pour justifier la privation de liberté des migrants en situation irrégulière. Les pages suivantes illustrent les motifs les plus courants dans les législations nationales. S'il est difficile de comparer les différentes formulations, les six différentes catégories de motifs décrites plus bas apparaissent régulièrement dans les législations nationales.

La rétention avant éloignement ordonnée par un tribunal dans le cadre de procédures pénales n'est pas couverte par ce rapport¹⁶. De la même manière, d'autres motifs figurant dans les lois sur les étrangers et l'immigration qui ne sont pas liés à la prévention de l'entrée non autorisée ou à la facilitation du retour et de l'éloignement sont traités séparément à la section suivante.

La présence d'un des motifs suivants ne signifie pas nécessairement que la rétention se justifie en vertu du droit national. D'autres conditions, comme un test de nécessité ou de proportionnalité, peuvent être requises par la législation ou la jurisprudence nationale.

Rétention pour empêcher l'entrée non autorisée

Le Code frontières Schengen¹⁷ précise les catégories de personnes qui se verront refuser l'entrée dans l'UE et charge les garde-frontières d'empêcher l'entrée irrégulière de ces ressortissants de pays tiers¹⁸. Une privation de liberté

chapitre 55, disponible sur : www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/enforcement/detentionandremovals/.

16 Par exemple, les dispositions de l'article 97 de l'ordonnance roumaine d'urgence n° 194 du 12 décembre 2002 sur le statut des étrangers en Roumanie (ordonnance d'urgence), qui autorise la rétention d'un étranger déclaré indésirable ; l'article 62, paragraphe 1, point a, de la loi slovaque n° 48/2002 sur la résidence des étrangers (lois sur les étrangers) qui envisage la rétention en vue de l'éloignement pénal d'une personne ; la section 54, paragraphe 1, de la loi hongroise, qui permet la rétention d'une personne libérée condamnée pour une infraction volontaire ; et la section 51, paragraphe 1, point 4, de la loi lettone sur l'immigration du 20 novembre 2002 (loi sur l'immigration).

17 Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Code frontières Schengen).

18 *Idem*, article 13.

de courte durée à la frontière en vue d'empêcher l'entrée est autorisée sur le fond dans tous les pays de l'Union européenne¹⁹. En pratique, c'est plus souvent le cas aux aéroports, où il n'est pas toujours possible de renvoyer la personne directement dans son pays d'origine. Dans ces cas, il peut être demandé à la personne de rester dans la zone de transit ou dans d'autres infrastructures prévues en attendant le prochain vol de retour. Le confinement à la frontière se limite généralement à une brève période de temps. Lorsque le départ ne peut être organisé, la personne est normalement transférée dans d'autres infrastructures en dehors de la zone de transit.

Rétention en vue d'un éloignement effectif

Tous les pays de l'Union européenne permettent la rétention de ressortissants de pays tiers afin de préparer leur retour ou de procéder à leur éloignement, même si les législations nationales utilisent des formulations différentes pour définir ce motif de privation de liberté. Environ deux tiers des pays considèrent expressément la facilitation du retour ou de l'éloignement comme un motif de rétention. D'autres pays utilisent différentes formules pour justifier la rétention, comme décrit plus bas. Parmi ces pays qui mentionnent expressément la facilitation du retour ou de l'éloignement comme motif de rétention dans leur droit national, certains font référence à la nécessité de garantir le retour ou l'éloignement de la personne concernée²⁰. D'autres pays utilisent une formulation plus vaste et donnent aux autorités le pouvoir de placer en rétention

un individu si une décision d'expulsion a été prise²¹. L'exécution des procédures de retour ou d'éloignement est considérée soit comme le seul motif²², soit comme un motif parmi d'autres²³, soit comme un motif parmi d'autres plus cumulatifs²⁴.

Rétention en cas d'entrée, de sortie ou de séjour irrégulier

Dans certains pays, la législation mentionne l'entrée ou le séjour irrégulier comme motifs de rétention. C'est le cas en Lettonie, en Lituanie, à Malte et en Pologne. Conformément à la section 51, paragraphe 1, point 1, de la loi lettone sur l'immigration, un ressortissant d'un pays tiers peut être détenu s'il « a franchi illégalement la frontière de l'État [...] ou violé les procédures [...] d'entrée ou de résidence ». En Lituanie, un étranger peut être détenu s'il « est entré ou séjourne illégalement en République de Lituanie »²⁵. À Malte, la rétention est essentiellement obligatoire pour les personnes définies comme immigrés clandestins, à l'égard desquelles une ordonnance d'éloignement a été délivrée. Il s'agit, entre autres, des ressortissants de pays tiers qui ont violé les règles d'entrée ou de séjour à Malte²⁶. Enfin, en Pologne, l'article 102, paragraphe 1, point 3, de la loi sur les étrangers autorise la rétention d'un étranger qui a franchi ou a tenté de franchir la frontière de manière irrégulière.

À première vue, ces dispositions semblent problématiques car elles semblent permettre à l'administration de priver de liberté un étranger uniquement parce qu'il est en situation irrégulière, sans prévoir l'obligation de prendre des mesures concernant son retour ou son éloignement. Des garanties peuvent être fournies dans ces pays pour réduire le risque de rétention arbitraire. Par exemple, en Lettonie, toute

19 Par exemple, la loi autrichienne de police sur les étrangers, sections 41 à 43 ; la loi française 92-625 du 6 juillet 1992, établissant un régime spécial de rétention pour les zones de transit ; la section 41, paragraphe 1, de la loi RPT hongroise, qui fixe une durée maximale de rétention de 72 heures en cas de séjour dans un lieu prévu à cet effet à la frontière ou de 8 jours dans une zone prévue à cet effet à l'aéroport ; la loi lituanienne sur les étrangers, article 113, paragraphe 1. En Slovaquie, une disposition distincte régit la rétention en cas de retour sur la base d'un accord bilatéral, habituellement un accord de réadmission (loi sur les étrangers, articles 62, paragraphe 5, et 62, paragraphe 1, point c) ; Slovaquie, loi nationale 60/07 sur le contrôle aux frontières du 6 juin 2007, article 32.

20 Voir, par exemple, la loi autrichienne de police sur les étrangers, section 76, paragraphe 1 ; Belgique, loi du 15 Décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, article 7, paragraphe 11 ; Danemark, loi n° 785 du 10 août 2009 sur les étrangers (consolidée) (loi sur les étrangers), article 35, paragraphe 1 ; Estonie, loi sur l'obligation de quitter le territoire et sur l'interdiction d'entrer sur le territoire du 21 octobre 1998 (OLPEA), section 15, paragraphe 1, à la lumière de la décision 3-3-1-45-06 de la cour suprême du 13 novembre 2006 ; Irlande, loi de 2008 sur l'immigration, la résidence et la protection, section 55 ; Lettonie, loi de 2002 sur l'immigration, article 51, paragraphe 1, points 2 et 3 ; Pays-Bas, loi sur les étrangers, article 59 ; Pologne, loi sur les étrangers du 13 juin 2003 (loi sur les étrangers), article 102, paragraphe 1, point 1 ; Slovaquie, loi sur les étrangers, article 62, paragraphe 1, point a ; Espagne, loi 4/2000 du 11 janvier 2000, Sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en Espana y su Integración Social (BOE n° 10 du 12 janvier 2000) (telle que modifiée au 12 décembre 2009) (loi 4/2000), article 62 ; Suède, la loi sur les étrangers 2005:716 (loi sur les étrangers), article 10, paragraphe 1, mentionne la nécessité d'évaluer le droit de l'étranger de rester dans le pays comme motif de rétention ; Royaume-Uni, loi de 2002 sur la nationalité, l'immigration et l'asile, section 62.

21 Voir Chypre, loi sur les étrangers, article 13, paragraphe 2, qui permet la rétention de tout immigrant en situation irrégulière qui a reçu un ordre de quitter le territoire. Voir aussi République tchèque, loi n° 326/1999 coll. sur la résidence des ressortissants étrangers sur le territoire de la République tchèque (FORA), article 124, paragraphe 1 ; Estonie, OLPEA, section 15 paragraphe 1 ; loi allemande sur la résidence, article 62, paragraphe 2, point 1 ; Pologne, loi sur les étrangers, article 102, paragraphe 1, point 2, s'il existe un risque que la décision de retour ne soit pas exécutée volontairement ; Roumanie, ordonnance d'urgence, article 97. La France, l'Italie et le Luxembourg permettent la rétention lorsqu'il n'est pas possible de procéder immédiatement à l'éloignement (voir France, Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) à l'article 551-1 ; Italie, Decreto legislativo of 25 luglio 1998, n° 286 (modifié pour la dernière fois par la loi du 15 juillet 2009, n° 94) (LD 1998/286), article 14 ; Luxembourg, loi portant sur la libre circulation des personnes et immigration, 28 août 2008 (loi sur l'immigration), article 120.

22 Voir Belgique, loi sur les étrangers, article 7, paragraphe 11.

23 Voir loi slovaque sur les étrangers, section 62, paragraphe 1, point a ; Italie, LD 286/98, qui utilise toutefois l'expression « retour », article 14 ; Suède, loi sur les étrangers, article 10, paragraphe 1.

24 C'est par exemple le cas aux Pays-Bas, où la privation de liberté doit satisfaire à deux conditions : elle doit avoir l'objectif d'éloigner de force un migrant en situation irrégulière et doit être dans l'intérêt de l'ordre public ou de la sécurité nationale. Voir loi sur les étrangers, article 59.

25 Loi lituanienne sur les étrangers, chapitre VII, article 113, paragraphe 2.

26 Malte, loi sur l'immigration, article 5.

décision relative à la rétention prise par l'administration doit être réexaminée par un juge, qui devra évaluer différents facteurs, notamment savoir si l'étranger dissimule son identité, ou s'il ne coopère pas²⁷.

Rétention pour établir l'identité et la nationalité

Un motif courant de privation de liberté est la nécessité d'établir l'identité de la personne concernée. En pratique, l'identification des migrants en situation irrégulière et les informations à leur sujet restent un défi important pour l'administration. C'est également l'un des principaux obstacles pratiques empêchant les autorités d'éloigner une personne qui n'est pas autorisée à rester. Il n'est donc pas surprenant que plusieurs pays permettent explicitement la rétention d'un migrant en situation irrégulière pour établir ou confirmer, par l'émission des documents pertinents, son identité et sa nationalité²⁸.

Différentes raisons rendent l'identification et la documentation difficiles. Il s'agit notamment du manque de coopération des autorités consulaires du pays d'origine, de la non-coopération de l'individu concerné, des difficultés de communication (par exemple, dans le cas des enfants) ou du fait que la personne soit apatride *de jure* ou *de facto*²⁹.

Il est intéressant de noter que dans la plupart des cas, la rétention afin d'établir l'identité est formulée en termes généraux, que les obstacles à l'identification ou aux informations soient de la responsabilité du migrant en situation irrégulière ou pas. Il se peut que la législation nationale mentionne expressément des situations provoquées par le migrant en situation irrégulière, comme l'utilisation de documents faux ou falsifiés³⁰, la destruction des documents de voyage³¹, la fourniture de fausses informations ou le refus de fournir toute information³². Ces situations nécessitent souvent des recherches supplémentaires, n'excluant pas la rétention lorsque les obstacles à l'identification sont basés sur des raisons qui ne relèvent pas de la responsabilité du migrant en situation irrégulière, comme le manque de coopération des autorités consulaires.

Rétention en vue d'empêcher la fuite

Le risque de fuite et les autres actes visant à éviter le processus de retour ou d'éloignement sont les deux cas spécifiques mentionnés dans la directive « retour » pour illustrer une situation dans laquelle la rétention d'un étranger pour préparer son retour ou son éloignement peut être utilisée³³. Garantir la présence de la personne jusqu'au jour de l'éloignement est en pratique la raison la plus importante de la rétention avant éloignement.

L'existence d'un risque de fuite est normalement un des facteurs concrets à prendre en considération lorsque l'on a recours à la rétention dans tous les pays qui l'autorisent sur la base de la nécessité de faciliter le retour ou l'éloignement. En outre, plusieurs pays dressent expressément une liste du risque d'évitement par l'étranger du processus de retour ou d'éloignement³⁴, tandis que quelques-uns font une référence explicite au risque de fuite en tant que motif de rétention dans leur législation³⁵. Certains pays mentionnent également la non-présentation

27 Voir article 54, paragraphe 1, point 1, de la loi lettone sur l'immigration ; parmi les autres facteurs, citons le manque de moyens, le risque de commettre un crime, la menace à l'ordre public ou à la sécurité et la sûreté nationales, la condamnation pour crimes contre l'humanité, crimes contre la paix ou crimes de guerre ou l'existence d'informations interdisant l'accès au territoire letton.

28 Voir par exemple, la loi sur les étrangers en République de Bulgarie, du 5 juillet 1999 (loi sur les étrangers), article 44, paragraphe 6 ; Finlande, loi sur les étrangers, articles 121, paragraphe 1, point 2, et 121, paragraphe 2 ; loi RPT hongroise, article 55 ; Italie, LD 286/98, article 14, qui inclut également la préparation des documents de transport parmi les motifs de rétention autorisés ; Lettonie, loi sur l'immigration, section 54, paragraphe 1, point 1, facteur à prendre en considération pour décider de l'extension de la décision de rétention ; Lituanie, loi sur les étrangers, article 113, paragraphe 4, au cas où l'étranger est suspecté d'utiliser des faux documents ; Malte, loi sur l'immigration, article 25A.11(a) ; Slovaquie, loi sur les étrangers, journal officiel, n° 64/09, 10 août 2009 (loi sur les étrangers), article 56, paragraphe 2 ; Suède, loi sur les étrangers, article 10, paragraphe 1, point 1 ; Royaume-Uni, règles de 2001 sur les centres de rétention, SI 238 (2.4.2001), disponible à : www.opsi.gov.uk/SI/si2001/20010238.htm.

29 Une personne apatride de jure est définie par la convention de 1954 relative au statut des apatrides en son article premier comme une personne « qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation ». La Commission du droit international a affirmé que cette définition constituait désormais une partie du droit coutumier international ; voir son rapport, *Texte du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la Commission en première lecture : commentaire sur l'article 8*, Assemblée générale, cinquante-neuvième session, supplément n° 10 (A/59/10), 2004, p. 46. Les apatrides de facto désignent les personnes qui, même si elles ont formellement une nationalité, se trouvent hors du pays dont elles ont la nationalité et ne peuvent ou, pour des raisons valables, ne souhaitent pas se soumettre à la protection de ce pays. Cela inclut les personnes qui, en pratique, sont incapables de prouver ou d'établir leur nationalité et donc de retourner dans leur pays.

30 Malte, loi sur l'immigration, article 25A.11(a) ; loi irlandaise de 2000 sur les immigrants illégaux (traite des êtres humains), article 10, paragraphe b.

31 Malte, loi sur l'immigration, article 25A.11(a).

32 Loi finlandaise sur les étrangers 301/2004 (loi sur les étrangers), article 121, paragraphe 2 ; Danemark, loi sur les étrangers, section 36, paragraphe 4, qui autorise la rétention des étrangers pour lesquels des solutions autres que la rétention s'appliquent et qui entravent la fourniture d'informations.

33 Article 15, paragraphe 1, points a et b.

34 Par exemple, Bulgarie, loi sur les étrangers, article 44, paragraphe 6 ; Grèce, codification de la législation sur l'entrée, la résidence et l'intégration sociale des ressortissants de pays tiers sur le territoire grec, loi 3386/2005, modifiée pour la dernière fois par la loi 3801/2009 (loi RPT) à l'article 76, paragraphe 3 ; loi allemande sur la résidence, article 62, paragraphe 2, points 4 et 5 ; loi finlandaise sur les étrangers, article 121, paragraphe 2 ; loi RPT hongroise, article 54, paragraphe 1, point a, qui prévoit la rétention des ressortissants de pays tiers qui se cachent des autorités ; loi irlandaise sur l'immigration, 2003, article 5, paragraphes b et d ; Pologne, loi sur les étrangers, article 102, paragraphe 1.

35 Par exemple, Bulgarie, loi sur les étrangers, article 44, paragraphe 6 ; voir aussi les orientations d'exécution de la loi néerlandaise sur les étrangers, article A, 5.3.3.1, où le risque de fuite est mentionné comme exemple de situation où la rétention peut être considérée comme dans l'intérêt de l'ordre public.

à un rendez-vous avec l'administration comme motif distinct de détention³⁶.

Non-respect des alternatives et non-départ après expiration de la période de retour volontaire

De nombreux pays laissent le choix aux migrants en situation irrégulière de partir de leur propre initiative ou avec l'aide d'organisations soutenant les retours volontaires. Cette possibilité peut être donnée presque automatiquement à certaines catégories de migrants en situation irrégulière ou à des individus sélectionnés qui remplissent certaines conditions.

Si la personne ne part pas dans le délai convenu, la législation de plusieurs pays prévoit explicitement la possibilité d'avoir recours à la rétention³⁷. De la même manière, certains de ces pays qui prévoient dans leur législation des solutions autres que la rétention envisagent expressément la possibilité de priver l'étranger de sa liberté s'il ne respecte pas les mesures imposées³⁸ (par exemple, ne se rend pas à la police à intervalles réguliers).

Comme illustré plus haut, les législations nationales exposent les motifs de rétention de manière très diversifiée. Si en termes généraux, les différents motifs examinés peuvent être liés d'une manière ou d'une autre à l'article 5, paragraphe 1, point f, CEDH, la formulation parfois utilisée n'implique pas nécessairement le recours à la privation de liberté afin de préparer le retour ou de procéder à l'éloignement. C'est en particulier le cas lorsque l'entrée ou le séjour constitue un motif de rétention.

36 Loi danoise sur les étrangers, article 36, paragraphe 2 ; loi allemande sur la résidence, article 63, paragraphe 2, qui exclut toutefois les situations dans lesquelles l'étranger peut invoquer une excuse valable pour ne pas s'être présenté (par exemple, raisons de santé).

37 Voir, par exemple, la loi allemande sur la résidence, article 63, paragraphe 2, qui prévoit la possibilité de rétention à l'expiration du délai de départ volontaire, et lorsque la personne a déménagé sans rien dire. En Italie, un délai de 5 à 15 jours pour quitter le pays peut être accordé, lequel délai, une fois arrivé à expiration, permet aux autorités de détenir le migrant s'il est encore dans le pays. Aux Pays-Bas, les demandeurs d'asile refusés et ceux dont la demande de permis de séjour est refusée ont habituellement 28 jours pour partir volontairement; les orientations d'exécution de la loi sur les étrangers, article (A), 5.3.3.1, mentionnent le non-départ comme exemple de situation où la rétention peut être considérée comme contraire à l'ordre public. La loi polonaise sur les étrangers, article 101, paragraphe 1, prévoit une possibilité d'arrestation pour 48 heures d'un étranger qui n'a pas quitté la Pologne sur la base d'une décision de retour dans un délai indiqué (maximum 14 jours). Voir aussi Portugal, loi 23/2007, article 146, paragraphe 5; article 56, paragraphe 1, de la loi slovène sur les étrangers; article 59, paragraphe 1, point a, de la loi slovaque sur les étrangers n° 48/2002.

38 Voir, par exemple, Autriche, loi de police sur les étrangers, article 77, paragraphe 4 ; loi danoise sur les étrangers, article 36, paragraphe 2, ou loi RPT hongroise, article 54, paragraphe 1, point d.

Avis de la FRA

Les motifs de la rétention avant éloignement doivent être mentionnés de manière exhaustive dans la législation nationale et définis clairement. Le simple fait d'être un migrant en situation irrégulière ne doit jamais être considéré comme un motif suffisant pour la rétention.

1.3. Motifs non couverts par l'article 5, paragraphe 1, point f, CEDH

Cour de justice de l'Union européenne

Kadzoev, 2009, paragraphe 70

La possibilité de placer une personne en rétention pour des questions d'ordre public et de sécurité publique ne saurait trouver son fondement dans la directive 2008/115 [directive « retour »].

La Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH) a affirmé que la légalité de la rétention impliquait également que la privation de liberté corresponde à la finalité des restrictions autorisées en vertu de l'article 5, paragraphe 1, de la convention³⁹. L'article 5, paragraphe 1, point f, CEDH, autorise la privation de liberté d'une personne soit pour empêcher qu'elle n'entre de manière non autorisée dans le pays, soit lorsque des mesures sont prises en vue de l'expulser ou de l'extrader. La rétention de non-ressortissants pour d'autres motifs, comme la prévention de la criminalité, la santé publique ou le vagabondage, n'est pas recevable en vertu de cette disposition de la convention. Des garanties plus strictes doivent être respectées pour justifier la rétention pour des motifs pénaux⁴⁰ tandis que la rétention pour des raisons de santé publique est autorisée uniquement en dernier ressort pour les maladies dont la propagation est dangereuse pour la santé publique ou la sécurité⁴¹. Il convient également de rappeler que la sécurité nationale ou l'ordre public ne sont pas en soi suffisants pour justifier une privation de liberté, qui, selon la convention, doit se baser sur un des motifs prévus à l'article 5, paragraphe 1, et être formulée clairement.

De la même manière, la directive « retour » permet uniquement la rétention d'un migrant en situation

39 CouEDH, *Bouamar c. Belgique*, n° 9106/80, 29 février 1988, article 50.

40 L'article 5, paragraphe 1, point a, requiert une condamnation par un tribunal compétent, tandis que l'article 5, paragraphe 1, point c, sur l'arrestation, en vue d'être conduite devant l'autorité judiciaire compétente, d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction nécessite un test du « caractère raisonnable », requérant l'existence « de faits ou de renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction », CouEDH, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, n° 12244/86, 12245/86 et 12383/86, 30 août 1990, paragraphe 32.

41 CouEDH, *Enhorn c. Suède*, n° 56529/00, 25 janvier 2005, paragraphe 44.

irrégulière pour préparer le retour et/ou pour exécuter le processus d'éloignement. Elle prévoit deux circonstances – risque de fuite et autres actions de la personne concernée visant à empêcher ou entraver le processus de retour ou d'éloignement – dans lesquelles on peut avoir recours à la privation de liberté⁴².

Dans plusieurs pays, toutefois, la législation relative aux étrangers est utilisée comme base pour justifier la rétention de ressortissants de pays tiers également pour des raisons de santé publique, d'ordre public ou de sécurité nationale, ou lorsqu'il existe un risque que les personnes concernées commettent une infraction. Sur la base d'un examen des dispositions législatives nationales accessibles à l'Agence, celle-ci a constaté que plusieurs pays prévoient dans leurs législations sur l'immigration ou les étrangers des références à des questions de santé publique, d'ordre public ou de sécurité nationale.

Dans un premier groupe de pays, ces considérations décrivent plus en détails les circonstances dans lesquelles la rétention à des fins d'éloignement est autorisée. En République tchèque, les étrangers se trouvant dans des procédures de retour ou d'éloignement peuvent être détenus dans trois situations, notamment lorsqu'il existe un risque qu'ils puissent mettre en péril la sécurité de l'État ou pourraient matériellement troubler l'ordre public. Il s'agit, par exemple, de situations dans lesquelles l'étranger pourrait mettre en péril la sécurité de l'État en utilisant la violence à des fins politiques ou des situations dans lesquelles l'étranger met en danger la santé publique en raison d'une maladie grave⁴³. En Finlande, un étranger peut être détenu pour empêcher son entrée ou faciliter son éloignement si, compte tenu de sa situation individuelle et d'autres circonstances, on peut raisonnablement penser qu'il commettra une infraction en Finlande⁴⁴. En Grèce, la disposition sur l'expulsion administrative permet la rétention d'un étranger considéré comme dangereux pour l'ordre public⁴⁵. En Allemagne, la rétention peut être utilisée dans le cas d'une suspicion fondée de terrorisme, uniquement si la privation de liberté est nécessaire pour garantir l'éloignement⁴⁶. En Hongrie, la rétention en vue de garantir l'expulsion n'est admissible que lorsque le ressortissant d'un pays tiers a violé gravement ou de manière répétée le code de conduite du lieu de confinement obligatoire⁴⁷.

Dans un deuxième groupe de pays, les questions de santé publique, d'ordre public ou de sécurité nationale semblent justifier la rétention, que les autorités prennent ou non des mesures en vue d'éloigner la personne concernée. Ces motifs ne sont clairement pas prévus dans la directive « retour » ni à l'article 5, paragraphe 1, point f, de la CEDH. En Lettonie, par exemple, le fait d'être un migrant en situation irrégulière est en soi un des motifs de rétention. Lorsqu'il est demandé aux tribunaux de décider d'un éventuel prolongement de la rétention, ils doivent tenir compte de plusieurs circonstances, notamment le risque de comportement criminel et les menaces à la sécurité nationale, à l'ordre public et à la sécurité⁴⁸. En Lituanie, un étranger peut être détenu (i) pour stopper la propagation de maladies dangereuses et particulièrement contagieuses ; (ii) lorsque l'étranger qui séjourne sur le territoire représente une menace à la sécurité publique, à la politique publique ou à la santé publique⁴⁹. À Malte, les immigrés clandestins qui se sont vu signifier une ordonnance d'éloignement doivent être détenus et ne peuvent être libérés par l'organe d'appel en matière d'immigration s'ils sont susceptibles de représenter une menace à la sécurité publique ou à l'ordre public⁵⁰.

Avis de la FRA

Les États membres de l'UE doivent garantir que les motifs de rétention établis au niveau national n'aillent pas au-delà de la liste exhaustive de motifs légitimes prévue à l'article 5, paragraphe 1, CEDH. La privation de liberté sur la base de la prévention de la criminalité, des questions de santé publique et du vagabondage doit être régie par les mêmes règles, quel que soit le statut juridique de la personne concernée dans le pays d'accueil. Ces motifs ne doivent donc pas être réglementés par une loi sur les étrangers ou sur l'immigration, mais par d'autres actes législatifs, faute de quoi il existe un risque que cela débouche sur l'application de normes différentes sur la base du statut juridique de la personne dans le pays.

42 Directive relative au retour, article 15, paragraphe 1.

43 Loi n° 326/1999 sur la résidence de ressortissants étrangers sur le territoire de la République tchèque, section 124, paragraphe 1.

44 Loi sur les étrangers, section 121.1, lue au regard de la section 118.

45 Loi RPT, article 76, paragraphe 3.

46 Loi allemande sur la résidence, section 58a lue au regard des sections 62(2)1a et 62(2).

47 Loi RPT, section 54.1(c).

48 Loi de 2007 sur l'immigration, sections 51.1 et 54.1 (points 4 à 7).

49 Loi sur les étrangers, article 113, paragraphe 1, points 6 et 7.

50 Loi maltaise sur l'immigration, articles 14, paragraphe 2, et 25A.11 (c). Le Ministère maltais de la Justice et de l'Intérieur a informé la FRA que lorsqu'une ordonnance d'éloignement est émise, la rétention est obligatoire, car elle est considérée comme nécessaire pour empêcher la fuite de la personne.

2. Nécessité et proportionnalité

Dans la plupart des pays, lorsqu'il existe des motifs de rétention, l'administration peut délivrer une ordonnance de rétention ou prolonger la privation de liberté, mais n'est pas obligée de le faire. L'administration dispose donc d'une marge d'appréciation dans chaque cas individuel. La question est de savoir si les autorités peuvent décider librement d'imposer ou de prolonger la rétention ou si elles sont liées par d'autres considérations.

Le présent chapitre aborde diverses situations de rétention avant éloignement, qui, même basées sur les motifs prévus dans le droit national, peuvent devenir arbitraires. La première partie examine ce que l'on peut considérer comme conditions préalables à la décision ou à la prolongation de la privation de liberté. Il s'agit notamment de l'obligation pour l'administration d'exécuter les procédures d'éloignement avec la diligence requise et de l'existence de perspectives réelles et tangibles d'éloignement, notamment en ce qui concerne la présence d'obstacles juridiques ou factuels à l'éloignement. Ces conditions ne suscitent généralement pas la controverse.

La deuxième partie porte sur les facteurs pertinents à prendre en considération avant de priver une personne de sa liberté. Des tests pourraient être nécessaires pour trouver, dans chaque cas individuel, un bon équilibre entre les intérêts de l'État et le droit de la personne à la liberté. Toutefois, tous les systèmes juridiques en Europe ne requièrent pas de trouver un tel équilibre, alors que celui-ci pourrait s'avérer nécessaire pour les deux raisons suivantes.

Il convient d'abord d'évaluer s'il est **nécessaire** de restreindre ou de priver une personne de sa liberté, au vu des circonstances individuelles. Les principaux facteurs pris en considération à cette fin sont la probabilité de fuite et le risque d'autres interférences dans le processus d'éloignement, au cas où la personne ne serait pas détenue.

Il faut ensuite établir si la privation de liberté est **proportionnelle** à l'objectif à atteindre ou si l'éloignement pourrait avoir lieu correctement en imposant des mesures moins restrictives, à savoir des solutions autres que la rétention, ou une période de rétention plus courte. Ce test de proportionnalité pourrait être requis pour toutes les décisions de rétention, ou seulement pour certaines catégories de personnes qui ne peuvent être privées de leur liberté qu'en dernier ressort, comme les enfants.

Ce chapitre décrira d'abord cette pondération, analysera des exemples de rétention obligatoire et examinera ensuite quatre circonstances différentes qui jouent un

rôle dans la détermination de la légitimité de la rétention. Ces circonstances peuvent être inscrites dans le droit national en tant que conditions préalables à la rétention ou examinées au moment de déterminer si la rétention est nécessaire ou proportionnelle.

2.1. Pondération

Directive « retour »

Article 15, paragraphe 5

La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien.

Au niveau international, le PIDCP contient une interdiction expresse du caractère arbitraire de la privation de liberté, prévue comme alternative à une liste exhaustive des motifs de rétention⁵¹. Cette interdiction a été interprétée pour tenir compte du fait qu'une privation de liberté ne doit pas être inappropriée et disproportionnée au vu des circonstances et du cas individuel⁵². Dans ce contexte, une privation de liberté qui n'est pas arbitraire au début peut le devenir après une certaine période⁵³. Dans ses principes directeurs concernant la rétention des demandeurs d'asile, l'UNHCR requiert également que la privation de liberté soit raisonnable et proportionnelle aux objectifs à atteindre⁵⁴.

51 Discussions au 3^e comité de l'Assemblée générale, A/4045, paragraphes 43 et suivants, mentionnées dans M.J. Bossut, Guide to the travaux préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights, 1987, p. 199.

52 Voir Comité des droits de l'homme de l'ONU, communication n° 305/1988, *van Alphen c. Pays-Bas*, 23 juillet 1990, paragraphe 5.8 : « L'historique de la rédaction du paragraphe 1 de l'article 9 confirme qu'il ne faut pas donner au mot arbitraire le sens de contraire à la loi, mais plutôt l'interpréter plus largement du point de vue de ce qui est inapproprié, injuste, imprévisible [...]. Cela signifie que la détention provisoire consécutive à une arrestation légale doit être, non seulement légale, mais aussi raisonnable dans toutes les circonstances, par exemple, pour empêcher la fuite du détenu, la destruction d'éléments de preuve ou le renouvellement de l'infraction ».

53 Voir Comité des droits de l'homme de l'ONU, communication n° 560/1993, *A. c. Australie*, point 9.2. Cette affaire concernait un demandeur d'asile détenu pendant plus de quatre ans. Voir aussi les communications suivantes concernant la rétention pendant plus de deux ans : communication n° 900/1999, *C. c. Australie*, paragraphe 8.2, rétention pendant six ans ; communication n° 1014/2001, *Baban et al. c. Australie*, paragraphe 7.2 ; communication n° 1069/2002 ; *Bakhtiyari et al. c. Australie*, paragraphe 9.3, période de rétention de près de trois ans.

54 UNHCR, Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile, février 1999 : « Dans l'évaluation relative à la nécessité de la détention des demandeurs d'asile, on devrait se demander si elle est équitable et si elle est proportionnelle aux objectifs visés ».

À l'inverse, la Cour européenne des droits de l'homme a accepté que les États jouissent d'une discrétion accrue en matière de rétention d'une personne au titre de l'article 5, paragraphe 1, point f, CEDH, par rapport aux autres interférences avec le droit à la liberté. La Cour a souligné que dans ce cas, rien n'oblige à examiner que la rétention soit raisonnablement considérée comme nécessaire, par exemple pour empêcher de commettre un délit ou de fuir⁵⁵. Toutefois, la Cour a fixé une limite à cette discrétion, en établissant certaines obligations pour éviter que la rétention ne soit qualifiée d'arbitraire: la rétention doit être appliquée de bonne foi, être étroitement liée à l'objectif d'empêcher l'accès non autorisé et sa longueur ne doit pas dépasser celle raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi⁵⁶. Sur la base de ces considérations, la rétention ne sera, par exemple, pas justifiée si l'administration n'initie ou n'exécute pas les procédures de retour avec la diligence requise ou en l'absence de perspectives d'éloignement.

Au moins dans la moitié des États membres de l'UE, l'administration et/ou les tribunaux qui ordonnent ou prolongent la rétention sont clairement tenus de trouver un équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu dans la marge de discrétion qui leur est octroyée par la loi. Dans certains pays, cela est reflété dans la législation soit sous la forme d'un test général de proportionnalité⁵⁷ soit sous la forme d'une liste de critères à prendre en considération lorsqu'on ordonne ou prolonge une ordonnance de privation de liberté⁵⁸. Dans d'autres pays, les tribunaux requièrent un test de proportionnalité⁵⁹ ou une pondération de différents

facteurs⁶⁰. Les facteurs concrets pris en considération varient considérablement selon les pays, mais peuvent inclure le risque de fuite, la situation personnelle de l'individu (par exemple, âge ou état de santé) et les questions d'ordre public ou de sécurité nationale⁶¹, ainsi que les préoccupations en matière de prévention de la criminalité⁶². Une liste de contrôle reprenant les facteurs à examiner lorsque l'on met en balance la nécessité d'ordonner ou de maintenir une rétention et le droit de la personne à la liberté a été élaborée par la UK Border Agency⁶³.

