



Assemblée générale

Distr. générale
2 avril 2012
Français
Original: anglais

Conseil des droits de l'homme

Vingtième session

Point 3 de l'ordre du jour

**Promotion et protection de tous les droits de l'homme,
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,
y compris le droit au développement**

Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau

Résumé

Le présent rapport est soumis conformément à la résolution 17/12 du Conseil des droits de l'homme. Il s'agit du premier rapport présenté par le nouveau Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, M. François Crépeau, qui a pris ses fonctions le 1^{er} août 2011. Ce rapport récapitule les activités entreprises par le titulaire du mandat depuis sa prise de fonctions. La partie thématique met surtout l'accent sur la détention des migrants en situation irrégulière. La première partie du rapport thématique fixe le cadre juridique international et régional des droits de l'homme, y compris à l'égard des catégories de migrants ayant des besoins de protection spéciaux, tandis que la deuxième partie met l'accent sur les solutions de remplacement à la détention. Le rapport appelle l'attention sur les travaux des précédents titulaires de mandat, que reflètent leurs rapports sur les droits de l'homme des migrants privés de liberté (E/CN.4/2003/85) et sur la criminalisation des migrations irrégulières (A/HRC/7/12 et A/65/222).

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Activités du Rapporteur spécial	1–4	2
A. Visites dans les pays	1–2	2
B. Communications avec les États	3	2
C. Autres activités	4	2
II. Détention de migrants en situation irrégulière	5–67	2
A. Cadre juridique international et régional des droits de l’homme	5–47	2
B. Solutions de remplacement à la rétention administrative des migrants	48–67	13
III. Conclusions et recommandations.....	68–78	19

I. Activités du Rapporteur spécial

A. Visites dans les pays

1. Durant la période considérée, le Rapporteur spécial a effectué une visite en Albanie, du 5 au 13 décembre 2011.
2. En 2012 et 2013, le Rapporteur spécial mettra surtout l'accent sur la région Europe-Méditerranée, et plus précisément sur la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne. Au cours de l'année, il envisage d'effectuer des visites en Grèce, en Italie, en Tunisie et en Turquie.

B. Communications avec les États

3. Depuis sa prise de fonctions le 1^{er} août 2011, le Rapporteur spécial a envoyé 12 communications. Il remercie de leur collaboration tous les gouvernements ayant répondu et invite les autres à le faire et à prendre en considération l'ensemble des questions soulevées dans chaque communication.

C. Autres activités

4. Au cours de la période considérée, le Rapporteur spécial a participé à diverses manifestations internationales. Il a fait une déclaration orale à l'Assemblée générale à New York le 21 octobre 2011. Du 8 au 10 novembre 2011, il a participé, à Djibouti, à une réunion d'experts sur les réfugiés et les demandeurs d'asile en détresse en mer, organisée par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux réfugiés (HCR). Du 29 novembre au 2 décembre 2011, il a participé au Forum mondial sur la migration et le développement à Genève et aux manifestations organisées en marge. Il a pris part à la dixième réunion de coordination sur la migration internationale, qui s'est tenue les 9 et 10 février 2012 à New York. Les 22 et 23 mars 2012, il a participé à une consultation d'experts sur les droits de l'homme aux frontières internationales, organisée à Genève par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH).

II. Détention de migrants en situation irrégulière

A. Cadre juridique international et régional des droits de l'homme

1. Droit à la liberté et à la sécurité de la personne

5. La Déclaration universelle des droits de l'homme garantit à tout un chacun, y compris les migrants en situation irrégulière, le droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne (art. 3) et précise que «nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ni exilé» (art. 9). Le paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que tout individu a droit à la liberté et la sécurité de sa personne, que nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire, ni ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi. Dans son Observation générale n° 8 (1982) sur le droit à la liberté et la sécurité de la personne, le Comité des droits de l'homme, qui est chargé de surveiller l'application du Pacte, précise que cette disposition «s'applique à tous les cas de privation de liberté ... [y compris] le contrôle de l'immigration». La Convention internationale sur la protection des droits de

tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille protège également le droit à la liberté et à la sécurité de la personne et précise que les travailleurs migrants, quel que soit leur statut, ne peuvent pas faire l'objet, individuellement ou collectivement, d'une arrestation ou d'une détention arbitraire, et qu'ils ne peuvent être privés de leur liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi (art. 16, par. 1 et 4).

