

**MIGRANTS EN
SITUATION
IRRÉGULIÈRE ET
DEMANDEURS
D'ASILE :**

DES SOLUTIONS
POUR ÉVITER LA DÉTENTION

AMNESTY
INTERNATIONAL



Amnesty International Publications

L'édition originale en langue anglaise de cet ouvrage a été publiée en 2009 par
Amnesty International Publications
Secrétariat international
Peter Benenson House
1 Easton Street
Londres WC1X 0DW,
Royaume-Uni
www.amnesty.org

© Copyright Amnesty International Publications 2009

Index AI : POL 33/001/2009

Original Anglais

Imprimé par Amnesty International, Secrétariat international, Londres, Royaume-Uni

Tous droits de reproduction réservés. Cette publication ne peut faire l'objet, en tout ou en partie, d'aucune forme de reproduction, d'archivage ou de transmission, quels que soient les moyens utilisés (électroniques, mécaniques, par photocopie, par enregistrement ou autres), sans l'accord préalable des éditeurs.

Amnesty International est un mouvement mondial regroupant 2,2 millions de personnes qui défendent les droits humains dans plus de 150 pays et territoires. La vision d'Amnesty International est celle d'un monde où chacun peut se prévaloir de tous les droits énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans d'autres textes internationaux. Nous menons des recherches, lançons des actions, assurons une mission de défense et de mobilisation afin de faire cesser toutes les atteintes à tous les droits humains. Amnesty International est indépendante de tout gouvernement, de toute idéologie politique, de tout intérêt économique et de toute religion. Notre action est en grande partie financée par les contributions de nos membres et par des dons.

**AMNESTY
INTERNATIONAL**



SOMMAIRE

SYNTHÈSE DE LA POSITION D'AMNESTY INTERNATIONAL.....	4
CONTEXTE.....	6
I. OBLIGATION DE PRÉVOIR DES SOLUTIONS DE SUBSTITUTION.....	7
II. PRINCIPES RELATIFS AU RECOURS À DES MESURES DE SUBSTITUTION	9
III. EXEMPLES DE MESURES DE SUBSTITUTION	10
ENREGISTREMENT ET DÉLIVRANCE DE DOCUMENTS OFFICIELS	12
CONTRÔLE JUDICIAIRE	12
LIBERTÉ SOUS CAUTION.....	14
LES CENTRES OUVERTS ET SEMI-OUVERTS, L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE...	15
LA SURVEILLANCE ÉLECTRONIQUE.....	17
IV. CONCLUSION	18

Dans sa lutte pour la protection des droits des personnes déracinées, Amnesty International a pris position sur plusieurs questions liées aux droits fondamentaux des migrants, des demandeurs d'asile et des réfugiés. Pour connaître la position d'Amnesty International concernant la détention à des fins de contrôle de l'immigration, et notamment la détention de réfugiés, de demandeurs d'asile et de candidats à l'immigration, vous pouvez vous référer au document publié en anglais en novembre 2007 par l'organisation, sous le titre *Détention et migration. La détention des migrants, demandeurs d'asile ou réfugiés au regard des normes en matière de droits humains. Guide du chercheur* (index AI : POL 33/005/2007). La position d'Amnesty International concernant les mesures de substitution à la détention, comme toutes ses positions en général, est fondée sur les normes du droit international, citées dans le présent document.

MIGRANTS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE ET DEMANDEURS D'ASILE : DES SOLUTIONS POUR ÉVITER LA DÉTENTION

SYNTHÈSE DE LA POSITION D'AMNESTY INTERNATIONAL

Toute restriction, à des fins de contrôle de l'immigration, du droit à la liberté et du droit de circuler librement, par la détention ou par des mesures de substitution non privatives de liberté, ne doit intervenir qu'en cas de nécessité et être adaptée à l'objectif visé, qui peut être d'empêcher qu'une personne ne prenne la fuite, de vérifier son identité ou de veiller à l'application d'une mesure d'éloignement. La loi doit établir le principe général de la non-détention. Des mesures de substitution non privatives de liberté doivent être privilégiées et doivent toujours être envisagées avant de placer une personne en détention. Les réfugiés reconnus et les migrants en situation régulière ne doivent jamais voir leur droit à la liberté ou leur droit de circuler librement limité à des fins de contrôle de l'immigration.

OBLIGATION DE PRÉVOIR DES SOLUTIONS DE SUBSTITUTION

Les États doivent faire en sorte que des solutions de substitution à la détention existent et soient accessibles aux migrants en situation irrégulière et aux demandeurs d'asile, dans les textes comme dans la pratique, et sans discrimination. Dans chaque cas individuel, l'État doit envisager et mettre en œuvre des mesures de substitution à la détention, moins coercitives, et ne recourir à la détention que lorsqu'il est établi qu'aucune autre mesure ne permettrait d'atteindre l'objectif légitime poursuivi. Lorsqu'il examine les solutions de substitution à la détention possibles, l'État doit prendre pleinement en compte la situation individuelle de chaque personne, ainsi que la vulnérabilité particulière de certaines personnes (enfants, femmes enceintes, victimes de la traite, personnes âgées, personnes malades ou présentant des troubles psychologiques, notamment). Lorsqu'il examine les solutions de substitution, l'État doit toujours avoir présent à l'esprit qu'un enfant non accompagné ou une victime de la traite ne doit jamais être placé en détention.

APPLICATION DES MESURES DE SUBSTITUTION

Les mesures de substitution à la détention doivent, dans la manière dont elles sont appliquées, respecter la dignité des personnes. Elles doivent être conformes aux principes de la légalité, de la stricte nécessité, de la proportionnalité et de la non-discrimination. Ces mesures de substitution doivent en outre être appliquées sous le contrôle du juge. Elles doivent être prévues par la loi, qui doit définir chacune d'entre elles, préciser les critères régissant leur application et désigner les autorités responsables de leur mise en œuvre. Dans tous les cas, la mesure de substitution à appliquer doit être celle qui limite le moins possible les droits fondamentaux de la personne concernée, aucune autre mesure moins contraignante ou moins restrictive ne permettant d'atteindre le même objectif. L'État doit prendre en considération la situation spécifique des migrants et des demandeurs d'asile, ainsi que la vulnérabilité propre à certains groupes, afin que l'application de mesures de substitution ne se traduise pas par une discrimination à l'encontre de groupes particuliers d'étrangers, que ce soit en fonction de leur nationalité, de leur religion, de leur situation économique, de leur situation en matière de séjour ou de toute autre situation. Pour éviter que de telles mesures soient appliquées de façon arbitraire, les personnes concernées doivent bénéficier dans la pratique du droit de faire examiner par une autorité compétente indépendante, judiciaire ou autre, la légalité, la nécessité et l'opportunité de la décision prise à leur égard.

CONDITIONS D'ENREGISTREMENT ET DE DÉLIVRANCE DE DOCUMENTS OFFICIELS

L'enregistrement des migrants et des demandeurs d'asile, ainsi que la délivrance de documents officiels attestant ledit enregistrement, peuvent constituer des moyens efficaces d'éviter que les gens disparaissent dans la clandestinité ou se retrouvent en détention arbitraire dans des pays d'accueil ou de transit. L'État doit faire en sorte que certaines mesures, comme l'exigence de documents attestant de l'identité des personnes, dans le cadre d'une procédure ordinaire de demande d'asile, ne constituent pas des obstacles empêchant ces personnes de jouir de leurs droits en matière d'accès à un logement décent, aux services de santé ou à l'enseignement, ni ne les placent d'une quelconque autre manière dans une position vulnérable.

OBLIGATION DE SE PRÉSENTER RÉGULIÈREMENT AUX AUTORITÉS

L'État doit veiller à ce que les mesures de suivi ou d'obligation de se présenter régulièrement aux autorités ne soient pas indûment compliquées à respecter ou attentatoires à la liberté ou à la vie privée, et à ce qu'elles tiennent compte de la situation particulière de chaque personne (situation familiale, lieu et conditions de résidence, moyens financiers, etc.). L'État doit mettre en place des modalités de contrôle adaptées à la situation particulière des migrants et des demandeurs d'asile, en profitant, le cas échéant, des possibilités existantes en matière de contrôle et d'assistance au sein de la collectivité.

LIBERTÉ SOUS CAUTION

L'État doit veiller à ce que chacun puisse bénéficier de la liberté sous caution, sans discrimination aucune contre tel ou tel groupe d'étrangers, que ce soit en fonction de leur nationalité, de leur religion, de leur situation économique, de leur statut en matière de séjour ou de toute autre situation. Il ne doit pas, en particulier, refuser la mise en liberté sous caution d'une personne au motif que celle-ci est entrée ou séjourne sur le territoire national de façon irrégulière. Les conditions mises à la liberté sous caution doivent être raisonnables et ne doivent pas constituer une charge excessive ou irréaliste pour la personne concernée.

La liberté sous caution doit être accessible dans la pratique aux migrants et aux demandeurs d'asile, qui ne doivent pas se trouver désavantagés sous prétexte qu'ils n'ont pas de relations familiales ou de moyens financiers suffisants. À cette fin, l'État doit mettre en place des modalités souples de suivi et de surveillance, en concertation avec les organisations de la société civile et les structures d'accueil, ou d'autres modalités originales, prenant en compte la situation particulière des migrants et des demandeurs d'asile.

LES CENTRES OUVERTS ET SEMI-OUVERTS, L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE

Lorsque l'État, plutôt que de placer les personnes en détention, a recours à des mesures du type centre ouvert, centre semi-ouvert ou assignation à résidence, il doit veiller à ce que la restriction apportée au droit des personnes à la liberté et à leur droit de circuler librement ne porte pas atteinte aux principes du droit international, et notamment aux principes de nécessité et de proportionnalité.

L'État doit faire en sorte que le recours à de telles mesures, qu'elles soient ou non assorties de l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, n'empêche pas les personnes de jouir de leurs autres droits fondamentaux, notamment en matière de santé et d'enseignement.

LA SURVEILLANCE ÉLECTRONIQUE

En tant que mesure de substitution à la détention, la surveillance électronique ne doit pas être utilisée comme un procédé par défaut, appliqué à des migrants en situation irrégulière qui n'auraient pas, sinon, été placés en détention. Une telle mesure ne doit être appliquée que pour atteindre un objectif légitime, et en conformité avec les principes du droit international.

La surveillance électronique ne doit être pratiquée qu'après examen minutieux de la sévérité des restrictions qu'elle impliquera pour les droits fondamentaux de la personne concernée, ainsi que de la proportionnalité et de la nécessité d'une telle mesure pour atteindre l'objectif légitime recherché. En tout état de cause, elle ne sera utilisée que s'il n'existe aucune mesure moins restrictive susceptible de permettre d'atteindre le même objectif, et sera abandonnée dès qu'une telle mesure deviendra possible.

La surveillance électronique doit faire l'objet d'un contrôle de la part d'une autorité compétente et indépendante, judiciaire ou autre, afin qu'elle ne soit appliquée qu'en cas de stricte nécessité et de manière proportionnée à l'objectif légitime déclaré, au moment considéré, et que son usage ne soit ni discriminatoire, ni arbitraire ni indûment prolongé.