55 CouEDH (grande chambre), *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03, 29 janvier 2008, points 72 et 73. Toutefois, récemment, la Cour a constaté une violation de l'article 5, paragraphe 1, point f : la rétention de quatre enfants, dont l'un présentait des symptômes psychologiques et psycho-traumatiques graves, dans un centre fermé prévu pour les adultes et mal adapté à leur extrême vulnérabilité ; voir CouEDH, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, n° 41442/07, 19 janvier 2010, paragraphes 69 à 75 concernant la rétention d'une famille tchétchène demandant l'asile dans le cadre de la procédure de Dublin. Voir aussi CouEDH, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, 12 octobre 2006.

56 CouEDH (grande chambre), *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03, 29 janvier 2008, paragraphe 74.

57 Autriche, loi constitutionnelle sur la protection de la liberté individuelle (*Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit*), article 3 ; et Finlande, loi sur les étrangers, section 5.

58 Voir, par exemple, Irlande, loi de 1999 sur l'immigration, section 3(6) (a)-(k) ; Suède, loi sur les étrangers, chapitre 10.1. En Lettonie, la loi mentionne les critères que les juges doivent évaluer avant de décider du prolongement d'une ordonnance de rétention (loi sur l'immigration, section 54.1).

59 Voir, par exemple, cour constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG), décision 27/02/2009, 2 BvR 538/07, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090227_2bvr053807.html. En Allemagne, le test de proportionnalité est dérivé d'un principe constitutionnel d'état de droit (*Rechtsstaatsprinzip*). D'après la cour constitutionnelle, le principe constitutionnel de proportionnalité requiert que les autorités n'imposent pas la rétention lorsque l'expulsion ne peut être effectuée et que la privation de liberté n'est pas nécessaire (voir BVerfG, *Informationsbrief Ausländerrecht* 2000, p. 221 ; voir aussi règlements administratifs généraux accompagnant la loi sur la résidence (*Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz*), 26 octobre 2009, points 62.0.3.1 et 62.0.3.2).

60 Voir, pour l'Estonie, Riigikohus/3-3-1-45-06 (13.11.2006), paragraphe 10 ; Estonie, Riigikohus/3-3-1-2-07 (22.3.2007), paragraphes 20-21. En Grèce, compilation de la jurisprudence du tribunal administratif de première instance d'Athènes – La décision 2001-2004, Nomiki Bibliothiki 2006, contient la liste de facteurs à examiner par les tribunaux. Pour les Pays-Bas, voir département juridictionnel administratif du conseil d'état (*Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State*), décisions 200603830/1 du 23 juin 2006, décisions 200909865/1/V3, 5 février 2010, paragraphe 2.1.2 et 200908127/1/V3, 7 janvier 2010, paragraphe 2.3, dans lesquelles le Conseil d'État reconnaît la marge d'appréciation de l'administration, mais limite l'examen par les tribunaux de l'existence des motifs de rétention, tout en ne leur permettant pas de remplacer la pondération des autorités par leur propre pondération. Au Danemark, les tribunaux tiennent compte des questions ordinaires de proportionnalité lorsqu'ils évaluent la durée de la privation de liberté ; voir Danemark, Le fondement juridique des procédures de retour et les mesures pratiques de retour de la police (*Rigspolitiets Udlændingefdeling, Det retlige grundlag for politiets udsendelsesarbejde i asylsager og politiets praktiske udsendelsesarbejde*), 2009, p. 10, disponible en danois à l'adresse suivante : www.politi.dk/NR/rdonlyres/81FB7CD9-47F7-4658-8D28-52C4EF0D327B/0/Bilag1Detretligegrundlagapril.pdf.

61 Voir, par exemple, République tchèque, FORA, point 124.1 ; Irlande, loi de 1999 sur l'immigration, section 3(6) (a)-(k) ; UK Border Agency, Operational Enforcement Manual, point 55.3.1.

62 Lettonie, loi sur l'immigration, section 5.

63 UK Border Agency, Operational Enforcement Manual, point 55.3.1 disponible sur : www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/enforcement/detentionandremovals/.

UK Border Agency – Instructions et orientations d'exécution

Chapitre 55.3.1 Facteurs influençant une décision de rétention

Tous les facteurs applicables doivent être pris en considération lorsqu'on examine la nécessité d'ordonner ou de maintenir une rétention, notamment :

- Quelle est la probabilité que la personne soit éloignée et, le cas échéant, dans quel délai?
- Y a-t-il des preuves d'une fuite antérieure?
- Y a-t-il des preuves d'un non-respect antérieur des conditions de libération temporaire ou sous caution?
- Le sujet a-t-il participé à une tentative délibérée de violation des lois sur l'immigration? (par exemple, entrée au mépris d'une ordonnance d'expulsion, tentative d'entrée clandestine ou entrée clandestine réelle)
- Y a-t-il des précédents de respect des exigences en matière de contrôle de l'immigration? (par exemple demande de visa, droit de séjour)
- Quels sont les liens de la personne avec le Royaume-Uni? Y a-t-il des proches (notamment personnes à charges) sur le territoire? Quelqu'un a-t-il besoin de son aide? Si la personne à charge est un enfant ou un adulte vulnérable, dépend-elle fortement des services d'assistance publique pour ses besoins quotidiens ou est-elle aidée par la personne détenue? La personne a-t-elle une adresse ou un emploi fixe?
- Quelles sont les attentes individuelles concernant l'issue du dossier? Y a-t-il des facteurs, comme un recours en cours, une demande de contrôle juridictionnel ou des représentations qui encouragent à garder le contact?
- Existe-t-il un risque d'infraction ou de danger pour la population (cela requiert un examen de la probabilité du danger et de l'ampleur des dégâts si la personne commet une infraction)?
- Le sujet a-t-il moins de 18 ans?
- Le sujet a-t-il subi des tortures dans le passé?
- Le sujet a-t-il un passé de mauvaise santé physique ou mentale?

Il reste peu de place, voire pas du tout, pour la pondération des intérêts contradictoires de l'État et de l'individu dans d'autres pays. Cela concerne tout d'abord tous les cas où aucune marge de discrétion n'est laissée à l'administration pour décider de la rétention⁶⁴. En outre, certains pays qui autorisent une période de rétention maximale

relativement brève tendent à ne pas inclure la situation personnelle ou le risque de fuite parmi les facteurs à prendre en considération lorsqu'une rétention est ordonnée ou prolongée, mais concentrent leur évaluation sur la probabilité d'éloignement durant le délai prévu de rétention⁶⁵. Aucune référence explicite à la nécessité de trouver un équilibre entre l'intérêt de l'État et celui de l'individu n'a été constatée dans un groupe de pays, où la prévention de la rétention arbitraire semble reposer principalement sur l'affirmation de motifs clairs de rétention et son interdiction dans certaines circonstances⁶⁶.

2.2. Rétention obligatoire

Directive « retour »

Considérant 6

Conformément aux principes généraux du droit de l'Union européenne, les décisions prises en vertu de la présente directive devraient l'être au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier.

Les décisions relatives à la rétention de migrants en situation irrégulière ne doivent pas être prises sans que l'on évalue si une telle mesure est nécessaire pour mener à bien l'éloignement.

La directive « retour » prévoit que « les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement » (article 15, paragraphe 1). En outre, la rétention « est maintenue aussi longtemps qu[...]il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien » (article 15, paragraphe 5). À la lumière du considérant 6 de la directive, qui requiert que les décisions soient adoptées au cas par cas, les dispositions du droit national qui établissent une obligation pour l'administration de décider de la rétention semblent problématiques.

⁶⁵ C'est le cas en France, où le juge doit déterminer si l'arrestation est légale, si l'éloignement peut-être exécuté au cours de la rétention et si la police procède à l'expulsion avec la diligence requise. En Espagne, la principale exigence est que l'ordonnance de rétention doit être proportionnelle à la durée nécessaire pour procéder à l'éloignement (article 62, paragraphe 2, de la loi 4/2000).

⁶⁶ Cela semble être le cas en Pologne, où l'article 103 de la loi sur les étrangers interdit la rétention lorsqu'elle peut constituer une menace pour la vie ou la santé de l'immigrant en situation irrégulière ; l'article 107, paragraphe 1, points 2 et 3, ordonne de libérer une personne lorsque la privation de liberté peut causer une menace à sa vie ou à sa santé ou lorsque d'autres circonstances rendent la rétention impossible ; et en Slovaquie, où les articles 62, paragraphe 3, et 63 de la loi sur les étrangers n° 48/2002 ne permettent pas de prolonger la rétention de familles avec enfants ou de personnes vulnérables à d'autres égards. Aucun élément indiquant qu'il faille trouver un équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu n'a été constaté en Hongrie et en Roumanie.

⁶⁴ Loi maltaise sur l'immigration, point 14.2 ; Italie, LD 286/98, article 14.

Dans quatre pays, la législation suggère qu'on laisse peu ou pas de discrétion à l'administration au moment de décider de la rétention. En Estonie, le texte de la loi requiert que dès que certaines conditions sont réunies, l'administration « détient l'étranger et organise son départ d'Estonie »⁶⁷. Toutefois, en 2006, la Cour suprême a précisé que la rétention était une mesure discrétionnaire ne pouvant s'appliquer automatiquement⁶⁸.

La loi maltaise sur l'immigration prévoit, à l'article 14, paragraphe 2, qu'une personne qui a reçu une ordonnance d'éloignement « doit être détenue jusqu'à son éloignement du territoire ». En outre, la loi interdit au comité d'appel en matière d'immigration de libérer cette personne dans certaines circonstances comme la nécessité de vérifier son identité ou lorsque la personne présente une menace pour la sécurité nationale ou l'ordre public⁶⁹. En pratique, cela débouche sur une situation de rétention systématique des migrants en situation irrégulière à Malte, car ceux-ci n'ont le plus souvent pas de documents officiels et leur identité ne peut être établie⁷⁰.

En Italie, la loi ne prévoit explicitement aucune marge de discrétion pour les autorités. Dès que les circonstances mentionnées dans la loi sont rencontrées, la rétention doit être ordonnée⁷¹. En Pologne, l'article 102 prévoit qu'un étranger doit être détenu si c'est nécessaire pour garantir l'efficacité des procédures d'expulsion, s'il y a un risque manifeste de fuite ou s'il est entré dans le pays de manière irrégulière.

Avis de la FRA

Toute rétention obligatoire pour les migrants en situation irrégulière devrait être supprimée étant donné qu'elle serait en contradiction avec l'obligation d'examiner si des mesures moins coercitives peuvent s'appliquer en l'espèce ou si la rétention est vraiment nécessaire.

67 Article 15, paragraphe 1, OLPEA.

68 Estonie, Riigikohus, 3-3-1-45-06 du 13 novembre 2006, paragraphe 10.

69 Loi maltaise sur l'immigration, article 25A.11.

70 Groupe de travail de l'ONU sur la détention arbitraire, voir UNDOC A/HRC/13/30/Add.2 ; Conseil des droits de l'homme, 13e session, Rapport du groupe de travail sur la détention arbitraire, Mission à Malte, du 19 au 23 janvier 2009.

71 Article 14 LD 286/98. En pratique, la capacité insuffisante des infrastructures de rétention pour les migrants en situation irrégulière laisse une certaine marge de discrétion aux autorités. En cas de problème de place dans l'infrastructure de rétention, une période de retour volontaire de cinq jours est accordée. À expiration de cette période, si l'étranger n'est pas parti volontairement, il est susceptible d'être détenu.

2.3. Diligence requise dans la préparation et l'exécution de l'éloignement

Directive « retour »

Article 15, paragraphe 1

[...] Toute rétention [...] n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

Pour que la privation de liberté d'un migrant en situation irrégulière respecte l'article 5, paragraphe 1, point f, CEDH, la personne concernée doit faire l'objet de mesures visant à prévenir l'entrée non autorisée sur le territoire ou d'une « procédure d'expulsion ou d'extradition ». En d'autres termes, les autorités doivent lancer et mettre en œuvre les procédures d'éloignement, et ce avec la diligence requise. Dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que la rétention en vue d'empêcher l'entrée non autorisée sur le territoire ou pour faciliter l'éloignement était justifiée uniquement par « la procédure d'expulsion [...] ». Si la procédure n'est pas menée avec la diligence requise, la détention cesse d'être justifiée au regard de l'article 5 par. 1 f) »⁷². Elle deviendrait alors arbitraire.

Lors de l'examen de la durée de rétention, il est important d'évaluer si toutes les mesures raisonnables ont été prises par les autorités pour préparer et exécuter l'éloignement d'une personne. Cet élément peut toutefois également être pertinent lors de la prise de décision initiale sur la rétention. Si l'administration n'a pas l'intention d'entamer une procédure d'éloignement (par exemple, en raison de l'absence de moyens de transport vers un pays donné), il est difficile d'imaginer comment la privation de liberté pourra être considérée comme nécessaire pour rendre l'éloignement effectif.

La nécessité de décider de l'éloignement et d'y procéder avec la diligence requise est également reconnue par la directive « retour ». L'article 15, paragraphe 1, de la directive stipule que toute rétention n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

Au niveau national, cette exigence est parfois présente dans la législation. C'est par exemple le cas en Belgique, où l'administration peut décider de prolonger la rétention au-delà de deux mois uniquement lorsque le travail préparatoire nécessaire pour mettre en œuvre l'éloignement a été effectué dans un délai de sept jours

72 CouEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 70/1995/576/662, 15 novembre 1996, paragraphe 113. Voir aussi CouEDH, *Tabesh c. Grèce*, n° 8256/07, 26 novembre 2009, paragraphe 56.

à compter du début de la rétention, et ce avec toute la diligence requise⁷³.

Toutefois, plus souvent, cette exigence a été soulignée par les tribunaux, en particulier lors de la révision de la durée de rétention. En Autriche, par exemple, la rétention ne peut être maintenue que tant qu'il existe une réelle possibilité d'effectuer le retour dans le délai maximal autorisé par la loi. Si, dès le départ, il n'y a pas de possibilité réelle d'effectuer le retour dans ce délai, la rétention est injustifiée⁷⁴. Au Danemark, lors de l'évaluation de la durée de la privation de liberté, les tribunaux appliquent des considérations ordinaires de proportionnalité et examinent, entre autres choses, si les procédures de retour avancent⁷⁵. Le conseil constitutionnel français a permis une extension de la rétention seulement si la mesure de rapatriement prise ne pouvait pas être exécutée « malgré les diligences de l'administration », en raison du défaut de délivrance ou d'une délivrance trop tardive des documents de voyage par le consulat ou de l'absence de moyens de transport⁷⁶. Au Luxembourg, les tribunaux administratifs ordonnent la libération lorsqu'ils considèrent que l'administration n'a pas pris toutes les mesures nécessaires en vue de l'éloignement⁷⁷. Au Royaume-Uni, dans le cas d'*Hardial Singh*, la High Court (Angleterre et Pays de Galles) a ordonné la libération du demandeur, estimant que le Home Office n'avait pas pris les mesures nécessaires ou qu'il ne les avait pas prises suffisamment rapidement. Elle a demandé au secrétaire d'État de « faire en sorte que toutes les mesures soient prises afin de garantir l'éloignement de l'individu dans un délai raisonnable »⁷⁸.

En Allemagne, le principe de célérité (*Beschleunigungsgrundsatz*) oblige l'administration à prendre toutes les mesures possibles pour ne pas prolonger indûment une privation de liberté⁷⁹. La rétention est justifiée uniquement tant que des mesures

raisonnables sont prises pour préparer l'éloignement⁸⁰. Les deux cas suivants illustrent ce principe en pratique. Le tribunal supérieur régional (*Oberlandesgericht*) de Karlsruhe a rejeté l'extension de la rétention dans un dossier où les autorités ont attendu trois semaines avant de contacter l'administration du pays d'origine du détenu⁸¹. De même, le tribunal supérieur régional de Celle a affirmé que la rétention d'une personne était illégale lorsque le département des étrangers était incapable, après trois mois, de prouver au tribunal qu'il avait cherché à obtenir (et, le cas échéant, comment) les documents requis auprès des autorités de l'État de retour avec la « célérité nécessaire »⁸².

Toutefois, dans certains pays, cette étude n'a trouvé aucun élément montrant que l'exécution des procédures d'éloignement avec la diligence requise était considérée comme une condition préalable pour justifier la rétention.

Avis de la FRA

Pour éviter les situations pouvant entrer en conflit avec les exigences de l'article 5, paragraphe 1, CEDH tel qu'interprété par la CouEDH, ainsi qu'avec l'article 15, paragraphe 1, de la directive « retour », les États membres de l'Union européenne devraient envisager d'inclure dans leur droit national la nécessité d'initier et d'exécuter le processus de retour et d'éloignement avec toute la diligence requise pour garantir la légalité de la privation de liberté.

2.4. Perspectives réelles d'éloignement

Cour de justice de l'Union européenne

Kadzoev, 2009, paragraphe 63

Il convient de souligner que, selon l'article 15, paragraphe 4, de la directive 2008/115, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres.

Dans certaines situations, des obstacles pratiques peuvent substantiellement retarder ou empêcher l'éloignement d'une personne. Cela peut être dû au migrant (manque de coopération pour établir son identité ou sa nationalité) ou à d'autres facteurs (manque de coopération de la représentation consulaire du pays d'origine, apatridie ou simple absence de moyens de transport).

73 Loi sur les étrangers, article 7, paragraphe 11.

74 Voir, par exemple, les décisions de la cour constitutionnelle (*Verfassungsgerichtshof*, VfGH) 5.12.1994, B 1075/94, B 1274/94 ; et du tribunal administratif supérieur (*Verwaltungsgerichtshof*, VwGH) 26.9.2007, 2007/21/0253 ; 23.10.2008, 2006/21/0128 ; 18.12.2008, 2008/21/0582.

75 Danemark, Le fondement juridique des procédures de retour et les mesures de retour pratiques de la police (*Rigspolitiets Udlændingefdeling, Det retlige grundlag for politiets udsendelsesarbejde i asylsager og politiets praktiske udsendelsesarbejde*), 2009, p. 10. (disponible en danois sur : www.politi.dk/NR/rdonlyres/81FB7CD9-47F7-4658-8D28-52C4EF0D327B/0/Bilag1Detretligegrundlagapril.pdf).

76 France, Conseil constitutionnel, 2003-484 (20.11.2003), p. 438, disponible sur : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2003/2003-484-dc/decision-n-2003-484-dc-du-20-novembre-2003.871.html.

77 Luxembourg, question parlementaire n° 3071 (12.01.2009), voir réponse à la question relative à Dublin II.

78 *R. c. Governor of Durham Prison ex p. Hardial Singh* [1983] Imm AR 198, p.202.

79 Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*, *Entscheidungen*), décision numéro 2 BvR 66/ 00 du 3 février 2000 (BVerfGE) 61, pp. 28 et 34f.

80 Règlements administratifs généraux accompagnant la loi sur la résidence (*Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz*), 26 octobre 2009, point 62.0.2.

81 Allemagne, tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*), Karlsruhe, décision du 20 avril 2009, numéro de dossier 11Wx 38/09.

82 Allemagne, tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*), Celle, InfAuslR 2003, 351-352.

Si la plupart du temps, les perspectives raisonnables d'éloignement apparaîtront dans le cadre de l'extension de la période de rétention⁸³, dans certains cas, il est clair dès le départ que la probabilité d'un éloignement fructueux est maigre. Comme souligné par la Cour suprême estonienne, cela pourrait par exemple être le cas d'un apatride en l'absence d'État d'accueil⁸⁴. Cela pourrait toutefois aussi être le cas lorsque les ex-pays de résidence habituelle refusent systématiquement l'admission des apatrides qui ont fui.

Dans ce contexte, il est essentiel de définir les conditions minimales à respecter pour pouvoir considérer que les perspectives d'éloignement sont suffisantes pour justifier d'ordonner ou de maintenir la rétention. La directive « retour » prévoit que la rétention peut être maintenue aussi longtemps que les dispositifs d'éloignement sont en cours et qu'il est nécessaire de veiller à ce que l'éloignement soit mené à bien (article 15, paragraphes 1 et 5). Dans l'affaire *Kadzoev*, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, ancienne Cour de justice européenne) a précisé qu'une « réelle perspective » de conduire à son terme la procédure d'éloignement était nécessaire et qu'une perspective raisonnable « n'existe pas lorsqu'il paraît peu probable que l'intéressé soit accueilli dans un pays tiers ». La CouEDH exige des « perspectives réalistes d'expulsion »⁸⁵. De même, dans son rapport au Conseil des droits de l'homme, le Groupe de travail de l'ONU sur la détention arbitraire a évoqué un but légitime qui « disparaîtrait s'il n'y avait plus de perspective réelle et tangible d'expulsion »⁸⁶.

Les affaires suivantes illustrent les approches adoptées par les tribunaux nationaux pour définir le seuil requis. Au Royaume-Uni, la cour d'appel exigeait une « certaine perspective » d'éloignement dans un délai raisonnable pour que la détention puisse avoir lieu⁸⁷. Elle a également indiqué qu'il « fallait plus que de l'"espoir" que les négociations produisent des résultats »⁸⁸. Dans

une autre affaire, la High Court d'Angleterre et du Pays de Galles n'a pas approuvé la poursuite de la rétention après 10 mois, arguant que « tout ce qui a eu lieu, ce sont des négociations inutiles »⁸⁹. En ce qui concerne les documents, la cour régionale allemande de Bochum n'a pas été convaincue par les perspectives réelles de retour dans un cas où le département des étrangers avait l'intention de procéder au retour d'une personne sur la base d'un laissez-passer allemand court-circuitant l'État de destination⁹⁰.

De réelles perspectives de retour doivent exister dans le délai prévu de rétention. À cet égard, la High Court irlandaise affirmait, par exemple, que l'emprisonnement dans l'attente d'une extradition ne se justifiait que pendant la durée nécessaire pour une extradition immédiate ou raisonnablement immédiate. La cour a décidé que ce serait un abus de pouvoir de maintenir la rétention s'il était clair qu'elle ne pourrait avoir lieu endéans la période de huit semaines au cours de laquelle la rétention était autorisée⁹¹. En Belgique, la loi autorise un prolongement de la rétention au-delà des deux mois initiaux uniquement lorsque certaines conditions sont remplies, l'une d'elles étant la possibilité d'éloigner la personne dans un délai raisonnable⁹². En Allemagne, la cour régionale supérieure de Celle a abordé le problème des retards causés par l'État de retour et a affirmé que si les autorités allemandes savaient qu'une extradition n'était pas exécutable dans le délai imparti en raison du retard lié à l'État du retour, la rétention ne se justifiait pas⁹³.

Avis de la FRA

La rétention avant éloignement n'est pas légale en l'absence de perspectives réalistes d'éloignement. Il appartient normalement à l'administration et aux tribunaux de décider lorsque c'est le cas. Pour empêcher une rétention prolongée, les législateurs peuvent toutefois envisager d'introduire des présomptions contre la rétention avant éloignement pour les apatrides de fait, lorsqu'il est évident sur la base des expériences du passé que le pays de nationalité refusera toute coopération pour établir la citoyenneté et délivrer les documents de voyage nécessaires.

83 Au Danemark, par exemple, les tribunaux examinent généralement si les procédures de retour avancent et s'il existe des perspectives d'un retour dans un délai raisonnable. Voir Rigspolitiets Udlændingefdeling, le fondement juridique des procédures de retour et les mesures pratiques de retour de la police (*Det retlige grundlag for politiets udsendelsesarbejde i asylsager og politiets praktiske udsendelsesarbejde*), 2009, p. 10, disponible en danois à l'adresse suivante : www.politi.dk/NR/rdonlyres/81FB7CD9-47F7-4658-8D28-52C4EF0D327B/0/Bilag1Detretliggrundlagapril.pdf.

84 Voir les affaires suivantes traitées par la cour suprême estonienne : Estonie, Riiigikohus/3-3-1-45-06 (13 novembre 2006), paragraphes 10 à 12 ; Estonie, Riiigikohus/3-3-1-6-06 (9 mai 2006), paragraphe 28 ; Estonie, Riiigikohus/3-3-1-53-06 (16.10.2006), paragraphe 13. Voir aussi le test requis en France (note de bas de page n° 65).

85 CouEDH, *Mikolenko c. Estonie*, n° 10664/05, 8 octobre 2009, paragraphe 68.

86 Voir Conseil des droits de l'homme, 13e session, rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, paragraphe 64 (Assemblée générale de l'ONU, A/HRC/13/30, 18 janvier 2010). Voir aussi l'avis du Groupe de travail dans l'affaire *Mustafa Abdi c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Avis n° 45/2006, UN Doc A/HRC/7/4/Add.1, point 40 (2007).

87 Appelant A contre SSHD [2007] EWCA Civ 804, disponible à l'adresse suivante : www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/804.html.

88 *R (représentant I) c. SSHD* [2002] EWCA Civ 888, p. 206, paragraphes 37-38, disponible à l'adresse suivante : www.bailii.org/ew/cases/EWCA/

Civ/2002/888.html. L'affaire concernait un détenu attendant son extradition vers l'Afghanistan à la fin de sa peine, pour lequel le Home Office avait entamé des négociations avec les pays voisins au moment où aucun vol entre le Royaume-Uni et l'Afghanistan n'avait lieu.

89 *In re Mahmud* (Wafiq Suleman) [1995] Imm AR 311, disponible sur : www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/1994/3.html. M. Mahmud avait été détenu pendant 10 mois tandis que le Home Office britannique tentait de convaincre l'Allemagne de le reprendre puisqu'il avait obtenu l'asile en Allemagne ; toutefois, il avait été condamné au pénal pendant un séjour au Royaume-Uni.

90 Allemagne, Cour régionale (*Landgericht*), Bochum, décision du 23/3/2004, affaire n° 7 T 77/04.

91 *Gutrani c. Ministère de la Justice* [1993] 2 IR 427.

92 Belgique, loi sur les étrangers, article 7, paragraphe 11.

93 Allemagne, cour régionale supérieure (*Oberlandesgericht*), Celle, InfAuslR 2004, p.306.

2.5. Obstacles juridiques à l'éloignement

Directive « retour »

Article 5

Lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les États membres [...] respectent le principe de non-refoulement.

La discussion sur les obstacles juridiques à l'éloignement est étroitement liée à la question des perspectives réelles d'éloignement. Il s'agit en particulier de la nécessité de respecter le principe de non-refoulement, à savoir l'interdiction de renvoyer une personne dans un pays où elle risque la torture, des traitements ou des punitions inhumains ou dégradants, de même que l'interdiction de retour dans un pays où elle risque d'être persécutée et d'être soumise à d'autres dangers graves⁹⁴. Les obstacles juridiques à l'éloignement peuvent toutefois se baser sur des considérations liées à la vie de famille⁹⁵ et, exceptionnellement, sur l'état de santé d'un migrant en situation irrégulière⁹⁶. D'autres obstacles juridiques peuvent concerner les enfants ou avoir trait à des considérations établies dans le droit national.

Normalement, il convient d'examiner tout obstacle juridique à l'éloignement avant de prendre une décision. Dans certaines circonstances, ces obstacles pourraient apparaître ultérieurement comme, par exemple, une détérioration soudaine de la situation de la sécurité dans le pays d'origine. La question est alors de savoir si la rétention à des fins d'éloignement peut toujours se justifier.

Sur la base des éléments présentés au paragraphe précédent, il faudra évaluer si des perspectives réelles et tangibles existent toujours ou non dans le délai prévu pour la détention. Cela devrait être examiné dans chaque cas individuel. Toutefois, l'expérience tend à montrer que dans des situations de conflit armé, de désordres civils ou de troubles graves de l'ordre public, il est peu probable que les obstacles à l'éloignement soient de courte durée par nature.

Dans la plupart des cas, la détérioration de la situation sécuritaire ou humanitaire dans le pays d'origine sera examinée au cours d'un examen périodique régulier

ou au moment de décider du prolongement de la rétention, et pas au moment où surgissent les obstacles juridiques à l'éloignement. Une approche différente a récemment été adoptée dans les nouvelles orientations publiées en Nord-Rhénanie-Westphalie (NRW). En Allemagne, le ministre de l'intérieur a le pouvoir de déclarer une suspension générale de l'extradition vers une région particulière sur la base d'une protection internationale ou de motifs humanitaires⁹⁷. Au vu de ces nouvelles orientations, lors d'une telle déclaration, en NRW, un examen spécial de la rétention doit avoir lieu immédiatement pour déterminer si le prolongement de la privation de liberté au-delà de la période pour laquelle la suspension a été déclarée (qui s'étend en général à six mois) est toujours proportionnel, et donc justifié⁹⁸.

Une autre question est de savoir si à leur libération, les personnes obtiennent un droit de séjour tant que l'obstacle juridique existe ou si leur présence est simplement tolérée par les autorités. En principe, dans tous les pays européens, le ressortissant d'un pays tiers a le choix de soumettre une demande d'asile. Au cas où l'individu avait déjà soumis une demande par le passé, sa demande ultérieure pourrait toutefois faire l'objet d'un examen préliminaire⁹⁹. En outre, de nombreux pays ont des dispositions permettant l'octroi d'un permis pour des motifs humanitaires, pour des raisons qui vont au-delà du statut de réfugié et du statut de protection subsidiaire¹⁰⁰.

Toutefois, l'octroi d'un permis est loin d'être automatique dans ces cas. Une fois libérés, les migrants en situation irrégulière n'obtiennent pas un droit de séjour légal, soit pour éviter de récompenser leur manque de collaboration, soit pour d'autres raisons. Ces individus peuvent être tolérés de fait, mais restent dans une situation de flou juridique, parfois pendant des années. Sans accès légal au marché du travail et avec une assistance publique limitée, voire inexistante, ils dépendent de l'emploi dans l'économie informelle ou du soutien d'organisations caritatives ou de membres de leur communauté.

97 Loi allemande sur la résidence, article 60a.

98 Richtlinien für den Abschiebungsgewahrsam im Land Nordrhein-Westfalen, décret du Ministère de l'Intérieur du 19 janvier 2009, point 3.2.5.3 Az.-15-39.21.01-5-AHaftRL, disponible en allemand sur : www.abschiebungshaft.de/Abschiebungshaft%20Rechtsprechung/Abschiebungshaftrichtlinie%20NRW%2019.01.2009.pdf.

99 La possibilité d'examiner, dans une procédure spécifique, s'il y a de nouveaux éléments ou constatations est prévue à l'article 32, paragraphe 2, de la directive sur les procédures d'asile.

100 Le statut des réfugiés et la protection subsidiaire sont les deux statuts de protection harmonisés par la directive Qualification. Pour les statuts non harmonisés, voir l'étude récente de l'European Migration Network sur les différentes pratiques nationales concernant l'octroi de statuts de protection non harmonisés, rapports nationaux disponibles sur : <http://emn.sarenet.es/Downloads/prepareShowFiles.do?sessionid=92281108565ACFDBB6234CD4F4ED9B66?directoryID=113>, ainsi que ECRE, Survey on Complementary Protection, juillet 2009.

94 Le principe de non-refoulement est décrit à l'article 33 de la convention de 1951 relative au statut des réfugiés à laquelle sont parties tous les États membres de l'Union européenne. En outre, la CouEDH a interprété l'article 3 de la CEDH pour interdire le retour dans un pays où il risque la torture, des traitements ou punitions dégradants ou inhumains ; voir, par exemple, CouEDH (grande chambre), *Saadi c. Italie*, n° 37201/06, 28 février 2008, paragraphes 125 et 138 à 140.

95 Par exemple, CouEDH, *Omojudi c. Royaume-Uni*, n° 1820/08, 24 novembre 2009, paragraphe 41.

96 Par exemple, CouEDH (grande chambre), *N. c. Royaume-Uni*, n° 26565/05, 27 mai 2008, paragraphes 42 à 45.

Avis de la FRA

Les États membres de l'UE sont encouragés, lorsqu'ils revoient leurs lois sur les étrangers ou sur l'immigration, à mettre en place des mécanismes pour éviter les situations de flou juridique en reconnaissant la présence dans le pays des personnes qui ne peuvent faire l'objet d'un éloignement, et en s'assurant que celles-ci jouissent des droits fondamentaux applicables.

Il serait en outre important d'entamer une réflexion au niveau européen pour définir les moyens permettant de mettre fin aux situations prolongées de flou juridique. Cette réflexion ne devrait pas avoir pour effet de récompenser le manque de collaboration, mais créer une certaine certitude juridique et respecter les droits fondamentaux.

2.6. Risque de fuite

Directive « retour »

Article 3, paragraphe 7

« [R]isque de fuite » : le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite ; [...].

Dans son application de l'article 9 PIDCP, le Comité des droits de l'homme a conclu que la rétention « pourrait être considérée comme arbitraire si elle n'est pas nécessaire dans toute les circonstances de l'espèce, par exemple pour prévenir la fuite ou la destruction de preuves »¹⁰¹. Contrairement à cela, la Cour européenne des droits de l'homme n'exige pas que la privation de liberté soit considérée comme raisonnablement nécessaire¹⁰². Les Vingt principes directeurs sur le retour forcé recommandent toutefois aux États de ne recourir à la privation de liberté que lorsque les autorités « ont conclu que l'exécution de la décision ne serait pas assurée de manière aussi efficace en recourant à des mesures non privatives de liberté »¹⁰³.

101 Comité des droits de l'homme de l'ONU, *A. c. Australie*, n° 560/199, paragraphe 9.2 (voir aussi note de bas de page n° 53), disponible en ligne à l'adresse suivante : www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws560.html.