6. Le fait qu'une personne se trouve illégalement sur le territoire d'un État ne signifie pas qu'elle n'est pas protégée par les normes internationales relatives aux droits de l'homme. Dans son Observation générale n° 31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, le Comité des droits de l'homme a indiqué que «la jouissance des droits reconnus dans le Pacte, loin d'être limitée aux citoyens des États parties, doit être accordée aussi à tous les individus, quelle que soit leur nationalité ou même s'ils sont apatrides, par exemple demandeurs d'asile, réfugiés, travailleurs migrants et autres personnes qui se trouveraient sur le territoire de l'État partie ou relèveraient de sa compétence».

7. Au niveau régional, le droit à la liberté et à la sécurité de la personne est protégé par l'article 6 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, par l'article 7 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, par l'article 14 de la Charte arabe des droits de l'homme et par l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2. Motifs exceptionnels de rétention administrative des migrants

8. Le Rapporteur spécial a relevé que les États invoquaient toute une série de raisons pour justifier la détention des migrants, et que certains États voyaient la migration irrégulière comme un problème de sécurité nationale ou une question relevant du droit pénal, et négligeaient les aspects de cette problématique relatifs aux droits de l'homme. Différents types de migrants peuvent se trouver confrontés à la détention, notamment ceux qui sont sans papiers ou se trouvent en situation irrégulière, les demandeurs d'asile qui attendent le résultat de leur demande et les demandeurs déboutés qui attendent leur expulsion. Comme tient à le souligner le Rapporteur spécial, rien n'indique que la détention a un effet dissuasif sur l'immigration clandestine ni ne décourage les demandes d'asile. En dépit des politiques de plus en plus sévères qui ont été appliquées partout dans le monde depuis les vingt dernières années, le nombre d'immigrants clandestins n'a pas diminué. Cela peut s'expliquer entre autres par le fait que les migrants perçoivent peut-être la détention comme faisant inévitablement partie de leur périple.

9. Pour ne pas violer le droit à la liberté et à la sécurité de la personne et pour protéger contre l'arbitraire, il faut que la détention des migrants soit prescrite par la loi et qu'elle soit nécessaire, raisonnable et proportionnelle aux objectifs visés. Les motifs légitimes de mise en détention sont les mêmes pour les migrants que pour toute autre personne: ils sont d'application dès lors qu'une personne risque de se soustraire à une procédure judiciaire ou administrative devant la concerner à court terme ou lorsqu'elle présente un danger pour elle-même ou pour la société.

10. La mise en détention motivée par des impératifs de sécurité pose des risques particuliers pour les migrants, qui risquent de se trouver en détention pour de longues périodes, voire sans limite dans le temps, sur la base de critères vagues. Le Rapporteur spécial aimerait souligner que la détention pour motifs sécuritaires ne peut être imposée qu'après évaluation individuelle de chaque cas, pour la durée la plus courte possible et dans le respect de toutes les garanties procédurales.

11. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne donne pas une liste exhaustive de tous les motifs reconnus de détention, ce qui signifie qu'une évaluation doit être faite au cas par cas. Au paragraphe 9.2 de sa communication n° 560/1993, le Comité

des droits de l'homme soutient «[qu'il ne faut pas] donner au mot "arbitraire" le sens de "contraire à la loi" mais [qu'il faut] l'interpréter plus largement pour viser notamment ce qui est inapproprié et injuste. De plus, la détention provisoire pourrait être considérée comme arbitraire si elle n'est pas nécessaire à tous égards, par exemple pour éviter que l'intéressé ne prenne la fuite ou soustraie des preuves: l'élément de proportionnalité doit intervenir ici».