CONTEXTE

DÉTENTION DANS LE CADRE DE LA POLITIQUE D'IMMIGRATION : LA POSITION D'AMNESTY INTERNATIONAL

Amnesty International est, de manière générale, opposée au recours à la détention à des fins de contrôle de l'immigration. Tout être humain, y compris lorsqu'il est migrant ou demandeur d'asile et indépendamment de sa situation au regard de la loi, a droit à la liberté, ce qui implique le droit de circuler librement et de ne pas être arrêté ou placé en détention de manière arbitraire.

La restriction, à des fins de contrôle de l'immigration, du droit à la liberté et du droit de circuler librement, ne doit être envisagée qu'en cas de nécessité, pour empêcher un migrant en situation irrégulière ou un demandeur d'asile de prendre la fuite, vérifier son identité ou veiller à l'application d'un arrêté d'expulsion. Les États peuvent prendre des mesures de substitution, non privatives de liberté, afin de surveiller les déplacements des migrants ou des demandeurs d'asile et en faire une condition de la régularisation de leur situation. Ils peuvent par exemple exiger qu'un demandeur d'asile demeure à une adresse donnée pendant toute la durée de la procédure d'examen de sa demande. En tout état de cause, de telles mesures ne peuvent être que temporaires et doivent être levées dès la régularisation définitive de la situation de la personne concernée. Dès l'instant où un demandeur d'asile est reconnu comme réfugié, la prolongation par l'État de mesures de substitution quelles qu'elles soient, même non privatives de liberté, ne se justifie plus.

La loi doit établir comme règle présomptive le refus de la détention. Des mesures de substitution non privatives de liberté doivent être préférées et doivent toujours être envisagées avant de placer une personne en détention. La détention de migrants ne peut être considérée comme légale que lorsque les autorités peuvent démontrer, dans chaque cas individuel, qu'elle est nécessaire et proportionnée, que les autres solutions ne seraient pas efficaces, et qu'elle vise à atteindre l'un des trois objectifs suivants, seuls reconnus comme légitimes : empêcher une personne de prendre la fuite, procéder à la vérification de son identité ou veiller à l'application d'un arrêté d'expulsion. Une mesure de détention ne doit intervenir que pour des motifs dûment prévus par la loi.

En dépit des déclarations de plus en plus fermes, de la part de toute une série d'organismes et d'experts internationaux spécialisés dans les droits humains, dénonçant la banalisation de la détention comme moyen de contrôle de l'immigration, la privation de liberté reste l'une des réponses les plus fréquemment apportées par les pouvoirs publics aux infractions à la législation et à la réglementation sur l'immigration (entrée ou séjour non autorisé sur le territoire national, notamment). Le recours habituel ou automatique à la détention contre les migrants en situation irrégulière, pouvant aller jusqu'à la détention obligatoire, constitue une violation de l'esprit, et bien souvent de la lettre, des obligations contractées par les États en matière de droits humains. Le fait qu'il existe des mesures de substitution à la détention tend à indiquer que le recours habituel ou automatique à la détention comme mesure de contrôle et de régulation de l'immigration est à la fois inutile et disproportionné.

Amnesty International est opposée au recours habituel ou automatique à la détention à des fins de contrôle de l'immigration.¹ Les normes internationales applicables aux migrants et aux demandeurs d'asile en situation irrégulière sont extrêmement réservées quant à l'opportunité de recourir à la détention et en restreignent clairement l'usage. Tout être humain, y compris lorsqu'il est migrant ou demandeur d'asile, a le droit d'être libre et de circuler librement, et notamment de ne pas être arrêté ou placé en détention de manière arbitraire. Amnesty International s'oppose globalement à la détention dans le contexte de la migration, car elle porte atteinte aux droits humains des personnes détenues et est souvent utilisée comme une forme de sanction par les États pour ne pas avoir à se pencher sur les causes des mouvements migratoires.

Dans certains pays, la réglementation en matière d'immigration prévoit, dans un souci de dissuasion, d'imposer des sanctions pénales contre les migrants en situation irrégulière, sanctions pouvant aller jusqu'à la détention. Le Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire estime que le fait d'ériger en infraction l'entrée illégale dans un pays va au-delà de l'intérêt légitime qu'ont les États à contrôler et réguler l'immigration clandestine et conduit à des détentions non nécessaires.² Divers organismes des Nations unies, dont le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, ainsi que le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des travailleurs migrants, sont également opposés à la criminalisation de la migration irrégulière, celle-ci devant, selon eux, être considérée comme une infraction administrative et la détention ne devant, en la matière, être utilisée qu'en dernier recours.³

La loi doit établir une présomption contre la détention. Des mesures de substitution non privatives de liberté, telles que celles évoquées plus loin, doivent être préférées et doivent toujours être envisagées avant de placer une personne en détention. Les États doivent par conséquent veiller à ce qu'il existe une

panoplie de mesures de substitution et à ce que ces mesures soient envisagées avant toute décision de placement en détention. La détention doit être considérée comme un ultime recours.

Toute décision relative à la mise en détention doit toujours être conforme aux normes internationales et régionales relatives à la légalité d'une telle mesure, et reposer sur une évaluation détaillée et personnalisée de la situation, y compris des antécédents de l'intéressé et du risque qu'il prenne la fuite. La législation internationale indique clairement que les pouvoirs publics doivent faire la preuve, dans chaque cas particulier, que la détention est nécessaire et proportionnée à l'objectif recherché, qui doit obligatoirement être l'un des trois objectifs reconnus comme légitimes : empêcher un migrant en situation irrégulière ou un demandeur d'asile de prendre la fuite, vérifier son identité ou veiller à l'application d'un arrêté d'expulsion. De même, les pouvoirs publics doivent démontrer qu'il n'existe pas de solution de substitution moins contraignantes susceptible d'être tout aussi efficace.

Le but du présent document est d'insister sur les obligations qu'ont les États de mettre en place des dispositions de substitution à la détention, applicables aux migrants et aux demandeurs d'asile en situation irrégulière.⁴ La question des solutions de substitution à la détention de personnes accusées d'infractions pénales, d'atteintes à la sécurité nationale ou de faits connexes, n'est pas abordée ici.⁵

Le premier chapitre est consacré à l'obligation qu'ont les États de mettre en place des mesures de substitution à la détention pour infraction à la réglementation sur l'immigration. Le deuxième chapitre précise la manière dont ces mesures doivent être appliquées. Le troisième examine le recours à certaines dispositions particulières (pièces à fournir, libération sous caution, contrôle judiciaire, centres d'hébergement ou résidence surveillée, surveillance électronique). On trouvera en conclusion un résumé des principaux résultats constatés et des grandes recommandations à prendre en compte lors des activités de campagne.

I. OBLIGATION DE PRÉVOIR DES SOLUTIONS DE SUBSTITUTION

Les normes internationales relatives aux droits humains limitent le recours à la détention à des fins de contrôle de l'immigration, en insistant pour qu'une telle mesure ne puisse être prise qu'en cas de nécessité et de manière proportionnelle, lorsqu'une solution moins restrictive s'avère insuffisante. En d'autres termes, les autorités nationales doivent, si elles veulent prouver que la détention est nécessaire et proportionnée, conformément aux normes juridiques internationales, mettre en place et avoir recours à des mesures de substitution, aussi bien dans les textes que dans la pratique. L'existence de mesures de substitution rend disproportionnée et injustifiable au regard de la législation internationale relative aux droits humains toute politique consistant à placer de manière habituelle en détention les migrants en situation irrégulière, sans s'interroger au préalable sur la possibilité d'adopter un dispositif de substitution moins répressif.

Pour déterminer le caractère nécessaire et adapté de la détention dans des circonstances données, il convient d'envisager des « *moyens moins contraignants de réaliser les mêmes objectifs* ». ⁶ Les États doivent par conséquent envisager, avant toute chose, de prendre des mesures de substitution, moins coercitives, telles que le contrôle judiciaire ou divers types de garanties, en prenant en compte la situation particulière de chaque individu. La détention n'est acceptable que lorsqu'il a été établi que des moyens moins contraignants seraient inefficaces. Elle ne doit être utilisée qu'en dernier ressort, lorsqu'elle s'avère adaptée à la situation de la personne concernée

Dans son rapport de 2002, la rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme des travailleurs migrants demandait aux États de faire en sorte que des mesures de substitution à la détention soient mises en place pour tous les migrants, sans la moindre discrimination, indiquant notamment que :

74. Les gouvernements devraient envisager la possibilité d'abolir progressivement toutes les formes d'internement administratif.

75. Les gouvernements devraient prendre des mesures afin de garantir le respect des droits de l'homme des migrants privés de liberté, et notamment: [...]

(f) veiller à ce qu'ils puissent bénéficier des mesures non privatives de liberté et des solutions de substitution à la détention, notamment en inscrivant ces mesures dans la loi, et veiller à ce que les conditions prévues ne soient pas discriminatoires à l'égard des non-ressortissants.

Rapport présenté par la rapporteuse spéciale des Nations unies sur les droits de l'homme des migrants, 30 décembre 2002, E/CN.4/2003/85, paragraphes 74-75.

et nécessaire à la réalisation d'un des trois objectifs reconnus comme légitimes : empêcher une personne de prendre la fuite, procéder à la vérification de son identité ou veiller à l'application d'un arrêté d'expulsion.

Lors de l'examen des mesures prises par les États pour s'acquitter de leurs obligations en matière de droits humains, les différents organismes de suivi des traités des Nations unies ont indiqué que la détention à des fins de contrôle de l'immigration ne devait être utilisée qu'en dernier recours, et que les moyens les moins répressifs devaient d'abord être envisagés. Ils recommandent à cet effet que des mesures de substitution à la détention soient envisagées, notamment à l'égard des migrants et de demandeurs d'asile en situation irrégulière.⁷

Le Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire et le Comité des droits de l'homme des Nations unies ont à plusieurs reprises souligné l'obligation des États de veiller à ce que des solutions de substitution à la détention soient sérieusement examinées lorsque l'on étudie la nécessité de placer un personne en détention, dans le souci de ne pas prendre de mesures disproportionnée, en particulier dans lorsque cette détention doit être décidée dans le cadre d'une politique de contrôle de l'immigration. Le Comité des droits de l'homme a souligné que les États devaient démontrer la nécessité et la proportionnalité de toute mesure de détention, en commençant par envisager des mesures de substitution moins contraignantes.⁸ Le Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire recommande aux États d'éviter, de manière générale, de placer en détention des non-ressortissants arrivés sur leur territoire sans le visa nécessaire ou y séjournant sans les autorisations réglementaires.⁹

Le Groupe de travail a par conséquent souligné à plusieurs reprises que « des mesures de substitution et non privatives de liberté, telles que l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, devraient toujours être envisagées avant de recourir à la détention »¹⁰, reconnaissant que « les États ont l'obligation d'envisager des mesures autres que la rétention administrative ».¹¹

Aux termes des normes spécifiquement élaborées par le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés [ONU] pour les demandeurs d'asile, « là où des mécanismes de contrôle peuvent être employés comme alternatives viables à la détention [...], celles-ci devraient être appliquées **en premier**, à moins qu'il n'existe des éléments tangibles suggérant que de telles alternatives ne seront pas efficaces dans le cas individuel en question ».¹² Partant du principe que les États doivent appliquer des mesures de substitution à la détention, les Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile définissent une série de solutions de substitution à la détention, susceptibles d'être adoptées pour les demandeurs d'asile.¹³ Démarche confirmée par la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme [ONU], qui a expressément encouragé « les États à adopter d'autres modalités que la détention, par exemple celles énumérées dans les Principes directeurs concernant les critères et normes applicables à la détention de demandeurs d'asile ».¹⁴