102 CouEDH, *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03, 29 janvier 2008, paragraphes 72 et 73. Toutefois, récemment, la Cour a constaté une violation de l'article 5, paragraphe 1, point f, dans un cas de rétention de quatre enfants, dont l'un présentait des symptômes psychologiques et psycho-traumatiques graves dans un centre fermé prévu pour les adultes et mal adapté à leur extrême vulnérabilité. CouEDH, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, n° 41442/07, 19 janvier 2010, paragraphes 69 à 75 concernant la rétention d'une famille tchèque demandant l'asile dans le contexte de la procédure de Dublin. Pour les deux cas, voir aussi la note de bas de page n° 55.

103 Conseil de l'Europe, Vingt principes directeurs sur le retour forcé, principe 6.1.

L'article 15, paragraphe 1, de la directive « retour », qui fixe les motifs de rétention, fait explicitement référence au risque de fuite et à d'autres interférences graves avec le processus de retour ou d'éloignement pour illustrer des situations où la privation de liberté peut se justifier pour préparer le retour ou exécuter l'éloignement. Le risque de fuite est défini à l'article 3, point 7, et requiert l'existence de raisons objectives, en l'espèce, pour que la personne veuille fuir. L'article 15, paragraphe 5, stipule que la rétention est maintenue aussi longtemps « qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien ». La directive requiert également que ces risques soient évalués « au cas par cas » soulignant qu'il faut prendre « en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier »¹⁰⁴.

Même si la directive « retour » ne définit pas explicitement l'évaluation requise en l'espèce, une lecture combinée de ces dispositions rend difficile d'imaginer une situation pouvant justifier la privation de liberté s'il n'y a pas de risque de fuite et pas de risque d'autre interférence grave dans le processus de retour ou d'éloignement.

Comme cela a été souligné au chapitre 1, section 2, la législation nationale de plusieurs pays considère les risques de fuite ou, plus généralement, les risques que l'étranger sévère ou entrave l'éloignement comme motif de rétention. Ailleurs, le risque de fuite est cité comme condition permettant de rendre la rétention légale¹⁰⁵. Dans d'autres pays, c'est l'un des facteurs à prendre en considération dans le cadre du test de proportionnalité¹⁰⁶ ou au moment de déterminer si la rétention doit être ordonnée ou prolongée¹⁰⁷, tandis que les preuves antérieures de non-respect des exigences de contrôle de l'immigration peuvent également constituer un facteur allant dans le sens d'une décision de rétention¹⁰⁸.

104 Directive relative au retour, considérant 6.

105 Voir Suède, loi sur les étrangers, section 10.1. En République tchèque (FORA, section 124.1) et en Pologne (loi sur les étrangers, article 102, paragraphe 1), le risque que la personne entrave ou empêche l'exécution de l'expulsion est une (des trois) justification de la rétention. En Slovaquie, la loi sur les étrangers (article 57, paragraphe 2) mentionne le risque de fuite comme une des autres justifications de l'application d'un régime de rétention plus sévère.

106 Voir Autriche, décisions de la cour administrative supérieure n° 2007/21/0078 du 28 juin 2007 et 2008/21/0036 du 27 mai 2009 ; Finlande, loi sur les étrangers, section 5 ; loi allemande sur la résidence, section 62(2) 5 : « il est manifeste qu'il a l'intention d'éviter l'extradition ».

107 Voir, par exemple, les orientations d'application de la loi néerlandaise sur les étrangers, point (A), 5.3.3.3 ; Grèce, compilation de la jurisprudence de la cour administrative de 1re instance d'Athènes – décision 2001-2004, Nomiki Bibliothiki 2006, qui mentionne le risque de fuite parmi les facteurs à examiner par la cour ; UK Border Agency, Operational Enforcement Manual, point 55.3.1. En Irlande, même si ce n'est pas mentionné expressément parmi les critères figurant à la section 3(6) (a)-(k) de la loi de 1999 sur l'immigration, la pertinence du risque de fuite peut être implicitement déduite de certaines des autres considérations, notamment celles liées au caractère et au comportement de la personne ou pour le bien public.

108 UK Border Agency, Operational Enforcement Manual, point 55.3.1.

Une lecture combinée des articles 15, paragraphe 1, et 3, paragraphe 7, de la directive « retour » – qui requiert que les critères d'existence d'un risque de fuite soient définis par la loi – pourrait encourager les législateurs nationaux à dresser des listes exhaustives de situations donnant objectivement lieu à un risque de fuite. L'établissement d'un risque de fuite requiert toutefois aussi une évaluation des circonstances particulières de chaque cas. Des facteurs comme le non-respect des délais de départ volontaire, le non-respect des obligations de signalement ou un changement d'adresse après expiration du délai de départ qui n'a pas été notifié aux autorités peuvent tous conduire à la nécessité d'avoir recours à la privation de liberté. Toutefois, il faut évaluer ces éléments à la lumière des circonstances individuelles afin de déterminer s'ils peuvent être considérés comme des signes indiquant un risque de fuite ou pas. Par exemple, le non-respect des délais de retour ou des obligations de signalement peut s'expliquer pour de bonnes raisons, comme des motifs de santé sérieux requérant une hospitalisation ou la nécessité de rester au repos.

Ainsi, si la liste des situations donnant lieu à un risque de fuite est dressée, il faut la limiter à des situations constituant objectivement une preuve de l'existence d'un risque de fuite, ainsi que le signale le commentaire sur le principe 6.1. des Vingt principes directeurs sur le retour forcé du Conseil de l'Europe. Dans ces cas, la privation de liberté ne doit pas être automatique et les autorités doivent examiner si en l'espèce, il existe de bonnes raisons pour rejeter la présomption d'un risque de fuite.

Avis de la FRA

La rétention avant éloignement devrait essentiellement être utilisée s'il existe un risque de fuite ou d'autres interférences graves avec le processus de retour ou d'éloignement, comme la disparition de preuves ou la destruction de documents. Les États membres de l'UE peuvent envisager de l'affirmer explicitement lorsqu'ils réexaminent leur législation nationale.

2.7. Caractéristiques et vulnérabilités personnelles

Directive « retour »

Considérant 6

Conformément aux principes généraux du droit de l'Union européenne, les décisions prises en vertu de la présente directive devraient l'être au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier.

La rétention est une interférence majeure avec le droit de liberté individuelle. Toutefois, son impact sur les personnes ayant des besoins sanitaires spécifiques, sur les survivants

de la torture et sur d'autres groupes à risque peut être proportionnellement plus important que sur d'autres. Il a été rapporté que la privation de liberté, particulièrement si elle est prolongée, peut donner lieu à des problèmes de santé mentale¹⁰⁹ ou conduire à une résurgence d'un traumatisme passé. Des régimes spécifiques et d'autres mesures de soins de santé préventives sont généralement plus difficiles à maintenir pendant la rétention.

La directive « retour » contient une liste des personnes vulnérables (article 3, paragraphe 9). Si la rétention d'enfants sera examinée en détail au chapitre 6, la situation des autres groupes de personnes généralement définis comme vulnérables mérite d'être analysée. Même si la directive « retour » n'interdit pas la privation de liberté des personnes vulnérables, elle requiert d'accorder une attention particulière aux besoins spécifiques des détenus (article 16, paragraphe 3). Cela signifie que la possibilité de répondre aux besoins spécifiques d'une personne vulnérable doit être prise en considération au moment de décider si elle doit être placée en rétention.

La législation, la jurisprudence ou les documents politiques dans plusieurs pays requièrent expressément que ceux qui ordonnent ou prolongent une décision de rétention accordent l'importance requise aux circonstances personnelles de la personne concernée. Cela peut inclure un historique de la santé physique ou mentale¹¹⁰, un historique de la torture¹¹¹, la famille¹¹², l'âge et la durée de résidence¹¹³, la grossesse¹¹⁴, le fait que quelqu'un ait besoin de l'aide de la personne¹¹⁵ ainsi que le caractère ou le comportement de la

109 Voir, par exemple, Jesuit Refugee Service – Europe, *Becoming vulnerable in detention*, juin 2010, pages 66 et suivantes. L'Australie s'est également penchée sur la question, voir Australian Human Rights Commission *Immigration Detention Report 2008*, pages 25 et suivantes, disponible à l'adresse suivante : www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=category&docid=4a2e34692&skip=0&category=POLICY&querysi=detention&searchin=title&display=10&sort=date ; Newman (et al), « Asylum, Detention and Mental Health in Australia », in *Refugee Surveys Quarterly*, Oxford Journals, 2008, vol. 27, pp. 110 à 127.

110 Voir, par exemple, Estonie, Riigikohus/3-3-1-45-06 (13 novembre 2006), paragraphe 10 ; Estonie, Riigikohus/3-3-1-2-07 (22 mars 2007), paragraphes 20 et 21 ; Pologne, article 103 Pologne, Dz.U.03.128.1175, point 103 ; UK Border Agency, *Operational Enforcement Manual*, point 55.3.1.

111 UK Border Agency, *Operational Enforcement Manual*, point 55.3.1.

112 Bulgarie, loi sur les étrangers, point 44.2 ; Irlande, loi de 1999 sur l'immigration, section 3(6)(c).

113 Irlande, loi de 1999 sur l'immigration, section 3(6) (a)-(b) ; Allemagne, règlements administratifs généraux accompagnant la loi sur la résidence (*Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz*), 26 octobre 2009, point 62.0.5.

114 Allemagne, règlements administratifs généraux accompagnant la loi sur la résidence (*Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz*), 26 octobre 2009, point 62.0.5.

115 UK Border Agency, *Operational Enforcement Manual*, point 55.3.1 ; Allemagne, règlements administratifs généraux accompagnant la loi sur la résidence (*Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz*), 26 octobre 2009, point 62.0.5., concernant les mères ayant besoin d'une protection de la maternité.

personne¹¹⁶. En outre, la législation nationale peut prévoir des garanties spécifiques pour les victimes de la traite des êtres humains.

Avis de la FRA

La FRA salue les dispositions du droit national existant dans certains États membres de l'UE qui exigent des autorités qu'elles prennent en considération les caractéristiques individuelles de la personne concernée au moment de décider si elle doit être détenue, et encourage les autres à suivre cet exemple. Ces dispositions peuvent aider à s'assurer que les précautions particulières seront prises avant de priver de liberté des personnes particulièrement vulnérables ou des personnes ayant des besoins spécifiques, et que les solutions autres que la rétention seront dûment examinées.

116 Irlande, loi de 1999 sur l'immigration, section 3(6) (g).

3. Durée maximale de rétention

La directive « retour » est le premier texte contraignant supranational prévoyant une durée maximale de rétention avant éloignement. Cela s'explique par la volonté de prévenir les cas de rétention à durée indéterminée et par le fait qu'après une certaine période de temps, si l'éloignement n'a pas eu lieu, la privation de liberté perd son objectif initial et devient une mesure punitive.

Les cas de rétention de longue durée ne sont pas rares dans les pays européens, comme l'illustrent les exemples suivants. En Lituanie, un individu a été détenu en 2002 pendant plus de quatre ans¹¹⁷. De même, en Estonie, la durée maximale avoisinait les quatre ans (1 436 jours). En Bulgarie, en Roumanie et au Royaume-Uni, on a constaté des rétentions d'environ trois ans dans certains cas¹¹⁸. À Chypre, le Médiateur a rapporté des durées de rétention de deux ans¹¹⁹. En Suède, le tribunal des migrations a accepté qu'une rétention de deux ans et huit mois soit exceptionnellement justifiée dans le cas d'un migrant en situation irrégulière ayant reçu un ordre d'expulsion en raison d'infractions pénales¹²⁰.

Si ces exemples illustrent des situations de durée excessive de rétention avant éloignement, il est plus difficile de tracer une ligne au-delà de laquelle toute rétention, quelles que soient les circonstances exceptionnelles, perd son objectif initial et devient arbitraire. La directive « retour » a fixé le seuil à 18 mois, ce qui lui a valu de vives critiques au niveau international et de la part de la société civile¹²¹.

Plus précisément, la directive « retour » prévoit deux plafonds. Le premier plafond est fixé à six mois (article 15,

paragraphe 5). La rétention avant éloignement ne doit normalement pas être prolongée au-delà de cette période. Dans les cas exceptionnels, l'article 15, paragraphe 6, de la directive prévoit deux exceptions où la rétention peut être prolongée de 12 mois supplémentaires, à condition que cette possibilité soit fixée dans le droit national et que les autorités fassent tous les efforts raisonnables pour exécuter la mesure d'éloignement. La première exception est applicable quand l'éloignement est susceptible de durer plus longtemps en raison d'un manque de coopération de la personne concernée. La deuxième exception n'est pas liée à la personne mais à un retard d'émission des documents nécessaires par le pays du retour.

3.1. Délais fixés dans le droit national

Groupe de travail de l'ONU sur la détention arbitraire

Rapport à la 13^e session du Conseil des droits de l'homme, paragraphe 61

Parmi les autres garanties, une durée de détention maximale doit être fixée par la loi, au terme de laquelle la personne doit être automatiquement libérée.

Neuf États membres de l'UE n'ont pas fixé de durée maximale pour la rétention avant éloignement¹²² ou pour certains types de rétention avant éloignement, comme le montre la carte à la figure 1¹²³. Sans plafond prévu par la loi, les droits des migrants en situation irrégulière placés en rétention sont protégés uniquement dans la mesure où ceux-ci peuvent exercer leur droit de contrôle juridictionnel.

117 Informations fournies par le centre d'enregistrement des étrangers à l'expert FRALEX. La rétention la plus longue a été de 1 523 jours.

118 Pour la Bulgarie, voir le cas de M. Kadzoev, qui a été détenu pendant plus de trois ans (CJE, *Kadzoev*, affaire C-357/09). Pour la Roumanie, voir le récent arrêt de la CouEDH (grande chambre), *Al-Agha c. Roumanie*, 2010, n° 40933/02 concernant un Palestinien détenu pendant trois ans et cinq mois. Pour le Royaume-Uni, voir *R (représentant Wang) c. secrétaire d'État du Ministère de l'Intérieur*, [2009] EWHC 1578 (admin), Royaume-Uni : High Court (Angleterre et Pays de Galles), 5 juin 2009, concernant un Iranien détenu pendant 34 mois.

119 Voir, par exemple, le rapport du Médiateur de 2006, pp. 103 à 105, disponible sur : [www.ombudsman.gov.cy/Ombudsman/ombudsman.nsf/AII/32C49D97734F1624C22575B20045BB24/\\$file/ETHΣIA%20EKΘEΣH%202006.pdf?OpenElement](http://www.ombudsman.gov.cy/Ombudsman/ombudsman.nsf/AII/32C49D97734F1624C22575B20045BB24/$file/ETHΣIA%20EKΘEΣH%202006.pdf?OpenElement).

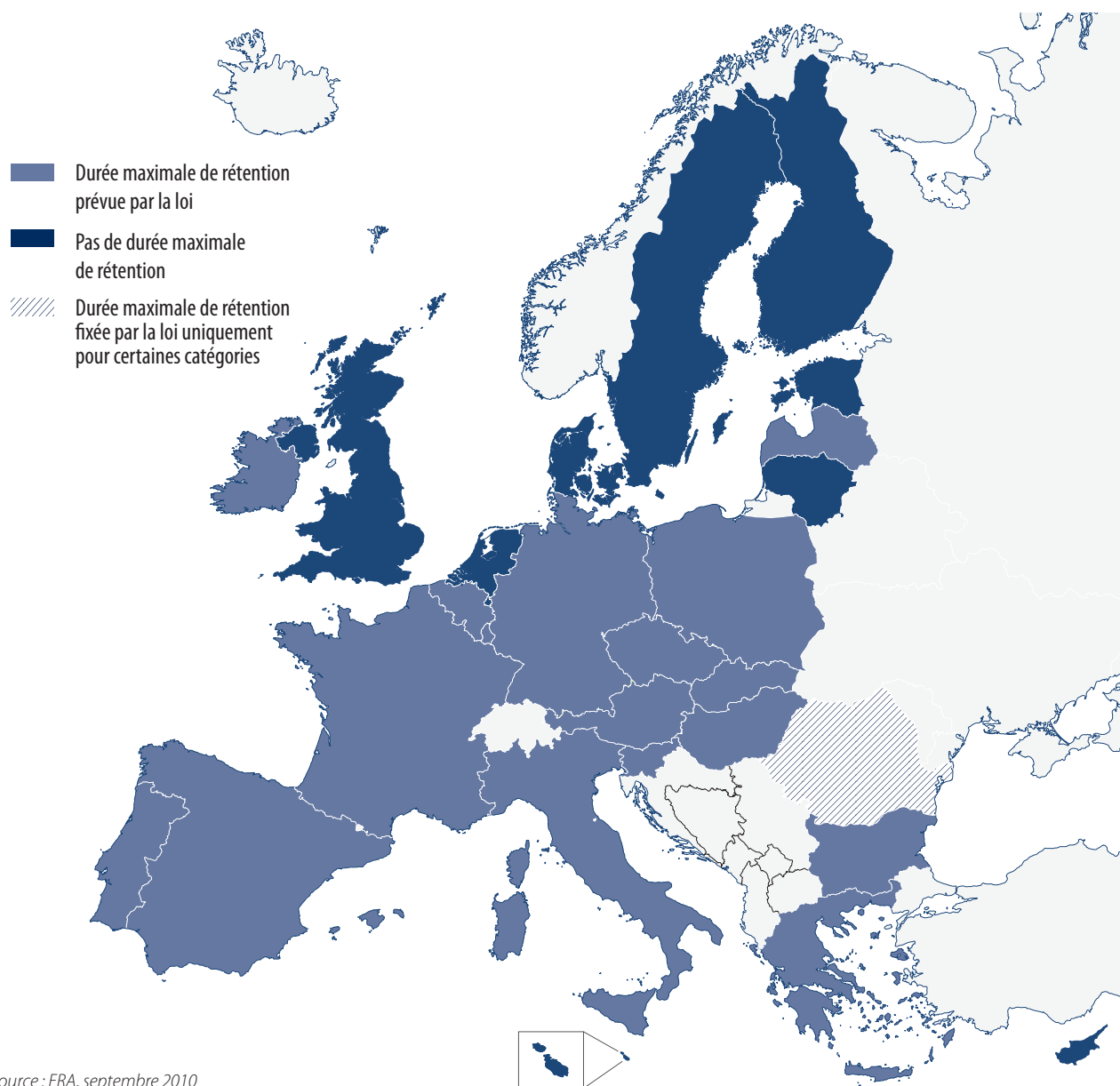
120 MIG 2008:44, SOU 2009:60, p. 169.

121 Communiqué de presse de l'ONU, UN experts express concern about proposed EU Return Directive, 18 juillet 2008, UNHCR, UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals, 16 juin 2008, p. 2. Voir aussi le communiqué de presse associé de l'ECRE et d'Amnesty International, « Returns' Directive: European Parliament and Member States risk compromising respect for migrants' rights », 20 mai 2008, ainsi que la lettre jointe adressée aux députés du Parlement européen, disponible sur : www.ecre.org/files/ECRE%20AI%20Joint%20PR%20Returns%20Directive.pdf.

122 La loi ne prévoit aucun plafond à Chypre, au Danemark, en Estonie, en Finlande, en Lituanie, à Malte, en Suède et au Royaume-Uni. Dans ces pays, le plafond est fixé par les tribunaux au cas par cas ou par la politique, comme c'est le cas de la limite de 18 mois fixée à Malte. Voir rapport annuel 2010 du groupe de travail sur la détention arbitraire, A/HRC/13/30. Aux Pays-Bas, aucun plafond n'est prévu dans la loi pour la privation de liberté en vertu de l'article 59, paragraphe 1, point a, de la loi sur les étrangers de 2000, qui constitue de loin le motif le plus courant de la rétention des étrangers, tandis que des plafonds existent en matière de rétention conformément à l'article 59, paragraphe 1, point b, et paragraphe 2 (quatre ou six semaines prévues à l'article 59, paragraphe 4).

123 En Roumanie, aucun plafond n'a été fixé pour la rétention des étrangers non désirables (ordonnance d'urgence, article 97, paragraphe 4), tandis qu'une limite de deux ans est fixée par la loi pour la rétention des étrangers qui ont fait l'objet d'une mesure d'expulsion (article 97, paragraphe 3).

Figure 1 : Durée maximale de rétention fixée par la loi, UE-27



Source : FRA, septembre 2010

Tous les autres États membres de l'UE prévoient des plafonds allant de 32 jours en France¹²⁴ ou 60 jours en Espagne¹²⁵ à 20 mois en Lettonie¹²⁶ ou deux ans en Roumanie¹²⁷ pour la privation de liberté des étrangers faisant l'objet d'une ordonnance d'expulsion. La figure 2 fournit un aperçu des plafonds fixés par les législations nationales de 19 États membres. Dans les pays où plus d'un plafond existe, la durée de rétention la plus longue a été sélectionnée. Les pays qui ont un plafond

uniquement pour certaines situations de rétention avant éloignement ont été portés dans la liste – c'est le cas des Pays-Bas et de la Roumanie. Comme le montre la figure 2, la législation nationale de deux pays, la Lettonie et la Roumanie, prévoit un plafond supérieur à la limite de 18 mois prévue dans la directive « retour ».

Environ un État membre de l'UE sur trois a fixé, dans sa législation nationale, deux limites en ce qui concerne la durée maximale de rétention avant éloignement. Il s'agit d'une règle générale plus courte et d'une durée maximale à appliquer dans des circonstances spécifiques. Dans ces pays, le délai minimal va de 60 jours à six mois¹²⁸ et

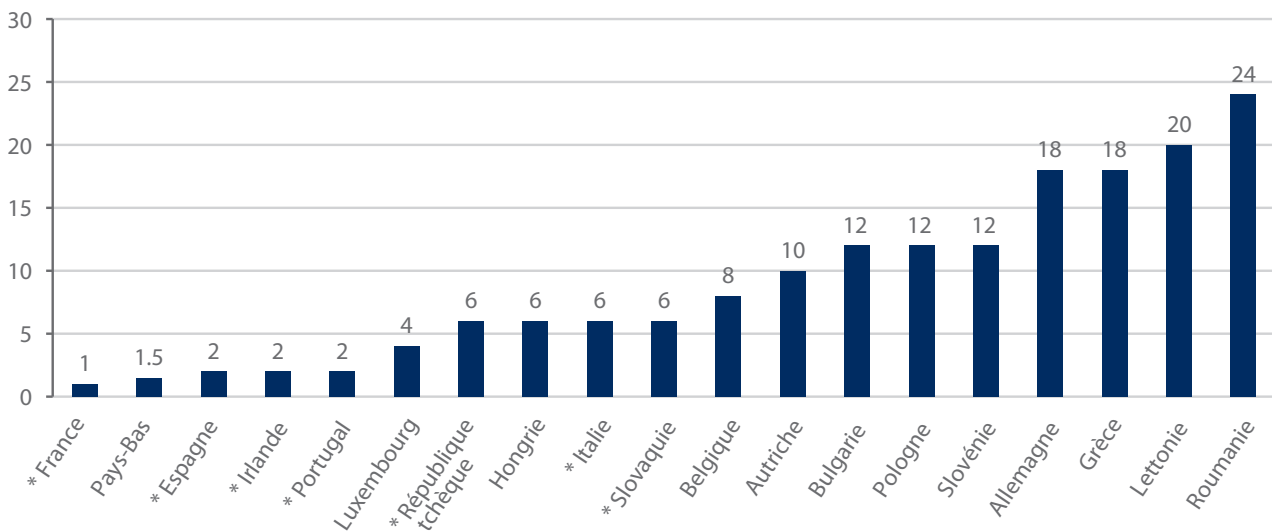
124 La loi du 26 novembre 2003 a modifié les règles relatives aux centres de rétention et a prolongé la durée maximale de rétention de 12 à 32 jours (CESEDA, article 552, paragraphe 7).

125 Le plafond de 40 jours prévu dans la loi de 2000 a été étendu à 60 jours en 2009 (voir article 62, paragraphe 2, de la loi 4/2000).

126 Article 54, paragraphe 4, de la loi sur l'immigration.

127 Ordonnance d'urgence, article 97, paragraphe 3.

128 En Autriche, il y a en réalité trois délais. Normalement, le plafond est de deux mois (section 80.2 de la loi de police sur les étrangers) qui peut toutefois être

Figure 2 : Durée maximale de rétention, par pays (mois)*

Note : * Les durées de rétention exprimées en jours ou semaines dans la législation nationale sont mentionnées en mois dans le graphique.

Source : FRA, septembre 2010

le plafond va de six à 18 mois¹²⁹. Dans trois de ces pays, la seule justification pour recourir aux durées maximales réside dans le comportement de la personne concernée¹³⁰. Dans deux autres pays, en plus des raisons qui relèvent de la sphère du migrant, il est également possible d'appliquer le plafond en cas de retard des autorités du pays de retour dans la préparation des documents nécessaires¹³¹. Enfin, dans trois pays, les exigences d'ordre public ou de sécurité nationale sont mentionnées¹³².

porté à 6 mois (cumulables en deux ans) dans plusieurs cas (section 80 (3) de la loi de police sur les étrangers). En Belgique, il existe un délai de deux mois, qui peut être prolongé de deux mois, puis encore d'un mois dans certaines circonstances et jusqu'à huit mois pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale (loi sur les étrangers, article 7, paragraphe 11). Voir aussi la loi sur les étrangers de Bulgarie, qui prévoit un délai de six mois maximum (loi sur les étrangers, article 44, paragraphe 8, phrase 2, tel que modifié le 15.5.2009) ; Allemagne, jusqu'à six mois, loi sur la résidence, section 62(3) ; Grèce, six mois maximum, loi RPT, point 76.3 ; Italie, 30 jours, avec possibilité de prolongation de 30 jours supplémentaires ; article 14 du LD 286/98 ; Pologne, 90 jours maximum, loi sur les étrangers, point 106.1 ; et Sloveenie, six mois maximum, loi sur les étrangers, section 56.1.

129 Autriche, 10 mois (cumulables en deux ans), sec. 80 (4) de la loi de police sur les étrangers ; Belgique, 8 mois, loi sur les étrangers, article 7, paragraphe 11 ; Bulgarie, 18 mois, loi sur les étrangers, article 44, paragraphe 8, phrase 2 (tel que modifié le 15.5.2009) ; Allemagne, 18 mois, loi sur la résidence, section 62(3) ; Grèce, 18 mois, loi RPT, point 76.3 ; Italie, la période 30 + 30 jours peut être prolongée deux fois de 60 jours, ce qui porte le total à environ six mois, article 14, paragraphe 5, LD 286/98 (tel que révisé en 2009) ; Pologne, 12 mois, loi sur les étrangers, point 106.2 ; et Sloveenie, 12 mois, loi sur les étrangers, section 58.4.

130 Autriche (en ce qui concerne l'extension à 10 mois, loi de police sur les étrangers, point 80.4), Allemagne (loi sur la résidence, section 62.3) et Pologne (loi sur les étrangers, point 106.2), l'extension de la rétention avant éloignement est possible uniquement si l'étranger a fait obstacle à l'éloignement.

131 Grèce, loi RPT, article 76.3 ; Italie, article 14, paragraphe 5, LD 286/98 (tel que révisé en 2009).

132 Belgique, loi sur les étrangers, point 7.11, dernière phrase. En Sloveenie, la section 58.4 de la loi sur les étrangers permet à la police de prolonger la

La figure 3 fournit un aperçu des États membres de l'UE possédant deux délais ou plus en ce qui concerne la durée maximale de la rétention avant éloignement. Elle n'inclut pas les pays, comme les Pays-Bas ou la Roumanie, qui prévoient différents délais pour différents groupes. Elle n'inclut pas non plus les pays comme le Luxembourg ou la Lettonie, où la rétention est ordonnée pour un ou deux mois à la fois, jusqu'à la durée maximale autorisée par le droit national.

Quatre pays ont modifié leurs dispositions juridiques sur les durées maximales de rétention après l'adoption de la directive « retour ». Comme illustré à la figure 4, dans trois États membres, la durée de rétention autorisée a augmenté¹³³, tandis que dans un État membre, la Bulgarie, aucun délai n'existait avant la transposition de la directive « retour » et le plafond autorisé par la directive a été introduit¹³⁴.

Une durée maximale de rétention serait inutile si les autorités pouvaient la contourner en plaçant à nouveau la personne en rétention immédiatement ou peu après sa libération¹³⁵. Un pays a introduit des garanties dans son

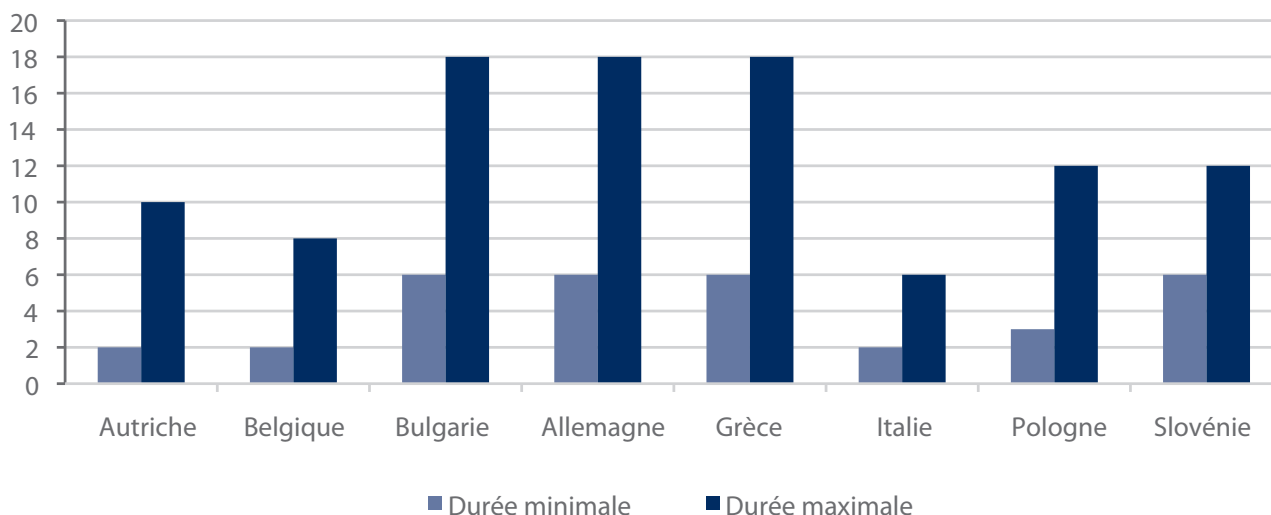
rétention de six mois si on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit possible d'extrader l'étranger au cours de cette période et, en particulier, si la procédure de détermination de l'identité ou d'acquisition de documents pour l'extradition de l'étranger est toujours en cours, ou si l'extension est nécessaire pour des raisons de sécurité. Voir aussi Bulgarie, loi sur les étrangers, point 44.8.

133 Voir Grèce, loi RPT, article 76, paragraphe 3 ; article 62, paragraphe 2 de la loi 4/2000 telle que modifiée par la loi 2/2009 ; Italie, article 14, paragraphe 5, LD 286/98 (tel que révisé en 2009).

134 Loi sur les étrangers, article 44, paragraphe 8, phrase 2 (tel que modifié le 15.5.2009).

135 CouEDH, *John c. Grèce*, n° 199/05, 10 mai 2007, paragraphe 33, où la Cour a constaté le contournement d'une disposition juridique nationale relative

Figure 3 : États membres de l'UE possédant deux délais (mois)



Source : FRA, septembre 2010

droit national, prévoyant qu'un étranger peut être détenu jusqu'à six mois, voire dix exceptionnellement, en deux ans¹³⁶. Dans certains pays, les tribunaux ou autres organes ont déclaré illégale la pratique de la réincarcération d'une personne. C'est par exemple le cas du Portugal¹³⁷ et de la Grèce¹³⁸.

À l'inverse, la réincarcération est possible dans d'autres pays, comme Malte, où elle est explicitement prévue par la loi sur l'immigration¹³⁹. En Belgique, la durée est calculée par les infrastructures de rétention et recommence à zéro lorsqu'un étranger est transféré. De même, l'opposition

à la durée de rétention en vue de l'expulsion en arrêtant à nouveau une personne dix minutes après sa libération.

136 Loi autrichienne de police sur les étrangers, section 80 (4). L'étranger a également le droit de se voir délivrer gratuitement un certificat indiquant la durée qu'il a passée en rétention (loi de police sur les étrangers, section 81).

137 Au Portugal, la Cour suprême a décidé qu'il était illégal de maintenir en centre de rétention ou en prison un immigrant illégal qui a déjà été détenu dans un centre de rétention temporaire pendant 60 jours, qui est la durée autorisée par la législation. Cour suprême (*Supremo Tribunal de Justiça*), disponible à l'adresse suivante : www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5d58a7ea0581ce80802573640058fee7?OpenDocument.

138 De même, en Grèce, le Médiateur a critiqué la pratique des ordonnances d'extradition « successives » et des décisions de rétention qui s'en suivent de la part de l'administration afin de détenir les immigrants en situation irrégulière pendant six mois supplémentaires, et a considéré que cette pratique était illégale. Voir communiqué de presse intitulé « Extradition successive dans un "vide juridique". Actions du Médiateur grec pour mettre fin aux extraditions successives des étrangers », Athènes, 7 janvier 2008, disponible sur : www.synigoros.gr.