12. Contrairement au Pacte, la Convention européenne des droits de l'homme donne une liste exhaustive de situations dans lesquelles la détention peut être autorisée. Selon l'alinéa f du paragraphe 1 de l'article 5, la détention de migrants n'est permise que dans deux cas particuliers: «s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours». Dans le jugement *Vasileva c. Danemark*, la Cour européenne des droits de l'homme a noté que la liste d'exceptions au droit à la liberté donnée au paragraphe 1 de l'article 5 était exhaustive et que seule une interprétation stricte de ces exceptions s'accordait avec l'esprit de cette disposition, à savoir que nul ne peut être arbitrairement privé de sa liberté.

3. Criminalisation de la migration

13. Le Rapporteur spécial note avec préoccupation que, dans certains pays, l'entrée et le séjour clandestins sont considérés comme des infractions pénales. Il tient à souligner que tel ne devrait jamais être le cas: il ne s'agit pas en soi d'infractions ou de délits contre les personnes, les propriétés ou la sécurité nationale. Il importe en effet de souligner que les migrants clandestins ne sont pas des criminels par nature et ne doivent pas être traités comme tels. À ce propos, le Groupe de travail sur la détention arbitraire a estimé 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» (A/HRC/7/4, par. 53).

14. Le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, impose aux États parties d'ériger en infraction pénale le trafic illicite de migrants. Cependant, cette exigence ne s'applique pas aux migrants faisant l'objet d'un tel trafic. Il est précisé dans le Protocole que les migrants ne deviennent pas passibles de poursuites pénales en vertu du Protocole, du fait qu'ils ont été l'objet d'un trafic illicite.

4. Garanties procédurales dans le contexte de la rétention administrative des migrants

15. Placés en détention, les migrants peuvent être particulièrement vulnérables, en ce sens que certains peuvent ne pas pratiquer la langue du pays et ne pas comprendre les raisons de leur détention, ou ne pas être au courant des recours devant leur permettre de contester la légalité de leur détention. L'attention du Rapporteur spécial a été attirée sur le fait que les migrants en détention se voient fréquemment dénier les garanties procédurales essentielles, telles que l'accès rapide à un avocat, des services d'interprétation et de traduction, les soins médicaux nécessaires, la possibilité d'entrer en contact avec des membres de leur famille ou des représentants du consulat, et les voies de recours contre la mise en détention. Le Rapporteur spécial n'ignore pas que, même lorsque toutes les procédures ont été correctement appliquées, la détention peut toujours être perçue comme arbitraire lorsqu'il existe une suspicion de mauvaise foi de la part des autorités¹.

16. Au paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il est dit que tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des

¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Čonka c. Belgique*, 5 février 2002.

raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui. Le paragraphe 5 de l'article 16 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille garantit le même droit aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille. Le Groupe de travail sur la détention arbitraire a indiqué dans sa délibération n° 5 sur la situation des immigrants et des demandeurs d'asile que la mesure de rétention doit être notifiée par écrit dans une langue comprise du demandeur ou de l'immigrant, avec un exposé des motifs, et préciser les conditions dans lesquelles le demandeur d'asile ou l'immigrant doit pouvoir exercer une voie de recours devant une autorité judiciaire.

17. Selon l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme de détention ou d'emprisonnement, toute personne soumise à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement sera informée de ses droits, au moment de son arrestation, dans une langue qu'elle comprend, ainsi que de la manière dont elle peut se prévaloir de ces droits. Cet ensemble de principes dispose également que toutes les personnes détenues ont le droit de se faire assister, gracieusement si nécessaire, d'un interprète et d'un avocat, et de bénéficier rapidement d'un examen médical. Le droit de communiquer avec le monde extérieur leur est également accordé, en particulier avec leur famille et leur défenseur.

18. Selon le paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. Dans son Observation générale n° 8, le Comité des droits de l'homme précise que cela s'applique à tous les cas de privation de liberté, et notamment dans le cadre du contrôle de l'immigration. Le paragraphe 8 de l'article 16 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille offre les mêmes garanties aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille privés de liberté et garantit en outre le droit de bénéficier, à titre gracieux, des services d'un interprète, si nécessaire, si le migrant ne comprend pas ou ne parle pas la langue du pays. De telles garanties ont leur importance non seulement en première instance, mais aussi en appel.