Il est en outre indispensable d'accorder une attention particulière aux besoins particuliers des personnes vulnérables, comme les enfants, les femmes enceintes, les personnes âgées, les victimes de la torture ou encore les personnes souffrant de graves problèmes physiques ou psychologiques. Comme le soulignait la rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme des travailleurs migrants, « l'internement administratif ne devrait jamais avoir un caractère punitif et des dispositions spéciales devraient être prises pour protéger les groupes vulnérables, car les torts qu'ils subissent sont sans commune mesure avec l'objectif politique du contrôle de l'immigration ».¹⁵ La rapporteuse spéciale insistait un peu plus loin sur le fait que la situation et les besoins particuliers des personnes âgées, des femmes enceintes et des malades physiques et mentaux, n'étaient pas suffisamment pris en compte dans les politiques de contrôle de l'immigration. La loi doit notamment interdire la détention des enfants non accompagnés.¹⁶

Les victimes de la traite des êtres humains constituent un autre groupe vulnérable. Les Principes et directives concernant les droits de l'homme et la traite des êtres humains du Haut-Commissariat aux droits de l'homme appellent expressément les États à veiller à ce que « les victimes de la traite ne soient, en aucun cas, détenues par les services de l'immigration ou soumises à un quelconque autre type de détention »¹⁷, et à ce que « la législation empêche que les victimes de la traite soient poursuivies,

Selon les Principes directeurs du Conseil de l'Europe :

« 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, qu'en conformité avec une procédure prévue par la loi, et seulement si, après un examen rigoureux et individuel de la nécessité de privation de liberté, 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. »

Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Vingt principes directeurs sur le retour forcé, adoptés le 4 mai 2005 ; principe 6.

détenues ou sanctionnées pour entrée ou résidence illégale sur le territoire ou pour les activités qu'elles sont contraintes d'exercer du fait du trafic dont elles sont victimes ». ¹⁸

OBLIGATION DE PRÉVOIR DES SOLUTIONS DE SUBSTITUTION

Les États doivent faire en sorte que des solutions de substitution à la détention soient disponibles et accessibles aux immigrés en situation irrégulière et aux demandeurs d'asile, dans les textes comme dans la pratique, et sans la moindre discrimination.

Dans chaque cas individuel, l'État doit envisager et mettre en œuvre des mesures de substitution à la détention, donc moins coercitives, et ne recourir à la détention des personnes que lorsqu'il est établi qu'aucune autre mesure ne permettrait d'atteindre l'objectif légitime poursuivi par les autorités.

Lorsqu'il examine les solutions de substitution à la détention possibles, l'État doit prendre entièrement en compte la situation individuelle de chaque personne, ainsi que la vulnérabilité particulière de certaines personnes (enfants, femmes enceintes, victimes de la traite, personnes âgées, individus malades ou présentant des troubles psychologiques, etc.).

Lorsqu'il examine les solutions de substitution, l'État doit toujours avoir présent à l'esprit qu'un enfant non accompagné ou une victime de la traite ne doit jamais être placé en détention.

II. PRINCIPES RELATIFS AUX MESURES DE SUBSTITUTION

Toute solution de substitution à la détention, prise dans le cadre d'une politique de contrôle de l'immigration, constitue nécessairement une limitation ou une ingérence affectant les droits fondamentaux de la personne qui y est soumise. Par conséquent, les mesures de substitution à la détention doivent, dans la manière dont elles sont appliquées, être conformes aux principes de la légalité, de la stricte nécessité, de la proportionnalité et de la non-discrimination.¹⁹ Toute décision doit être fondée sur les principes généraux définis par la législation internationale des droits humains, qui constituent en outre un cadre d'application des mesures de substitution à la détention à des fins de contrôle de l'immigration.

La légalité, car toute restriction doit être prévue par la loi et appliquée conformément à celle-ci, et de solides garanties procédurales doivent exister. Cela signifie que toute limitation de la liberté d'un individu ou de son droit de se déplacer librement doit être exclusivement fondée sur des motifs et des conditions définis par la législation. Les gens doivent pouvoir raisonnablement savoir quand et dans quelles circonstances de telles restrictions sont susceptibles d'être imposées.²⁰ La loi doit définir chaque mesure applicable, en précisant les critères régissant son application, tout en désignant les autorités responsables de sa mise en œuvre et les éventuelles délégations d'autorité à des tiers.

Toute restriction doit avoir pour but d'atteindre un objectif légitime, être nécessaire et être proportionnée à l'objectif en question.²¹ L'État doit faire la preuve que la mesure contraignante est strictement nécessaire, étant donné l'objectif légitime à atteindre ou l'objet légitime à protéger (principe de **nécessité**).²² L'État doit également garantir que la mesure est appropriée (principe de **proportionnalité**), c'est-à-dire qu'elle devrait permettre d'atteindre l'objectif légitime proposé, qu'elle est adaptée à cet objectif et qu'elle constitue la façon la moins attentatoire aux libertés de l'atteindre.²³ En d'autres termes, les principes de nécessité et de proportionnalité exigent que la restriction reflète très précisément l'objectif légitime qu'elle est censée permettre d'atteindre, qui, dans le cas d'une mesure de détention prise à des fins de contrôle de l'immigration, ne peut être que d'empêcher une personne de prendre la fuite, de procéder à la vérification de son identité ou de veiller à l'application d'un arrêté d'expulsion. Une mesure de restriction ne peut être prise que s'il n'existe aucun moyen moins attentatoire aux libertés et moins contraignant d'atteindre le même objectif.

Parmi les mesures susceptibles de lui permettre d'atteindre son objectif, l'État doit choisir celles qui affectent le moins possible les droits fondamentaux de la personne concernée. Bien qu'il soit impossible, dans la pratique, de définir une hiérarchie des mesures, puisque leur impact diffère selon les individus concernés, un État doit toujours commencer par envisager, pour chaque personne, la mesure qui sera la moins contraignante pour elle. Le recours à une autre mesure doit être fondé sur des motifs juridiques précis et répondre aux principes de la nécessité et de la proportionnalité.

Le principe de non-discrimination exige que l'État propose ces mesures sans discrimination, non seulement dans les textes mais également dans la pratique.²⁴ Les conditions ou critères d'application de

chaque mesure de substitution ne doivent en aucun cas être discriminatoires envers un groupe particulier de non-ressortissants, qui seraient traités différemment en raison, notamment, de leur nationalité, de leur religion, de leur situation économique, de leur état d'immigrés ou de toute autre situation. Le principe de non-discrimination implique en outre que les États doivent tenir compte de la situation particulière des migrants et des demandeurs d'asile en situation irrégulière (impossibilité pour eux, en général, de verser une caution importante, difficulté à trouver des personnes susceptibles de se porter garantes, due au fait qu'ils n'ont ni adresse fixe, ni emploi officiel ni famille sur place), ainsi que de la vulnérabilité particulière de certains groupes. Une mesure de substitution ne doit être ni imposée ni rejetée de manière arbitraire ou discriminatoire. Les membres d'un groupe particulier ne doivent en aucun cas être soumis à des mesures plus contraignantes que s'ils appartenaient à une autre catégorie.

Le contrôle judiciaire permet un suivi essentiel de l'utilisation des mesures de substitution, dans le souci d'empêcher qu'elles ne soient appliquées de manière disproportionnée, inutile ou discriminatoire. Il constitue en outre un recours efficace contre les abus éventuels. Les pouvoirs publics ont certes une certaine latitude dans l'application des mesures de substitution, mais l'individu doit pouvoir être protégé des décisions arbitraires et des abus commis en vertu de ladite latitude. La législation ou la réglementation doit prévoir l'examen par une autorité compétente, judiciaire ou autre, de toute décision de mesure de substitution à la détention, ainsi que de son application, cette autorité étant habilitée à modifier ladite mesure et, le cas échéant, à ordonner d'éventuels recours. Les personnes concernées par des mesures de substitution doivent avoir le droit d'en faire examiner la légalité, la nécessité et l'opportunité. Pour que cette garantie soit vraiment efficace, toute personne touchée par une telle mesure doit être informée de ce droit et doit pouvoir bénéficier d'une assistance juridique gratuite si elle n'a pas les moyens de payer un conseiller.

APPLICATION DES MESURES DE SUBSTITUTION

Les mesures de substitution à la détention doivent, dans la manière dont elles sont appliquées, respecter la dignité des individus, et doivent être conformes aux principes de la légalité, de la stricte nécessité, de la proportionnalité et de la non-discrimination. Ces mesures de substitution doivent en outre être appliquées sous contrôle judiciaire.

Elles doivent être prévues par la loi, qui doit définir chacune d'entre elles, en précisant les critères régissant leur application, tout en désignant les autorités responsables de leur mise en œuvre.

Dans tous les cas, la mesure de substitution à appliquer doit être celle qui limite le moins possible les droits fondamentaux de la personne concernée, dans les cas où aucune autre mesure moins contraignante ou moins restrictive ne permet d'atteindre le même objectif.

L'État doit prendre en considération la situation particulière de chaque immigré et de chaque demandeur d'asile, ainsi que la vulnérabilité propre à certaines catégories, afin que l'application de mesures de substitution ne se traduise pas par une discrimination à l'encontre de groupes particuliers de ressortissants étrangers, que ce soit en fonction de leur nationalité, de leur religion, de leur situation économique, de leur statut d'immigrés ou de tout autre situation.

Pour éviter que de telles mesures ne soient appliquées de façon arbitraire, il convient que les personnes concernées bénéficient dans la pratique du droit de faire examiner la légalité, la nécessité et l'opportunité de la décision prise à leur encontre par une autorité compétente indépendante, judiciaire ou autre.

III. EXEMPLES DE MESURES DE SUBSTITUTION

La législation de plusieurs pays prévoit diverses solutions de substitution à la détention à des fins de contrôle de l'immigration, telles que la libération sous caution, le dépôt d'une certaine somme en garantie, la surveillance exercée par la police ou le groupe social, l'obligation de résider à une adresse donnée et de se présenter régulièrement aux autorités, ou encore la remise aux autorités du passeport ou autre document de voyage.²⁵ L'utilisation de ces mesures reste cependant extrêmement discrétionnaire et se fait souvent en dehors de toutes lignes directrices claires et cohérentes.

Même lorsque la loi prévoit expressément des solutions de substitution à la détention, il est souvent difficile d'en bénéficier.²⁶ La libération sous caution, lorsqu'elle est accordée, l'est souvent moyennant le dépôt d'une somme que les moyens financiers limités de la plupart des migrants ou demandeurs d'asile en situation irrégulière ne leur permettent pas d'acquitter. Le fait de demander qu'un tiers se porte garant de la personne constitue un obstacle supplémentaire, car les migrants et les demandeurs d'asile

n'ont généralement ni parents ni amis sur place susceptibles de se porter caution pour eux. De même, la surveillance par le groupe social ou l'assignation à résidence peuvent être difficiles à mettre en œuvre, dans la mesure où un migrant en situation irrégulière risque de ne pas avoir d'emploi stable ni de lieu de résidence fixe.

Il n'en reste pas moins que l'existence même de telles mesures dans de nombreux endroits souligne bien, malgré leur caractère improvisé et leur application souvent incohérente, que toute une série de solutions de substitution peuvent être envisagées par les États. Lorsque de telles mesures de substitution sont appliquées, elles doivent l'être de manière à ne pas aller à l'encontre des obligations de l'État en matière de droits humains.