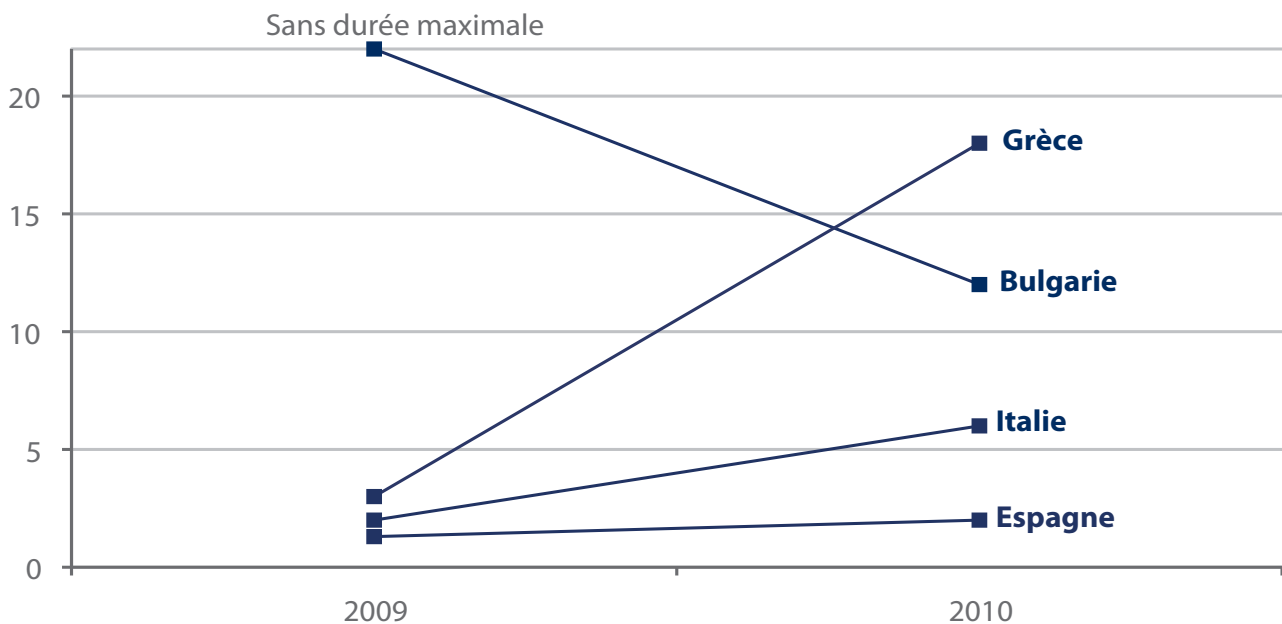
139 Le fonctionnaire principal chargé de l'immigration peut, quel que soit l'ordre du comité d'appel en matière d'immigration, redemander la rétention administrative s'il croit qu'il existe une perspective raisonnable d'expatriation et qu'il n'y a pas de procédure en suspens au titre de la loi sur les réfugiés. Voir loi sur l'immigration, article 25(A)(12). Toutefois, la FRA a été informée par le Ministère de la Justice et de l'Intérieur qu'en pratique, la réincarcération n'avait lieu qu'une fois que les dispositions de retour avaient été prises ou qu'il y avait des perspectives raisonnables d'un éloignement rapide, à savoir lorsque les documents avaient été remis ou étaient sur le point de l'être.

à une tentative d'expulsion conduit à une nouvelle décision de rétention. Ainsi, malgré le fait que la loi belge fixe un plafond de rétention à cinq mois, un homme a été détenu au centre de Bruges pendant plus de 13 mois¹⁴⁰.

Seuls quelques États membres de l'UE appliquent actuellement un plafond de 18 mois ou plus. La rétention pour une période aussi longue que 18 mois constitue une ingérence grave dans le droit d'une personne à la liberté. Comme on l'a constaté hors de l'Europe, la rétention de longue durée peut également avoir des conséquences graves sur la santé mentale des personnes concernées. Une récente étude en Australie a montré que 40 % des personnes détenues depuis deux ans ou plus ont développé de nouveaux symptômes de maladie mentale¹⁴¹.

140 Belgique, Aide aux personnes déplacées, Caritas International Belgique, le Centre social protestant, le CIRE, Jesuit Refugee Service Belgique, la Ligue des droits de l'homme asbl, le MRAX, Point d'appui, le Service social de solidarité socialiste, Vluchtelingenwerk Vlaanderen, 2006, *Centres fermés pour étrangers : état des lieux*, disponible en français sur : www.liguedh.be/images/PDF/documentation/analyses_juridiques/Etat_des_lieux_sur_les_centres_fermes%20.pdf?766a6a4a76f17874a59bb7f42f2bb3fa=34024efaaf6f00230dbbba6f3b9027a7, p. 22. Voir aussi Parlement européen, *Rapport de la délégation de la commission LIBE sur la visite aux centres fermés pour demandeurs d'asile et immigrants en Belgique*, le 11 octobre 2007, PE404.456v01-00, disponible sur : www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pv/714/714008/714008fr.pdf. La délégation LIBE a conclu que, même si la limite légale de durée de rétention était fixée à cinq mois, avec une possibilité de l'étendre à huit mois pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale, en pratique, « l'enfermement n'est limité par aucun délai en Belgique puisqu'un nouveau délai recommence à courir lorsqu'une personne s'oppose à son expulsion », p. 3).

141 Voir J.P.Green et K.Eagar, *The health of people in Australian immigration detention centers*, Université de Wollongong, New South Wales, 2010. L'étude a analysé les dossiers médicaux de 720 des 7 375 personnes détenues au cours de l'exercice financier allant du 1er juillet 2005 au 30 juin 2006, avec une surreprésentation des personnes détenues pendant plus de trois mois.

Figure 4 : Durée de rétention maximale – tendances 2009-2010 (mois)

Source : FRA, septembre 2010

La durée de la rétention dans l'attente de l'éloignement devrait être examinée en comparaison avec les sanctions pour infractions pénales. Dans ce contexte, il convient de noter que les agressions provoquant des blessures physiques peuvent, dans de nombreuses juridictions européennes, être punies d'emprisonnement pour des durées inférieures à 18 mois¹⁴².

Avis de la FRA

La FRA encourage les États membres de l'UE à ne pas prolonger la période de rétention au-delà de six mois. Lorsque, conformément à la directive « retour », une telle possibilité est introduite ou maintenue, la législation nationale devrait comporter des garanties strictes de nature à faire en sorte que cette possibilité ne soit utilisée que dans des cas extrêmement exceptionnels. Un retard dans l'obtention des documents nécessaires ne devrait pas justifier une prolongation de la privation de liberté s'il apparaît dès le début que le pays tiers concerné ne collaborera pas ou lorsqu'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que les documents nécessaires soient émis à temps, étant donné que dans ces cas-là, la rétention ne poursuivrait plus l'objectif légitime de faciliter l'éloignement.

3.2. Rétention aussi brève que possible

Directive « retour »

Article 15, paragraphe 1, dernière phrase

Toute rétention est aussi brève que possible [...]

La directive « retour » (article 15, paragraphe 1) prévoit que la privation de liberté pour faciliter le processus de retour et d'éloignement doit être la plus courte possible. Elle prévoit donc l'obligation pour les États de mettre en place des mécanismes ou des procédures afin de garantir que la rétention ne sera pas indûment prolongée. Le délai maximum de six mois prévu à l'article 15, paragraphe 5, de la directive et sa prolongation exceptionnelle à 18 mois maximum prévue à l'article 15, paragraphe 6, sont des plafonds. L'autorité qui ordonne ou prolonge la rétention doit examiner combien de temps la privation de liberté peut être maintenue à la lumière des circonstances individuelles du dossier, les plafonds fixés à l'article 15, paragraphes 5 et 6 ne pouvant en aucun cas être négligés.

Dans plusieurs États membres de l'UE, le principe de proportionnalité impose aux autorités qui ordonnent la rétention d'examiner si la privation de liberté ne dépasse pas la durée strictement nécessaire pour procéder à l'éloignement¹⁴³. L'obligation pour la rétention d'être la

¹⁴² La punition pour violences physiques prévue dans le code pénal autrichien (section 83) peut aller jusqu'à un an d'emprisonnement. La même durée est prévue par l'article 133 du code pénal de Slovaquie pour une violence physique légère. Les législations nationales d'autres pays prévoient un emprisonnement d'un à deux ans pour les cas les plus graves de violence physique, voir code pénal de Hongrie, article 170, paragraphe 1 ; code pénal de Suède, chapitre 3, section 5 (s'il s'agit d'une infraction simple, une amende ou une peine de prison allant jusqu'à six mois est prévue) ; ou code pénal de Finlande, chapitre 21, section 5(1).

¹⁴³ La High Court irlandaise a affirmé que l'enfermement avant expulsion ne se justifiait que tant qu'il était nécessaire pour une expulsion immédiate ou raisonnablement immédiate. La Cour a décidé qu'il pourrait s'agir d'un

plus courte possible figure parfois expressément dans la législation ou les orientations nationales¹⁴⁴. Comme cela est décrit à la section 3.3, la possibilité de prolonger la rétention pour une courte période à la fois¹⁴⁵ ainsi que les examens périodiques sont des outils importants pour garantir que la rétention sera la plus brève possible.

Tous les pays sont loin de collecter des statistiques sur la durée moyenne de la rétention avant éloignement. Dans les 10 pays où la FRA a pu collecter certaines données, la durée moyenne de la rétention avant éloignement en 2008 allait de 13 jours en France¹⁴⁶ ou en Hongrie¹⁴⁷ à 111 jours en Pologne¹⁴⁸. Même si les données disponibles sont limitées et ne sont pas nécessairement comparables étant donné qu'elles ne portent pas toujours sur la même période, globalement, on peut faire deux remarques générales. Tout d'abord, la durée moyenne de rétention des migrants en situation irrégulière tend à être plus courte dans les pays qui appliquaient une durée maximale de rétention au moment où les données ont été collectées¹⁴⁹. Ensuite, la rétention tend à être plus brève dans les pays où les éloignements peuvent également avoir lieu par voie terrestre¹⁵⁰.

Des informations limitées ont pu être collectées sur la ventilation des détenus par durée de rétention. En Autriche, la durée moyenne de rétention au cours des sept premiers mois de 2008 était de 20,44 jours. Quelque 41 % des personnes en rétention (1 299 personnes) ont été libérées pendant la première semaine ; 36 % des personnes ont été libérées entre la deuxième et la quatrième semaine et les 23 % restants sont restés détenus entre un et dix mois¹⁵¹. Au Royaume-Uni, sur les 2 800 personnes en rétention au 31 mars 2010, un peu plus de la moitié (56 %) l'étaient depuis moins de deux mois, 690 (25 %), depuis deux à six mois et 540 (près de 20 %), depuis plus longtemps, dont 105 depuis plus de 18 mois¹⁵².

Seul un examen détaillé d'un nombre suffisant de dossiers examinant le temps nécessaire pour procéder à l'éloignement pourrait donner une image plus claire du moment où la probabilité d'un éloignement réussi commence à devenir trop mince pour ne plus justifier une privation de liberté. Toutefois, les études de ce type sont peu courantes. L'une a été menée récemment au Royaume-Uni sur des personnes en rétention depuis au moins un an, dont le sort était suivi depuis 20 mois. L'étude a montré que seuls 18 % des migrants avaient été éloignés dans le délai de 20 mois. Pour quatre personnes sur cinq, la privation de liberté n'avait pas atteint l'objectif d'éloignement¹⁵³.

Un élément important pour garantir que la rétention restera la plus brève possible est la libération automatique une fois que les motifs de la rétention disparaissent. Normalement, tous les pays appliquent la libération automatique des personnes. Toutefois, il existe une exception: la Lituanie, où l'institution qui initie la rétention d'un étranger est tenue de s'adresser immédiatement au tribunal de la localité de résidence pour demander sa libération¹⁵⁴.

abus de pouvoir de poursuivre la rétention s'il apparaît clairement que l'expulsion ne pourra avoir lieu dans les huit semaines ; voir *Gutrani c. Ministère de la Justice* [1993] 2 IR 427, disponible sur : www.courts.ie. Aux Pays-Bas, après six mois, l'intérêt du migrant à être libéré est généralement pris en considération par les tribunaux et mis en balance avec l'intérêt de l'État à poursuivre la rétention, même si la rétention peut être étendue dans plusieurs cas mentionnés dans Vc 2000 A6/5.3.5. En Suède, la cour suprême administrative (RÅ 1993 ref 15) a décidé que, en règle générale, la prolongation de la rétention devait s'appliquer de manière restrictive. Voir le principe général de proportionnalité inclus dans la loi finlandaise sur les étrangers à la section 5.

144 Autriche, loi de police sur les étrangers, section 80(1) ; décret gouvernemental de Hongrie n° 114/2007 (V.24.), section 126 (5) Hongrie/114/2007 (V.24.) *Korm.rendelet/* (24.05.2007). En outre, au Royaume-Uni, l'UKBA (2008) *Operational Enforcement Manual*, chapitre 55.1.3, affirme que la rétention doit être utilisée avec parcimonie et pour la période la plus brève possible. En Allemagne (loi sur la résidence, section 62.2), la rétention en attendant l'exclusion n'est pas autorisée s'il est établi qu'il ne sera pas possible de procéder à l'expulsion dans les trois mois qui suivent, pour des raisons indépendantes de la volonté de l'étranger.

145 C'est par exemple le cas du Danemark (quatre semaines), de l'Estonie et de la Lettonie (deux mois).

146 Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport annuel 2008*, p. 19, disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000191/0000.pdf>.

147 D'après la direction générale de la police nationale (lettre n° 20361/1/2009 du 17.6.2009), la durée moyenne de la rétention des étrangers par la police – rétention avant expulsion au titre des lois sur l'immigration – était de 13 jours en 2008.

148 Statistiques fournies par la direction de la police polonaise. Une différence considérable existe entre les infrastructures, par exemple, à Włocławek, la durée moyenne de rétention était de 43 jours, et à Konin, de 240 jours.

149 La durée moyenne de rétention était de 13 jours en France (pour une durée maximale de 32 jours) ; 22 jours en Grèce (pour une durée maximale de trois mois autorisée en 2008), données fournies par écrit par le ministre grec de l'intérieur, département des migrations et des mesures administratives de la direction des étrangers ; 35 au Portugal (pour une durée maximale de 60 jours, conformément à l'article 146, paragraphe 5), informations fournies oralement par l'office des frontières et des étrangers à l'expert national FRALEX.

150 Par exemple, Hongrie (13 jours) et Roumanie (entre 2005 et 2008, la

moyenne était de 10 à 12 jours, voir réponse 2869110 fournie par l'office national roumain de l'immigration le 7 mai 2008, qui s'est penché sur le dossier avec l'expert national FRALEX). En Finlande, les autorités n'ont pas collecté de statistiques complètes sur la rétention des immigrants en situation irrégulière et donc, on ne peut déterminer précisément la durée moyenne de rétention des immigrants en situation irrégulière en Finlande. Actuellement, il n'existe qu'une seule infrastructure de rétention des immigrants au titre de la loi finlandaise sur les étrangers, qui est officiellement entrée en vigueur en septembre 2002. Les statistiques compilées par l'unité de rétention de Metsälä indiquent que la durée moyenne de rétention varie de 10,3 jours en 2003 à 28,8 jours en 2007, voir centre d'accueil de Metsälä/unité de rétention/manuel d'instruction (*Metsälän vastaanottokeskus/ säilöönottoyksikkö/ perehdytyskansio*) (11.9.2008), paragraphe 1.2.1.

151 Comité consultatif des droits de l'homme (2008) *Rechtsschutz für Schubhäftlinge*, pp. 16 et suivantes, disponible en allemand sur : www.menschenrechtsbeirat.at/cms15/mrb_pdf/thematische_berichte/2008_rechtsschutz.pdf.

152 UK Home Office, *Control of Immigration: Quarterly Statistical Summary, United Kingdom. National Statistics. January–March 2010* p. 45, disponible sur : <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs10/imm110.pdf>.

153 London Detainee Support Group (2009), *Detained Lives: The Real Cost of Indefinite Immigration Detention*, p. 5, disponible sur : www.detainedlives.org/wp-content/uploads/detainedlives.pdf.

154 Lituanie, loi sur le statut juridique des étrangers, article 118, p. 1.

Avis de la FRA

La période de six mois, voire 18 mois exceptionnellement, fixée par la directive « retour » est considérée comme un plafond. Vu l'influence de la rétention sur la dignité personnelle, il est extrêmement important de décider, dans la législation nationale, que la rétention sera ordonnée ou maintenue uniquement tant qu'elle est strictement nécessaire pour mener à bien l'éloignement. La législation nationale devrait être rédigée de manière à garantir que la situation individuelle de la personne concernée sera évaluée dans chaque cas, rendant ainsi illégale l'application systématique de la durée maximale de rétention.

3.3. Contrôles périodiques automatiques

Directive « retour »

Article 15, paragraphe 3

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 judiciaire.

Les contrôles périodiques automatiques par l'administration ou les tribunaux sont un outil permettant de garantir que la rétention sera la plus brève possible. Il y a deux moyens de mettre en œuvre ces examens. Le premier, c'est la législation qui permet d'imposer la rétention pour la période envisagée pour exécuter l'éloignement, mais aussi de prévoir les examens périodiques réguliers. L'autre solution consiste à permettre la rétention uniquement pour une courte période après laquelle la rétention sera réexaminée et prolongée uniquement si elle se justifie toujours.

Un mécanisme permettant d'examiner à intervalles réguliers si la privation de liberté se justifie toujours est également prévu à l'article 15, paragraphe 3, de la directive « retour ». En outre, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a récemment appelé à ce que la rétention soit soumise à des contrôles judiciaires périodiques¹⁵⁵. Cette disposition de la directive « retour » impose la participation des tribunaux en cas de « périodes de rétention prolongées ». La directive laisse une certaine flexibilité aux États pour définir les échéances exactes pour les contrôles réguliers et pour déterminer quand on peut envisager de prolonger les périodes de rétention. La pratique actuelle nationale pourrait aider à définir cette durée.

L'étude a montré que huit pays¹⁵⁶ avaient fixé des échéances précises pour l'examen par les tribunaux de la légalité de la rétention. Dans trois autres pays, des contrôles peuvent ou doivent être réalisés par l'administration¹⁵⁷. Dans deux pays, l'Autriche et le Danemark, les contrôles périodiques ne commencent qu'après l'expiration d'une certaine période¹⁵⁸. Parmi les pays qui prévoient des contrôles périodiques automatiques, plus de la moitié prévoient des délais inférieurs ou égaux à un mois¹⁵⁹, tandis que dans cinq pays, le délai pour effectuer un contrôle est fixé à deux mois¹⁶⁰.

Si on ne tient pas compte des États membres de l'UE dans lesquels la durée maximale de rétention ne dépasse

156 Loi autrichienne de police sur les étrangers, section 80.6 ; Estonie, OLPEA, section 25 ; Danemark, loi sur les étrangers, section 37.3 ; France, CESEDA, point 552.7 ; Hongrie, loi RPT, points 55.3 et 58.2 ; Italie LD 286/98, article 14 ; Lettonie, loi sur l'immigration, section 54.2-4 ; Luxembourg, loi sur l'immigration, article 120, paragraphes 1 et 3.

157 En Belgique (loi sur les étrangers, article 7, paragraphe 11), la rétention est ordonnée pour deux mois et ensuite prolongée de deux mois si l'administration a lancé les procédures d'éloignement avec la diligence requise dans les sept jours ouvrables à compter du début de la rétention. En Suède, une ordonnance de rétention doit être réexaminée par la police ou le conseil de migration, Suède, loi sur les étrangers, chapitre 10, section 9. Au Royaume-Uni, des orientations opérationnelles affirment qu'après la décision initiale de rétention, la rétention doit être réexaminée de manière périodique suivant un calendrier de contrôle, à savoir après 24 heures, sept jours, 14 jours, 21 jours, 28 jours et ensuite de manière mensuelle, avec des niveaux accrus de responsabilité pour les hauts fonctionnaires administratifs en matière de décision relative à la poursuite de la rétention ; voir Operational Enforcement Manual, chapitre 55.8, disponible sur : www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/enforcement/detentionandremovals.

158 En Autriche, la rétention doit être examinée par les tribunaux toutes les huit semaines lorsqu'elle est supérieure à six mois (loi autrichienne de police sur les étrangers, section 80.6). Au Danemark, si le tribunal trouve la rétention légale, il fixe un délai pouvant être prolongé ultérieurement, mais pas plus de quatre semaines à la fois (loi sur les étrangers, section 37.3).

159 En France, la rétention est approuvée après 48 heures pour une période de 15 jours pouvant être prolongée de 15 jours dans certaines circonstances (voir CESEDA, point 552-7). En Italie, la rétention est initialement décrétée pour 30 jours, prolongeables une fois de 30 jours et, dans certaines circonstances, prolongeables deux fois de 60 jours (voir LD 286/98, article 14). En Hongrie, la prolongation de la rétention devrait être examinée tous les 30 jours à l'initiative motivée des autorités d'immigration – voir loi RPT, points 55.3 et 58.2. Au Luxembourg, la rétention est ordonnée pour un mois, prolongeable d'un mois et peut être prolongée trois fois d'un mois (loi sur l'immigration, article 120, paragraphes 1 et 3). Au Danemark (loi sur les étrangers, section 37.3), si le tribunal estime que la rétention est légale, il fixe un délai pendant lequel elle peut être maintenue. Ce délai peut être prolongé par le tribunal ultérieurement, mais pas plus de 4 semaines à la fois. En Suède, une ordonnance de rétention sera réexaminée par la police ou le conseil de migration dans les deux semaines suivant la date d'exécution de l'ordonnance (loi sur les étrangers, chapitre 10, section 9). Pour le Royaume-Uni, voir la note de bas de page n° 157.

160 Des contrôles tous les deux mois sont prévus en Estonie (OLPEA, section 25), en Lettonie (loi sur l'immigration, section 54.2-4) et en Suède concernant le refus d'entrée ou l'ordonnance d'expulsion (loi sur les étrangers, chapitre 10, section 9 – même si ce n'est pas nécessairement par un tribunal, section 12). L'Autriche prévoit un contrôle juridictionnel obligatoire toutes les huit semaines pour tous les personnes détenues depuis plus de six mois (loi autrichienne de police sur les étrangers, section 80.6). En Belgique, la rétention est ordonnée pour deux mois au départ et peut être prolongée de deux mois par l'administration (loi sur les étrangers, article 7, paragraphe 11).

155 Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, résolution 1707 (2010) point 9.1.3.

normalement pas deux mois¹⁶¹, près de la moitié des États membres n'ont pas introduit de délais de contrôle automatique de la rétention. Même si le droit national dans ces pays prévoit pour l'administration l'obligation de confirmer d'office la continuité des motifs de rétention tout au long de la période¹⁶², cette garantie ne peut être considérée comme aussi efficace que les contrôles périodiques pour garantir que la rétention sera la plus brève possible.

Lorsque les pays prévoient des délais spécifiques pour examiner la rétention et ordonner un prolongement, les tribunaux doivent avoir la flexibilité de définir la future période de rétention en fonction des circonstances et du cas particulier. Une situation comme celle qui prévaut en Italie actuellement, où après les 60 jours initiaux, la privation de liberté est terminée ou prolongée de 90 jours (et ensuite, de 90 jours supplémentaires) ne facilite pas le maintien de la rétention pendant la période la plus courte possible¹⁶³.

Avis de la FRA

Les contrôles juridictionnels périodiques automatiques sont une garantie importante pour faire en sorte que la rétention soit la plus brève possible. Les contrôles doivent être effectués par un tribunal à intervalles réguliers, de préférence pas moins d'une fois par mois.

161 En plus de la France, l'Irlande, le Portugal et l'Espagne (voir chapitre 3.1).

162 Voir, par exemple, République tchèque, article 126 FORA. Voir aussi loi slovaque sur les étrangers, article 63, point e, et Allemagne, règlements administratifs généraux accompagnant la loi sur la résidence (*Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz*), 26 octobre 2009, points 62.3.0.1 et 62.3.3.

163 Italie, LD 286/98, article 14.

4. Garanties procédurales

Pour réduire le risque de rétention illégale ou arbitraire, la législation en matière de droits de l'homme prévoit plusieurs garanties procédurales, qui feront l'objet de ce chapitre. Celui-ci se penchera d'abord sur le droit d'être informé des raisons de la privation de liberté. Ensuite, il examinera l'autorité qui ordonne la rétention et les garanties du contrôle juridictionnel, ainsi que l'assistance judiciaire. Une section finale sera consacrée au droit d'asile et à la possibilité de soumettre une demande d'asile pour les personnes détenues. Les garanties relatives aux enfants seront abordées au chapitre 6.

4.1. Droit d'être informé

Convention européenne des droits de l'homme

Article 5, paragraphe 2

Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus bref délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

Le droit de chaque détenu d'être informé des raisons de sa privation de liberté est établi à l'article 9, paragraphe 2, du PIDCP, ainsi qu'à l'article 5, paragraphe 2, de la CEDH. Les deux dispositions soulignent que cette information doit être fournie « dans le plus bref délai ». Dans l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'un délai de 76 heures pour fournir les raisons de la rétention était trop long¹⁶⁴.

Les informations fournies doivent également porter sur la procédure de contestation d'une ordonnance de rétention¹⁶⁵. Sans elles, les garanties d'*habeas corpus* incluses à l'article 9, paragraphe 4, du PIDCP et à l'article 5, paragraphe 4, de la CEDH sont inutiles.

La traduction ou l'interprétation jouent un rôle important dans le contexte de la rétention avant éloignement, étant donné que dans de nombreux cas, la maîtrise de la langue du pays d'accueil par le détenu est limitée, voire inexistante. Dans ce contexte, l'article 5, paragraphe 2, CEDH fixe une obligation très claire aux termes de

laquelle les informations doivent être fournies dans une langue comprise par la personne.

En principe, l'obligation d'informer la personne des raisons de la rétention dans une langue qu'elle comprend se retrouve dans tous les pays de l'Union européenne, que ce soit dans les documents généraux relatifs aux droits de l'homme, comme au Royaume-Uni¹⁶⁶ ou dans la loi sur les étrangers, comme en Pologne¹⁶⁷. Toutefois, en pratique, cette obligation est souvent difficile à respecter, étant donné que les ordonnances de rétention bien souvent ne sont pas traduites dans une langue que la personne comprend. L'exemple suivant illustre les différents types d'obstacles existants.

En Autriche, les informations sur les recours contre une décision de rétention figurent dans la décision de rétention elle-même, qui n'est rédigée qu'en allemand, et pas dans la brochure d'information traduite en quelque 40 langues¹⁶⁸. Le droit finlandais prévoit qu'il faut communiquer à l'immigrant une décision le concernant dans sa langue maternelle ou dans une langue dont on peut raisonnablement supposer qu'il la comprend. Cette disposition est plus faible que l'exigence de la CEDH (« une langue qu'elle comprend »)¹⁶⁹. Les documents existants suggèrent qu'en Hongrie, les décisions relatives à la rétention sont uniquement rédigées en hongrois¹⁷⁰. En Irlande, les immigrants en situation irrégulière ne reçoivent aucune information écrite sur le fait qu'ils ont le droit d'introduire un recours en justice pour contester la validité de leur rétention¹⁷¹. Plus généralement, en ce qui concerne l'interprétation, en Lettonie, dans plusieurs cas, on a constaté qu'on a fait appel, au tribunal, à un interprète qui ne parlait pas une langue comprise par les personnes détenues¹⁷².

166 Royaume-Uni, loi de 1998 sur les droits de l'homme, c.42 (9.11.1998), partie 1, article 5, paragraphe 2.

167 Loi sur les étrangers, article 105, paragraphe 2.

168 Conseil consultatif des droits de l'homme, Rechtsschutz für Schubhäftlinge, pp. 15 à 18.

169 Loi finlandaise sur les étrangers, section 203(5).

170 J.Mink, (2007) *Detention of asylum seekers in Hungary, Legal framework and practice*, Budapest : comité hongrois d'Helsinki, p. 41. Des brochures d'information générale sont toutefois fournies par la police en différentes langues.

171 Kelly, *Immigration-related detention in Ireland: A research report of the Irish Refugee Council, the Irish Penal Reform Trust and the Immigrant Council of Ireland*, Dublin : Human Rights Consultants, 2005, pp. 40-41, disponible sur : www.immigrantcouncil.ie/images/3217_immigrationdetention.pdf. Voir aussi Jesuit Refugee Service – Europe, *Becoming vulnerable in detention*, p. 238.

172 Information du LCHR sur la base de son étude de cas de février à mai 2008 et dans le cadre du projet intitulé « Legal Assistance for Asylum Seekers – Precondition for Improvement of The Quality of Asylum Procedure in Latvia » financé par le Fonds européen pour les réfugiés (janvier-décembre 2009) en avril-mai 2009.

164 CouEDH (grande chambre), *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03, 29 janvier 2008, paragraphe 84.

165 Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, *20 ans de lutte contre la torture*, 19e rapport annuel, paragraphe 86. Voir le récent rapport au Conseil des droits de l'homme du groupe de travail de l'ONU sur la détention arbitraire (Conseil des droits de l'homme, 13e session de l'Assemblée générale de l'ONU, A/HRC/13/30, 18 janvier 2010), paragraphe 61.

De manière plus proactive, au Luxembourg, la police ne se limite pas à communiquer aux étrangers par écrit dans une langue dont on peut raisonnablement supposer qu'ils la comprennent. L'officier de notification rédige également un rapport qui contient entre autres une déclaration de l'étranger affirmant qu'il a été informé de ses droits et précise la langue dans laquelle le détenu a fait ses déclarations. Il est demandé au détenu de signer le rapport, et s'il refuse, le rapport expose les raisons du refus. Le rapport est envoyé au Ministère et une copie n'est remise au détenu¹⁷³.

Avis de la FRA

Vu les défis liés à la mise en œuvre de l'article 5, paragraphe 2, de la CEDH en pratique, on pourrait sans doute conseiller de préciser de manière explicite que la raison de la rétention telle qu'elle figure dans l'ordonnance de rétention, de même que la procédure d'accès au contrôle juridictionnel, doivent être traduites dans une langue comprise par le détenu. Les raisons devraient également lui être communiquées par écrit et être lues par un interprète, si nécessaire.

4.2. Contrôle juridictionnel

Convention européenne des droits de l'homme

Article 5, paragraphe 4

Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin que celui-ci statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

Le droit à un contrôle juridictionnel est une garantie essentielle¹⁷⁴ pour éviter la rétention arbitraire. L'article 9, paragraphe 4, du PIDCP stipule que « quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». L'article 5, paragraphe 4, de la CEDH contient une disposition similaire. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit, en son article 47, un droit à un recours effectif devant un tribunal.

Le PIDCP ainsi que la CEDH exigent que le contrôle porte sur la légalité de la rétention et ne se limite pas simplement à son caractère raisonnable ou à d'autres normes plus faibles. Cela a également été souligné par le

Groupe de travail de l'ONU sur la rétention arbitraire¹⁷⁵. La juridiction doit avoir l'autorité pour ordonner la libération de la personne¹⁷⁶. La libération doit être exécutée immédiatement après la décision de la juridiction, sans devoir attendre une ordonnance de l'autorité de contrôle.

Avant d'examiner les pratiques de contrôle juridictionnel, il est utile d'examiner si la rétention est ordonnée par l'administration ou par une juridiction. Les pratiques existantes dans les États membres montrent que dans plus de la moitié d'entre eux, la rétention initiale, ainsi que les prolongements qui s'ensuivent, doivent être avalisés par une juridiction, lorsque la privation de liberté va au-delà de la rétention de courte durée¹⁷⁷. Dans ces cas, l'administration est tenue de porter l'affaire devant un juge, qui doit avaliser la privation de liberté. Les délais pour obtenir l'approbation d'une juridiction sont normalement très courts, allant de 48 à 72 heures (et dans un cas, quatre jours)¹⁷⁸ ; toutefois, dans certains pays, les délais sont plus longs¹⁷⁹. Une autre garantie permettant d'assurer la rapidité des procédures consiste en des dispositions limitant la possibilité de différer l'audience au tribunal¹⁸⁰. La carte à la figure 5 montre quels sont les pays qui exigent l'approbation par un juge d'une privation de liberté supérieure à la en rétention de courte durée, et quels autres pays ne le font pas.

175 Voir aussi le rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire (Conseil des droits de l'homme, 13e session, Assemblée générale de l'ONU, A/HRC/13/30, 18 janvier 2010), paragraphe 61.

176 Comité des droits de l'homme de l'ONU, communication n° 560/1993, *A c. Australie*, point 9.5.

177 Chypre, loi sur les étrangers, section 13.2 ; Allemagne, loi sur la résidence, point 62.4, Danemark, loi sur les étrangers, article 37, paragraphe 1 ; Estonie, OLPEA, sections 18.1 et 23.1 ; Espagne, loi 4/2000, point 62.1 ; Finlande, loi sur les étrangers, article 124, paragraphe 1 ; France, CESEDA, article 552, paragraphe 1 ; Hongrie, loi RPT, point 54.3 ; Italie, LD 286/98, article 14 ; Lettonie, loi sur l'immigration, point 54.2 ; Lituanie, loi sur les étrangers, point 116.2 ; loi néerlandaise sur les étrangers, point 94.1 ; Pologne, loi sur les étrangers, article 104, paragraphes 1 et 2 ; Portugal, loi 23/2007, article 146, paragraphe 1 ; Roumanie, ordonnance d'urgence, article 97, paragraphe 2.