19. Au niveau régional, le droit de saisir la justice pour décider de la légitimité de la détention est garanti par l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, l'article 7 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, l'article 14 de la Charte arabe des droits de l'homme et le paragraphe 4 de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Plusieurs cas dans lesquels ce droit a été restreint ont été portés à l'attention du Rapporteur spécial, dus entre autres aux délais trop longs entre le début de la détention et la date de la première procédure de réexamen.

20. Les migrants mis en détention ont le droit de communiquer avec les autorités de leur pays d'origine par l'intermédiaire des autorités consulaires et diplomatiques. Le paragraphe 7 de l'article 16 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille dispose que, si des travailleurs migrants ou des membres de leur famille sont mis en détention, les autorités consulaires ou diplomatiques de leur État d'origine ou d'un État représentant les intérêts de cet État sont informées sans délai, à leur demande, de leur arrestation ou de leur détention et des motifs invoqués, et que les intéressés ont le droit de communiquer avec lesdites autorités. Le paragraphe 1 b) de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires dispose que, si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'État de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'État d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet État est détenu. Toutefois, les migrants détenus doivent être informés de leur droit de communiquer avec les autorités consulaires ou diplomatiques pour pouvoir invoquer ce droit. L'Ensemble de principes pour la

protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement dispose que, lorsqu'un étranger est détenu, il doit être promptement informé de son droit de communiquer par des moyens appropriés avec un poste consulaire ou la mission diplomatique de l'État dont il est ressortissant, ou au moins être mis en mesure de recevoir une telle communication. Cependant, le Rapporteur spécial souligne que les autorités consulaires ne doivent être approchées que si le migrant détenu en fait la demande. Il faut notamment éviter que des demandeurs d'asile puissent être signalés aux autorités consulaires sans qu'ils en soient informés et sans qu'ils aient donné leur consentement à cet effet.

5. Durée de la rétention administrative des migrants

21. Selon les informations qui sont parvenues au Rapporteur spécial, il n'est pas rare que les migrants fassent l'objet d'une rétention administrative de longue durée, pouvant parfois se prolonger au-delà d'un an. Il tient à souligner que la durée de la rétention administrative d'un migrant doit être aussi courte que possible, et que la décision de garder une personne en détention doit être revue à intervalles réguliers. Dans sa communication n° 560/1993, le Comité des droits de l'homme considère que «toute décision de maintenir une personne en détention devrait être réexaminée périodiquement de manière à pouvoir évaluer les motifs justifiant la détention. En tout état de cause, celle-ci ne devrait pas se prolonger au-delà de la période pour laquelle l'État peut fournir une justification appropriée. Par exemple, le fait que la personne visée est entrée illégalement dans le pays peut indiquer qu'une enquête est nécessaire et il peut y avoir d'autres considérations propres à l'intéressé, telles que le risque de fuite et le manque de coopération, qui peuvent justifier la détention pendant une période donnée. En l'absence de tels facteurs, la détention peut être considérée comme arbitraire, même en cas d'entrée illégale».

22. Le Rapporteur spécial tient à souligner qu'en aucun cas, les migrants ne devraient être maintenus indéfiniment en rétention administrative. Dans sa délibération n° 5, le Groupe de travail sur la détention arbitraire considère que la durée maximale de détention devrait être fixée par la loi et que la rétention ne devrait jamais être illimitée ni d'une durée excessive. Pour le Groupe de travail, il y a privation arbitraire de liberté «lorsque des demandeurs d'asile, des immigrants ou des réfugiés font l'objet d'une rétention administrative prolongée sans possibilité de réexamen ou de recours administratif ou judiciaire» (A/HRC/16/47, annexe, par. 8 d)). Il considère également qu'au terme de la période de détention maximale établie par la loi, la personne doit être automatiquement libérée (A/HRC/13/30, par. 61).