Dans une récente étude parue en anglais sous le titre *Alternatives to Detention of Asylum-seekers and Refugees*, le HCR cite en exemple de bonne pratique les législations qui établissent une échelle de mesures allant de la moins contraignante à la plus coercitive, permettant ainsi une analyse de la proportionnalité et de la nécessité de chacune d'entre elles.²⁷ Décrivant le système en vigueur dans plusieurs pays nordiques, en Suisse, en Nouvelle-Zélande et en Lituanie, cette étude conclut que, lorsque la gamme de mesure comprend à une extrémité la détention et à l'autre la remise en liberté sans condition, les États ont davantage tendance à veiller à ce que, dans la pratique, des solutions de substitution à la détention soient adoptées. Dans le cas de la Nouvelle-Zélande, aussi bien la décision de placer en détention que toute décision visant à appliquer une mesure de substitution ou à accorder la libération sans condition fait l'objet d'un réexamen périodique, destiné à garantir que toute évolution de la situation pouvant avoir un impact sur le demande d'asile est bien prise en compte.²⁸

La législation de nombreux États prévoit toute une suite de mesures de contrôle de l'immigration. Ces mesures constituent une gamme de solutions de substitution à la détention plus ou moins contraignantes.

Parmi les mesures les plus courantes, citons :

- *Conditions d'enregistrement et de délivrance de documents officiels*
- *Libération sous caution*
- *Libération sous surveillance d'une ONG*
- *Contrôle judiciaire*
- *Assignation à résidence*
- *Résidence dans des centres ouverts*
- *Résidence dans des centres semi-fermés*

Des mesures de substitution doivent être prévues et appliquées sans discrimination. Le recours à des mesures de substitution ne doit pas restreindre les droits fondamentaux de la personne concernée plus que nécessaire ou de manière disproportionnée. Si une mesure est appliquée sans nécessité ou de manière disproportionnée, ou sans que les facteurs propres à l'individu aient été pris en considération, elle peut alors constituer, dans ce cas particulier, une violation arbitraire des droits de la personne concernée.

CONDITIONS D'ENREGISTREMENT ET DE DÉLIVRANCE DE DOCUMENTS OFFICIELS

Certaines mesures, telles que l'enregistrement et la délivrance de documents officiels aux migrants en situation irrégulière et aux demandeurs d'asile arrivant dans un pays, constituent une alternative pratique à la détention de ces personnes. Couramment utilisée dans de nombreux pays d'Europe pour les demandeurs d'asile se présentant aux frontières, la solution de l'enregistrement est également de plus en plus souvent adoptée par plusieurs pays d'Afrique. Elle permet de limiter le recours à la détention des demandeurs d'asile arrivant sans papiers.²⁹

Les personnes déposant une demande d'asile sont parfois tenues de présenter des papiers permettant de vérifier leur identité. Le fait de remettre des documents aux autorités, dans le cadre d'une procédure ordinaire de demande d'asile, ne constitue pas, à proprement parler, une solution de substitution à la détention. Lorsque des documents sont remis aux autorités, ils doivent être conservés uniquement le temps nécessaire pour effectuer l'enregistrement du demandeur d'asile et vérifier son identité.³⁰

Lorsqu'un État exige la remise de documents, ceux-ci doivent être remplacés par des attestations d'enregistrement et d'identité dont la validité est reconnue, pour que les demandeurs d'asile ne se retrouvent pas sans papiers, et donc privés de certains droits fondamentaux, comme celui de disposer d'un logement décent ou de bénéficier de soins ou d'un enseignement, ou, plus généralement, qu'ils ne soient pas placés dans une situation de vulnérabilité due à leur statut juridique ou au fait de ne pas avoir de papiers.

On peut lire dans le rapport sur les Bahamas du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale [ONU], chargé de vérifier que les États s'acquittent bien de leurs obligations au titre de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale :

« 34. Le Comité relève avec inquiétude que la détention des personnes entrées sans papiers sur le territoire est automatique sans faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Prenant note de la déclaration de la délégation selon laquelle les détentions, de façon générale, ne dépassent pas quelques jours, il s'inquiète d'informations soulignant que ces détentions se prolongent parfois jusqu'à un an et plus, selon la nationalité des migrants. »

Soulignant que la détention ne devrait être qu'une solution de dernier recours, le Comité invite l'État partie à adopter des mesures alternatives à la mise en détention des migrants en situation irrégulière et des demandeurs d'asile. ...

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Bahamas, UN Doc. A/59/18 (2004) 10, paragraphe 34.

CONDITIONS D'ENREGISTREMENT ET DE DÉLIVRANCE DE DOCUMENTS OFFICIELS

L'enregistrement des immigrés et des demandeurs d'asile, ainsi que la délivrance de documents officiels attestant ledit enregistrement, peuvent constituer des moyens efficaces d'éviter que les gens ne prennent la fuite ou ne se retrouvent en détention arbitraire dans des pays d'accueil ou de passage.

L'État doit faire en sorte que certaines mesures, comme l'exigence de documents attestant de l'identité des personnes, dans le cadre d'une procédure ordinaire de demande d'asile, ne constituent pas des obstacles empêchant ces personnes de jouir de leurs droits en matière d'accès à un logement décent, aux services de santé ou à l'enseignement, ni ne les placent, d'une quelconque autre manière, dans une position vulnérable.

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Les migrants en situation irrégulière et les demandeurs d'asile peuvent être astreints à se présenter périodiquement aux services de l'État (police ou services de l'immigration, notamment) ou à des travailleurs sociaux. Ces visites peuvent être quotidiennes, hebdomadaires, voire plus espacées, et peuvent être liées au renouvellement des documents d'enregistrement. Les intéressés doivent souvent se présenter en personne, mais ils peuvent aussi parfois s'acquitter de leurs obligations par téléphone, en particulier lorsque la fréquence des contacts est élevée.

Le contrôle judiciaire est fréquemment utilisé par de nombreux pays vis-à-vis des candidats à l'immigration, en particulier pendant la procédure de demande d'asile.³¹ Il pourrait cependant être encore plus souvent mis en œuvre, en tant que mesure de substitution, moins contraignante, à la détention dans le cadre des politiques de contrôle de l'immigration.³²

Les pouvoirs publics doivent veiller à ce que les modalités du contrôle judiciaire soient adaptées à chaque cas particulier, en tenant compte de facteurs tels que la situation de famille de la personne concernée, de sa situation en matière de résidence et de ses moyens financiers.

Certaines de ces modalités peuvent être lourdes à assumer. Ainsi, le fait de demander à un individu de se présenter tous les jours à la police peut constituer une restriction importante du droit à la liberté ou à la vie privée. De plus, lorsque l'endroit où la personne est censée se présenter est éloigné de son domicile ou difficile d'accès, le coût des transports, ainsi que le temps passé pour faire l'aller-retour, risquent de peser excessivement lourd sur ladite personne, ou de la gêner considérablement dans l'accomplissement de ses obligations, professionnelles ou autres.

Il est par conséquent indispensable que les modalités du contrôle judiciaire soient justifiées, et notamment qu'elles soient bien nécessaires et adaptées aux objectifs officiellement poursuivis dans chaque cas particulier. Elles ne doivent jamais constituer une charge indue pour la personne qui y est astreinte. Elles doivent être suffisamment souples pour prendre en compte les modifications susceptibles d'intervenir dans la situation de la personne (le lieu où elle doit se présenter doit pouvoir changer si celle-ci déménage, par exemple).

Les États doivent être incités à mettre en place des modalités de contrôle judiciaire humaines et adaptées à la situation particulière des migrants ne disposant pas de papiers en règle et des demandeurs d'asile, ainsi qu'à prévoir, le cas échéant, des formes de surveillance exercée par une organisation sociale ou, de manière générale, avec le soutien de la société civile.

Le Comité des droits de l'homme estime que, pour déterminer si la détention est nécessaire, l'État doit, en toutes circonstances, voir s'il n'existe pas « de moyens moins contraignants de réaliser les mêmes objectifs ». Dans sa communication concernant le recours introduit par C. contre l'Australie, le Comité des droits de l'homme, appelé à se prononcer sur la nécessité de détenir un demandeur d'asile, a considéré que l'Australie « n'[avait] pas prouvé que, compte tenu des circonstances particulières de l'auteur, il n'existait pas de moyens moins contraignants de réaliser les mêmes objectifs, c'est-à-dire le respect de la politique d'immigration de l'État partie, en lui imposant par exemple l'obligation de se présenter aux autorités, le dépôt d'une caution ou d'autres conditions,... ».

C. c. Australie, Communication du Comité des droits de l'homme : Australie. 13 novembre 2002, 900/1999, paragraphe 8.2.

CONTRÔLE JUDICIAIRE

L'État doit veiller à ce que les modalités de suivi ou de contrôle judiciaire ne soient pas indûment compliquées à suivre ou attentatoires à la liberté ou à la vie privée, et à ce qu'elles tiennent compte de la situation particulière de chaque individu (situation familiale, lieu et conditions de résidence, moyens financiers, etc.).

L'État doit mettre en place des modalités de contrôle judiciaire adaptées à la situation particulière des immigrés et des demandeurs d'asile, en profitant, le cas échéant, des possibilités existantes en matière de contrôle et d'assistance communautaires.

LIBERTÉ SOUS CAUTION

Les systèmes de remise en liberté sous caution ou sous garantie impliquent généralement le dépôt d'une certaine somme d'argent, destinée à garantir que la personne concernée se présentera bien aux rendez-vous ou aux audiences fixés par les autorités, dans le cadre de la procédure de traitement de leur dossier. La libération sous caution implique le versement d'une somme d'argent, destinée à garantir que la personne concernée se soumettra à la procédure prévue par la législation relative à l'immigration, et notamment qu'elle se présentera aux audiences auxquelles elle sera convoquée ou qu'elle se soumettra à un éventuel arrêté d'expulsion. La somme déposée est restituée à la personne si elle se conforme à cette procédure ; sinon, elle est confisquée par l'administration. Un autre type de libération sous caution consiste pour l'individu à signer avec les autorités un accord, dans lequel il s'engage à s'acquitter de ses obligations (présence aux entretiens et aux audiences, respect des conditions d'un arrêté d'expulsion, etc.) ; cette procédure implique elle aussi, parfois, le dépôt d'une certaine somme d'argent, par l'intéressé ou par une tierce personne. Un tiers peut également se porter garant du respect par la personne concernée des ordres à comparaître qui lui seront adressés, en s'engageant à verser une certaine somme si cette personne venait à prendre la fuite.³³ Les mesures de libération sous caution prévoient souvent, outre le dépôt d'une somme d'argent, que quelqu'un se porte garant pour la personne concernée.