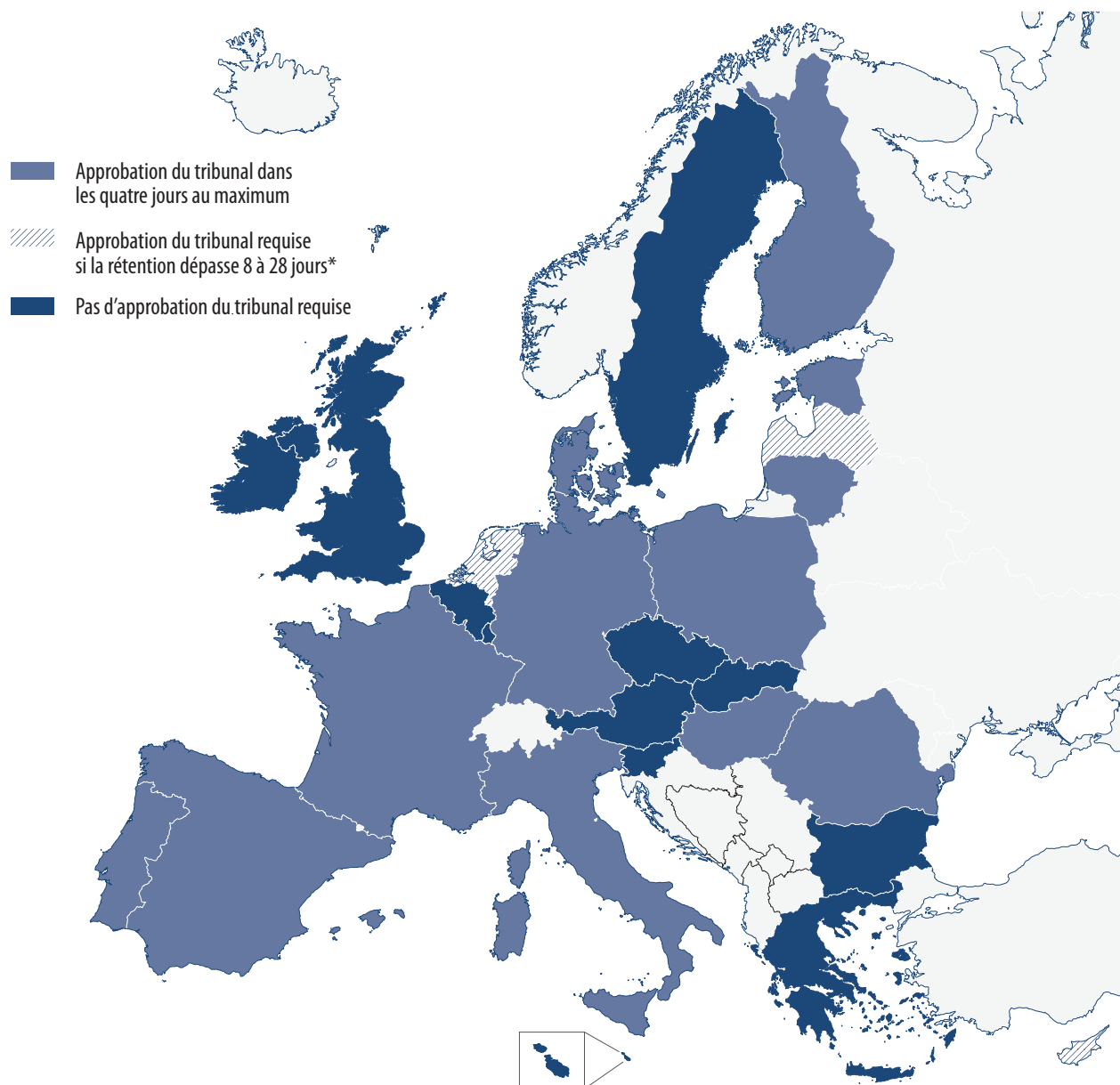
178 En Estonie (OLPEA, sections 18.1 et 23), en Italie (LD 286/98, article 14, paragraphe 3), Pologne (loi sur les étrangers, article 101, paragraphe 3, point a), au Portugal (loi 23/2007, article 146, paragraphe 1) et en Roumanie (ordonnance d'urgence, points 88.7 et 97.2), le juge doit valider l'ordonnance dans les 48 heures. En France le juge doit être saisi dans les 48 heures (CESEDA, point 552.1). Au Danemark (loi sur les étrangers, article 37, paragraphe 1), en Hongrie (loi RPT, article 54, paragraphe 3) et en Espagne (loi 4/2000 points 60.1 et 62), le délai est de 72 heures. En Allemagne, la loi sur la résidence, section 62.4, requiert un renvoi immédiat. En Lituanie (loi sur les étrangers, point 116.1), le tribunal prononce sa décision au cours de l'audition orale qui doit avoir lieu dans les 48 heures. En Finlande, le tribunal a quatre jours pour statuer (loi sur les étrangers, article 124, paragraphe 2).

179 À Chypre, toute rétention supérieure à huit jours doit être approuvée par le tribunal (loi sur les étrangers, section 13.2). En Lettonie, le tribunal de district/de municipalité doit approuver toute rétention de plus de 10 jours (loi sur l'immigration, article 54, paragraphes 1 et 2). Aux Pays-Bas, après 28 jours, le tribunal examine automatiquement toute décision de rétention qui n'a pas été contestée par le détenu entre-temps (loi sur les étrangers, point 94.1).

180 Voir, par exemple, Finlande, loi sur les étrangers, article 125, paragraphe 3, qui permet le report d'une audience uniquement dans des circonstances spéciales.

173 Luxembourg, loi sur l'immigration, article 121.

174 CouEDH, *Rakevich c. Russie*, n° 58973/00, 28 octobre 2003, paragraphe 43 ; voir aussi CouEDH, *Shamsa c. Pologne*, n° 45355/99 et 45357/99, 27 novembre 2003, paragraphes 58 à 60.

Figure 5 : Approbation de l'ordonnance de rétention par une juridiction, UE-27

Note : à Chypre, un tribunal doit approuver la rétention si elle excède huit jours ; il en va de même en Lettonie pour une rétention supérieure à 10 jours. Aux Pays-Bas, un tribunal doit examiner la décision de rétention après 28 jours, sauf si le détenu a contesté l'ordonnance de rétention.

Source : FRA, septembre 2010

Lorsque la décision d'ordonner ou de prolonger la rétention est prise par les autorités d'immigration ou de police, l'individu a normalement le droit de contester cette décision devant une juridiction¹⁸¹. À Malte, la loi prévoit que

les recours doivent être déposés devant le comité d'appel en matière d'immigration¹⁸². En 2005, la cour d'appel

181 Loi autrichienne de police sur les étrangers, sections 76.7 et 82 ; Belgique, loi sur les étrangers, article 71 ; Bulgarie, loi sur les étrangers, article 46a ; République tchèque, FORA, article 124, paragraphe 5 (voir aussi section 200o et suivantes du code de procédure civile) ; Grèce, loi RPT, article 76, paragraphe 3 ; Luxembourg, loi sur l'immigration, article 123 ; Suède, loi sur les étrangers, chapitre 14, section 9 ; Slovénie, loi sur les étrangers, article 58, paragraphe 3 ; Slovaquie, loi sur les étrangers, article 62. En Irlande et au Royaume-Uni, une application de l'habeas corpus est possible (article 40, paragraphe 4 de la constitution irlandaise et pour le Royaume-Uni, Human Rights Act 1998, partie 1,

article 5, paragraphe 4, mais aussi l'acte d'habeas corpus au titre du common law).

182 Malte, loi sur l'immigration, point 25A.5. Si une brochure d'information sur la manière de contester une rétention est fournie à toutes les personnes placées en rétention, et si des contacts peuvent être pris avec des ONG par le personnel chargé de la rétention, le groupe de travail de l'ONU sur la détention arbitraire (rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, mission à Malte, du 19 au 23 janvier 2009 (Conseil des droits de l'homme, 13e session, Assemblée générale de l'ONU, A/HRC/13/30/Add.2, 18 janvier 2010, paragraphe 45)) a fait état de difficultés pratiques pour avoir accès au comité, indiquant que « le comité n'a pas de registre ni de bureau et il n'y a aucune instruction claire, publiquement disponible, sur l'endroit où faire une demande ou sur les procédures à suivre ».

pénale a cassé une décision de la cour des magistrats, qui avait accordé un examen d'*habeas corpus* au titre de l'article 409 A du code pénal, affirmant qu'une fois qu'il était établi que la rétention était légale en vertu de la loi sur l'immigration, les cours pénales n'étaient pas compétentes pour vérifier la légalité en vertu d'autres lois¹⁸³. Un contrôle juridictionnel de la légalité de la rétention est en principe possible au titre des dispositions relatives aux droits humains fondamentaux du chapitre IV de la constitution maltaise et au titre de la loi sur la convention européenne¹⁸⁴. Ces contrôles juridictionnels tendent toutefois à être assez longs, s'étalant normalement sur plus de 18 mois. Cela peut expliquer pourquoi ils sont rarement utilisés en pratique¹⁸⁵.

Ce rapport montre également que la loi nationale prévoit généralement une possibilité de recours, même lorsque la privation de liberté est ordonnée ou prolongée par un juge¹⁸⁶. Dans quatre pays, ce droit est limité. En Finlande et en Hongrie, les ordonnances de rétention approuvées par le tribunal compétent sont sans appel¹⁸⁷. En Roumanie, les décisions de rétention de personnes rendues par une ordonnance d'expulsion de plus de 30 jours sont délivrées par la cour d'appel compétente sur le territoire, contre laquelle on ne peut faire appel¹⁸⁸. À Chypre, la seule possibilité de contrôle juridictionnel est le recours extraordinaire à la cour suprême au titre de l'article 146 de la Constitution chypriote.

En fonction du système juridique national, les décisions en matière de rétention sont généralement réexaminées par des tribunaux généraux (civils ou pénaux) ou administratifs. Trois pays, la France, la Suède et le Royaume-Uni, ont mis sur pied des instances spécialisées, à savoir le juge des libertés et de la détention en France, les tribunaux de la migration en Suède et le *First-tier Tribunal (Asylum and Immigration Chamber)* au Royaume-Uni. Dans certains pays, il a été affirmé que les juges chargés de l'examen des décisions de rétention n'étaient pas suffisamment équipés pour déterminer la légalité de la rétention. Les médiateurs espagnols¹⁸⁹ et des chercheurs en Hongrie¹⁹⁰ ont, par exemple, exprimé des inquiétudes relatives à la participation des tribunaux pénaux pour ordonner la rétention avant éloignement. En Italie, les décisions en matière de rétention sont prises par un juge de paix qui, en sa qualité de juge non professionnel, pourrait ne pas disposer des compétences juridiques adéquates ni de la connaissance spécifique des droits des étrangers.

Les paragraphes suivants examineront quatre aspects différents du processus de contrôle, notamment l'exigence d'un contrôle rapide, l'accessibilité des procédures de contrôle, le principe d'égalité des armes et la portée du contrôle.

Rapidité

Pour être considérés comme effectifs, les processus de contrôle juridictionnel doivent remplir certaines conditions. Tout d'abord la procédure doit être rapide. L'article 5, paragraphe 4, CEDH impose que les décisions soient prises « à bref délai ». Si les circonstances concrètes d'un dossier peuvent avoir un impact sur la durée, ces contrôles sont normalement relativement simples. Dans un cas, la CouEDH a considéré comme excessifs des délais de 31 et 46 jours pour examiner la légalité de la rétention¹⁹¹.

Comme on l'a indiqué plus haut, les tribunaux disposent en général de délais brefs pour approuver la première décision de rétention. Dans environ la moitié des pays de l'UE, il est également possible de trouver dans la loi une obligation d'examen rapide des recours contre la rétention. Dans ces cas, le tribunal dispose de délais relativement brefs de cinq à 14 jours à compter du moment où le dossier lui est soumis pour entendre le dossier et statuer sur l'affaire¹⁹².

183 Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, mission à Malte, paragraphe 47, disponible sur : www2.ohchr.org/english/issues/detention/docs/A-HRC-13-30-Add2.pdf.

184 Loi sur la Constitution de Malte, article 46 ; chapitre 319 des lois de Malte, loi sur la convention européenne, article 4.

185 UNDOC A/HRC/13/30/Add.2 ; Conseil des droits de l'homme, 13e session, rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, mission à Malte, du 19 au 23 janvier 2009, paragraphe 48 : « Il faut environ deux ans pour qu'une décision finale soit prise, ce qui dépasse la période maximale de rétention prévue par la politique gouvernementale, comme nous l'avons indiqué plus haut. Le gouvernement a communiqué au groupe de travail d'autres dossiers dans lesquels une décision avait été prise par la cour de première instance dans les quatre ou cinq mois, et l'appel entendu et jugé dans les cinq mois suivants ». Le GTDA de l'ONU (ibid au paragraphe 50) a ensuite affirmé ne pas être au courant « d'un quelconque dossier dans lequel un recours juridique contre une rétention a connu une conclusion heureuse », ce qui pourrait être une autre raison pour laquelle en pratique, cette solution n'est pas souvent utilisée.

186 Danemark, loi sur l'administration de la justice, chapitre 43a, section 475 ; loi allemande sur la résidence, section 106.2, lue au regard de l'article 7 de la loi fédérale sur la procédure judiciaire en cas de privation de liberté (*Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen*), du 29 juin 1956 (BGBl. I S. 599), modifiée pour la dernière fois par l'article 8, paragraphe 6, de la loi du 27.4.2001 (BGBl. I, S. 751) ; Estonie, OLPEA, section 13 ; France, CESEDA, article L552-9 ; Italie, LD 1998/286, article 13, paragraphe 5bis ; Lituanie, loi sur les étrangers, article 117 ; Lettonie, loi sur l'immigration, article 56, paragraphe 1 ; Pays-Bas, loi sur les étrangers, articles 94 et 95 ; Pologne, loi sur les étrangers, article 106, paragraphe 4 ; Portugal, articles 27, paragraphe 1, et 31 de la Constitution portugaise, tels que précisés par la cour suprême portugaise le 19 juillet 2007, décision 07P2836 ; Espagne, loi 4/2000, article 21.

187 Finlande, loi sur les étrangers, article 129 ; Hongrie, loi RPT, section 59 (10).

188 Voir loi sur les étrangers, article 97, paragraphe 5. Toutefois, un appel contre les décisions prises par le bureau du procureur de la cour d'appel de Bucarest est possible (ordonnance d'urgence, article 97, paragraphe 9).

189 Voir Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España, Defensor del Pueblo, Madrid, texte en espagnol disponible sur : www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes2.asp.

190 J.Mink, *Detention of asylum seekers in Hungary, Legal framework and practice*, Budapest : comité d'Helsinki hongrois, 2007, p. 41.

191 CouEDH, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, n° 9862/82, 21 octobre 1986, paragraphes 59 et 60.

192 Loi autrichienne de police sur les étrangers, point 83.2(2) (1 semaine à partir du moment où le recours est introduit ; s'il est remis à la police des étrangers, celle-ci a deux jours pour le transmettre au tribunal, auquel cas celui-ci a cinq jours effectifs pour statuer) ; Belgique, loi sur les étrangers, point 72 (cinq jours) ; Estonie, OLPEA, point 13.3 (10 jours) ; Lituanie, loi sur les étrangers, point 117.2 (10 jours) ; Slovénie, loi sur les étrangers, point 58.3 (8 jours). Aux Pays-Bas, la période totale est de 14 jours (audience

De manière plus générale, certains États prévoient que ces plaintes reçoivent la priorité et soient traitées d'urgence¹⁹³. Les références générales à la nécessité pour les tribunaux de décider sans délai ne conduisent pas nécessairement à des procédures de recours courtes. Par exemple, d'après les informations fournies par les ONG en République tchèque et en Slovaquie, les procédures judiciaires peuvent durer plus longtemps que les six mois prévus par la loi en tant que durée maximale de rétention¹⁹⁴.

Accessibilité

Plusieurs États membres de l'UE ont fixé des délais pour contester l'ordonnance de rétention¹⁹⁵. Ces durées sont parfois brèves, comme en Hongrie (72 heures)¹⁹⁶, en Roumanie ou en Bulgarie (3 jours)¹⁹⁷, en Pologne (7 jours)¹⁹⁸, en Irlande (14 jours)¹⁹⁹ ou en Slovaquie (15 jours)²⁰⁰. En tenant compte des barrières linguistiques existantes, des obstacles éventuels à l'obtention d'une assistance judiciaire ainsi que des restrictions inhérentes à la rétention, on peut se demander si ces délais peuvent raisonnablement être respectés. Dans ce contexte, le délai de 24 heures pour demander le contrôle juridictionnel d'une décision de rétention a été considéré comme trop court par l'ancienne commission européenne des droits de l'homme²⁰¹.

Les demandeurs doivent avoir une possibilité réaliste de contester la décision²⁰². La nature fermée de la rétention

dresse des obstacles supplémentaires à l'introduction d'un recours. Non seulement, l'accès aux informations, aux services d'interprétation²⁰³ et à l'assistance judiciaire est plus compliqué, mais des obstacles pratiques peuvent influencer la préparation ou l'introduction d'un recours. Les recours ne peuvent être introduits auprès de l'administration pénitentiaire dans tous les pays²⁰⁴. En Lettonie, par exemple, on a fait état de difficultés pour obtenir des enveloppes et des timbres pour envoyer le recours au tribunal régional²⁰⁵.

Les contacts et la correspondance avec le monde extérieur peuvent également être sévèrement limités, empêchant ainsi les détenus d'obtenir des informations et les éléments nécessaires pour justifier leur recours²⁰⁶. Par exemple, dans certains pays, les téléphones portables (où les personnes ont enregistré des numéros de contacts importants) sont interdits ou ne peuvent être utilisés qu'en présence des autorités²⁰⁷. De manière plus générale, l'étude réalisée récemment par le Jesuit Refugee Service, qui a interrogé près de 700 personnes en rétention, a montré que seuls 2 % des personnes interrogées avaient accès à l'internet et que 80 % d'entre elles ne recevaient aucune visite de l'extérieur²⁰⁸. Aussi, les détenus doivent souvent compter sur les informations fournies par le personnel de surveillance.

Dans d'autres cas, les conditions de rétention peuvent nuire à la santé, notamment mentale, des détenus²⁰⁹. Des situations d'anxiété, de stress post-traumatique ou de traumatisme peuvent rendre difficile pour les détenus,

au plus tard dans les 7 jours ; décision au plus tard dans les 7 jours), loi néerlandaise sur les étrangers, point 94.2-3. Dans d'autres cas, le temps donné au tribunal peut être substantiellement plus long, comme en Bulgarie, où il s'étend à un mois (loi sur les étrangers, article 46 bis).

193 Sections 200o et 200u du code tchèque de procédure civile ;

section 129.2 de la loi finlandaise sur les étrangers ; Slovaquie, loi sur les étrangers, article 62 (aucun délai) ; Hongrie, loi RPT, section 57.6(a) (immédiatement).

194 Informations fournies par les ONG en République tchèque et en Slovaquie aux experts nationaux FRALEX. D'après les informations obtenues auprès du Ministère tchèque de l'Intérieur, une modification proposée de la loi sur les étrangers et l'asile prévoit que le tribunal dispose de 7 jours ouvrables pour réexaminer la décision de rétention.

195 Voir, par exemple, Bulgarie, loi sur les étrangers, article 46a ; Danemark (toutes les quatre semaines, l'ordonnance de rétention est automatiquement réexaminée par le tribunal) ; Hongrie, loi RPT, section 57 ; Irlande, section 5(2)(a), loi sur les immigrants illégaux (traité des êtres humains) 2000 ; Italie (60 jours), LD 286/98, article 14 ; Lituanie, loi sur les étrangers, article 55, paragraphe 7 ; Luxembourg, loi sur l'immigration, article 123, paragraphe 3 (un mois) ; Pologne, loi sur les étrangers, article 106, paragraphe 4 ; Roumanie, ordonnance d'urgence, article 97, paragraphe 9 ; Slovaquie, loi sur les étrangers, article 62.

196 Hongrie, loi RPT, section 57.

197 Roumanie, ordonnance d'urgence, article 97, paragraphe 9 ; Bulgarie, loi sur les étrangers, point 46a.

198 Pologne, loi sur les étrangers, article 106, paragraphe 4.

199 Section 5(2)(a), loi de 2000 sur les immigrants illégaux (traité des êtres humains).

200 Article 62 de la loi sur les étrangers.

201 CouEDH, *Farmakopoulos c. Belgique*, n° 11683/85, rapport de la Commission européenne des droits de l'homme à la Cour, paragraphes 53 et 54. Cette affaire a ensuite été rayée de la liste et la Cour ne s'est pas prononcée. Il y a des obstacles pour accéder au dossier.

202 CouEDH, *Conka c. Belgique*, n° 51564/99, 5 février 2002, paragraphes 46 et 55.

203 Le manque d'accès aux traducteurs a été évoqué par des détenus interrogés par le Jesuit Refugee Service, voir Jesuit Refugee Service – Europe, *Becoming vulnerable in detention*, 2010, p.45.

204 C'est par exemple le cas en Autriche, où l'administration doit transmettre le recours dans les deux jours au tribunal (loi autrichienne de police sur les étrangers, points 83.2 et 83).

205 Informations obtenues auprès du centre letton des droits de l'homme.

206 L'étude réalisée par le Jesuit Refugee Service indique que l'environnement de rétention est un obstacle sérieux à l'obtention de bonnes informations : les détenus doivent compter sur les informations fournies par le centre de rétention ; autrement, leurs moyens pour accéder indépendamment aux informations sont limités. Seuls deux pour cent des personnes interrogées avaient accès à l'internet (p.72) ; 80 % affirmaient ne pas recevoir de visites de l'extérieur (p.73).

207 Des réglementations ont été introduites en Lettonie en 2008, prévoyant que les téléphones portables ne peuvent être utilisés qu'en présence d'officiels, voir Lettonie, *Izmitināšanas centra iekšējās kārtības noteikumi*, n° 742 du 15 septembre 2008, 5.pielikums, disponible sur : www.likumi.lv/doc.php?id=181286&version_date=01.07.2009. Les téléphones portables ne sont pas non plus autorisés en République tchèque (FORA, section 136/3) et en Slovaquie, Poročilo Evropskega odbora za preprečevanje mučenja in nečloveškega ali ponižujočega ravnanja ali kaznovanja Vladi Republike Slovenije o obisku v Republiki Sloveniji med 31. januarjem in 8. februarjem 2006, paragraphe 42, disponible sur : www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/slike/novice/2008_02_15_cpt_porocilo.pdf.

208 Jesuit Refugee Service – Europe, *Becoming vulnerable in detention*, 2010, pp. 72-73.

209 Voir, par exemple, UN DOC A/HRC/13/30/Add.2 ; Conseil des droits de l'homme, 13e session, rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, mission à Malte, 19 au 23 janvier 2009, paragraphe 53.

même s'ils sont informés, de comprendre leurs droits, les empêchant ainsi d'utiliser de manière effective les mécanismes de contrôle.

Égalité des armes

La procédure de contrôle doit être contradictoire et toujours garantir l'« égalité des armes » entre les parties, le procureur général ou autre entité compétente pour représenter l'État et la personne en rétention²¹⁰. Cela inclut normalement la possibilité pour le détenu et son représentant d'être entendus par un juge. Le droit au contrôle juridictionnel d'une décision de justice trouve son origine dans l'acte d'*habeas corpus*, qui implique que la personne soit traduite en justice²¹¹.

Dans quelques pays, la législation suggère qu'une audience est normalement requise²¹², tandis que dans d'autres, elle n'est pas nécessaire si la situation est claire dans le dossier²¹³. L'étude n'a pas recolté d'informations complètes sur l'organisation ou non d'audiences en pratique, même si des éléments indiquent que des obstacles existent. En Pologne, par exemple, on a constaté que des obstacles pratiques pouvaient empêcher le transport d'une personne vers le tribunal²¹⁴.

Les circonstances dans lesquelles une audience a lieu peuvent également avoir un impact sur la qualité du contrôle. En Hongrie et en Italie, par exemple, le juge peut se rendre dans l'infrastructure de rétention pour entendre la personne²¹⁵. En France, l'audience peut avoir lieu dans la zone d'attente à l'aéroport²¹⁶. La recherche de conditions neutres pour l'audience dans l'infrastructure de rétention peut poser problème, puisque le juge dépend normalement de la police pour y avoir accès et que l'étranger pourrait être intimidé, en particulier lorsque les pièces utilisées sont les mêmes que celles utilisées pour les interrogatoires policiers ou ressemblent à celles-ci.

210 CouEDH (grande chambre), *Nikolova c. Bulgarie*, n° 31195/96, 25 mars 1999, paragraphe 58.

211 CouEDH, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, n° 9862/82, 21 octobre 1986 (paragraphe 51) ; toutefois, la CouEDH a indiqué que les obligations de procédure contradictoire pourraient également être respectées en donnant la possibilité au détenu de soumettre des commentaires écrits sur les avis des autorités.

212 C'est par exemple le cas en Belgique, loi sur les étrangers, point 72 ; Danemark, loi sur les étrangers, points 37.2 et 3 (le contrôle par le tribunal est généralement automatique et ne dépend pas de l'introduction d'un recours) ; Finlande, loi sur les étrangers, point 125.2 (en ce qui concerne le premier contrôle par le tribunal).

213 C'est, par exemple, le cas en Autriche, où la loi de police sur les étrangers, point 83.2(1), impose une audience sauf si la situation est claire dans les documents ; en Hongrie, loi RPT, section 59.7 et 8. Pour la pratique avant 2007, voir J.Mink, *Detention of asylum seekers in Hongrie, Legal framework and practice*, Budapest : comité d'Helsinki hongrois, 2007, p. 41.

214 Informations fournies par le H. Nieć Centre d'aide juridique (*Centrum Pomocy Prawnej im. H. Nieć*). Le centre met en œuvre un programme de soutien dans les infrastructures de rétention en coopération avec l'UNHCR.

215 Hongrie, loi RPT, point 59.6, et Italie, LD 1998/286, article 13.5 ter.

216 CESEDA, article 222, paragraphe 4.

Contrôle de la légalité de la rétention

Le contrôle juridictionnel peut avoir une portée étroite ou large, en fonction du pays. Au minimum, le juge doit avoir la possibilité d'examiner la légalité de la rétention et le pouvoir d'ordonner la libération. En Grèce, avant les modifications de 2009, la Cour européenne des droits de l'homme s'inquiétait du fait que les tribunaux n'examinaient pas la légalité de la rétention²¹⁷. À Malte, le groupe de travail sur la détention arbitraire a indiqué que le comité d'appel sur l'immigration testait le caractère raisonnable de la rétention uniquement plutôt que d'examiner la légalité de la privation de liberté²¹⁸.

Si l'on se penche de plus près sur la situation, on constate que plusieurs facteurs influencent la portée exacte du contrôle juridictionnel. Il s'agit des considérations générales liées à la culture juridique nationale, aux principes constitutionnels ou aux éléments spécifiques de la législation en matière d'immigration, comme la formulation des motifs de rétention ou l'inclusion ou non dans la loi des exigences de nécessité ou de proportionnalité. Aussi, dans certains pays, les tribunaux influencent substantiellement la marge de discrétion accordée à l'administration pour déterminer quand recourir à la rétention en examinant si la privation de liberté était bien nécessaire et proportionnelle²¹⁹. Dans d'autres cas, le contrôle portera sur les exigences formelles, notamment pour déterminer si la privation de liberté a été ordonnée sur la base de motifs prévus par la loi et si les droits procéduraux ont été respectés, mais pas pour examiner, par exemple, si l'administration a correctement pondéré tous les facteurs au moment de déterminer s'il existait un risque de fuite²²⁰.

Dans différents pays, l'efficacité du contrôle juridictionnel a été remise en cause, indiquant que celui-ci était essentiellement formel et que les décisions étaient

217 CouEDH, *S.D. c. Grèce*, n° 53541/07, 11 juin 2009, paragraphe 76. Cela a été corrigé par l'introduction de la disposition dans le nouvel article 76, paragraphe 3, sur le droit d'entrée, de résidence et d'intégration sociale des ressortissants de pays tiers sur le territoire grec.

218 UN DOC A/HRC/13/30/Add.2 ; Conseil des droits de l'homme, 13e session, rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, mission à Malte, 19 au 23 janvier 2009, paragraphe 43. Voir aussi Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), troisième rapport sur Malte, 14 décembre 2007, paragraphe 40.

219 Autriche, loi de police sur les étrangers, sections 80.6 et 83.4 ; Irlande, section 5(4), loi de 2003 sur l'immigration. Au Royaume-Uni, le juge examine si la rétention est légale ainsi que si la privation de liberté est raisonnable.

220 Voir, par exemple, Belgique, loi sur les étrangers, article 72, paragraphe 2. Aux Pays-Bas, département de la juridiction administrative du Conseil d'État (*Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State*), décisions 200603830/1 du 23 juin 2006, décisions 200909865/1/V3, 5 février 2010, paragraphe 2.1.2, et 200908127/1/V3, 7 janvier 2010, paragraphe 2.3, dans lesquels le Conseil d'État reconnaît la marge d'appréciation de l'administration, mais limite le contrôle des tribunaux à l'existence de motifs de rétention, sans les autoriser à remplacer la pondération des autorités par leur propre pondération.

rendues automatiquement²²¹. Un examen global des statistiques sur les recours serait requis pour l'expliquer. Les deux pays pour lesquels la FRA a des chiffres montrent que le nombre d'ordonnances de rétention non confirmées ou infirmées par le tribunal est assez limité. En Finlande, en 2008, les tribunaux de district ont maintenu la décision de rétention dans 791 cas. Dans sept cas seulement, la décision a été rejetée ou annulée²²². En Pologne, le tribunal de district de Varsovie (première instance) a confirmé la privation de liberté demandée par l'administration dans 202 cas sur 208 traités entre le 1^{er} janvier et le 26 juin 2009, tandis que sur les 15 dossiers examinés par le tribunal régional de Varsovie (deuxième instance) entre le 1^{er} janvier et le 23 juin 2009, la rétention a été confirmée dans tous les cas sauf un, pour une immigrante en situation irrégulière enceinte²²³.

Avis de la FRA

Le droit au contrôle juridictionnel de l'ordonnance de rétention doit être effectif dans tous les cas. Le meilleur moyen d'y arriver est d'obliger le juge à confirmer chaque ordonnance de rétention, comme c'est déjà le cas dans de nombreux États membres de l'UE. En outre, il faudrait mettre en place des mesures visant à lever les barrières pratiques qui limitent l'accès à la procédure de contrôle juridictionnel, notamment en matière d'information, d'assistance linguistique et de simplification des exigences procédurales. Les juridictions qui examinent l'ordonnance de rétention doivent avoir le pouvoir et être adéquatement équipées pour examiner la légalité de la rétention. Des délais raisonnables devraient également être introduits pour éviter des procédures d'examen qui traînent en longueur, sans toutefois nuire à leur équité.

221 Pour la Finlande, ces informations ont été fournies par téléphone le 14 mai 2009 par le bureau du Médiateur pour les minorités à l'expert national FRALEX ; toutefois, elles se trouvent également dans un document d'Amnesty International Finlande sur la rétention des immigrants (*Amnesty Internationalin Suomen osaston kannanotto: Ulkomaalaisten säilöönoton kynnystä nostettava ja käytäntöjä valvottava*) (8 avril 2009) disponible sur : www.amnesty.fi/uutishuone/tiedotarkisto/2009/ulkomaalaisten-sailoonoton-kynnysta-nostettava. Voir, pour le Danemark, *Grundloven og menneskerettigheder i et dansk og europæisk perspektiv*, Morten Kjærum mfl., p. 265. Pour l'Irlande, voir Kelly, *Immigration-related detention in Ireland: A research report of the Irish Refugee Council, the Irish Penal Reform Trust and the Immigrant Council of Ireland*, Dublin : Human Rights Consultants, 2005, paragraphe 28. Disponible sur : www.immigrantcouncil.ie/images/3217_immigrationdetention.pdf.

222 Statistiques fournies par le Ministère finlandais de la Justice le 26 mai 2009.

223 Données non officielles collectées par les chercheurs des tribunaux de district et régionaux à Varsovie le 23 juin 2009. L'article 121 de la loi polonaise sur les étrangers prévoit que les femmes enceintes de sept mois maximum peuvent être placées en rétention des fins d'éloignement ; après ce délai, les femmes enceintes sont transférées au centre gardé.

4.3. Assistance juridique

Directive « retour »

Article 13, paragraphe 4

Les États membres veillent à ce que l'assistance juridique et/ou la représentation nécessaires soient accordées sur demande et gratuitement conformément à la législation ou à la réglementation nationale applicable en matière d'assistance juridique et peuvent faire le nécessaire pour que cette assistance juridique et/ou cette représentation gratuites soient soumises aux conditions énoncées à l'article 15, paragraphes 3 à 6, de la directive 2005/85/CE.

Les procédures de contrôle juridictionnel sont généralement assez complexes et requièrent une certaine connaissance du droit national des étrangers pour pouvoir être utilisées de manière efficace. La Commission européenne des droits de l'homme a conclu dans un cas de rétention avant éloignement (ensuite rayé de la liste) qu'« il serait déraisonnable d'attendre que le demandeur présente lui-même son dossier au vu de la complexité des procédures et de sa maîtrise limitée de l'anglais »²²⁴. L'importance de l'assistance juridique est également soulignée dans le principe 9 des Vingt principes directeurs sur le retour forcé du Conseil de l'Europe, qui stipule qu'« une assistance judiciaire devrait être apportée conformément aux lois nationales ».

Les dispositions relatives à l'assistance juridique et à la représentation ont fait l'objet d'un débat considérable au cours des négociations sur la directive « retour ». Cela est illustré par le fait que les États disposent d'une année supplémentaire pour transposer les garanties d'assistance juridique prévues à l'article 13, paragraphe 4²²⁵. Comme souligné dans le cadre ci-dessus, la directive « retour » impose la fourniture d'une assistance juridique gratuite dans les mêmes conditions que celles prévues dans la directive relative aux procédures d'asile. Cela signifie essentiellement que l'assistance juridique gratuite peut être soumise à une évaluation des ressources²²⁶, être limitée à des conseillers juridiques spécifiquement désignés²²⁷ ou se limiter à des dossiers pour lesquels

224 Commission européenne des droits de l'homme, *Mohammed Zamir c. Royaume-Uni*, n° 9174/80, rapport de la Commission adopté le 11 octobre 1983, paragraphe 113. Voir aussi CouEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93, 15 novembre 1996, paragraphe 130, et CouEDH, *Conka c. Belgique*, n° 51564/99, 5 février 2002, paragraphes 44 et 45, où la Cour a accordé une importance considérable au manque de représentation légale pour déterminer si un recours existant était considéré comme efficace.