23. Parfois, du fait du barrage de la langue ou de l'impossibilité d'être mis en contact avec un avocat, les migrants placés en détention n'ont pas conscience de leur droit de demander un réexamen de cette mesure. C'est pourquoi le Rapporteur spécial est d'avis que les mesures de mise en détention devraient être systématiquement et périodiquement réexaminées. Pour le Groupe de travail sur la détention arbitraire, il devrait y avoir dans chaque cas un contrôle automatique, régulier et judiciaire, et non pas seulement administratif, de la détention, et ce contrôle devrait porter également sur la légalité de la détention et non pas seulement sur son caractère raisonnable ou d'autres paramètres relevant de normes moins exigeantes (ibid.).

24. Il peut parfois s'avérer impossible d'expulser un migrant en situation irrégulière, notamment s'il ne possède pas les documents qui lui permettraient de regagner son pays d'origine. Il peut également y avoir d'autres obstacles d'ordre financier ou pratique à l'expulsion (par exemple en l'absence de moyen de transport disponible) ou lorsqu'il y a un risque de torture dans le pays de rapatriement (d'où l'application du principe de non-refoulement prévu à l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) empêchant l'expulsion ou le retour de

l'intéressé dans son pays. Par ailleurs, les demandeurs d'asile dont la vie ou la liberté serait menacée sur la base de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social particulier ou de leurs opinions politiques sont protégés par le principe de non-refoulement énoncé à l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés. Lorsqu'il s'avère impossible d'expulser un migrant pour des raisons indépendantes de sa volonté, celui-ci ne doit pas être détenu. Tel a également été l'avis du Groupe de travail sur la détention arbitraire, qui a relevé que «lorsque les raisons juridiques ou pratiques faisant obstacle à l'expulsion des migrants détenus ne relèvent pas de leur responsabilité, ceux-ci doivent être libérés pour éviter une détention potentiellement illimitée, qui serait arbitraire. Le principe de proportionnalité impose que la détention ait un but légitime, lequel disparaîtrait s'il n'y avait plus de perspective réelle et tangible d'expulsion» (ibid., par. 91).

6. Conditions de détention des migrants

25. Selon les informations recueillies par le Rapporteur spécial, les migrants sont parfois détenus dans des conditions ne répondant pas aux normes et qui sont inacceptables, à savoir des lieux surpeuplés, caractérisés par un manque d'hygiène et des sanitaires inexistantes ou insuffisants, et un espacement anormal des repas. L'attention du Rapporteur spécial a également été appelée sur le fait que la santé physique et mentale des migrants détenus était souvent négligée. Il se peut que les médecins et les infirmières ne soient pas toujours disponibles et qu'ils n'aient pas le pouvoir de traiter correctement leurs patients, notamment lorsque ceux-ci devraient être hospitalisés. Par ailleurs, les soins de santé génésique des femmes, en particulier des femmes enceintes, ne peuvent pas être assurés dans tous les lieux de détention.

26. Des conditions de détention ne répondant pas aux normes pourraient être assimilées à un traitement inhumain ou dégradant et accroître le risque de violation supplémentaire des droits économiques, sociaux et culturels, notamment le droit à la santé, à l'alimentation, à l'eau potable et à l'assainissement.

27. Selon le paragraphe 1 de l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. Dans son Observation générale n° 21 (1992) sur le droit des personnes privées de liberté d'être traitées avec humanité, le Comité des droits de l'homme a précisé que ce droit s'appliquait à toute personne privée de sa liberté en vertu des lois et de l'autorité de l'État et qui est détenue dans une prison, un hôpital – un hôpital psychiatrique en particulier –, un camp de détention, un centre de redressement ou un autre lieu. Il précise en outre que traiter toute personne privée de liberté avec humanité et en respectant sa dignité est une règle fondamentale d'application universelle et qu'en conséquence, cette application ne saurait dépendre des ressources matérielles disponibles dans l'État partie.

28. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille dispose que les travailleurs migrants et les membres de leur famille qui sont privés de leur liberté doivent être traités avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine et de leur identité culturelle (art. 17, par. 1). En outre, les travailleurs migrants et les membres de leur famille qui sont soumis à une forme quelconque de détention jouissent des mêmes droits que les ressortissants de cet État (ibid., par. 7).