Bien que ces solutions soient prévues par la législation de nombreux pays, il est rare qu'elles soient appliquées de manière systématique et non discriminatoire. La capacité d'une personne à demander à être libérée sous caution dépend souvent de la possibilité qu'elle a de trouver quelqu'un qui soit prêt à verser le dépôt de garantie. Elle dépend également de sa capacité à présenter un proche ou un ami susceptible de s'engager à ce qu'elle se présente aux convocations des autorités ou de veiller sur elle. Cette solution se heurte dans la pratique à bien d'autres obstacles : manque d'informations, absence d'aide juridique, absence de services d'interprétation satisfaisants, etc.³⁴

La libération sous caution reste donc souvent une option hors de portée pour les migrants en situation irrégulière et les demandeurs d'asile, qui connaissent mal la procédure juridique et n'y ont guère accès, et qui ne disposent fréquemment que de moyens financiers restreints. Lorsqu'elle est accordée, la remise en liberté sous caution ne l'est souvent que moyennant le versement d'une somme impossible à réunir pour un grand nombre de migrants en situation irrégulière et de demandeurs d'asile. Dans la manière dont elles sont appliquées, les mesures de ce genre ne prennent pas en compte, bien souvent, les conditions propres à chaque cas individuel, et notamment l'absence de proches ou d'amis susceptibles de se porter garants, ainsi que de revenus et d'un logement stables.³⁵

D'autres systèmes, prévoyant de placer la personne sous la responsabilité d'un résident ou d'un ressortissant du pays, ou d'une organisation, notamment au sein d'un foyer géré par des acteurs de la société civile, sont de plus en plus souvent mis en œuvre en tant que solutions de substitution à la détention à des fins de contrôle de l'immigration.³⁶ Les études qui ont été faites concernant ce type de mesures semblent indiquer qu'une surveillance minimale suffit à garantir le respect de la procédure fixée par les services de l'immigration et à empêcher que la personne concernée ne prenne la fuite. La libération sous caution et la surveillance par un particulier ou une organisation semblent donc constituer des mesures de substitution très efficaces.³⁷

Aux termes de la législation internationale relative aux droits humains, les États sont tenus de garantir un même traitement non discriminatoire à tous les non-ressortissants. Le fait de refuser la libération sous caution au motif de la nationalité de la personne ou de tout autre raison liée à sa situation, et non en

La rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme des travailleurs migrants a déjà souligné dans un rapport un certain nombre de problèmes liés à la mise en œuvre de solutions de substitution à la détention des migrants, demandeurs d'asile et réfugiés :

39. ...La législation de plusieurs pays prévoit d'autres mesures que l'internement administratif, comme la mise en liberté sous caution, la libération conditionnelle, la détention à domicile, la semi-liberté, le versement d'une caution, la surveillance de la police, l'interdiction de quitter le pays, l'obligation de résider à une certaine adresse et de se présenter régulièrement devant les autorités, la confiscation du passeport...

40. Il semble que dans de nombreux pays les conditions dans lesquelles ces mesures peuvent être accordées soient laissées à l'appréciation des autorités car il est fréquent que la loi ne prévoit pas de critères en l'espèce. Il est souvent impossible faute de statistiques de dire avec quelle fréquence les mesures de substitution sont accordées. Au reste, selon les renseignements communiqués, même lorsqu'elles sont expressément prévues par la loi, les mesures non privatives de liberté ne sont guère à la portée des migrants. Quand la mise en liberté sous caution est accordée, le montant de la caution n'est pas dans les moyens des intéressés. La demande de garanties est un obstacle supplémentaire, les migrants n'ayant pas de parents ou d'amis susceptibles de se porter garants...

Rapport présenté par la rapporteuse spéciale des Nations unies sur les droits de l'homme des migrants, 30 décembre 2002, E/CN.4/2003/85, paragraphes 39-40

fonction d'arguments fondés sur l'examen, pour chaque individu, des risques de fuite, constituerait une violation de cette prohibition générale de toute discrimination.

LIBERTÉ SOUS CAUTION

L'État doit veiller à ce que chacun puisse bénéficier d'une mesure de remise en liberté sous caution, sans discrimination aucune contre tel ou tel groupe de ressortissants étrangers, que ce soit en fonction de leur nationalité, de leur religion, de leur situation économique, de leur statut d'immigrés ou de toute autre situation. Il ne doit pas, en particulier, refuser la remise en liberté sous caution d'une personne, sous prétexte que celle-ci est entrée ou séjourne sur le territoire national de façon irrégulière.

Les conditions mises à la libération sous caution doivent être raisonnables et ne doivent pas constituer une charge excessive ou irréaliste pour la personne concernée.

La remise en liberté sous caution doit être proposée dans la pratique aux immigrés et aux demandeurs d'asile, qui ne doivent pas se trouver désavantagés, sous prétexte qu'ils n'ont pas de relations familiales ou de moyens financiers suffisants. Dans ce souci, l'État doit mettre en place des modalités souples de suivi et de surveillance, en concertation avec les organisations de la société civile ou certains centres d'accueil communautaires, ou d'autres modalités originales, prenant en compte la situation particulière des immigrés et des demandeurs d'asile.

LES CENTRES OUVERTS ET SEMI-OUVERTS, L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE

Le placement en centre ouvert ou semi-ouvert, l'assignation à résidence et la limitation des déplacements à l'intérieur d'un périmètre donné sont autant de mesures déjà appliquées aux demandeurs d'asile par de nombreux États, notamment en Europe, en attendant que la fin de la procédure d'examen de leur requête.³⁸ La nature de ces centres et des restrictions imposées à la liberté de déplacement est très variable. Dans certains pays, la liberté de déplacement des demandeurs d'asile est limitée dans la pratique, dans la mesure où ceux-ci doivent se présenter ou séjourner à certains moments dans les centres d'hébergement qui leur ont été assignés. Ailleurs, les demandeurs d'asile ne sont pas autorisés à choisir leur lieu de résidence, mais peuvent toutefois le faire s'ils respectent certaines conditions, ou ne peuvent le faire qu'à un stade précis de la procédure d'examen de leur demande d'asile. Dans certains pays, les demandeurs d'asile sont libres de quitter leur lieu de résidence sans autorisation ou en soumettant simplement une demande de principe, qui est systématiquement acceptée. D'autres appliquent un système plus strict limitant le nombre de jours d'absence autorisés, avec obligations de se présenter aux autorités à intervalles réguliers et excluant pratiquement toute possibilité de s'absenter, sauf circonstances exceptionnelles.³⁹

Les éléments disponibles donnent à penser que les mesures de ce type peuvent s'avérer efficaces, en tant que solutions de substitution moins contraignantes adoptées à l'encontre de personnes qui seraient, sinon, placées en détention.⁴⁰ Toutefois, étant donné que ces mesures limitent manifestement la liberté et le droit de circuler librement des personnes qui y sont soumises, elles ne doivent être utilisées qu'en cas de nécessité et de manière proportionnée, en tenant compte de la situation de chaque individu. Elles doivent en outre être appliquées de façon non discriminatoire.

Les États doivent avoir recours à de telles solutions uniquement pour des personnes qui, autrement, seraient placées en détention. Concernant notamment les demandeurs d'asile, et conformément à la politique du HCR, qui appelle les États à ne pas placer en détention une personne pour la seule raison qu'elle s'est présentée sans papiers, les autorités gouvernementales ne doivent pas oublier qu'il est possible de vérifier l'identité des demandeurs d'asile en plaçant ceux-ci dans des centres d'accueil ouverts.⁴¹ Cependant, lorsque ces centres sont situés dans des lieux géographiquement ou socialement isolés, les migrants en situation irrégulière et les demandeurs d'asile peuvent se retrouver dans l'impossibilité d'avoir accès à des services de santé, à l'enseignement ou à une assistance juridique. Les États doivent veiller à ce que le recours à de tels centres, à l'assignation à résidence ou à toute autre restriction n'empêche pas les personnes concernées de jouir de leurs droits fondamentaux, et notamment de leur droit à la santé et à l'éducation.

Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a déjà exprimé sa préoccupation au sujet des restrictions apportées au droit qu'a un ressortissant étranger de choisir son lieu de résidence, mettant en garde les gouvernements contre les mesures trop larges, qui portent clairement, et sans justification, atteinte à la liberté de circulation des étrangers⁴²

en particulier pour les personnes ayant pu entamer une procédure d'immigration légale. Un avis que confirme l'Observation générale 27 du Comité, selon laquelle le droit à la liberté de circulation ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Qui plus est, aucune restriction ne peut « rendre sans objet le principe de la liberté de circulation ».⁴³

Lors de l'examen du rapport de la République tchèque, en 2004, le Comité contre la torture [ONU] s'est déclaré préoccupé par Les modifications de la loi relative au droit d'asile, qui ont multiplié les motifs de rejet des demandes d'asile et autorisaient à détenir dans des « centres de rétention pour étrangers », pendant une période pouvant durer jusqu'à cent quatre-vingts jours, les personnes en attente de renvoi, condamnant explicitement « les restrictions imposées dans ces centres où les conditions sont comparables à celles régnant dans les prisons ». Le Comité demandait au gouvernement tchèque de « réexaminer le régime de détention rigoureux imposé aux immigrants sans papiers afin de l'abroger ».

Rapport du Comité contre la torture, République tchèque, doc. ONU A/59/44 (2004), paragraphes 86j, 87m.

LES CENTRES OUVERTS ET SEMI-OUVERTS, L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE

Lorsque l'État a recours à des mesures du type centre ouvert ou semi-ouvert, résidence contrôlée ou assignation dans un secteur de résidence précis, plutôt que de placer les personnes en détention, il doit veiller à ce que la restriction apportée au droit des personnes à la liberté et à leur droit de circuler librement ne porte pas atteinte aux principes du droit international, et notamment aux principes de nécessité et de proportionnalité.

L'État doit faire en sorte que le recours à de telles mesures, qu'elles soient ou non assorties d'un contrôle judiciaire, n'empêche pas les personnes de jouir de leurs autres droits fondamentaux, notamment en matière de santé et d'enseignement.

LA SURVEILLANCE ÉLECTRONIQUE

La surveillance électronique peut prendre toute une série de formes diverses, qui varient en intensité et qui limitent plus ou moins la liberté de circulation de la personne, sa liberté au sens propre et son droit à la vie privée. Les systèmes électroniques de localisation de type GPS permettent de savoir en permanence où se trouve la personne qui en est munie. La méthode du bracelet électronique, qui émet un signal vers un récepteur fixe, généralement situé au domicile de la personne surveillée, ne permet pas de suivi au-delà d'un certain rayon. La personne pourrait être tenue d'être chez elle à un moment précis de la semaine. La méthode de l'identification vocale ou du "suivi vocal" utilise une technologie de reconnaissance vocale biométrique pour identifier la personne qui appelle depuis une ligne fixe et depuis une adresse déterminée, au moment prescrit.⁴⁴ À mesure qu'apparaissent de nouvelles formes de surveillance électronique, il convient de les examiner attentivement, pour voir si elles peuvent servir à mettre en place des solutions de substitution à la détention.

Le suivi électronique ne doit cependant pas être utilisé comme un procédé par défaut, appliqué à des immigrés en situation irrégulière qui n'auraient pas, sinon, été placés en détention et ne doit pas se traduire par une augmentation du nombre de personnes placées sous surveillance. Étant donné la variété des mesures envisageables, toute forme de surveillance électronique doit faire l'objet d'une évaluation individuelle et en contexte, en fonction de la technologie utilisée et des autres restrictions éventuellement proposées. Si la surveillance électronique est automatiquement associée avec d'autres restrictions draconiennes, comme l'obligation de rester chez soi la majeure partie de la journée, on peut alors parler de résidence surveillée, une pratique qu'Amnesty International considère comme équivalente à la détention, plutôt qu'une mesure de substitution.⁴⁵

Le recours à la surveillance électronique doit respecter tous les principes énumérés plus haut et doit donc être prévu par la loi, être nécessaire et proportionné, se faire de manière non discriminatoire et être soumis au contrôle d'une autorité judiciaire. La surveillance électronique ne doit être mise en place qu'après examen détaillé de la situation précise de la personne concernée et du risque réel qu'elle prenne la fuite. Avant de recourir à la surveillance électronique, il convient d'envisager des mesures moins contraignantes, dont l'efficacité est avérée, afin de s'assurer qu'elle est bien nécessaire et adaptée à l'objectif légitime poursuivi, et ce uniquement si et aussi longtemps que des mesures moins coercitives ne semblent pas susceptibles de permettre de parvenir aux mêmes fins.