225 Article 20, paragraphe 1, de la directive « retour ».

226 Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (directive sur les procédures d'asile), article 15, paragraphe 3, point b.

227 Article 15, paragraphe 3, point c, de la directive sur les procédures d'asile.

le contrôle est susceptible d'être favorable²²⁸. Le droit national peut réglementer davantage les modalités d'assistance juridique et imposer des limites financières ou temporelles²²⁹.

Si certaines de ces restrictions (comme par exemple l'évaluation des ressources) peuvent ne pas être particulièrement pertinentes en pratique, d'autres pourraient limiter substantiellement l'accès à l'assistance juridique gratuite. C'est le cas en particulier pour la possibilité de limiter l'assistance juridique uniquement aux dossiers qui sont susceptibles de connaître une issue favorable. Vu la grande discrétion laissée aux autorités par l'article 15, paragraphe 3, point c, de la directive sur les procédures d'asile, la proposition de refonte de cette directive sur les procédures d'asile²³⁰ suggère de supprimer la possibilité de refuser l'assistance juridique en l'absence de probabilité de succès. Il reste à voir si la référence à l'article 15, paragraphes 3 à 6, de la directive 2005/85/CE figurant dans la directive « retour » sera interprétée de manière statique ou si les développements dans le domaine de l'asile seront pris en considération pour interpréter la directive « retour ».

Au niveau national, les règles et pratiques régissant l'assistance juridique gratuite pour les migrants en situation irrégulière en rétention sont assez diverses. Une étude distincte sera requise pour cartographier les pratiques existantes dans leur détail. En outre, pour évaluer leur efficacité, il serait nécessaire d'examiner la fréquence à laquelle les détenus utilisent le droit au contrôle juridictionnel. Les chiffres sur la fréquence à laquelle le droit au contrôle juridictionnel a été exercé ne sont disponibles à l'agence que pour un pays, l'Autriche, pour 2007. Sur les 6 960 ordonnances de rétention, 630 ont été contestées²³¹.

Au moins en principe, tous les pays autorisent certaines formes d'accès à l'assistance juridique à une personne en rétention avant éloignement qui souhaite contester une décision. Toutefois, cet accès est soumis à différentes conditions qui varient d'un pays à l'autre ou peuvent être limitées par des obstacles pratiques. Les exemples suivants visent à illustrer la diversité existante.

L'aide juridique peut être fournie grâce à la désignation d'un avocat d'office, comme par exemple au Danemark²³².

Dans d'autres pays, elle peut être soumise à certaines conditions, comme une évaluation des ressources²³³. Ailleurs, des difficultés pratiques entravent l'accès effectif à un avocat : en Irlande, un migrant en situation irrégulière peut contacter un avocat, mais n'en est pas expressément informé par écrit²³⁴. Le Médiateur espagnol a affirmé que la communication inadéquate entre les immigrants en rétention et leurs conseillers juridiques était l'un des obstacles principaux à un contrôle juridictionnel effectif des mesures de rétention²³⁵, tandis qu'une ONG a soulevé qu'un représentant juridique commis d'office ne prenait pas toujours contact avec l'immigrant détenu pendant plusieurs jours²³⁶. En Roumanie, le Jesuit Refugee Service a exprimé des inquiétudes quant au manque de fonds pour les ONG qui fournissent une assistance juridique aux immigrants détenus²³⁷. En Estonie, les demandes d'assistance juridique gratuite doivent être soumises en estonien²³⁸. En Autriche, les ONG chargées de fournir des conseils dans toutes les infrastructures de rétention avant éloignement ne fournissent aucune assistance juridique ni aucun avocat²³⁹. Dans d'autres cas, il peut se révéler difficile de trouver le nom d'avocats à contacter, étant donné qu'habituellement, aucun accès à l'internet n'est disponible²⁴⁰.

Les règles régissant les visites, la communication et la correspondance avec les avocats peuvent également avoir un impact considérable sur l'efficacité du contrôle juridictionnel. Si les restrictions à la réception de visiteurs ne s'appliquent normalement pas (ou pas dans la même

228 Article 15, paragraphe 3, point d, de la directive sur les procédures d'asile.

229 Article 15, paragraphes 4 et 5, de la directive sur les procédures d'asile.

230 Voir Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la protection internationale dans les États membres (refonte)*, COM (2009) 554 final, Bruxelles, le 21 octobre 2009, amendements proposés à l'article 15 (nouvel article 18).

231 Autriche, Menschenrechtsbeirat (2008), *Rechtsschutz für Schubhäftlinge*, p. 17.

232 Danemark, article 37, paragraphe 2, loi sur les étrangers, voir aussi Finlande, loi sur l'aide juridique 257/2002, section 2(2).

233 Voir par exemple Finlande, loi sur l'aide juridique 257/2002, section 3 ; Espagne, article 22, paragraphe 2, de la loi 4/2000.

234 Kelly, *Immigration-related detention in Ireland: A research report of the Irish Refugee Council, the Irish Penal Reform Trust and the Immigrant Council of Ireland*, Dublin : Human Rights Consultants, 2005, p. 23, paragraphe 36, disponible sur : www.immigrantcouncil.ie/images/3217_immigrationdetention.pdf.

235 Defensor del Pueblo, Madrid, *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, texte en espagnol disponible sur : www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes2.asp.

236 APDHA (2009), *Observaciones iniciales de la Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía al quinto informe periódico del estado español presentado al Comité de derechos humanos en lo relativo a la inmigración*, en espagnol, disponible sur : www.apdha.org/media/inmigraAPDHAONU.pdf.

237 Jesuit Refugee Service, *Detention News 2007-2008: Romania*, disponible sur : <http://detention-in-europe.org/images/stories/docs/dvproject/news/detention%20jrs%20Romania%20may%202008.pdf>.

238 Loi nationale sur l'aide juridique, section 12(5), qui permet uniquement aux personnes ayant une résidence dans un autre État membre de l'UE ou la citoyenneté d'un autre État membre de l'UE d'utiliser la langue anglaise, Riigikantsesele (15.07.2004) Riigi Teataja I, 56, 403.

239 Section 1a (8) ordonnance du ministre fédéral de l'intérieur concernant la détention des personnes par les autorités de sécurité et par les agents du service public de sécurité (*Anhalteordnung*, AnhO), Autriche, BGBl II 128/1999, modifié pour la dernière fois par BGBl II 439/2005 (22.12.2005). Traduction non officielle en anglais par l'UNHCR disponible sur : www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs_at/information_in_english/Detention_Regulation.pdf.

240 Jesuit Refugee Service – Europe, *Becoming vulnerable in detention*, 2010, pp. 73 et 75.

mesure) aux avocats ou au personnel consulaire²⁴¹, et si la correspondance avec les avocats ne doit en théorie pas être supervisée ou contrôlée²⁴², il arrive souvent que les détenus ne disposent pas des moyens ou des connaissances nécessaires pour contacter un avocat. Dans quelques pays seulement, les autorités supportent le coût des appels ou de la correspondance avec un avocat²⁴³. Dans certaines infrastructures, les détenus ne sont pas autorisés à conserver leur téléphone mobile²⁴⁴, limitant ainsi les possibilités d'être contactés ou de contacter un avocat.

L'accès effectif à l'assistance juridique est une garantie essentielle du droit au contrôle juridictionnel de la rétention avant éloignement. Une étude plus complète serait nécessaire pour déterminer les différents types d'obstacles existant dans la loi et en pratique ainsi que pour reprendre les meilleures pratiques nationales à ce sujet. En l'absence d'un aperçu comparatif, il faudrait tirer profit des expériences collectées au niveau national.

Avis de la FRA

À la lumière des différents obstacles que les migrants en situation irrégulière doivent surmonter pour accéder à l'assistance juridique, les États membres de l'UE sont encouragés, lorsqu'ils revoient leurs lois sur les étrangers ou l'immigration, à entamer un dialogue avec les organisations de la société civile ainsi qu'avec les associations du barreau pour trouver des solutions législatives et pratiques aux obstacles rencontrés qui ne soient pas discriminatoires et restent en conformité avec les obligations internationales.

En outre, une étude comparative détaillée sur l'accessibilité pratique de l'assistance juridique devrait être réalisée dans tous les pays de l'Union européenne.

241 Voir, par exemple, Autriche, réglementations relatives à la rétention (*Anhalteordnung*), point 21.3 ; Espagne, loi 4/2000, article 62 bis ; Pays-Bas, loi sur les principes pénitentiaires (*Penitentiaire beginselenwet*), 18 juin 1998, point 38.7, qui souligne que les visites des avocats devraient avoir lieu dans un lieu confidentiel. D'après les informations reçues par la FRA, au Luxembourg, les avocats et les représentants diplomatiques peuvent rencontrer le détenu une fois par jour.

242 Voir, par exemple, Autriche, réglementations sur la détention, point 20 ; loi pénitentiaire néerlandaise, points 37.1(i) et 39.4 (qui permet uniquement les vérifications visant à établir l'identité de l'avocat) ; loi suédoise sur les étrangers, chapitre 11, section 10.

243 Par exemple, en Belgique, le détenu a le droit de contacter gratuitement son avocat tous les jours de 8 heures à 22 heures, voir article 63 de l'arrêté royal du 2 août 2002 (publié le 12 septembre 2002). Au Luxembourg, les détenus peuvent appeler gratuitement leur avocat trois fois par jour. En Autriche, lorsque la correspondance vise à contacter des proches, des représentants légaux, les représentants du service d'aide au détenu avant éloignement, les représentants des autorités, diplomatiques ou consulaires, les frais postaux sont supportés par l'autorité (règlement sur la rétention, section 20.2).

244 Voir note de bas de page n° 210.

4.4. Accès aux procédures d'asile en rétention

Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil-Dublin II

Article 3, paragraphe 1

Les États membres examinent toute demande d'asile présentée par un ressortissant de pays tiers à l'un quelconque d'entre eux, que ce soit à la frontière ou sur le territoire de l'État membre concerné.

Tous les États membres de l'Union européenne sont partis à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. En tant que tels, ils sont tenus de garantir aux réfugiés les droits prévus par la convention. À cette fin, des procédures équitables et efficaces doivent être mises en place pour déterminer qui peut être qualifié de réfugié. Il faut un accès sans entraves à ces procédures²⁴⁵.

L'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE consacre le droit d'asile. Par ailleurs, l'article 19 de ladite charte contient une interdiction de recours à la torture ou aux peines et traitements dégradants ou inhumains, réaffirmant ainsi les obligations de l'article 3 CEDH. La directive sur les procédures d'asile²⁴⁶ prévoit des normes minimales pour le traitement des demandes de protection internationale et le règlement Dublin II instaure un mécanisme visant à garantir que chaque demande de protection internationale soit réexaminée, quel que soit le lieu où elle a été déposée²⁴⁷.

En principe, aucun pays de l'UE n'interdit la demande de protection internationale pour les personnes en rétention. Toutefois, en pratique, plusieurs obstacles pourraient la rendre difficile. Cette section en abordera certains sans, toutefois, faire de commentaires sur l'équité ou l'efficacité des procédures d'asile nationales en tant que telles.

Un obstacle a trait aux informations et aux conseils juridiques, qui sont généralement plus difficiles d'accès pour une personne en rétention que pour une personne

245 Cette obligation a été régulièrement réaffirmée par le comité exécutif du programme de l'UNHCR. Voir conclusions sur la protection internationale n° 71 (XLIV) – 1993, point (i), n° 74 (XLV) – 1994, point (i), n° 82 (XLVIII) – 1997, point (d) (ii), n° 85 (XLIX) – 1998, point (p), n° 87 (L) – 1999, point (j) et n° 100 (LV) – 2004.

246 Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres. L'article 3 prévoit que les normes minimales fixées par la directive s'appliquent à toutes les demandes d'asile introduites sur le territoire des États membres, y compris à la frontière ou dans une zone de transit.

247 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, article 3, paragraphe 1.

hébergée dans une infrastructure ouverte. Vu ces difficultés, la directive sur les procédures d'asile prévoit explicitement une obligation pour les États d'autoriser l'accès des conseillers juridiques aux demandeurs d'asile détenus²⁴⁸. En pratique, ce n'est pas toujours le cas. Par exemple, en Autriche, le conseil consultatif des droits de l'homme a conclu qu'en raison d'un accès limité aux avis juridiques et aux informations légales, les conseils juridiques et la représentation dépendaient fortement d'une initiative propre à la personne détenue et de moyens financiers adéquats²⁴⁹. En Hongrie, si les demandeurs d'asile de l'infrastructure surveillée pour étrangers de Nyírbátor souhaitent contacter un avocat, ils doivent adresser une demande officielle au directeur au préalable et ensuite attendre la visite de l'avocat²⁵⁰. En Lettonie, les brochures d'information sur l'asile ne sont pas disponibles gratuitement, mais distribuées de manière ad hoc ou sur demande²⁵¹.

Un deuxième obstacle a trait à la limitation des communications avec le monde extérieur, notamment l'accès aux téléphones et les restrictions de visites. À Chypre, par exemple, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) a estimé que certains détenus étaient tenus à l'écart du monde extérieur²⁵² pour empêcher la remise d'une demande d'asile.

Enfin, le troisième ensemble d'obstacles revêt une nature procédurale. La législation nationale peut exiger des personnes qui sont entrées sur le territoire de manière irrégulière de déposer une demande d'asile immédiatement ou dans un bref délai²⁵³, ce qui est

difficile à réaliser en l'absence de conseils juridiques, comme c'est souvent le cas dans les infrastructures de rétention. En outre, les demandes soumises par des personnes en rétention peuvent être considérées comme abusives et traitées de manière accélérée avec moins de garanties procédurales²⁵⁴. En France et en Italie, une procédure spéciale de demande s'effectuant à partir des centres de rétention a été mise en place, différente de la procédure régulière et offrant moins de garanties²⁵⁵.

Les demandes de protection internationale soumises à partir des infrastructures de rétention ne permettent normalement pas la libération du demandeur, même s'il existe des exceptions, comme, par exemple, en Roumanie, où une première demande d'asile met fin à la rétention, sauf si la privation de liberté est réputée nécessaire pour des raisons d'ordre public et de sécurité nationale. Les demandes ultérieures conduisent à une libération après une décision positive de recevabilité²⁵⁶.

Avis de la FRA

Les informations sur l'asile doivent être rapidement disponibles dans les infrastructures de rétention. Les États membres de l'UE devraient permettre aux ONG et à ceux qui fournissent des conseils juridiques d'accéder aux infrastructures de rétention et de fournir des conseils. Lorsque la libération immédiate à la remise d'une demande de protection internationale n'est pas envisagée, le demandeur doit être libéré à condition que sa demande ne soit pas considérée comme irrecevable ni abusive ou manifestement infondée.

248 À l'article 16, paragraphe 2, la Commission a proposé des modifications à la directive, visant à renforcer les informations et les conseils dans les infrastructures de rétention, voir proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la protection internationale dans les États membres (refonte), COM(2009) 554 final, 21 octobre 2009, proposition d'article 7.

249 Autriche, Menschenrechtsbeirat, Rechtsschutz für Schubhäftlinge, 2008, pp. 12 et suivantes.

250 Des informations concernant l'obligation d'introduire les demandes par écrite ont été communiquées aux chercheurs par le comité d'Helsinki hongrois en ce qui concerne l'infrastructure de Nyírbátor. Voir aussi UNHCR, *Being a Refugee How Refugees and Asylum Seekers Experience Life in Central Europe*, juillet 2009, p. 22.

251 Informations fournies par les garde-frontières nationaux de Lettonie. Voir aussi I.Puce (2005) *Report on the Situation of Fundamental Rights in Latvia*, Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, p. 26, disponible sur : <http://cricho.cpd.ru.ac.be/documents/Download.Rep/Reports2005/NationalReport/CFRLatvia2005.pdf>.

252 Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, visite du 8 au 17 décembre 2004, paragraphe 37.

253 Voir, par exemple, Estonie, OLPEA, section 20 16, ou Slovaquie (loi sur les étrangers, article 12, paragraphe 2) où les demandes peuvent être rejetées comme non fondées si elles ne sont pas soumises immédiatement après le passage de la frontière. En Slovaquie, la cour suprême a affirmé qu'une demande de protection internationale soumise 5 jours seulement après le placement en rétention d'un étranger était un abus de la procédure d'asile

(décision VS18555, 11.4.2007, disponible sur : <http://ius.info/Baze/sovs/ji000572.htm>). En Belgique, les demandes de protection internationale doivent être introduites dans les 8 jours suivant l'entrée illégale sur le territoire (loi sur les étrangers, article 50). En République tchèque, la loi prévoit un délai de sept jours pour introduire une demande de protection internationale à partir d'un lieu de rétention, à compter du moment de la fourniture d'informations sur la possibilité de demander une protection auprès de la police (section 3b/1 de la loi sur l'asile).

254 Voir, par exemple, République tchèque, section 16/2 de la loi sur l'asile ; Grèce, décret présidentiel 90/2008, article 17, paragraphe 3.

255 L'article L.741-4 de la CESEDA française prévoit que les étrangers peuvent introduire leur demande dans les cinq jours à compter du début de leur rétention et du moment de la notification écrite de leurs droits. Les demandes doivent être soumises en français et le demandeur n'a pas droit aux services gratuits d'un traducteur. En Italie, les demandes liées à la rétention sont examinées en priorité et des délais plus stricts s'appliquent : 7 jours pour l'entretien et 2 jours pour la décision, contre 30 jours et 3 jours dans la procédure normale (voir articles 27 et 28 du décret législatif n° 25 du 28.1.2008 tels que modifiés par le décret législatif n° 159 3/10/2008).

256 Ordonnance d'urgence, article 97, paragraphe 7.

5. Alternatives à la rétention

Il ne faut pas confondre les alternatives à la rétention et la libération inconditionnelle. Elles comprennent tout un éventail de mesures, dont la plupart impliquent des restrictions de la liberté de mouvement. Même si de nombreux pays prévoient la possibilité d'imposer des alternatives à la rétention, c'est souvent le cas exceptionnellement et principalement pour des groupes particulièrement vulnérables.

Les alternatives à la rétention sont moins intrusives que la privation de liberté. Toutefois, elles impliquent des restrictions des droits fondamentaux, notamment de la liberté de mouvement et dans certains cas, du droit à la vie privée. Les restrictions de ces droits doivent néanmoins respecter les législations en matière de droits de l'homme.

À l'exception de l'étude publiée par l'UNHCR en avril 2006, qui se concentre sur les demandeurs d'asile, il existe peu de supports de comparaison concernant les alternatives à la rétention²⁵⁷. Il y a peu d'échanges d'expériences entre les pouvoirs publics sur les alternatives et les exemples de pratiques généralement considérées comme concluantes par les gouvernements et la société civile sont peu nombreux.

Cette partie examine les types d'alternatives à la rétention prévues dans divers pays européens, tandis que la partie suivante examinera les questions de proportionnalité relatives à l'obligation d'examiner la viabilité des alternatives avant de recourir à la rétention. Les informations spécifiques aux enfants seront couvertes au chapitre 6.

5.1. Alternatives trouvées dans les législations nationales

Conseil de l'Europe, Vingt principes directeurs sur le retour forcé

Principe 6.1

Une personne faisant l'objet d'une décision d'éloignement ne peut être privée de sa liberté en vue de l'exécution de cette décision [...] [que] si les autorités de l'État d'accueil ont conclu que l'exécution de la décision ne serait pas assurée de manière aussi efficace en recourant à des mesures non privatives de liberté telles que la surveillance, l'obligation de se signaler régulièrement auprès des autorités, la liberté sous caution ou d'autres moyens de contrôle.

²⁵⁷ O.Field et A.Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, UNHCR, POLAS/2006/03, avril 2006 ; parmi les autres documents, citons Jesuit Refugee Service, *Alternatives to Detention* (working paper), octobre 2008, disponible sur : www.detention-in-europe.org/images/stories/jrs%20europe%20paper_alternatives%20to%20detention.pdf ; voir aussi *Survey on Alternatives to Detention* de la Regional Coalition 2006, financé par la CE, publié par N.Chmelickova.

Deux-tiers environ des pays de l'Union européenne prévoient la possibilité d'imposer des alternatives à la rétention, soit avant de recourir à la rétention, soit lors du contrôle, au moment de décider de sa prolongation (voir figure 6).

Différents types d'alternatives ont été développés, qui peuvent également être combinés. On peut les classer dans les groupes suivants.

Obligation de remettre son passeport ou ses documents de voyage

Cette possibilité est prévue dans la législation nationale de quelques pays²⁵⁸. Elle peut être imposée seule ou en combinaison avec d'autres alternatives, comme par exemple l'obligation de séjourner dans une région ou un lieu particulier. C'est une mesure souple, qui sert essentiellement à garantir que les documents d'identité et de voyage valides ne seront pas perdus ou détruits au cours de la période nécessaire pour préparer le retour ou l'éloignement, ou à éviter que la personne ne voyage.

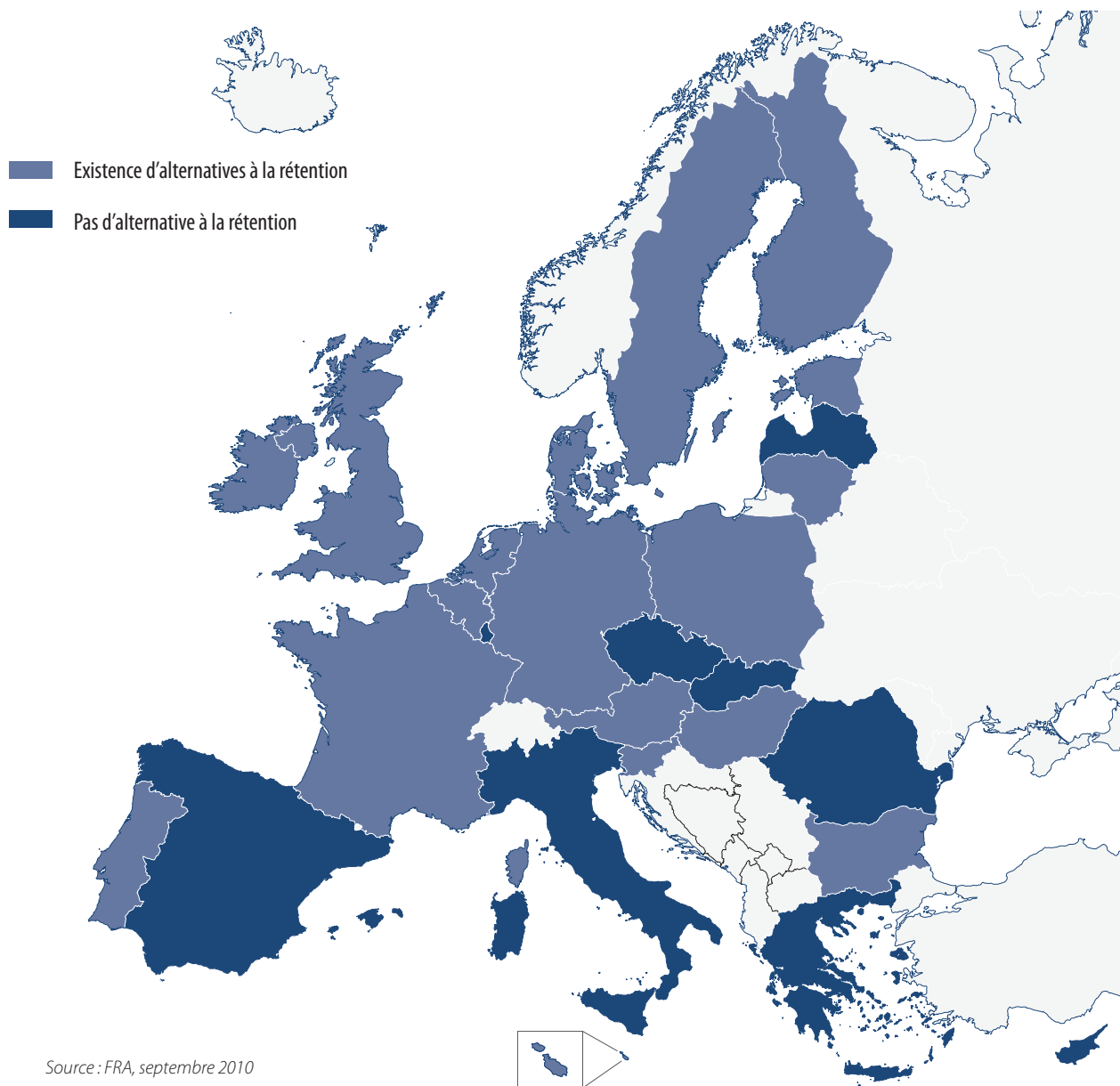
Restrictions en matière de résidence²⁵⁹

Il s'agit notamment de l'obligation de séjourner à une adresse particulière ou de résider dans une région géographique spécifique du pays, souvent combinée à d'autres exigences de signalement régulier. Ces lieux peuvent être des infrastructures ouvertes ou semi-ouvertes gérées par l'État ou des ONG, des hôtels ou auberges de jeunesse ainsi que des adresses privées fournies par la personne concernée. Le régime imposé peut varier, mais en général, les personnes doivent séjourner à l'endroit indiqué à certains moments et les absences ne sont généralement autorisées que pour des raisons valables.

²⁵⁸ Voir Danemark, loi sur les étrangers, section 34.1 ; Finlande, loi sur les étrangers, point 119.1 ; France, CESEDA, article 552-4 ; Irlande, 2003, loi sur l'immigration, point 5.4(c).

²⁵⁹ Voir Autriche, section 77.3, loi de police sur les étrangers ; Allemagne, section 61.1, loi sur la résidence ; Danemark, section 34.1, loi sur les étrangers ; Estonie, section 10.1-2 de l'OLPEA ; France, articles L 552-4 et L 552-5 CESEDA ; Hongrie, section 62, loi RPT ; Irlande, section 14 (1) a)-b), loi sur l'immigration de 2004 et section 5(4), loi sur l'immigration de 2003 ; Pays-Bas, article 57, loi sur les étrangers ; Pologne, article 90, paragraphe 1, point 3, loi sur les étrangers ; Portugal, loi 23/2007, article 142, paragraphe 1 ; Slovaquie, article 56, loi sur les étrangers ; Royaume-Uni, loi sur l'immigration de 1971, partie 3, paragraphe 2, point 5.

Figure 6 : Existence d'alternatives à la rétention dans le droit national, UE-27



Libération sous caution et fourniture de garanties par des tiers

Dans le droit pénal, il est courant de permettre la libération d'une personne détenue moyennant versement de sommes qui seront conservées si la personne ne se signale pas aux autorités. Dans les procédures avant éloignement, la libération basée sur des garanties financières n'est pas fréquemment utilisée²⁶⁰, en partie notamment parce qu'on estime que de nombreux étrangers soumis à cette procédure ne disposent pas des moyens nécessaires. Il n'est donc pas étonnant qu'au Royaume-Uni (Écosse), où normalement, la caution requise est de 2 000 à 5 000 livres, les autorités soient autorisées à accepter un montant

symbolique, par exemple 5 livres²⁶¹. Les autorités peuvent également exiger des garanties de la part de personnes se portant garantes du demandeur. Le Royaume-Uni fait partie des pays qui prévoient ce système, mais les garanties ne peuvent être réclamées que « si elles ont pour conséquence la libération d'une personne qui, autrement, ne serait pas remise en liberté »²⁶².

260 France, CESEDA, article 552-4 (combiné à la nécessité de séjourner à un endroit fixé) ; Royaume-Uni, Operational Enforcement Manual 2008, point 55.20.

261 Voir Royaume-Uni, Operational Enforcement Manual 2008, point 57.6.

262 Royaume-Uni, Operational Enforcement Manual 2008, point 57.6. Ces garanties ne doivent pas constituer la règle générale, étant donné que les personnes concernées n'ont pas toujours de proches ou d'amis dans le pays.

Exigences ordinaires en matière de signalement auprès des autorités

L'obligation de se signaler à intervalles réguliers auprès de la police ou des autorités d'immigration est l'une des formes les plus courantes d'alternative prévues dans la législation nationale.²⁶³ Des obligations de signalement peuvent être imposées en plus de celle de résider dans une région ou un lieu spécifié.

Libération moyennant le suivi d'un assistant social

Sur la base des expériences dans les centres d'accueil des demandeurs d'asile, à la fin des années 1990, la Suède a chargé des assistants sociaux d'informer les détenus de leurs droits et de les garantir, ainsi que leur bien-être. Sur la base d'une évaluation individuelle, l'assistant social recommande des options de placement aux autorités et les conseille sur la nécessité de la rétention et sur ses alternatives lorsqu'elles peuvent être utilisées. L'approche consiste à impliquer l'individu tout au long du processus et à le préparer à toutes les issues possibles. Si la personne se voit refuser l'asile ou le titre de séjour, elle est aidée pour organiser son propre départ dans la dignité.

À la fin 2008, les autorités belges ont lancé une nouvelle forme d'alternative, où les familles avec enfants ne sont plus placées dans des infrastructures de rétention, mais dans des installations ouvertes, dans lesquelles elles reçoivent l'aide d'un coach. Le rôle du coach consiste à préparer la famille pour le retour. Ce projet pilote s'inspire d'une expérience fructueuse en Australie, où les immigrants sont libérés à condition d'être suivis socialement (voir cadre 2). Les taux de fuite sont restés relativement bas, à environ 20 %²⁶⁴. La différence avec les autres formes d'alternatives réside dans l'approche intégrée, qui inclut des conseils individuels. Contrairement aux expériences suédoise et australienne, le projet belge se concentre principalement sur la promotion du retour plutôt que sur l'examen de toutes les issues possibles, même si récemment, le rôle du coach a été renforcé²⁶⁵.

263 Voir, par exemple, Autriche, loi de police sur les étrangers, section 77.3 ; Bulgarie, loi sur les étrangers, point 44.5 ; Allemagne, loi sur la résidence, section 61.1 ; Danemark, loi sur les étrangers, article 34, paragraphe 1 ; Finlande, loi sur les étrangers, article 118 ; France, CESEDA, article 552-4 ; Irlande, loi sur l'immigration de 2003, point 5.4.(b), et loi sur l'immigration de 2004, point 14.1(b) ; Lituanie, loi sur les étrangers, point 115.1 ; Malte, loi sur l'immigration, point 25A.13 ; Pologne, loi sur les étrangers, points 90.1 à 3 ; Portugal, loi 23/2007, point 142 ; Slovaquie, loi sur les étrangers, points 59.2 et 59.3, où l'obligation de résider en un lieu particulier peut être combinée avec des exigences de signalement.

264 La version abrégée du rapport est disponible sur : www.vluchtelingenwerk.be/bestanden/2009-12-02-AN-ALTERNATIVE-TO-DETENTION-OF-FAMILIES-WITH-CHILDREN.pdf (en anglais) et le rapport complet sur : www.vluchtelingenwerk.be/bestanden/publicaties/2009-12-02-Nota-evaluatie-terugkeerwoningen.pdf (en néerlandais).

265 Arrêté royal du 22 avril 2010 - Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, paragraphe 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Contrôle électronique

Le contrôle ou marquage électronique est principalement appliqué dans le droit pénal. Il remplace une détention lorsque celle-ci est de courte durée. Le contrôle électronique est probablement la solution la plus intrusive de toutes, étant donné qu'elle interfère fortement avec le droit d'une personne à la vie privée, restreint la liberté de mouvement et peut priver les gens de leur dignité. Il peut également conduire à la discrimination, étant donné que les personnes qui portent un dispositif électronique peuvent être associées à des criminels²⁶⁶. Le contrôle électronique en tant qu'alternative à la rétention est principalement utilisé en Amérique du Nord. Aux États-Unis, les bracelets de cheville équipés d'un dispositif de localisation étaient fréquemment utilisés par le passé. Pendant les 30 premiers jours suivant leur libération, les immigrants devaient porter les bracelets et étaient soumis à un contrôle intensif, notamment des entretiens personnels, des appels téléphoniques, des visites impromptues et des couvre-feux. Une récente révision du système a réduit l'utilisation du contrôle électronique²⁶⁷.

Dans l'Union européenne, l'utilisation du contrôle électronique à des fins d'immigration est limitée. Seuls trois États membres de l'UE prévoient l'utilisation de dispositifs électroniques en tant qu'alternative à la rétention avant éloignement: le Danemark, le Portugal et le Royaume-Uni. Au Danemark, les autorités sont tenues de recourir au marquage électronique en cas de non-respect répété de l'obligation de résider à une adresse particulière²⁶⁸. Vu l'interférence avec le droit à la vie privée, l'utilisation du contrôle électronique doit être accompagnée des garanties nécessaires. Au Danemark, le marquage ne peut durer qu'un mois et l'étranger peut demander un contrôle juridictionnel de cette mesure.

Le tableau 1 fournit un aperçu des types d'alternatives existantes dans les États membres européens. Dans les pays

266 Déclaration d'un demandeur d'asile interrogé par l'UNHCR aux États-Unis, US initiative offers asylum-seekers an alternative to detention, 25 novembre 2009 disponible sur : www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/search?page=search&docid=4b0d643a6&query=baltimore.