29. L'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, qui s'applique à toutes les catégories de détenus, qu'il s'agisse de criminels ou de personnes incarcérées à la suite d'une procédure non pénale, fixe des normes minimales portant notamment sur les locaux de détention, l'hygiène personnelle, les vêtements et la literie, l'alimentation, l'exercice physique, l'accès aux journaux, aux livres et aux conseillers religieux, la communication avec le monde extérieur et les services médicaux.

30. Le Rapporteur spécial a eu communication de rapports faisant état de violences dont font l'objet les migrants en détention, tant hommes que femmes et enfants, et notamment de violences et d'agressions sexuelles. Le comportement des gardiens n'est pas toujours surveillé comme il conviendrait, surtout lorsqu'ils sont employés par des agences de sécurité privées. Des instructions pertinentes et une formation correcte du personnel ayant autorité sur les migrants détenus revêtent donc la plus haute importance.

31. En aucun cas, la détention des migrants sur la base du caractère illégal de leur présence ne devrait être de nature répressive. Dans la mesure où les migrants en rétention administrative ne sont ni reconnus coupables d'infraction pénale ni n'ont été condamnés de ce chef, ils ne doivent pas être soumis à des conditions et à un environnement de caractère carcéral, tels que le port d'un uniforme de détenu, une nette restriction des mouvements, ou l'absence d'activités récréatives et de visites. Le Rapporteur spécial a pourtant reçu des informations indiquant que les conditions caractérisant les centres de détention de migrants sont souvent comparables aux conditions carcérales, voire pires dans certains pays. Certains centres de détention de migrants n'autorisent que les visites surveillées, et leurs parloirs sont pourvus de guichets qui empêchent tout contact physique avec la famille et les amis. Les migrants détenus n'ont pas toujours accès à un téléphone, ce qui rend difficile la communication avec leur défenseur. L'attention du Rapporteur spécial a également été appelée sur l'absence d'interprètes dans certains lieux de détention, ce qui rend difficile la communication avec les migrants détenus et les expose à la désinformation.

32. Pour pouvoir surveiller les conditions de détention des migrants, le Rapporteur spécial considère que les visites indépendantes ont une importance cruciale. Le HCDH, le HCR, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), les institutions nationales de défense des droits de l'homme et les organisations non gouvernementales (ONG) doivent être autorisés à se rendre dans tous les lieux de détention. En plus de l'autorisation de ces visites, la ratification par les États du Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui autorise les visites par le Sous-Comité pour la prévention de la torture et la mise en place d'un mécanisme préventif national, revêt la plus haute importance pour une surveillance appropriée des lieux dans lesquels des migrants sont détenus. L'attention du Rapporteur spécial a été appelée sur plusieurs cas d'actes de violence de migrants désespérés dans des centres de détention, tels que tentatives de suicide, automutilations, grèves de la faim, émeutes et incendies criminels. La fréquence de telles situations pourrait sans doute être considérablement réduite si une surveillance efficace, assidue et indépendante des lieux de détention était mise en œuvre, comprenant des mécanismes sûrs et accessibles d'enregistrement des plaintes des migrants détenus.

7. Lieux de détention des migrants

33. Le Rapporteur spécial tient à souligner que les migrants en rétention administrative doivent être placés dans des centres de détention spécialisés, et en aucun cas dans des prisons ou autres établissements pénitentiaires, avec des personnes condamnées pour infraction pénale. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille dispose que les travailleurs migrants ou les membres de leur famille qui sont détenus du chef d'une infraction aux dispositions relatives aux migrations doivent être séparés, dans la mesure du possible, des condamnés ou des prévenus (art. 17, par. 3). L'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus dispose que les personnes détenues pour un motif autre qu'une infraction pénale doivent être séparées des détenus pour infraction pénale. En outre, le Groupe de travail sur la détention arbitraire a considéré dans sa délibération n° 5 que la rétention devait avoir lieu dans un établissement public spécialement affecté à cet effet, et que lorsque, pour des raisons pratiques, tel ne pouvait être le cas, le demandeur d'asile ou l'immigrant devait être placé dans des locaux distincts de ceux des personnes incarcérées à titre pénal. Au niveau

régional, les Principes et bonnes pratiques de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques² disposent que les demandeurs d'asile ou du statut de réfugié et les personnes privées de liberté pour cause d'infraction aux dispositions en matière de migrations ne doivent pas être détenus dans des établissements destinés à des personnes condamnées pour infractions pénales ou accusées d'infractions pénales.