Le suivi électronique doit faire l'objet d'un contrôle de la part d'une autorité compétente et indépendante, judiciaire ou autre, afin qu'il ne soit appliqué qu'en cas de stricte nécessité et de manière proportionnée à l'objectif légitime déclaré, et que son usage ne soit ni discriminatoire, ni arbitraire ni indûment prolongé.

LA SURVEILLANCE ÉLECTRONIQUE

En tant que mesure de substitution à la détention, le suivi électronique ne doit pas être utilisé comme un procédé par défaut, appliqué à des immigrés en situation irrégulière qui n'auraient pas, autrement, été placés en détention. Une telle mesure ne doit être appliquée que pour atteindre un objectif légitime et en conformité avec les principes du droit international.

Le suivi électronique ne doit être pratiqué qu'après examen minutieux de la sévérité des restrictions qu'il impliquera pour les droits fondamentaux de la personne concernée, ainsi que de la proportionnalité et de la nécessité d'une telle mesure pour atteindre l'objectif légitime recherché. En tout état de cause, il ne sera utilisé que s'il n'existe aucune mesure moins restrictive susceptible de permettre d'atteindre le même objectif (et sera abandonné dès qu'une telle mesure deviendra possible).

Le suivi électronique doit faire l'objet d'un contrôle de la part d'une autorité compétente et indépendante, judiciaire ou autre, afin qu'il ne soit appliqué qu'en cas de stricte nécessité et de manière proportionnée à l'objectif légitime déclaré, au moment considéré, et que son usage ne soit ni discriminatoire, ni arbitraire ni indûment prolongé.

IV. CONCLUSION

Dans l'application de leur politique de contrôle de l'immigration, les États sont tenus, aux termes de la législation internationale relative aux droits humains, d'envisager en premier lieu et, dans toute la mesure du possible, de prendre des mesures de substitution à la détention. Conformément aux normes internationales relatives aux droits humains, la détention de candidats à l'immigration doit être l'exception et n'intervenir qu'en ultime ressort, lorsque les autres mesures, moins contraignantes, ont échoué ou seraient, selon toute vraisemblance, inefficaces.

Les États doivent par conséquent inscrire dans leur législation et dans leurs pratiques une large gamme de mesures de substitution, inspirées de certaines des pratiques mentionnées plus haut à titre d'exemples. Ces solutions sont susceptibles de constituer des alternatives pratiques à la détention, dans le cadre des politiques de contrôle de l'immigration. C'est tout un éventail de mesures qu'il convient d'envisager dans chaque cas individuel, afin de s'assurer que les solutions moins contraignantes ont bien été étudiées avant de recourir à la détention. La détention ne peut être considérée comme nécessaire ou adaptée, tant que toutes les mesures moins contraignantes susceptibles de permettre d'atteindre le même objectif légitime n'ont pas été prises en considération.

L'application de mesures de substitution doit être elle-même gouvernée par les normes internationales relatives aux droits humains, et notamment par les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité, dans un souci permanent de non-discrimination. Si une mesure est appliquée sans nécessité ou de manière disproportionnée, de manière discriminatoire ou sans que les facteurs propres à l'individu (sa vulnérabilité particulière, par exemple) aient été pris en compte, elle peut alors constituer une restriction illégale des droits de cet individu. Pour éviter que de telles mesures soient appliquées de façon arbitraire, les personnes concernées par des mesures de substitution doivent avoir le droit d'en faire examiner la légalité, la nécessité et l'opportunité par une autorité indépendante compétente, judiciaire ou autre.

Des mesures de substitution à la détention doivent pouvoir être proposées à tous les migrants en situation irrégulière et à tous les demandeurs d'asile, qu'ils aient ou non des papiers, en fonction d'une évaluation personnalisée de leur situation particulière. Ces mesures de substitution peuvent prendre la forme d'obligations d'enregistrement, de contrôle ou de surveillance, d'un dépôt de garantie financière, ou d'une assignation à une adresse donnée ou dans un centre ouvert ou plus ou moins fermé. Elles doivent tenir compte de la situation particulière des migrants ne disposant pas de documents en règle et des demandeurs d'asile, et notamment du fait que, souvent, ils ne disposent ni de moyens financiers stables ni d'un domicile fixe.

Les États doivent s'efforcer de développer ces mesures de substitution, en concertation avec les organisations non gouvernementales locales habituées à subvenir aux besoins juridiques, culturels et psychologiques des migrants et des demandeurs d'asile. Il convient de soutenir les initiatives menées conjointement par les pouvoirs publics et les organisations non gouvernementales en faveur de la remise en liberté et de la surveillance des migrants en situation irrégulière et des demandeurs d'asile.

Notes

¹ Pour un exposé plus détaillé de la position d'Amnesty International en matière de détention dans le cadre des politiques de contrôle de l'immigration et des normes internationales relatives à la détention des migrants, des demandeurs d'asile et des réfugiés, voir le document publié en novembre 2007 par Amnesty International sous le titre *Détention et migration. La détention des migrants, demandeurs d'asile ou réfugiés au regard des normes en matière de droits humains. Guide du chercheur* (index AI : POL 33/005/2007).

² Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, 10 janvier 2008 (doc. ONU A/HRC/7/4, paragraphe 53) : « Le Groupe de travail estime que le fait d'ériger en infraction l'entrée illégale dans un pays va au-delà de l'intérêt légitime qu'ont les États à contrôler et réguler l'immigration clandestine et conduit à des détentions non nécessaires. »

³ On peut notamment lire dans le Rapport présenté en décembre 2007 par la rapporteuse spéciale des Nations unies sur les droits de l'homme des migrants (doc. ONU : A/HRC/7/12, paragraphe 50) : « ... il est important que la migration irrégulière soit considérée comme une infraction administrative et que les migrants en situation irrégulière soient traités individuellement. Dans la mesure du possible, la détention ne devrait être utilisée qu'en dernier recours et les migrants, de façon générale, ne devraient pas être traités comme des délinquants. La détention souvent immotivée et illicite de migrants contribue au phénomène plus vaste de la criminalisation des migrations irrégulières. » Voir également le Rapport présenté par la rapporteuse spéciale des Nations unies sur les droits de l'homme des migrants, en date du 30 décembre 2002 (doc. ONU : E/CN.4/2003/85), paragraphes 17, 60, 73.

⁴ *Détention et migration. La détention des migrants, demandeurs d'asile ou réfugiés au regard des normes en matière de droits humains. Guide du chercheur*, novembre 2007 (index AI : POL 33/005/2007).

⁵ « L'expression "détention dans le contexte de la migration" s'entend de la détention de migrants pour des raisons liées à leur migration, mais ne couvre pas le cas de migrants (qu'ils soient volontairement ou non entrés dans le pays) incarcérés pour des motifs distincts – d'ordre criminel, liés au terrorisme ou liés à la sécurité nationale. Outre les normes visant spécifiquement la détention dans le contexte de la migration, le guide fait référence à certaines normes applicables à d'autres formes d'incarcération, comme l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus. » (*Détention et migration. La détention des migrants, demandeurs d'asile ou réfugiés au regard des normes en matière de droits humains. Guide du chercheur*, note 1).

⁶ C. c. Australie, Communication du Comité des droits de l'homme : Australie. 900/1999, 13 novembre 2002, CCPR/C/76/D/900/1999, paragraphe 8.2 (sur la nécessité et la proportionnalité du recours à la détention à l'encontre d'un demandeur d'asile).

⁷ On peut lire dans le rapport sur les Bahamas du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale [ONU], chargé de vérifier que les États s'acquittent bien de leurs obligations au titre de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale :

34. « Le Comité relève avec inquiétude que la détention des personnes entrées sans papiers sur le territoire est automatique sans faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Prenant note de la déclaration de la délégation selon laquelle les détentions, de façon générale, ne dépassent pas quelques jours, il s'inquiète d'informations soulignant que ces détentions se prolongent parfois jusqu'à un an et plus, selon la nationalité des migrants. ... Soulignant que la détention ne devrait être qu'une solution de dernier recours, le Comité invite l'État partie à adopter des mesures alternatives à la mise en détention des migrants en situation irrégulière et des demandeurs d'asile. Il lui recommande de mettre en place des voies de recours contre les décisions de mise en détention des personnes entrées sans papiers sur le territoire, celles-ci devant être dûment informées de leurs droits, et de réglementer précisément les périodes au-delà desquelles ces détentions ne peuvent se prolonger. »

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Bahamas, 28 avril 2004, doc. ONU CERD/C/64/CO/1, paragraphe 34, 35 et 37.

Examinant dans son Rapport de 2000 les mesures prises par l'Australie pour la mise en œuvre des dispositions du PIDCP, le Comité des droits de l'homme s'est inquiété de la politique du gouvernement de ce pays de mise en détention obligatoire des migrants en situation irrégulière, y compris des demandeurs d'asile, jugée contraire aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte. Le Comité encourageait expressément l'Australie à élaborer et à mettre en place des méthodes de substitution dans le cadre de l'application de sa procédure d'immigration :

« La mise en détention obligatoire, en vertu de la loi sur les migrations, des « non-citoyens en situation irrégulière », y compris des demandeurs d'asile, soulève la question du respect des dispositions du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte, qui stipule que nul ne peut faire l'objet d'une détention arbitraire. »

« Le Comité prie instamment l'État partie de reconsidérer sa politique de mise en détention obligatoire des « non-citoyens en situation irrégulière », et d'adopter d'autres méthodes pour assurer un processus d'immigration ordonné. »

Observations finales du Comité des droits de l'homme. Australie, 24 juillet 2000. A/55/40, vol. I (2000), paragraphes 526 et 527.

⁸ L'affaire portait sur la plainte, pour détention arbitraire, déposée par une demandeuse d'asile afghane et ses deux jeunes enfants, placés en détention pendant deux ans et dix mois, parce qu'ils se trouvaient en situation irrégulière en Australie. Le Comité a conclu que, les autorités n'ayant pas envisagé de mesures moins contraignantes, la détention sans justification suffisante de la plaignante et de ses enfants avait été arbitraire et constituait une violation du paragraphe 1 de l'article 9 du PIDCP. Comité des droits de l'homme, *Bakhtiyari c. Australie*, CCPR/C/79/D/1069/2002, 6 novembre 2003, paragraphe 9.3. Voir également *Baban c. Australie*, CCPR/C/78/D/1014/2001, 18 septembre 2003, paragraphe 7.2 ; *C. c. Australie*, 13 novembre 2002, CCPR/C/76/D/900/1999, paragraphe 8.2.

⁹ Voir par exemple le Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, Additif : Mission en Guinée équatoriale (8-13 juillet 2007), A/HRC/7/4/Add.3, paragraphe 100 (I), qui recommande dans toute la mesure du possible, de ne pas placer en détention les

ressortissants étrangers arrivant sans le visa nécessaire ou prolongeant leur séjour après expiration de leur visa. Le Comité précise que, s'il apparaît nécessaire, pour procéder à l'expulsion d'une personne, de la placer en détention, il faut alors fixer une durée maximale raisonnable limitant cette dernière.