267 À l'automne 2009, l'US Immigration and Customs Enforcement a attribué un contrat pour un nouveau programme, intitulé Intensive Supervision Appearance Program II ou « ISAP II », qui remplace les programmes précédents sur les alternatives à la rétention. ISAP II conserve les volets « gestion du dossier » et « référent social » du programme précédent, mais ne comporte pas de coûteuses obligations de signalement et de supervision car il n'impose pas d'utiliser des bracelets de cheville jusqu'à ce qu'un participant ait reçu un ordre d'éloignement final et que l'éloignement soit raisonnablement prévisible. De même, contrairement au premier programme ISAP, dans ISAP II, la supervision devient plus intensive à des stades ultérieurs, une fois que l'éloignement est ordonné. Pour un bref aperçu des alternatives à la rétention aux États-Unis, voir la page web de l'US Immigration and Customs Enforcement sur : www.ice.gov/pi/news/factsheets/alternativestodetention.htm. Pour une description détaillée de l'Intensive Supervision Appearance Program (ISAP) II, voir les documents d'appel d'offres intitulés Statement of work, Part I et Statement of work, Part II disponibles sur le site de l'US Federal Business Opportunities : www.fbo.gov/index?tab=documents&tabmode=form&subtab=core&tabid=54bf2246732a754a20787d9e4d031acf.

268 Loi danoise sur les étrangers, point 34a.1.

non repris au tableau 1, la FRA n'a trouvé aucun élément, dans la législation ou la politique, concernant la possibilité d'utiliser des alternatives. Toutefois, cela n'exclut pas que

des alternatives peuvent s'appliquer sur une base pilote ou dans des circonstances exceptionnelles.

Tableau 1 : Types d'alternatives utilisées par les États membres de l'UE

	Obligation de remettre ses documents	Restrictions en matière de résidence	Caution / garanties	Signalement régulier	Assistance sociale	Contrôle électronique
Autriche ²⁶⁹		X		X		
Belgique ²⁷⁰					X	
Bulgarie ²⁷¹				X		
Allemagne ²⁷²		X		X		
Danemark ²⁷³	X	X	X	X		X
Estonie ²⁷⁴		X		X		
Finlande ²⁷⁵	X		X	X		
France ²⁷⁶	X	X	X	X		
Hongrie ²⁷⁷		X				
Irlande ²⁷⁸	X	X		X		
Lituanie ²⁷⁹				X		
Malte ²⁸⁰				X		
Pays-Bas ²⁸¹		X		X		
Pologne ²⁸²		X		X		
Portugal ²⁸³		X		X		X
Suède ²⁸⁴		X		X		
Slovénie ²⁸⁵	X			X		
Royaume-Uni ²⁸⁶		X	X	X		X

Source : FRA, septembre 2010

Les statistiques sur l'utilisation d'alternatives ont uniquement été collectées dans un nombre limité de

pays. En France, d'après une étude réalisée en mai 2007, des alternatives à la rétention étaient utilisées dans 7,2 % des cas²⁸⁷. En Autriche, les alternatives sont utilisées plus fréquemment, en particulier pour les familles et les enfants²⁸⁸. En 2008, les alternatives étaient utilisées pour environ 25 % des individus potentiellement sujets à la rétention avant éloignement, notamment les migrants en situation irrégulière et les demandeurs d'asile. En 2009, le taux est passé à environ 30 %²⁸⁹. Dans 24 directions

269 Sections 77.1 et 77.3 de la loi de police sur les étrangers.

270 Arrêté royal fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, paragraphe 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, établissement et l'éloignement des étrangers, 14 mai 2009.

271 Article 44, paragraphe 5, de la loi sur les étrangers.

272 Allemagne, loi sur la résidence, section 61.1.

273 Loi danoise sur les étrangers, sections 34.1 et 34.a.1.

274 Estonie, OLPEA, points 10.1 et 2.

275 Loi finlandaise sur les étrangers, articles 118, 119 et 120.

276 Article L 552-4 & L 552-5 CESEDA.

277 Loi RPT hongroise, section 62.

278 Section 14(1), loi de 2004 sur l'immigration, et section 5(4), loi de 2003 sur l'immigration.

279 Loi sur les étrangers, section 115.2.

280 Loi sur l'immigration, article 25(A)(13).

281 Loi sur les étrangers, article 57.

282 Loi sur les étrangers, article 90, paragraphe 1, point 3.

283 Loi 23/2007, article 142, paragraphe 1.

284 Loi sur les étrangers, chapitre 10, section 8.

285 Loi sur les étrangers, article 56 (concernant les restrictions de mouvement) et article 59 sur des mesures plus souples.

286 Royaume-Uni, loi sur l'immigration de 1971, partie 3, paragraphe 2, point 5, Operational Enforcement Manual 2008, chapitre 55.20, loi de 2004 sur l'immigration et l'asile (traitement des demandeurs, etc.), section 36.

287 Le pourcentage est de 7,2 % pour mai 2007, d'après une étude du Ministère français de la Justice, voir Ministère de la Justice (2008), Le contentieux judiciaire des étrangers, Enquête statistique sur les décisions prononcées du 1er au 31 mai 2007 par les juges des libertés et de la détention et les cours d'appel statuant sur des demandes de prolongation du maintien en rétention ou en zone d'attente, janvier 2008, p. 33.

288 Voir Autriche, Ministère de l'intérieur (*Fremdenwesen*), discussion d'experts avec la Ministre de l'intérieur Maria Fekter le 10 juin 2009, p. 114, disponible en allemand sur: www.bmi.gv.at/cms/BMI/aus_dem_innenner/files/Fremdenwesen.pdf.

289 En 2008, des alternatives ont été utilisées pour 1 809 personnes, tandis que la rétention a été appliquée à 5 398 individus. En 2009, des alternatives ont été utilisées pour 1 877 personnes et la rétention avant éloignement, pour 5 991 personnes. Voir statistiques officielles du Ministère de l'Intérieur, disponibles pour 2008 sur: www.bmi.gv.at/cms/BMI_Niederlassung/statistiken/files/Fremde_Jahresstatistik_2008.pdf; et pour 2009 sur: www.bmi.gv.at/cms/BMI_Niederlassung/statistiken/files/Fremde_Jahresstatistik_2009.pdf.

régionales sur 28 du Ministère bulgare de l'intérieur, des alternatives ont été appliquées à 198 étrangers entre le 1^{er} janvier et le 26 novembre 2010. Aux Pays-Bas, le conseil de l'administration de la justice pénale et de la protection des adolescents a remis un avis sur la rétention des ressortissants étrangers était officiellement une mesure en dernier recours, les alternatives étaient rarement utilisées et que le gouvernement ne cherchait pas activement d'alternatives²⁹⁰.

Même si elles ne sont pas exhaustives, ces informations suggèrent que les alternatives ne sont pas fréquemment utilisées. L'une des principales raisons politiques pour privilégier la privation de liberté par rapport à l'utilisation d'alternatives à la rétention est la crainte de fuite. Toutefois, il convient de noter que les données relatives au taux de fuite des individus à qui des alternatives ont été imposées sont rares.

Les statistiques de deux projets pilotes relatifs aux alternatives à la rétention suggèrent que celles-ci n'augmentent pas nécessairement le taux de fuite et peuvent conduire à un accroissement du retour volontaire. En Belgique, 79 % des familles placées en unités de logement dans le cadre d'un récent projet pilote combinant le placement dans une infrastructure désignée à un coaching individuel sont restées en contact avec les autorités²⁹¹. De même, les expériences récentes de placement social combiné à une aide individuelle en Australie ont connu un taux de fuite de 6 %, tandis que 67 % de ceux qui n'ont pas obtenu le droit de séjour sont partis volontairement. L'approche innovante testée en Australie est décrite au cadre 2.

Australie

Accompagnement social comme alternative à la rétention²⁹²

Ces trois dernières années, plusieurs alternatives à la rétention ont été testées en Australie. La libération ou le placement social sont associées à la désignation d'accompagnateurs sociaux, qui travaillent au sein des autorités chargées d'évaluer au cas par cas la nécessité d'imposer la rétention. Cet accompagnateur prépare et aide le migrant tout au long du processus d'immigration, l'aidant à comprendre et mieux connaître les options disponibles, qui sont souvent limitées. La personne concernée est donc assistée pour prendre des décisions informées. Les autres éléments clés sont le conseil juridique, l'assistance sociale et l'implication active des organisations sociales en partenariat avec le gouvernement.

En moyenne, 94 % des personnes participant à ces programmes ont respecté leurs obligations de signalement et n'ont pas fui. Quelque 67 % de ceux qui n'ont pas obtenu de visa pour rester dans le pays sont partis volontairement²⁹³. En outre, 3 ans après la libération de toutes les familles des centres de rétention, moins de 1 % d'entre elles avaient fui, sans autre non-respect rapporté des conditions²⁹⁴. En outre, l'utilisation d'alternatives à la rétention s'est également révélée économique pour l'État, ne représentant qu'un tiers des coûts des pratiques traditionnelles de rétention et d'éloignement²⁹⁵.

Avis de la FRA

Les États membres de l'UE qui ne l'ont pas encore fait sont encouragés à fixer, dans leur législation nationale, des règles relatives aux alternatives à la rétention, sans limiter de manière disproportionnée les autres droits fondamentaux. Des formes innovantes d'alternatives comprenant l'information de l'individu sur les issues possibles de l'immigration devraient être examinées chaque fois que cela est possible. À l'inverse, vu les restrictions des droits fondamentaux qui y sont liés, le marquage électronique devrait normalement être évité.

290 Advies Vreemdelingenbewaring du Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, 16 juin 2008, disponible sur : www.rsj.nl/advies/adviezen/index.aspx.

291 www.vluchtelingenwerk.be/bestanden/2009-12-02-AN-ALTERNATIVE-TO-DETENTION-OF-FAMILIES-WITH-CHILDREN.pdf, p. 2.

292 Pour plus de détails, voir un aperçu de ces initiatives fourni par International Detention Coalition, Detention reform and alternatives in Australia, Case management in the community as an alternative to detention, the Australian Experience, juin 2009, disponible sur : <http://idcoalition.org/wp-content/uploads/2010/02/a2dAustraliebrief1feb2010.pdf>.

293 Department for Immigration and Citizenship, *Final Activity Report*, octobre 2008, pp. 11-12., Department for Immigration and Citizenship, *CCP Report*, mars 2009, p. 2.

294 Department for Immigration and Citizenship, Submission to the Joint Commission on Migration Inquiry in Immigration Detention Sub 129c, Q41, octobre 2008.

295 www.aph.gov.au/senate/committee/legcon_ctte/estimates/add_0809/diac/38.pdf.

5.2. Obligation d'examiner les alternatives avant de procéder à la rétention

Directive « retour »

Considérant 16

La rétention n'est justifiée que pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement quand l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas.

Dans son interprétation de l'interdiction de la détention arbitraire prévue à l'article 9, paragraphe 1 ; PIDCP, le Comité des droits de l'homme a constaté que la privation de liberté ne pouvait être considérée comme nécessaire, si la possibilité d'appliquer des moyens invasifs pour atteindre les mêmes résultats n'existent pas²⁹⁶. Les Vingt principes directeurs du Conseil de l'Europe sur le retour forcé prévoient, au point 6.1, que la rétention ne doit être utilisée qu'après que les autorités ont conclu que l'exécution de la décision ne serait pas assurée de manière aussi efficace en recourant à des mesures non privatives de liberté.

Sur la base de ce principe, la directive « retour » dispose, à son article 15, paragraphe 1, que la privation de liberté peut être ordonnée « à moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier ». Au regard du considérant 16 (cité dans le cadre ci-dessus), l'article 15, paragraphe 1, prévoit une obligation d'examiner si, dans chaque cas particulier, des alternatives à la rétention suffiraient au lieu d'avoir recours à la privation de liberté.

Dans ce domaine, la norme fixée dans la directive « retour » est plus stricte que celle actuellement en pratique. À l'exception des pays qui imposent un test individuel pour vérifier si la privation de liberté est proportionnelle à l'objectif d'éloignement, l'obligation d'examiner les alternatives en premier lieu, avant de recourir à la rétention, n'est pas si courante et concerne principalement les catégories de personnes réputées particulièrement vulnérables comme les enfants.

Comme le montrent les exemples suivants, l'obligation d'examiner les alternatives en premier lieu peut soit se baser sur la législation, soit être dérivée de la jurisprudence. En Autriche, l'administration est tenue d'appliquer des mesures plus souples dans tous les cas où la privation de liberté n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif fixé. Les raisons pour lesquelles ces mesures pourraient ne pas s'appliquer doivent être mentionnées

dans la décision de rétention²⁹⁷. De même, l'obligation d'examiner la viabilité des alternatives avant d'envisager la rétention est prévue en Allemagne²⁹⁸, au Danemark²⁹⁹, aux Pays-Bas³⁰⁰ et en Slovénie³⁰¹. Au Royaume-Uni, il y a en principe une présomption contre la rétention, ce qui signifie que, si possible, les alternatives doivent s'appliquer³⁰². Les étrangers ont le droit de demander une libération sous caution³⁰³ et doivent être informés de ce droit³⁰⁴.

Avis de la FRA

La rétention ne doit pas être utilisée lorsque des mesures moins intrusives sont suffisantes pour atteindre l'objectif légitime poursuivi. Pour garantir que les mesures moins coercitives seront appliquées en pratique, les États membres de l'UE sont encouragés à établir, dans leur législation nationale, des règles relatives aux alternatives à la rétention requérant que les autorités examinent, dans chaque cas particulier, si l'objectif de garantir l'éloignement peut être atteint par des mesures moins coercitives avant d'émettre une ordonnance de rétention, et si ce n'est pas le cas, d'en indiquer les raisons.

297 Voir, par exemple, les arrêts suivants de la cour supérieure administrative autrichienne : 30 août 2007, 2007/21/0043; 17 mars 2009, 2007/21/0542; 25 mars 2010, 2009/21/0276, disponibles en ligne à l'adresse suivante : www.ris.bka.gv.at/Vwgh.

298 Évaluation de la législation en matière d'immigration du Ministère allemand de l'Intérieur, *Bericht zur Evaluierung des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz)*, juillet 2006, p. 160, « Insbesondere wird zu prüfen sein, ob anstelle von Abschiebungshaft mildere Maßnahmen [...] angeordnet werden können ». Le rapport est disponible en allemand sur : www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/151396/publicationFile/14810/evaluierungsbericht_zum_zuwanderungsgesetz.pdf.

299 Si la loi sur les étrangers prévoit une obligation d'examiner les alternatives avant d'avoir recours à la rétention au titre de la section 36.1, aucune obligation de même nature ne semble s'appliquer à la rétention au titre de la section 36.5 de la loi sur les étrangers, à savoir lorsqu'elle est nécessaire pour éviter la fuite des étrangers qui ont commis certains types d'infractions ou des étrangers entrés au Danemark de manière irrégulière.

300 Voir conseil d'État, décision du 23 juin 2006, affaire n° 200603830/1, JV 2006/323 ainsi que la Vreemdelingen-circulaire 2000, A6/1.

301 Slovénie, Cour constitutionnelle U-I-297/95, 28.10. 1998.

302 UKBA, Operational Enforcement Manual, Ch. 55.1, disponible sur : www.ukba.homeoffice.gov.uk/policyandlaw/guidance/enforcement/. C'est une présomption au titre de la common law, désormais renforcée par le Human Rights Act 1998, mais elle n'est pas mentionnée dans le statut ou les règles d'immigration.

303 Loi de 1971, partie 2, paragraphes 22 et 29 et loi de 1999, section 54.

304 Toutefois, à l'inverse des dossiers pénaux, il n'y a pas d'audition automatique pour la caution. The Bail Circlly (www.ctbi.org.uk/CHA/94) rassemble des avocats et d'autres individus prêts à aider à la libération sous caution.

296 Comité des droits de l'homme de l'ONU, communication n° 900/1999, C.c. *Australie*, point 8.2.

6. Rétention des enfants

Le droit international décourage fortement la privation de liberté des enfants quelle qu'en soit la raison. L'article 37 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant ne permet la rétention qu'en dernier ressort et pour la durée la plus courte possible. Des alternatives à l'accompagnement institutionnel devraient être utilisées pour garantir que les enfants soupçonnés, accusés ou convaincus d'avoir violé le droit pénal soient traités de manière appropriée pour leur bien-être³⁰⁵. Des règles minimales pour l'administration de la justice pour mineurs³⁰⁶ et des mesures non privatives de liberté³⁰⁷ ont été développées dans le cadre des Nations unies pour promouvoir la création de systèmes adéquats de justice pour les mineurs.

Ce chapitre traite de la rétention des enfants en vue de faciliter l'éloignement. Il abordera d'abord la rétention des enfants en général, notamment celle des enfants accompagnés par leurs parents ou leur tuteur principal, et ensuite la situation des enfants séparés.

Les enfants sont définis comme toute personne de moins de 18 ans, conformément à l'article 1 de la Convention des droits de l'enfant. Les questions relatives à l'évaluation de l'âge et à la rétention des enfants dont l'âge est contesté ne sont pas couvertes par le présent rapport³⁰⁸.

6.1. Mesure de dernier ressort

Convention relative aux droits de l'enfant

Article 37

(b) Nul enfant ne [doit être] privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible ; [...].

Il ressort de l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant que la rétention avant éloignement des enfants ne peut être légale lorsqu'il n'existe aucune garantie qu'il s'agisse uniquement d'une mesure de

dernier ressort. En outre, l'article 3 de cette convention impose qu'il soit avant tout tenu compte des meilleurs intérêts de l'enfant au moment de déterminer s'il doit être privé de sa liberté et, le cas échéant, de quelle manière.

L'utilisation de la rétention avant éloignement des enfants doit être examinée à la lumière de l'engagement plus général à la privation de liberté des enfants en conflit avec la loi uniquement en dernier ressort. Vu que la convention décourage fortement la privation de liberté des enfants suspectés, accusés ou convaincus d'avoir violé une législation pénale, la question est de savoir si la rétention des enfants qui ne sont pas en conflit avec le droit pénal peut se justifier, à moins que la privation de liberté soit utilisée comme mesure de protection des enfants face aux dangers qu'ils courent, conformément au principe de l'intérêt supérieur. Dans ce contexte, le Groupe de travail de l'ONU sur la détention arbitraire a souligné que le simple statut de migrant en situation irrégulière ne justifiait pas à lui seul le recours à la rétention des mineurs³⁰⁹.

À condition que toutes les garanties de fond et de procédure s'appliquent, le système européen des droits de l'homme n'interdit pas, en principe, la rétention des enfants pour éviter leur entrée non autorisée sur le territoire ou faciliter leur éloignement. Même si des motifs spécifiques de rétention des enfants sont prévus à l'article 5, paragraphe 1, point d, CEDH, une telle liste est, d'après la Cour européenne des droits de l'homme, non exhaustive étant donné que les enfants peuvent aussi être privés de liberté pour d'autres motifs prévus à l'article 5, paragraphe 1, CEDH³¹⁰. La Cour européenne des droits de l'homme impose toutefois une relation entre le motif de la privation de liberté et le lieu et les conditions de détention. En ce qui concerne la rétention avant éloignement, elle a affirmé qu'un centre fermé pour immigrants adultes en situation irrégulière n'était pas adapté aux besoins spécifiques des enfants³¹¹.

Les Vingt principes directeurs sur le retour forcé du Conseil de l'Europe prévoient que les enfants soient privés de liberté uniquement en dernier ressort et pour la durée la plus brève possible et qu'il faut tenir compte en premier lieu de l'intérêt supérieur de l'enfant. S'ils sont privés de liberté, les enfants doivent avoir accès à l'éducation et aux loisirs et être détenus dans

305 Article 40, paragraphe 3, de la Convention relative aux droits de l'enfant ainsi que l'observation générale n° 10 du Comité des droits de l'enfant sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs, CRC/C/GC/10, 2007.

306 Règles minima des Nations unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (règles de Beijing), adoptées par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985.

307 Règles minima des Nations unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (règles de Tokyo) adoptées par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/110 du 14 décembre 1990.

308 Voir, sur ce point, FRA (2010) *Separated, asylum-seeking children in European Union Member States, rapport de synthèse*, Luxembourg : Office des publications, pp. 35-37.

309 A/HRC/13/30, paragraphe 60.

310 CouEDH, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, 12 octobre 2006, paragraphes 100 et 101.

311 *Ibid.*, paragraphe 102, concernant une fillette non accompagnée de République démocratique du Congo. Voir aussi CouEDH, *Muskhadyhiyeva et autres c. Belgique*, n° 41442/07, 19 janvier 2010 (également cité à la note de bas de page n° 55), concernant quatre jeunes filles, détenues avec leur mère, dont l'une présentait des signes de traumatismes.

des institutions capables de répondre à leurs besoins spécifiques³¹².

Après avoir observé l'impact possible de la privation de liberté sur le développement de l'enfant, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants a adopté une approche plus stricte dans son 19^e rapport général publié en 2009. Le Comité estime que la privation de liberté d'un enfant migrant en situation irrégulière est « rarement justifiée et, de l'avis du Comité, ne saurait être motivée exclusivement par l'absence de statut de résident ». Le Comité a également recommandé que lorsqu'un enfant est exceptionnellement détenu, tous les efforts doivent être faits pour permettre une libération immédiate. Des garanties supplémentaires devraient être mises en place pour répondre aux besoins spécifiques des enfants³¹³.

Le droit de l'Union européenne n'exclut pas la possibilité de placer en rétention des enfants pour faciliter l'éloignement, même si cette mesure ne doit pas être la règle. L'article 17 de la directive « retour », consacré à la rétention des mineurs et des familles, réaffirme que les enfants doivent seulement être détenus en dernier ressort et pour la durée la plus courte possible. Il fait également référence à la nécessité de tenir compte en premier lieu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Au niveau national, la plupart des pays de l'Union européenne³¹⁴ autorisent la rétention des enfants pour des motifs d'immigration, bien que certains interdisent la rétention des enfants non accompagnés (voir section suivante). Seuls trois pays prévoient explicitement, dans leur législation relative aux étrangers ou à l'immigration, d'interdire la rétention des enfants avant éloignement³¹⁵.

Même si la politique officielle en Belgique³¹⁶, à Chypre³¹⁷ et à Malte³¹⁸ veut que les enfants de moins de 18 ans ne doivent pas être maintenus en rétention, cette politique n'est pas spécifiquement traduite dans la législation nationale. La pratique montre en outre que les enfants sont en rétention à Malte en attendant la vérification de leur âge et l'évaluation de leur état de santé³¹⁹. De même, des cas d'enfants détenus pour préparer leur éloignement ont également été rapportés à Chypre³²⁰.

Différentes garanties ont toutefois été introduites au niveau national pour protéger les enfants de la rétention arbitraire. Celles-ci peuvent viser à autoriser la rétention uniquement dans des cas exceptionnels, à réduire la longueur de la rétention des enfants ou à garantir que les enfants soient uniquement détenus dans des infrastructures adaptées pour accueillir des familles avec enfants.

Des dispositions explicites dans le droit national peuvent prévoir que la rétention des enfants ne pourra être utilisée que s'il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est notamment le cas en Lituanie, où les enfants peuvent uniquement être détenus dans des cas extrêmes, lorsqu'il en va de leur intérêt supérieur³²¹. Un outil de promotion de la rétention uniquement en dernier ressort consiste en l'obligation d'examiner activement les alternatives à la rétention, qui dans certains pays sont formulées de manière plus ferme s'agissant des enfants (par rapport aux adultes). Par exemple, en Autriche, la discrétion laissée aux autorités est bien plus limitée en ce qui concerne les enfants, étant donné que la loi impose qu'elles doivent appliquer des mesures plus souples aux mineurs, sauf si elles ont des raisons de supposer que l'objectif de la rétention ne peut être atteint de cette manière³²². Des obligations similaires existent aussi en Hongrie³²³, ou au Royaume-Uni³²⁴. En Belgique, depuis l'introduction d'alternatives à la rétention,

312 Voir principe 11.

313 Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), *20 ans de lutte contre la torture*, 19^e rapport général, 1^{er} août 2008-31 juillet 2009, paragraphe 97.

314 Autriche, loi de police sur les étrangers (*Fremdenpolizeigesetz*), article 79, paragraphe 2 ; Bulgarie, loi sur les étrangers, article 44 paragraphe 9 ; République tchèque, FORA, section 124(1) ; Danemark, loi sur les étrangers, article 36 et loi administrative de justice, ch. 75(b) paragraphe 821(a) ; Estonie, OLPEA article 265, paragraphe 4 ; Finlande, loi sur les étrangers 301/2004, articles 121 et 122 ; France, CESEDA, L 221-1 – L224-4 et L 511-4 ; Lettonie, loi sur l'immigration, ch. VII, article 51 ; Lituanie, loi sur les étrangers, article 114, paragraphe 3 ; Luxembourg, loi sur l'immigration, article 120 ; Pays-Bas, *Vreemdelingencirculaire 2000 (Vc 2000) A6/1.5. a-c* (orientations d'exécution) ; Pologne, loi sur les étrangers, articles 101 et 102 ; Portugal, loi 23/2007, article 146 ; Roumanie, ordonnance d'urgence, article 97 ; Suède, loi sur les étrangers, ch. 10, section 2 ; Espagne, loi n° 4/2000, article 35, paragraphe 3 ; Slovaquie, loi sur les étrangers, article 62, paragraphe 7 ; Royaume-Uni, Operational Enforcement Instructions and Guidance (OEIG), ch. 55.9.3. La législation en Belgique, en Allemagne, en Grèce, à Malte et en Slovénie ne fait pas spécifiquement référence à la rétention des enfants, même si la loi slovène sur les étrangers contient une disposition relative aux enfants non accompagnés logés temporairement au département spécial chargé des mineurs au centre pour étrangers.

315 Hongrie, loi RPT, section 56 ; Italie, article 26, paragraphe 6 LD 25/2008 ; Irlande, section 5 (2) (b), loi sur l'immigration 2003.

316 Voir déclaration du ministre fédéral belge de l'asile et de l'immigration, disponible sur : <http://annemieturteboom.be/NL/asielbeleid/08/22.htm>.

317 Entretien avec la police chypriote de l'immigration le 24 juin 2009.

318 Le document thématique du gouvernement maltais intitulé *Irregular Immigrants, Refugees and Integration* prévoit que « Les immigrants en situation irrégulière qui, du fait de leur âge [...] sont considérés comme vulnérables, sont exemptés de rétention et hébergés dans des centres alternatifs » ; voir Ministère de la Justice et de l'Intérieur et Ministère de la Famille et de la Solidarité sociale, *Irregular Immigrants, Refugees and Integration: Policy Document*, 2005, p. 11.

319 Groupe de travail de l'ONU sur la détention arbitraire, UNDOC A/HRC/13/30/Add.2, Conseil des droits de l'homme, 13^e session, rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, mission à Malte, du 19 au 23 janvier 2009, paragraphe 78.

320 Rapport annuel du Médiateur 2006, p.63, disponible sur : [www.ombudsman.gov.cy/Ombudsman/ombudsman.nsf/All/32C49D97734F1624C22575B20045BB24/\\$file/ETHΣIA%20EKΘΣH%202006.pdf?OpenElement](http://www.ombudsman.gov.cy/Ombudsman/ombudsman.nsf/All/32C49D97734F1624C22575B20045BB24/$file/ETHΣIA%20EKΘΣH%202006.pdf?OpenElement).

321 Lituanie, loi sur les étrangers, point 114.3.

322 Loi de police sur les étrangers, point 77.1. Une obligation similaire existe aux Pays-Bas, mais seulement pour les enfants de maximum 16 ans, voir *Vc 2000 A6/5.1.5*.

323 Loi RPT, section 62.1.

324 UKBA, *Code of Practice for Keeping Children Safe from Harm while in the United Kingdom*, 2009, p.10.

les familles avec enfants sont placées dans des unités d'hébergement ouvertes.

Dans d'autres pays, des durées plus courtes ont été fixées pour la rétention des enfants. En Suède, le maximum est de six jours (72 heures, pouvant être prolongées de 72 heures), tandis qu'il n'existe pas de plafond pour la rétention avant éloignement des adultes³²⁵. En Bulgarie³²⁶, le maximum est de trois mois. Ce délai est plus court que le plafond fixé pour la rétention des adultes.

Enfin, les dispositions législatives peuvent imposer que les enfants soient détenus uniquement dans des lieux spécifiquement prévus à cet effet et adaptés à leurs besoins³²⁷. Cette approche pourrait aider à garantir que les enfants jouissent de leurs droits au titre de la Convention relative aux droits de l'enfant lorsqu'ils sont privés de liberté.

Avis de la FRA

Les États membres de l'UE sont encouragés à inclure dans leur législation nationale une forte présomption contre la rétention et en faveur d'alternatives à la rétention pour les familles avec enfants, en tenant compte en premier lieu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les enfants ne devraient pas être privés de leur liberté s'ils ne peuvent être détenus dans des infrastructures répondant à leurs besoins spécifiques. Il faut également prévoir des garanties pour veiller à ce que lorsque les enfants sont privés de leur liberté, la rétention ne soit pas indûment prolongée. Il pourrait s'agir de durées maximales ou de contrôles plus fréquents.

6.2. Garanties contre la séparation des parents

Convention relative aux droits de l'enfant

Article 9, paragraphe 1

Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire pour l'intérêt supérieur de l'enfant.

³²⁵ Loi sur les étrangers, chapitre 10, section 5.

³²⁶ Voir article 44, paragraphe 9, de la loi sur les étrangers.

³²⁷ Voir, par exemple, l'Autriche, mais uniquement pour les enfants de moins de 16 ans qui ne peuvent être détenus que si « l'hébergement et l'accompagnement sont adaptés à l'âge et au niveau de développement » des mineurs (sec 79 (2) de la loi sur la police des étrangers); la Bulgarie, loi sur les étrangers, article 44, paragraphe 11 ; la République tchèque, FORA, point 138.2 (qui impose que les conditions soient mentionnées dans le règlement intérieur) ; la Finlande, 2002, loi sur le traitement des étrangers placés en rétention et dans des unités de rétention, chapitre 3, article 11 ; le Luxembourg, loi sur l'immigration, article 120 ; l'Espagne, loi 4/2000, article 62 bis, paragraphe 1, point i.

La présente section traite d'une situation dans laquelle la privation de liberté d'une famille avec enfants est envisagée. Le droit à l'unité familiale est un droit humain fondamental consacré dans plusieurs instruments internationaux, entre autres le PIDCP (article 17), la CEDH (article 8) et la Charte des droits fondamentaux de l'UE (article 7). Même si ce droit peut être soumis à certaines restrictions, la Convention relative aux droits de l'enfant permet de séparer les enfants de leurs parents uniquement dans des conditions très strictes et exclusivement dans l'intérêt supérieur de l'enfant. De même, à la lumière du droit à la vie de famille et du lien existant entre frères et sœurs, leur séparation doit normalement être évitée, sauf s'il en va de leur intérêt supérieur.

D'après les informations dont dispose la FRA, il apparaît que la Suède est le seul pays à interdire explicitement la séparation d'un enfant de ses deux parents dans sa loi sur les étrangers³²⁸. Dans les autres pays, la séparation de l'enfant de ses parents peut ne pas être soumise aux conditions strictes imposées par la Convention relative aux droits de l'enfant. En République tchèque, par exemple, la loi autorise la séparation d'une famille si un de ses membres est placé dans la « partie spécialement surveillée » de l'infrastructure. La loi n'exclut pas cette séparation même si elle a pour conséquence que l'enfant se retrouve seul³²⁹. La loi polonaise sur les étrangers stipule que les enfants et les parents seront maintenus ensemble « si possible »³³⁰.

Lorsque les parents sont détenus, la présomption contre la séparation entre un enfant et ses parents est en conflit avec l'obligation de garantir qu'un enfant ne doit être privé de liberté qu'en dernier ressort. Si ce conflit peut être facilement résolu en évitant d'utiliser la rétention des parents en faveur d'alternatives à la rétention, dans certains cas, la rétention des parents peut être considérée comme nécessaire pour garantir leur éloignement.

La référence à l'intérêt supérieur de l'enfant prévue à l'article 17 de la directive « retour » suggère que lorsque les parents sont détenus, le sort de l'enfant doit être décidé sur la base de son intérêt supérieur (à savoir rétention avec les parents ou solution alternative). Cette conclusion est également soutenue par les règles pénitentiaires européennes, qui requièrent que les enfants en bas âge (à savoir jusqu'à trois ans) devraient être autorisés à rester en prison avec un parent incarcéré, uniquement si tel est l'intérêt de l'enfant concerné³³¹.

Un examen des pratiques nationales suggère que différentes approches sont adoptées. Certains pays,

³²⁸ Chapitre 10, section 3, loi de 2006 sur les étrangers.

³²⁹ FORA, section 139.

³³⁰ Article 115, paragraphe 2, de la loi sur les étrangers de 2003.

³³¹ Règles pénitentiaires européennes, Comité des ministres, recommandation Rec(2006)2 adoptée par le Comité des ministres le 11 janvier 2006, point 36.1.

comme la France, le Portugal ou la Lettonie³³² affirment, en règle générale, qu'il est préférable pour l'enfant de rester avec sa famille, à condition qu'ils puissent être accueillis dans des infrastructures répondant à leurs besoins spécifiques. À l'inverse, les pays qui interdisent le placement d'enfants en rétention avant éloignement auraient plutôt tendance à séparer l'enfant de ses parents ou d'un de ses parents lorsque ceux-ci ou celui-ci sont/ est en détention, même si des exceptions peuvent être envisagées³³³. Enfin, il n'est pas rare que seul le père soit détenu, alors que le reste de la famille est logé ailleurs³³⁴.

Cette étude n'a pu récolter aucune information sur les bonnes pratiques concernant le type et la méthode d'évaluation requis pour déterminer, dans chaque cas individuel, si la rétention avec les parents ou la séparation était dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Avis de la FRA

Au moment de déterminer si les enfants doivent être placés en rétention avec leurs parents ou leur tuteur principal, il est capital de tenir compte en premier lieu de l'intérêt supérieur de l'enfant et d'examiner activement les alternatives à la rétention. Lorsque, exceptionnellement, les alternatives ne sont pas suffisantes et qu'on estime nécessaire de placer en rétention le(s) parent(s), les enfants ne doivent être en rétention en leur (sa) compagnie que si – après un examen attentif de toutes les circonstances et en accordant l'importance requise à l'avis de l'enfant conformément à son âge et à sa maturité – le maintien de l'enfant avec ses parents est dans son intérêt supérieur. Ceci devrait être clarifié dans la législation nationale.