34. Pourtant, il ressort des informations recueillies par le Rapporteur spécial que les migrants sont détenus dans toutes sortes de lieux, dont des prisons, des postes de police, des centres de détention spécialisés pour immigrants, des centres de détention officiels pour migrants, des bases militaires, des locaux de sociétés de sécurité privées, des entrepôts désaffectés, des aéroports, des bateaux, etc. Ces lieux de détention sont placés sous la responsabilité d'un grand nombre d'autorités publiques différentes, aux niveaux local, régional ou national, ce qui rend difficile l'application cohérente des normes en matière de détention. Il arrive aussi que les migrants soient rapidement transférés d'un lieu de détention à un autre, ce qui complique également la surveillance. Qui plus est, les migrants sont fréquemment détenus dans des endroits très éloignés des centres urbains, ce qui rend l'accès difficile aux familles, aux interprètes, aux avocats et aux ONG, limitant du même coup le droit des migrants à une communication réelle.

35. Les centres de détention de migrants en gestion privée posent des difficultés particulières sur le plan de la surveillance. Ils peuvent en outre être une source de préoccupation particulière si les contrats de gestion sont accordés à la société la moins disante, sans que soit apportée une attention suffisante à l'obligation de traiter les détenus avec humanité et respect de leur dignité. Les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (A/HRC/17/31, annexe) disposent que les États ne renoncent pas à leurs obligations en vertu du droit international des droits de l'homme lorsqu'ils privatisent la prestation de services qui peuvent avoir une influence sur l'exercice de ces droits. De même, le Comité des droits de l'homme a précisé dans sa communication n° 1020/2001 que le fait de confier au secteur privé des activités essentielles de l'État comportant le recours à la force et la détention de personnes ne dégageait pas l'État partie des obligations souscrites en vertu du Pacte (par. 7.2).

8. Catégories de migrants ayant besoin de mesures spéciales de protection

a) Femmes

36. Lorsqu'elles sont détenues, les femmes migrantes sont exposées aux violences sexuelles, qui peuvent être le fait de détenus de sexe masculin ou de gardiens. C'est pourquoi il faut qu'elles soient séparées des hommes et placées sous la surveillance de gardiennes. Les femmes enceintes qui sont détenues ont des besoins particuliers. Le paragraphe 2 de l'article 12 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la Recommandation générale n° 26 du Comité concernant les travailleuses migrantes (2008) exigent des États parties qu'ils mettent en place à l'intention des femmes des services appropriés pour la grossesse, l'accouchement et le post-partum. Les Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile³ (ci-après appelés Principes directeurs du HCR) préconisent d'éviter, en règle générale, la détention des femmes au cours de leurs derniers mois de grossesse et celle des mères qui allaitent.

37. Les Règles des Nations Unies concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes (Règles de Bangkok), qui complètent

² Commission interaméricaine des droits de l'homme, résolution 1/08.

³ Si ces Principes directeurs visent spécifiquement les demandeurs d'asile, ils peuvent, par analogie, donner des orientations utiles pour la détention des migrants.

l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenues, disposent qu'il faut tenir compte des besoins particuliers des détenues. Plus précisément, il y est dit que les lieux de détention doivent disposer des équipements et des matériels requis pour satisfaire les besoins particuliers des femmes en matière d'hygiène et que celles-ci doivent faire l'objet d'une évaluation sanitaire pour faire ressortir les éventuels impératifs de soins de santé mentale, notamment dus à des troubles post-traumatiques, les risques de suicide et d'autodestruction, les antécédents en matière de santé génésique, y compris les grossesses en cours ou récentes, les problèmes de santé faisant suite à un accouchement ou relevant de la santé génésique, ainsi que les violences sexuelles et autres formes de violence qui auraient été subies avant l'admission dans le centre de détention. Les Règles de Bangkok prévoient en outre des soins de santé sexospécifiques, individualisés et attentifs aux traumatismes, ainsi que des soins complets de santé mentale et des programmes de réadaptation pour les femmes présentant des besoins en la matière.