Voir également le Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire. Additif. Mission en Angola, A/HRC/7/4/Add.4, 29 février 2008, paragraphe 97, qui rappelle, en substance, que la détention des immigrés clandestins doit être l'exception, et non la règle, et que la détention illimitée est une violation patente des normes relatives aux droits humains qui encadrent la privation de liberté. Le Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire sur sa mission au Royaume-Uni affirme, concernant la question des immigrants et des demandeurs d'asile, E/CN.4/1999/63/Add.3 [1999], paragraphe 26 :

Le Gouvernement devrait s'assurer que les demandeurs d'asile ne sont détenus que pour des motifs légitimes au regard du droit international et seulement en dernier recours; la durée de la détention doit être la plus brève possible.

Le Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire. Additif. Visite en Australie, 24 octobre 2002, E/CN.4/2003/8/Add.2, paragraphe 64, recommande (2(ii)) de :

[...] remettre en liberté les personnes à même de fournir des garanties dignes de foi (parents ayant la nationalité australienne ou résidant de manière régulière et permanente en Australie, organisations de bienfaisance apportant leur parrainage ou se portant garantes, etc.) et de les accueillir au sein de la société, le temps qu'une décision soit prise. En cas de refus d'autoriser la personne à rester en Australie, la détention ne devrait être envisagée que si l'intéressée refuse de se soumettre à la décision.

¹⁰ Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, 18 décembre 1998, E/CN.4/1999/63/Add. 3, paragraphe 33. Le Groupe de travail sur la détention arbitraire a par ailleurs déclaré que le placement obligatoire en détention des migrants en situation irrégulière, quelle que soit leur situation personnelle, constituait une violation de la prohibition de la détention arbitraire, telle qu'elle est définie à l'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Il a recommandé que des mesures de substitution et non privatives de liberté telles que l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités devraient toujours être envisagées avant de recourir à la détention. Voir le Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire. Additif. Rapport sur la mission du Groupe de travail au Royaume-Uni concernant la question des immigrants et des demandeurs d'asile, 18 décembre 1998, E/CN.4/1999/63/Add.3, recommandation 33.

On notera également que, dans sa Résolution 2000/21, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme [ONU] a expressément encouragé « les États à adopter d'autres modalités que la détention, par exemple celles énumérées dans les Principes directeurs concernant les critères et normes applicables à la détention de demandeurs d'asile » (paragraphe 6).

¹¹ Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, 10 janvier 2008, A/HRC/7/4, paragraphe 53. Voir également le Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, E/CN.4/1999/63, paragraphe 69, garantie 13: « Des mesures autres que la rétention administrative doivent être prévues. » Également, au paragraphe 78 : « Le Groupe de travail recommande d'établir des critères rationnels pour régir l'entrée sur le territoire national et l'insertion des immigrants et des demandeurs d'asile, qui ne devraient faire l'objet d'une mesure de rétention qu'en tout dernier ressort. »

¹² Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention de demandeurs d'asile, Genève, 10 février 1999, directive 3 :

Là où des mécanismes de contrôle peuvent être employés comme alternatives viables à la détention [...], celles-ci devraient être appliquées en premier, à moins qu'il n'existe des éléments tangibles suggérant que de telles alternatives ne seront pas efficaces dans le cas individuel en question. La détention ne devrait avoir lieu qu'après l'examen complet de toutes les alternatives possibles, ou lorsqu'il a été démontré que les mécanismes de contrôle n'ont pas atteint leur but légal et légitime.

Voir également l'Agenda pour la protection du Comité exécutif du programme du Haut Commissaire, EC/52/SC/CRP.9/Rev.1, 26 juin 2002, 3^e partie, but 1, point 9 : « Les États devraient examiner de façon plus concertée les solutions de rechange à la détention des demandeurs d'asile et des réfugiés. »

¹³ Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention de demandeurs d'asile, directive 4.

Voir également *Détention des demandeurs d'asile et des réfugiés : le cadre, le problème et la pratique recommandée*, Comité exécutif du programme du Haut Commissaire, EC/49/SC/CRP.13, 4 juin 1999.

La directive 4, qui traite des alternatives à la détention, dispose notamment ce qui suit :

Il convient d'examiner toutes les alternatives possibles à la détention d'un demandeur d'asile jusqu'à la détermination de son statut. L'évaluation individuelle des circonstances personnelles du demandeur d'asile concerné et les conditions locales prédominantes devraient influencer sur le choix d'une solution de rechange. Les solutions de rechange à la détention pouvant être prises en considération, sont les suivantes :

(i) Exigences de contrôle. Exigences de présence: un demandeur d'asile peut ne pas être détenu, à condition qu'il se conforme aux exigences de justifier de sa présence régulièrement pendant la procédure de détermination du statut. La libération pourrait être faite sur la base de l'engagement du demandeur d'asile lui-même, sinon ou en plus de celui d'un membre de la famille, d'une ONG ou un groupe communautaire qui garantirait que les demandeurs d'asile se présente périodiquement aux autorités, qu'ils sont en conformité avec les procédures de détermination du statut et qui garantirait leur présence aux auditions et aux rendez-vous officiels. Exigences de résidence: un demandeur d'asile ne serait pas détenu, à condition qu'il réside à une adresse spécifique ou dans une région administrative particulière, tant que son statut n'a pas été déterminé. Les demandeurs d'asile devraient obtenir une autorisation avant de changer d'adresse ou de déménager de la région administrative. Néanmoins, celle-ci ne serait pas refusée sans motif valable, quand le but principal du déménagement serait la réunification de la famille ou le rapprochement avec des membres de la famille.

(ii) *Obtention d'un garant* Il serait requis du demandeur d'asile d'avoir une personne se portant garante, responsable d'assurer sa présence aux rendez-vous officiels et aux auditions; si le garant devait faillir à sa responsabilité, une sanction, le plus probablement une amende représentant une somme d'argent, serait prise à son encontre.

(iii) *Libération sous caution* Cette alternative permet au demandeur d'asile en détention de demander sa libération sous caution, soumise à l'obtention d'un garant. Pour que ceci soit véritablement à la disposition des demandeurs d'asile, ils doivent en être informés et le montant de la caution ne doit pas être prohibitif.

(iv) *Centres ouverts* Les demandeurs d'asile peuvent être relâchés à condition qu'ils résident dans des centres collectifs spécifiques où ils seraient autorisés à entrer et sortir à des horaires pré-établis.

Ces alternatives ne constituent pas une liste exhaustive. Elles identifient des options qui donnent aux autorités de l'État un degré de contrôle sur les lieux de résidence des demandeurs d'asile, tout en accordant à ces derniers la liberté de circulation fondamentale.

¹⁴ Résolution 2000/21 de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, adoptée le 18 août 2000, paragraphe 6.

¹⁵ Rapport présenté par la rapporteuse spéciale des Nations unies sur les droits de l'homme des migrants, E/CN.4/2003/85, paragraphe 43.

¹⁶ Le Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire a déclaré qu'un mineur non accompagné ne devait jamais être placé en détention. Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire sur sa mission au Royaume-Uni concernant la question des immigrants et des demandeurs d'asile, 18 décembre 1999, E/CN.4/1999/63/Add.3, paragraphe 37. HCR (1997), Normes sur les politiques et procédures à appliquer dans le cas des enfants non accompagnés en quête d'asile, Genève, norme 2 ; HCR, Principes directeurs sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile, principe directeur 6 : « Les mineurs non accompagnés ne devraient pas, en règle générale, être détenus. »

¹⁷ L'Assemblée générale des Nations unies, dans sa Résolution 57/176 sur la traite des femmes et des filles, en date du 30 janvier 2003 (paragraphe 8), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans ses Observations finales concernant l'Ukraine, en date du 24 septembre 2001 (E/C.12/1/Add.65, paragraphe 29) et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, dans ses Observations finales relatives au Kirghizistan, en date du 30 janvier 2004 (CEDAW/C/2004/I/CRP.3/Add.1/Rev.1, paragraphe 160) appellent également les États à veiller à ce que les victimes de la traite ne soient pas sanctionnées.

¹⁸ Principes et directives concernant les droits de l'homme et la traite des êtres humains : recommandations (Haut-Commissariat aux droits de l'homme), E/2002/68/Add.1, directive 2, paragraphe 6, directive 4, paragraphe 5, directive 6, paragraphe 1.

¹⁹ Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions où des dérogations, E/CN.4/1985/4, Annexe [les Principes de Syracuse].

²⁰ Principes de Syracuse, principes 15-18. PIDCP, Article 15; ECHR, Article 9 (ii).

²¹ Voir, de façon générale, les Principes de Syracuse, principes 10 et 11.

10. « Chaque fois, que le Pacte, exige que la restriction soit "nécessaire" ce terme implique que la restriction :

a) est fondée sur l'un des motifs dont l'article pertinent du Pacte considère qu'il justifie une restriction,

b) répond à une nécessité pressante d'ordre public ou social,

(c) poursuit un but légitime, et

(d) est proportionnée à ce but.

Toute appréciation de la nécessité d'une restriction doit reposer sur des considérations objectives. »

11. « L'État qui applique une restriction ne doit pas user à cette fin de moyens plus restrictifs qu'il n'est nécessaire. »

²² Le droit de circuler librement, entre autres, ne peut être l'objet de restrictions que si celles-ci sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui (PIDCP, article 12(3)).

²³ Observation générale n°27 : liberté de circulation (article 12), 2 novembre 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, paragraphe 14. Voir également l'Observation générale 31 du Comité des droits de l'homme, en date du 29 mars 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, paragraphe 6.

²⁴ Recommandation générale n° 30 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale concernant la discrimination contre les non-ressortissants, 1^{er} octobre 2004, CERD/C/GC/31/Rev.4.

²⁵ Voir également le document consacré en 1997 aux alternatives à la détention (en anglais) par le Conseil européen pour les réfugiés et les exilés (CERE), 1997, sur http://www.ecre.org/policy/research_papers.shtml ou <http://www.ecre.org/files/alterns.pdf>. (Différentes solutions sont discutées dans ce document, notamment la remise en liberté, sous la surveillance d'organismes locaux de protection de l'enfance, d'organisations de la société civile ou de particuliers, ainsi que d'autres restrictions générales prévoyant des astreintes relatives au lieu de résidence, un contrôle judiciaire ou le placement en centre ouvert.)

²⁶ Voir par exemple le rapport présenté à la suite de sa visite en Italie par la rapporteuse spéciale des Nations unies sur les droits de l'homme des migrants, E/CN.4/2005/85/Add.3.

²⁷ HCR, *Alternatives to Detention of Asylum-seekers and Refugees* (non traduit), avril 2006. POLAS/2006/03, paragraphe 84 [Alternatives to Detention].

²⁸ *Alternatives to Detention*, Présentation par pays : Nouvelle-Zélande.

²⁹ Comme le souligne le HCR, cette étude contient un certain nombre d'exemples d'évolution positive. C'est notamment le cas en Ouganda, où la mise en place de camps de réfugiés ouverts et l'attribution de cartes d'identité de réfugiés ont permis de diminuer la pratique de la détention des demandeurs d'asile sans papiers ; ou encore en Zambie, où l'utilisation de cartes d'identité biométriques et l'adoption d'un programme d'enregistrement efficace se traduisent par un recours moins fréquent à la détention ; ou encore au Kenya, où le gouvernement s'oriente vers des camps plus ouverts, dont les résidents peuvent obtenir des permis de

sortie accordés par le HCR, et où les demandeurs d'asile non enregistrés ne risquent plus d'être pris dans des rafles organisées dans les villes, à la recherche de migrants en situation irrégulière, pour être ensuite placés en détention et expulsés. *Alternatives to Detention*, paragraphe 123.