6.3. Rétention des enfants séparés

Comité des droits de l'enfant, observation générale n° 6

Paragraphe 61

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.

Cette partie porte sur les enfants séparés de leurs parents ou de la personne qui en a la charge à titre principal (pas nécessairement un autre membre de la famille)³³⁵. La rétention avant éloignement d'enfants séparés est controversée dans le droit international.

Conformément à l'article 20 de la Convention relative aux droits de l'enfant, les enfants privés de leur environnement familial ont droit à une protection et une assistance spéciales de l'État. Une lecture conjointe de l'article 37 (restrictions au recours à la rétention), de l'article 20 (fourniture d'une protection), et de l'article 3 (principe de l'intérêt supérieur) peut conduire à la conclusion qu'en principe, les enfants séparés ne doivent pas être privés de leur liberté aux fins de faciliter leur éloignement, sauf s'il en va de leur intérêt supérieur (par exemple, pour ne pas nuire à l'enfant).

En ce sens, comme souligné dans le cadre ci-dessus, le Comité des droits de l'enfant rejette la détention d'enfants non accompagnés ou séparés, si elle se base uniquement sur l'absence de statut en matière de résidence³³⁶. Le Groupe de travail de l'ONU sur la détention arbitraire adopte la même approche, tout en utilisant une formulation plus prudente. Il indique que « [d]ans la mesure où il existe des alternatives à la détention, il est difficile de concevoir une situation dans laquelle la détention d'un mineur non accompagné pourrait être compatible avec la deuxième phrase de l'alinéa b de l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant »³³⁷.

Tout en n'excluant pas la possibilité de recourir à la privation de liberté, les Vingt principes directeurs sur le retour forcé du Conseil de l'Europe recommandent que les enfants séparés soient logés dans des institutions « dotées d'un personnel et d'installations qui tiennent compte des besoins spécifiques des personnes de leur âge »³³⁸. Dans l'affaire *Mitunga c. Belgique*, la CouEDH a conclu que le centre fermé dans lequel était détenu le demandeur n'était pas adapté à la vulnérabilité extrême d'un mineur étranger non accompagné, accordant donc une importance particulière au fait que l'installation utilisée pour loger les enfants séparés devait répondre à leurs besoins spécifiques³³⁹.

332 Loi lettone sur l'immigration, section 59, paragraphe 5.

333 En Italie, les enfants peuvent exceptionnellement être autorisés à rester avec leur mère dans les centres d'identification, voir article 19, paragraphe 2, LD 286/1998. Voir aussi, pour l'Irlande, la disposition relative aux enfants de moins de 12 mois prévue à l'article 17, paragraphe 1, des règles pénitentiaires 2007.

334 Voir Allemagne, règlements administratifs généraux accompagnant la loi sur la résidence (*Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz*), 26 octobre 2009, point 62.0.5, ainsi que pour le Danemark, Danish Institute for Human Rights, Demandeurs d'asile expulsés et autres étrangers en situation de retour au Danemark (*Afviste asylansøgere og andre udlændinge i udsendelsesposition i Danmark*), 2009.

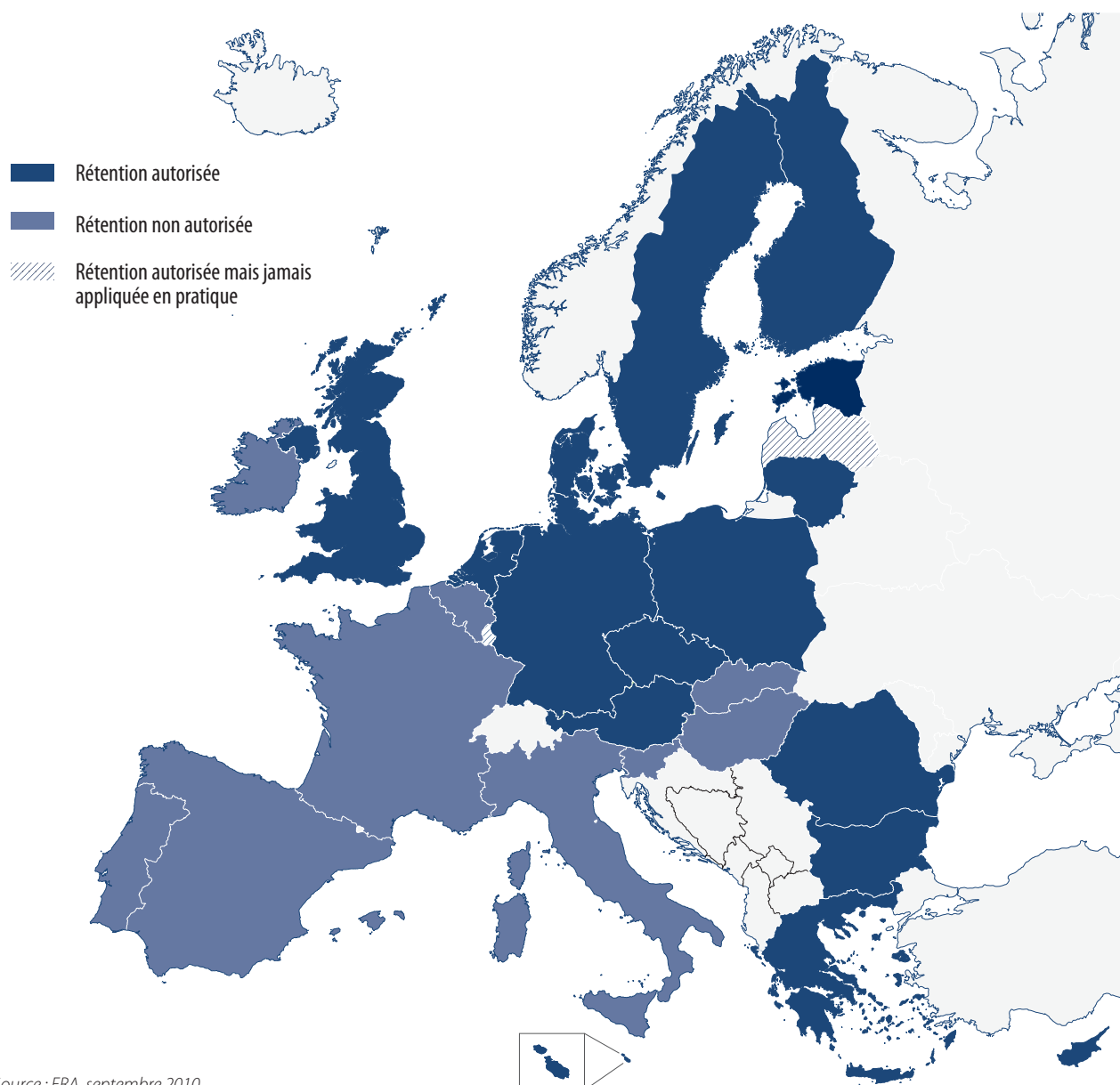
335 Sur la rétention des enfants demandeurs d'asile séparés, voir FRA (2010), *Separated, asylum-seeking children in European Union Member States, rapport de synthèse*, pp. 45 à 47.

336 Comité des droits de l'enfant, observation générale n° 6, *Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, CRC/GC/2005/6, point 61.

337 Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, paragraphe 64 (Conseil des droits de l'homme, 13e session de l'Assemblée générale de l'ONU, A/HRC/13/30, 18 janvier 2010), paragraphe 60.

338 Principe directeur 11.3

339 Voir note de bas de page n° 55.

Figure 7 : Rétention avant éloignement d'enfants séparés (hors points d'entrée), UE-27

Source : FRA, septembre 2010

Le récent plan d'action de l'UE pour les mineurs non accompagnés envisage que lorsque la rétention se justifie exceptionnellement, elle ne doit être utilisée qu'en dernier ressort, pour la durée la plus brève possible et en tenant compte en premier lieu de l'intérêt supérieur de l'enfant³⁴⁰. En outre, l'article 17, paragraphe 3, de la directive « retour » réaffirme l'obligation d'héberger les enfants séparés dans des institutions dotées en personnel et en installations qui tiennent compte des besoins spécifiques des personnes de leur âge. Cette disposition précise toutefois que cette obligation est valable « dans la mesure du possible ».

³⁴⁰ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010–2014)*, COM(2010)213 final, Bruxelles, le 6 mai 2010, p. 9.

En ce qui concerne les pratiques nationales, dans un tiers des États membres de l'UE, les enfants séparés ne peuvent être placés en rétention dans l'attente de leur éloignement³⁴¹ : trois pays interdisent la rétention des enfants en général³⁴², et six autres permettent la rétention des enfants uniquement lorsqu'ils sont accompagnés par leurs parents ou leur représentant

³⁴¹ Vous trouverez des informations plus détaillées sur la rétention des enfants séparés dans la récente étude réalisée par l'European Migration Network, couvrant la plupart des pays de l'Union européenne, voir rapports nationaux ainsi que le rapport intitulé *Policies on Reception, Return and Integration arrangements for, and numbers of, Unaccompanied Minors – an EU comparative study*, 2009-2010.

³⁴² C'est le cas de la Hongrie, de l'Italie et de l'Irlande (voir note de bas de page n° 315).

légal³⁴³. Dans certains cas, les enfants non accompagnés peuvent uniquement être détenus dans les zones d'attente aux points d'entrée (principalement les aéroports), mais pas dans les centres de rétention administrative pour les personnes en attente de leur expulsion³⁴⁴. Il convient de rappeler que les garanties contre la rétention arbitraire s'appliquent également aux enfants détenus aux points d'entrée, qui sont également autorisés à jouir des droits décrits dans la Convention relative aux droits de l'enfant³⁴⁵.

Comme la figure 7 l'illustre, si on exclut la privation de liberté aux points d'entrée – que la présente étude de la FRA n'a pas systématiquement analysée – la rétention avant éloignement des enfants séparés est en principe possible dans deux tiers des pays de l'Union européenne³⁴⁶. Dans au moins deux pays, la Lettonie et le Luxembourg, l'étude n'a toutefois trouvé aucun élément confirmant qu'un enfant séparé a déjà été détenu en attendant son éloignement³⁴⁷.

Parmi les pays qui autorisent la rétention des enfants séparés, certains font expressément référence, dans leur législation nationale, au fait que la rétention n'est permise qu'exceptionnellement³⁴⁸. Les orientations politiques au Royaume-Uni prévoient que les mineurs non accompagnés

« doivent uniquement être détenus dans des circonstances très exceptionnelles, la nuit, en leur accordant l'attention nécessaire, lorsque des dispositions alternatives ont été prises pour leur sécurité »³⁴⁹.

Les législations nationales prévoient plusieurs autres garanties visant à limiter la rétention des enfants séparés, comme le montrent les exemples suivants. La cour supérieure administrative autrichienne ainsi que la cour allemande requièrent un seuil plus élevé que celui des adultes, afin de conclure que les alternatives à la rétention ne sont pas suffisantes³⁵⁰. En Finlande, avant de placer un enfant en rétention, le représentant des services sociaux doit être entendu³⁵¹ et l'intérêt supérieur de l'enfant doit être dûment pris en considération³⁵².

En outre, la rétention avant éloignement des enfants séparés en dessous d'un certain âge est interdite dans au moins six pays. Cet âge peut toutefois être assez bas, comme par exemple, en Grèce ou aux Pays-Bas (12 ans)³⁵³. L'Autriche, le Danemark et la Lettonie ont fixé l'âge à 14 ans³⁵⁴, tandis qu'en République tchèque, les enfants de moins de 15 ans ne peuvent être détenus³⁵⁵.

Quelques pays imposent, dans leur législation, que les installations dans lesquelles les enfants séparés sont détenus soient adaptées à leurs besoins et garantissent qu'ils puissent jouir de leurs droits au titre de la Convention relative aux droits de l'enfant lorsqu'ils sont privés de liberté.

Aux Pays-Bas, par exemple, les enfants non accompagnés de 12 à 16 ans ne peuvent être détenus que s'ils peuvent être transférés dans un centre de rétention pour jeunes

343 Belgique, loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *Moniteur belge* (31.12.2002), disponible sur : www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm, qui organise l'accueil des mineurs non accompagnés. En France, les mineurs non accompagnés à l'intérieur du pays ne peuvent jamais être contraints de quitter le territoire (CESEDA, article 511-4) et ne peuvent donc être détenus dans des centres de rétention administrative. Voir, par exemple, Slovaquie, loi sur les étrangers, article 60, paragraphe 1 ; Slovaquie, article 62, paragraphe 7, loi sur les étrangers et Espagne, articles 35 et 62, paragraphe 4, de la loi n° 4/2000. Au Portugal, l'article 31, paragraphe 6, de la loi 23/2007, prévoit une obligation d'octroyer aux mineurs non accompagnés tous les supports matériels et l'assistance nécessaires pour répondre à leurs besoins de base en matière de nourriture, d'hygiène, de logement et d'assistance médicale. Il est entendu que cette disposition est utilisée en tant que base pour la politique consistant à ne pas détenir les enfants séparés. En outre, le droit des réfugiés exclut la rétention des mineurs non accompagnés demandeurs d'asile (loi 20/2006 du 23 juin relative aux conditions d'accueil, article 19, paragraphe 1, et article 78, paragraphe 1, de la loi 23.2007).

344 C'est par exemple le cas en France, voir L221-5 CESEDA.

345 Voir observation générale n° 6 du CDE, paragraphe 12.

346 Bulgarie, loi sur les étrangers, article 44, paragraphe 9 ; République tchèque, FORA, articles 124, paragraphe 1, et 125, paragraphe 1, lus en conjonction avec la section 178 ; Finlande, loi sur les étrangers, section 123 (absence de rétention de police des mineurs non accompagnés) ; Grèce, décret présidentiel n° 140/91, point 118 ; Pologne, loi sur les étrangers, articles 101 et 102 ; Lettonie, loi sur l'immigration, chapitre VII, article 51 ; Lituanie, loi sur les étrangers, article 114, paragraphe 3 ; Luxembourg, loi sur l'immigration, article 120 ; Pays-Bas, Vc 2000 A6/1.5. a-c. (les mineurs non accompagnés de 12 à 16 ans ne peuvent être détenus que s'ils peuvent être transférés dans un centre de rétention pour jeunes dans les quatre jours) ; Suède, loi sur les étrangers, chapitre 10, section 3, et Royaume-Uni, UK Border Agency Code of Practice for keeping children safe from harm, p. 5. Malte et la Roumanie ne disposent pas d'une disposition juridique spécifique faisant référence à la rétention des enfants séparés. À Malte, les enfants sont détenus jusqu'à la conclusion de la décharge médicale et de l'évaluation de l'âge. Pour le Danemark, voir plus bas, la note de bas de page n° 347 ou 354.

347 Communication du 5 juin 2009 de Caritas Luxembourg.

348 Bulgarie, article 44, paragraphe 9, de la loi sur les étrangers, et Suède, chapitre 10, section 3, loi sur les étrangers.

349 UKBA, Operational Enforcement Manual, ch. 26.1.

350 Voir, pour l'Autriche, les décisions de la cour administrative supérieure (*Verwaltungsgerichtshof*) du 24 octobre 2007, 2007/21/0370 et du 29 avril 2008, 2007/21/0079, concernant la section 77(2) de la loi de police sur les étrangers, disponible en ligne à l'adresse suivante : www.ris.bka.gv.at/Vwgh, et pour l'Allemagne, cour régionale (*Oberlandesgericht*), Cologne, décision du 11 septembre 2002, affaire n° 16 Wx 164/02, www.abschiebungshaft.de/home/R125.html. Voir aussi la loi danoise sur l'administration de la justice, chapitre 75(b), paragraphe 821(a), disponible en ligne à l'adresse suivante : www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=105378 : la loi prévoit qu'avant de décider de placer un enfant en rétention, il doit être confirmé qu'il est impossible d'atteindre l'objectif de la rétention au moyen de mesures moins intrusives.

351 Loi sur les étrangers, section 122.

352 Loi sur les étrangers, section 6(1).

353 Grèce, décret présidentiel n° 140/91, article 118 ; Pays-Bas, Vc 2000 A6/5.1.5.

354 Le Ministère autrichien de l'Intérieur a rapporté l'existence d'un décret ministériel interne interdisant la rétention des enfants de moins de 14 ans. Voir *Anfragebeantwortung* 748/AB XXIII. GP, réponse aux questions 1 et 2. Pour le Danemark, voir réponses écrites du gouvernement du Danemark concernant la liste des problématiques (CRC/C/Q/DNK/3) reçues par le Comité des droits de l'enfant à la suite de l'examen du troisième rapport périodique du Danemark (CRC/C/129/Add.3), 18 août 2005, page 55, affirmant que la partie 69 de la loi sur l'administration de la justice prévoit qu'un enfant de moins de 15 ans ne peut être détenu pendant plus de 24 heures. Pour la Lettonie, voir loi sur l'immigration, section 51.1.

355 Voir FORA, article 124, paragraphe 1, lu en combinaison avec la section 178.

dans les quatre jours³⁵⁶. Au Luxembourg, les enfants non accompagnés sont placés en rétention dans un lieu approprié³⁵⁷. En Finlande, les enfants non accompagnés ne peuvent être placés dans une installation de rétention de police ou de douane, même dans des circonstances exceptionnelles, et un représentant des services sociaux doit être entendu avant de retenir un enfant³⁵⁸. En Bulgarie, des espaces spéciaux conçus pour répondre aux besoins des enfants ont été créés au sein des infrastructures de rétention³⁵⁹.

Avis de la FRA

Plusieurs États membres de l'UE interdisent actuellement la rétention des enfants séparés et/ou non accompagnés, tandis que d'autres ne l'autorisent que dans des circonstances très exceptionnelles. C'est une bonne pratique qu'il faut maintenir et qui doit inspirer les autres États, même à la lumière de la disposition de l'article 4, paragraphe 3, de la directive « retour », qui permet d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables. Il est d'ailleurs difficile d'imaginer un cas où la rétention d'un enfant séparé ou non accompagné uniquement pour garantir son éloignement respecterait les exigences de la Convention relative aux droits de l'enfant.

6.4. Séparation des enfants d'adultes non membres de la famille

Convention relative aux droits de l'enfant

Article 37

(c) [...] En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'obligation de séparer l'enfant des adultes autres que ses parents « à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant » est une règle bien établie dans le droit international. Avant l'adoption de l'article 37, point c, de la Convention relative aux droits de l'enfant mentionné dans le cadre ci-dessus, déjà en 1966, le PIDCP reconnaissait la nécessité de séparer les enfants des adultes dans le contexte de la justice pénale³⁶⁰. Les Règles minimales des Nations unies concernant l'administration

de la justice pour mineurs (règles de Beijing), soulignent que « les mineurs placés en institution doivent être séparés des adultes et détenus dans un établissement distinct ou dans une partie distincte d'un établissement qui abrite aussi des adultes. »³⁶¹. De même, les Règles des Nations unies pour la protection des mineurs privés de liberté qui s'appliquent à toute forme de privation de liberté adoptent une approche très stricte à cet égard³⁶².

Les Règles pénitentiaires de 2006 indiquent également la nécessité de séparer l'enfant des adultes, sauf si l'on estime que la séparation est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant³⁶³. Les normes européennes du CPT appellent également à des dispositions spéciales pour les enfants, notamment la séparation des adultes, sauf si cela est contraire au principe de l'« intérêt supérieur » de l'enfant, par exemple, lorsque l'enfant est accompagné de ses parents ou d'autres membres de sa famille proche³⁶⁴.

Plusieurs pays européens ont des dispositions dans leurs législations nationales exigeant que les enfants non accompagnés soient séparés des adultes en rétention³⁶⁵. Toutefois, cette garantie n'est pas systématiquement prévue dans toute l'Europe. Des cas d'enfants séparés placés avec des adultes ont été rapportés, par exemple, à Malte et en Grèce³⁶⁶.

Avis de la FRA

En aucune circonstance, les enfants séparés ne doivent être privés de leur liberté s'il n'est pas possible de garantir qu'ils seront détenus dans des infrastructures adaptées pouvant garantir un hébergement séparé des adultes.

361 Paragraphe 26.3.

362 Le paragraphe 29 impose que dans tous les établissements, les mineurs doivent être séparés des adultes, sauf s'il s'agit de membres de leur famille. Dans des conditions strictement contrôlées, les mineurs peuvent être maintenus avec des adultes soigneusement sélectionnés, s'ils participent à un programme spécial de traitement qui présente pour eux des avantages certains. Voir Règles des Nations unies pour la protection des mineurs privés de liberté, AGONU, A/RES/45/113 du 14 décembre 1990.

363 Conseil de l'Europe, Comité des ministres, recommandation Rec(2006)2, adoptée par le Comité des ministres le 11 janvier 2006, aux paragraphes 18.8 et 35.4.

364 Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), normes du CPT, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2009, paragraphe 100.

365 Voir, par exemple, Autriche, section 79 (3), loi de police sur les étrangers et section 4 (3) du règlement relatif à la rétention (Ahhalteordnung) ; Bulgarie, article 44, paragraphe 9, de la loi sur les étrangers ; Estonie, section 265 (4) OLPEA ; Pologne, article 115, paragraphe 3, loi sur les étrangers ; Royaume-Uni, section 55.9.3, Operational Enforcement Instructions and Guidance.

366 Voir, pour Malte, Médecins Sans Frontières, « Not Criminals » *Médecins Sans Frontières Exposes Conditions for Undocumented Migrants and Asylum Seekers in Maltese Detention Centres*, avril 2009, p. 27 ; Haut commissariat pour les réfugiés des Nations unies, *The Detention of Refugees and Asylum-Seekers by Reason of Their Unauthorised Entry or Presence*, juillet 2007, p. 5 disponible sur : www.unhcr.org/refworld/docid/4950f39f2.html. Pour la Grèce, voir rapport d'Human Rights Watch, *Left to Survive, Systematic Failure to Protect Unaccompanied Migrant Children in Greece*, 2008, p. 60.

356 Vc 2000 A6/5.1.5.

357 Loi sur l'immigration, article 120.

358 Loi sur les étrangers, sections 122 et 123(5), telles que modifiées par la loi 581/2005 (entrée en vigueur le 15.7.2005).

359 Loi sur les étrangers, article 44, paragraphe 9.

360 Article 10, paragraphe 2, point b. Voir aussi Comité des droits de l'homme de l'ONU, observation générale n° 9 : traitement des personnes privées de leur liberté (article 10), 30/7/1982, qui prévoit que l'inexécution des obligations qu'impose l'alinéa b du paragraphe 2 ne peut être justifiée par quelque considération que ce soit.

6.5. Représentation juridique des enfants détenus seuls

19^e rapport général du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), 1^{er} août 2008-31 juillet 2009

Paragraphe 98

Les enfants non accompagnés ou séparés qui sont privés de liberté doivent obtenir rapidement et gratuitement l'accès à une assistance juridique, ou à une autre assistance appropriée, y compris la désignation d'un tuteur ou d'un représentant légal. Des mécanismes de contrôle doivent également être mis en place pour assurer le suivi de la qualité de la tutelle.

Les garanties procédurales prévues au chapitre 4 du présent rapport comme le droit au contrôle juridictionnel, le droit de soumettre une demande d'asile et l'accès à l'assistance juridique s'appliquent également aux enfants lorsqu'ils sont détenus, exceptionnellement, dans des infrastructures de rétention avant éloignement. En raison de leur âge et de leur maturité, les enfants séparés sont habituellement dans une position moins favorable que les adultes pour accéder à ces droits, étant donné que les procédures pourraient ne pas leur être adaptées. En outre, sous un certain âge, les enfants peuvent ne pas avoir la capacité juridique d'entamer ou d'agir dans des procédures spécifiques.

Sur la base de l'obligation établie à l'article 20, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant de fournir une protection et une aide spéciales aux enfants séparés, le Comité a proposé que tout enfant partie à une procédure de demande d'asile ou à une procédure administrative ou judiciaire bénéficie, outre des services d'un tuteur, d'une représentation légale³⁶⁷.

L'accès à la représentation légale est essentiel pour permettre aux enfants d'utiliser de manière effective les procédures juridiques existantes. Cet accès pourrait être difficile si les enfants ont accès à l'assistance juridique de la même manière que les adultes³⁶⁸. Si les enfants séparés privés de leur liberté peuvent souvent bénéficier des mêmes garanties de protection que ceux qui ne sont pas détenus, en pratique, la représentation légale des enfants

détenus peut être problématique. Différents obstacles peuvent exister. Par exemple, en Autriche, la Youth Welfare Agency n'est pas toujours informée de la privation de liberté des enfants séparés³⁶⁹, tandis qu'à l'aéroport Roissy-Charles de Gaulle (CDG) à Paris, les représentants désignés n'avaient la capacité de se charger que de 75 % des mineurs en 2007³⁷⁰.

Avis de la FRA

Lorsque la législation autorise exceptionnellement la privation de liberté d'un enfant séparé, le droit national devrait imposer de nommer immédiatement un représentant légal gratuitement, sauf si l'enfant en a déjà un, en plus d'un tuteur indépendant.

³⁶⁷ Comité des droits de l'enfant, observation générale n° 6 (2005), *Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, CRC/GC/2005/6, paragraphe 36.

³⁶⁸ Moins d'un quart des 28 enfants entre 10 et 17 ans interrogés par le Jesuit Refugee Service ont affirmé avoir rencontré un avocat. En comparaison, pour les autres catégories d'âge, le pourcentage de répondants ayant reçu la visite d'un avocat allait de 51 à 65. Voir Jesuit Refugee Service, *Becoming vulnerable in detention*, pages 30 et 74.

³⁶⁹ Évaluation d'un questionnaire national, *Improving Guardianship for Separated Children in Europe: Regional survey on current legislation and practices*, étude réalisée dans le cadre d'un projet de l'UNHCR par le médiateur des enfants et de la jeunesse de Styrie en coopération avec l'Asylkoordination Österreich, question 19, disponible en anglais sur : www.asyl.at/umf/umf/guardianship_Autriche.pdf.

³⁷⁰ ANAFE, *Statistiques relatives aux étrangers à la frontière*, 2008, p. 10, disponible sur : www.anafe.org/download/generalites/stats-za-nov2008.pdf. Voir aussi Human Rights Watch, *Lost in Transit Insufficient Protection for Unaccompanied Migrant Children at Roissy Charles de Gaulle Airport*, octobre 2009, p. 25 et suivantes.

Annexe

Cette annexe fournit un aperçu des législations nationales les plus pertinentes relatives aux sujets abordés par ce rapport. Les hyperliens vers le document en langue originale ou, le cas échéant, vers sa traduction anglaise sont également fournis. Pour accroître la lisibilité du rapport, les références aux législations nationales ont été systématiquement remplacées par des acronymes ou des abréviations, qui sont expliqués au tableau A1.

Tableau A1 : Législations nationales – références complètes et abréviations, UE 27

Pays	Acronyme / Abréviation	Référence complète à la législation nationale
AT	-	Loi de police sur les étrangers 2005 (En allemand – modifications au BGBl I n° 135/2009 incluses)
BE	Loi sur les étrangers	Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers Loi de coordination du 15/12/1980 Version 09/06/2010
BG	Loi sur les étrangers	Loi sur les étrangers en République de Bulgarie du 5 juillet 1999 (En bulgare)
CY	Loi sur les étrangers	Loi sur les étrangers et l'immigration, 2001
CZ	FORA	Loi n° 326/1999 Coll. sur la résidence des ressortissants étrangers sur le territoire de la République tchèque, modifiée pour la dernière fois par l'arrêt de la cour constitutionnelle n° 47/2009 Coll. (Traduction anglaise non officielle)
DE	Loi sur la résidence	Loi sur la résidence du 30 juillet 2004 (Journal officiel fédéral I, p. 1950) telle que promulguée le 25 février 2008 (Journal officiel fédéral I, p. 162) (En allemand – modifications jusqu'au 30 juillet 2009 (BGBl. I S. 2437) inclus)
DK	Loi sur les étrangers	Loi sur les étrangers (consolidation) n° 785 du 10 août 2009 (Traduction anglaise)
EE	OLPEA	Loi sur l'obligation de quitter le territoire et sur l'interdiction d'entrée sur le territoire du 21 octobre 1998 (Traduction non officielle avec modifications jusqu'au 9 juin 2004 inclus)
EL	Loi RPT	Codification de la législation sur l'entrée, la résidence et l'intégration sociale des ressortissants de pays tiers sur le territoire grec, loi 3386/2005 (Journal officiel gouvernemental-GG A 212), (Traduction anglaise non officielle à l'adresse suivante : www.mfa.gr/softlib/Aliens%20Law%20Grk%20(N3386%20-%202005)%20(EN)%20Codification%202009.09.pdf – modifications jusqu'au 3801/2009 (GG A 163) inclus)
ES	Loi 4/2000	Loi 4/2000 du 11 janvier 2000 (En espagnol – tel que modifiée au 12 décembre 2009)
FI	-	Loi sur les étrangers (301/2004) (Traduction anglaise non officielle – modifications jusqu'au 1426/2009 inclus)
FR	CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (En français – modifications jusqu'au 11 mars 2010 inclus)
HU	Loi RPT	Loi II de 2007 sur l'admission et le droit de résidence des ressortissants de pays tiers (Traduction anglaise non officielle)
IE	- - - - -	Loi de 2000 sur les immigrants illégaux (traite des être humains), Projet de loi de 2008 sur l'immigration, la résidence et la protection, Loi de 1999 sur l'immigration Loi de 2003 sur l'immigration Loi de 2004 sur l'immigration
IT	LD 1998/286	Decreto Legislativo, 25 luglio 1998, n. 286 (En italien – amendements jusqu'à la loi du 15 juillet 2009, n° 94)

LT	Loi sur les étrangers	Loi sur le statut juridique des étrangers, 29 avril 2004 n° IX-2206 (Traduction anglaise)
LU	Loi sur l'immigration	Loi du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration, Mémorial A-N° 138, 10 septembre 2008 (En français)
LV	Loi sur l'immigration	Loi sur l'immigration du 20 novembre 2002 modifiée pour la dernière fois le 26 février 2009
MT	-	Loi sur l'immigration (chapitre 217) du 21 septembre 1970 (En anglais – modifications jusqu'à la loi XXIII de 2002)
NL	Loi sur les étrangers	Loi néerlandaise sur les étrangers de 2000 (En néerlandais – version du 23 août 2010)
PL	Loi sur les étrangers	Loi sur les étrangers du 13 juin 2003, Dz.U.03.128.1175 (Traduction anglaise non officielle – modifications jusqu'en 2002 n° 113, it. 984 et n° 127, it. 1090)
PT	Loi 23/2007	Loi 23/2007 approuvant le cadre juridique de l'entrée, de la résidence, de la sortie et de l'éloignement des étrangers sur le territoire national (Traduction anglaise)
RO	Ordonnance d'urgence	Ordonnance d'urgence n° 194 du 12 décembre 2002 sur le statut des étrangers en Roumanie (Traduction anglaise – version du 26 juin 2007)
SE	Loi sur les étrangers	Loi sur les étrangers (2005:716) (En anglais – avec modifications jusqu'au code suédois des statuts 2009:16 compris)
SI	Loi sur les étrangers	Loi sur les étrangers, Journal officiel n° 64/09, 10.8.2009 (Traduction anglaise non officielle avec modifications jusqu'au 21/10-2005)
SK	Loi sur les étrangers	N° 48/2002 sur la résidence des étrangers (En slovaque, cliquez sur « Vyhladat » – modifications jusqu'au 594/2009)
UK	- -	Loi de 1971 sur l'immigration Loi de 2002 sur la nationalité, l'immigration et l'asile

Source: FRA, September 2010

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour

2011 — 65 p. — 21 x 29,7 cm

ISBN 978-92-9192-638-1

doi:10.2811/85097

De nombreuses informations sur l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne sont disponibles sur le site internet de la FRA (fra.europa.eu).

COMMENT VOUS PROCURER LES PUBLICATIONS DE L'UNION EUROPEENNE ?

Publications gratuites :

- sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- auprès des représentations ou des délégations de l'Union européenne.
Vous pouvez obtenir leurs coordonnées en consultant le site <http://ec.europa.eu> ou par télécopieur au numéro +352 2929-42758.

Publications payantes :

- sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

Abonnements facturés (par exemple séries annuelles du *Journal officiel de l'Union européenne*, recueils de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne) :

- auprès des bureaux de vente de l'Office des publications de l'Union européenne (http://publications.europa.eu/others/agents/index_fr.htm).

Le présent rapport porte sur la privation de liberté des migrants en situation irrégulière dans l'attente de leur retour. Les motifs de toute privation de liberté doivent être décrits de manière claire et exhaustive dans la législation. Même lorsqu'elle se base sur des motifs légitimes, la rétention doit respecter certaines obligations supplémentaires pour ne pas être arbitraire. Par exemple, les procédures de retour doivent être effectuées avec la diligence requise et les perspectives d'éloignement doivent être réalistes. La rétention avant éloignement pour une durée indéterminée est arbitraire. Elle peut aussi devenir arbitraire si l'objectif pour lequel elle a été ordonnée peut être atteint au moyen de mesures moins restrictives, comme une information régulière de la police ou des restrictions liées à la résidence. Afin de réduire le risque de rétention illicite ou arbitraire, plusieurs garanties procédurales ont été instaurées. Parmi celles-ci, le droit des personnes d'être informées des motifs de la rétention dans une langue qu'elles comprennent, le droit de contrôle juridictionnel de la décision relative à la rétention et une assistance judiciaire.

FRA – Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
Schwarzenbergplatz 11
1040 - Vienne
Autriche
Tél: +43 (1) 580 30 – 0
Fax: +43 (1) 580 30 – 699
E-mail : info@fra.europa.eu
fra.europa.eu