³⁰ Aux termes des Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention de demandeurs d'asile (texte révisé) (février 1999), les États ne peuvent pas placer en détention un demandeur d'asile uniquement parce qu'il s'est présenté avec des papiers qui n'étaient pas en règle. Principe 3 : « *En ce qui concerne l'utilisation frauduleuse de documents ou de demandeurs d'asile voyageant sans document, la détention est acceptable seulement lorsqu'il y a une intention d'abuser les autorités ou un refus de coopérer avec elles. Les demandeurs d'asile arrivant sans document, parce qu'ils ne sont pas en mesure d'en obtenir dans leur pays d'origine, ne devraient pas être détenus pour cette seule raison.* » Voir également Comité exécutif du HCR, Conclusion n° 44 (XXXVII) sur la détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile [1986], paragraphe (i).

³¹ Les modalités du contrôle judiciaire varient énormément selon les pays, aussi bien en termes de fréquence des visites que du coût à supporter par les personnes. La France, le Luxembourg et l'Afrique du Sud exigent des demandeurs d'asile qu'ils se présentent en personne pour renouveler leurs papiers d'identité. Lorsque les demandeurs d'asile sont tenus de renouveler fréquemment leurs papiers, cette obligation peut constituer de fait une forme de contrôle judiciaire. Au Luxembourg et en Afrique du Sud, par exemple, ils doivent le faire tous les mois. Au Royaume-Uni, l'obligation de se présenter à un centre de référence et les visites effectuées sur les lieux de résidence des demandeurs d'asile déterminent l'accès à une assistance des pouvoirs publics. Voir *Alternatives to Detention*, paragraphe 106.

³² Ainsi, alors que la loi autrichienne prévoit des « *mesures plus clémentes* » (obligation de se présenter aux autorités tous les deux jours et de vivre à une adresse imposée), qui plus est obligatoire pour les mineurs, seuls 622 étrangers en ont bénéficié en 2003. En Grèce, où la loi prévoit expressément d'astreindre les personnes à un contrôle judiciaire hebdomadaire ou bihebdomadaire et permet de confier au HCR et aux ONG certains cas particuliers, aucune information concernant la fréquence du recours à de telles mesures n'est disponible. *Alternatives to Detention*, paragraphe 107.

³³ Voir *Alternatives to Detention*, paragraphe 92.

³⁴ Voir le Rapport présenté par le rapporteur spéciale des Nations unies sur les droits de l'homme des migrants, 25 février 2008, A/HRC/7/12, paragraphe 46, qui décrit les obstacles auxquels sont confrontés les migrants lorsqu'ils cherchent à exercer les droits que leur confère la loi en matière d'examen judiciaire de la mesure de détention dont ils font l'objet.

« *L'exercice pratique de ce droit risque alors d'être compromis par la méconnaissance du droit de faire appel, l'ignorance des motifs de la détention, la difficulté d'accès au dossier, le manque d'accès aux services gratuits d'un avocat, l'absence de service d'interprétation et de traduction et le manque général d'information dans une langue que le détenu puisse comprendre sur le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et sur l'état des locaux de détention. Privés d'avocat et d'interprète, les migrants sont souvent intimidés et contraints de signer des documents dont ils ne comprennent pas le contenu.* »

³⁵ Rapport présenté par la rapporteuse spéciale des Nations unies sur les droits de l'homme des migrants, E/CN.4/2003/85, paragraphe 39-40.

³⁶ Au Canada, le Programme de liberté sous caution de Toronto est destiné à rendre cette solution plus accessible, en proposant d'assurer la surveillance des personnes n'ayant ni famille ni autres tiers susceptibles de se porter garants pour eux. Une fois l'identité de la personne établie, le Programme le prend en charge, en lui demandant de se présenter à ses services à intervalles réguliers et en effectuant des visites inopinées chez elle. Le Programme surveille ainsi des demandeurs d'asile, ainsi que des individus dont le besoin de protection n'a pas été reconnu et dont les autorités redoutent qu'ils ne cherchent à prendre la fuite. Le Programme de liberté sous caution affiche d'excellents résultats, avec un taux de respect des procédures de 91,6 p. cent en 2002-2003. Plusieurs centres d'accueil de sans abris de Toronto proposent également leur adresse aux tribunaux, lors de l'examen de demandes de remises en liberté sous caution, pour les demandeurs d'asile qui n'ont nulle part où aller. Eux aussi enregistrent de forts taux de réussite (plus de 95 p. cent), sans même pratiquer une surveillance aussi draconienne que le Programme de liberté sous caution de Toronto. Voir *Alternatives to Detention*, paragraphe 94.

³⁷ En 2001, la South Bank University du Royaume-Uni a mené une étude sur le taux de respect de la procédure des demandeurs d'asile dont la requête avait été rejetée, considérés comme « *à haut risque de fuite* » et ayant été remis en liberté sous caution, sans autre mesure de contrôle. Pour l'ensemble du groupe, le taux de respect de la procédure, sans intervention extérieure, était de 80 p. cent. Les auteurs de cette étude concluent que des mesures plus contraignantes pourraient être nécessaires dans une minorité des cas seulement.

Voir, BRUEGEL, I. et NATAMBA, E., *Maintaining contact: What happens after detained asylum-seekers get bail?*, Social Science Research paper No 16, South Bank University, Londres 2002.

Voir également le rapport de l'Institut Vera de justice, consacré au Programme américain d'assistance à la réponse aux convocations, qui indique que 84 p. cent des demandeurs d'asile soumis à une « *surveillance normale* », avec des services de soutien et des référents, se sont présentés à toutes les audiences, notant d'ailleurs que cette proportion n'était pas meilleure chez les personnes soumises à un régime de « *surveillance intensive* ». Voir *Alternatives to Detention*, paragraphe 94.

³⁸ Comme le relève *Alternatives to Detention*, la manière très inégale dont sont mis à contribution les centres d'accueil et d'hébergement en Europe et le manque de données officielles en la matière ne permettent pas de vraiment juger de leur efficacité. Voir *Alternatives to Detention*, paragraphe 108.

³⁹ La Commission européenne, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la Directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, COM(2007) 745 final, Bruxelles, 26 novembre 2007, section 3.4.1. « Liberté de circulation et séjour », <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0745:FIN:FR:PDF>

⁴⁰ En Suède, où la plupart des demandeurs d'asile sont accueillis dans des appartements meublés pour familles ou pour groupes de personnes isolées, les statistiques officielles montrent que, entre janvier et septembre 2003, seuls 2 810 dossiers sur 22 314

traités ont été « annulés » (l'intéressé ayant soit pris la fuite, soit accepté de son plein gré de repartir, ou la procédure ayant été classée pour diverses autres raisons). La résidence au sein de la société, sans restriction, constitue donc une solution efficace, qui garantit le respect de la procédure d'asile en Suède. Voir *Alternatives to Detention*, paragraphe 111.

On retrouve des résultats tout aussi satisfaisants en Grèce, où seuls 12 p. cent des demandeurs d'asile hébergés dans des centres d'accueil ouverts et des foyers gérés par la Croix-Rouge ou d'autres ONG ne se présentent pas au premier ou au deuxième entretien relatif à leur requête, ce qui entraîne la suspension de la procédure, puis son abandon. Les demandeurs logés dans ces centres et foyers doivent obtenir une permission pour toute absence et, à défaut, risquent de voir le traitement de leur demande interrompu. « Bien que la Grèce soit un important pays de transit, il s'agit là d'un taux de défaut de présence relativement bas, qui tend à prouver qu'en fournissant un accueil approprié, même dans le cadre d'un système très ouvert, on peut améliorer les taux de respect de la procédure », peut-on lire dans *Alternatives to Detention*, le document du HCR déjà cité. Voir *Alternatives to Detention*, paragraphe 112.

⁴¹ Aux termes des Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention de demandeurs d'asile (texte révisé), les États ne peuvent pas placer en détention un demandeur d'asile uniquement parce qu'il s'est présenté avec des papiers qui n'étaient pas en règle. *Ce qui doit être établi est l'absence de bonne foi, de la part du demandeur, au cours du processus de vérification d'identité. En ce qui concerne l'utilisation frauduleuse de documents ou de demandeurs d'asile voyageant sans document, la détention est acceptable seulement lorsqu'il y a une intention d'abuser les autorités ou un refus de coopérer avec elles. Les demandeurs d'asile arrivant sans document, parce qu'ils ne sont pas en mesure d'en obtenir dans leur pays d'origine, ne devraient pas être détenus pour cette seule raison.* » Voir également *Alternatives to Detention*, paragraphe 122.

⁴² Examinant le rapport de Norvège concernant le respect de ses obligations au titre du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme a exprimé « sa préoccupation au sujet de l'imprécision du critère des « considérations sociales impérieuses » appliqué pour restreindre le droit qu'a un ressortissant étranger de choisir son lieu de résidence, et de sa conformité avec l'article 12 du Pacte ». Voir Observations finales du Comité des droits de l'homme. Norvège. 4 novembre 1993, CCPR/C/79/Add.27, paragraphe 9.

⁴³ Comme l'a reconnu le Comité des droits de l'homme, la liberté de circulation est un droit dont le champ est large et qui couvre notamment la liberté de quitter le territoire d'un État d'accueil, sans être subordonnée à un but particulier ni à la durée que l'individu décide de passer en dehors du pays. Lorsque cet individu est un migrant en situation irrégulière et ne dispose donc pas d'un statut légal dans le pays où il se trouve, il a lui aussi le droit de choisir l'État de destination. Toute restriction apportée au droit à la liberté de circulation doit non seulement servir un objectif légitime, mais également être nécessaire à sa réalisation. Comité des droits de l'homme, Observation générale 27 (Liberté de circulation [Article 12]), 2, 2 novembre 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, paragraphes 2, 8, 11, 13, 14.

⁴⁴ Voir, US Customs and Immigration, "Alternatives to Detention" <http://www.ice.gov/partners/dro/details.htm> ; Human Rights First, Alternatives to Detention, "Ankle Bracelets for Asylum-seekers in Florida" http://www.humanrightsfirst.org/asylum/libertys_shadow/LS_6_Alternatives.pdf ; Joint Council for the Welfare of Immigrants (UK), "Electronic monitoring of asylum-seekers", <http://www.icwi.org.uk/policy/ukpolicy/mediafactsheet%20on%20Electronic%20monitoring%20of%20asylum%20seekers.pdf> ; Government of Scotland, "An evaluation of the Use of Electronic Monitoring as a Condition of Bail in Scotland", 2007, <http://www.scotland.gov.uk/Publications/2007/06/20102655/3>.

⁴⁵ Pour des exemples de cas dans lesquels la surveillance électronique apparaît induire des conditions draconiennes constituant de fait une assignation à résidence de personnes en attente d'expulsion pour raisons de sécurité, voir *Royaume-Uni*. « Je demande justice », décembre 2005 (index AI : EUR 45/056/2005), <http://www.amnesty.org/fr/library/info/EUR45/056/2005/fr>.