b) *Enfants*⁴

38. Les enfants placés dans des centres de détention pour immigrants sont souvent traumatisés et ont du mal à comprendre pourquoi ils sont «punis» alors qu'ils n'ont commis aucun crime. Selon l'article 37 b) de la Convention relative aux droits de l'enfant, nul enfant ne peut être privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible. L'article 37 c) dispose que tout enfant privé de liberté doit être traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites, sauf circonstances exceptionnelles. L'article 37 d) dispose que les enfants privés de liberté ont le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière. Les enfants privés de liberté ont également le droit de bénéficier d'un traitement médical approprié (art. 24), d'une éducation (art. 28) et d'activités récréatives et de jour (art. 31).

39. Par ailleurs, la Convention dispose que, pour toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale (art. 3). Elle met également en avant le droit des enfants de ne pas être séparés de leurs parents contre leur gré (art. 9), et l'obligation des États de veiller à ce que des mesures appropriées soient prises pour qu'un enfant cherchant à obtenir le statut de réfugié ou considéré comme réfugié, qu'il soit seul ou non, bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire voulues (art. 22).

40. Les enfants de migrants sont souvent détenus avec leurs parents lorsque ceux-ci sont considérés comme étant en situation irrégulière, un choix justifié par la volonté de maintenir l'unité familiale. Outre que cela va à l'encontre du principe selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être privilégié et du droit de l'enfant de n'être détenu qu'en dernier ressort, cela viole également le droit de l'enfant de ne pas être puni pour les actes de ses parents (art. 2, par. 2). Cela ne signifie pas pour autant que l'intérêt supérieur de l'enfant sera à chercher dans la séparation de la famille, à savoir que les parents seront détenus et que les enfants seront confiés à une structure protectrice de remplacement. La

⁴ Par enfant, il faut entendre tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la loi applicable prévoit que la majorité est atteinte plus tôt (art. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant).

détention des parents a un effet préjudiciable sur les enfants et peut violer le droit des enfants de ne pas être séparés contre leur gré de leurs parents, de même que le droit à la protection de la famille énoncé à l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article 10 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. La décision de mettre des migrants en détention lorsqu'ils sont accompagnés de leurs enfants doit donc être prise dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. Les États doivent évaluer avec soin la nécessité d'une mise en détention dans de tels cas et préserver plutôt l'unité familiale en recherchant des solutions de substitution à la détention de la famille au complet.

41. Il est possible que des enfants aient entrepris seuls un périple migratoire, parfois après avoir été séparés de leurs parents ou d'autres adultes proches. Ces enfants non accompagnés ou séparés sont des victimes toutes désignées des violations des droits de l'homme, telles que les violences sexuelles, l'exploitation économique et la traite, et leur situation exige une attention particulière. Dans son Observation générale n° 6 (2005) sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, le Comité des droits de l'enfant a indiqué que, de manière générale, les enfants non accompagnés ou séparés ne devraient pas être placés en détention, et que la détention ne saurait être justifiée uniquement par le statut au regard de la législation relative à l'immigration ou à la résidence ou l'absence d'un tel statut. Les enfants ne devraient pas davantage être traités comme des délinquants du seul fait de leur entrée ou de leur présence illégale dans le pays. Le Groupe de travail sur la détention arbitraire a estimé que, compte tenu de la possibilité de trouver des solutions de remplacement à la détention, il était difficile de concevoir une situation dans laquelle la détention d'un mineur non accompagné s'accorderait avec les exigences précisées à l'article 37 b) de la Convention relative aux droits de l'enfant (A/HRC/13/30, par. 60). Les États devraient plutôt désigner un tuteur ou un conseiller pour chaque enfant non accompagné ou séparé et maintenir cette tutelle jusqu'à ce que l'enfant ait atteint la majorité où ait définitivement quitté le territoire ou le district de l'État concerné.

Dans les Principes et directives concernant les droits de l'homme et la traite des êtres humains – recommandations, il est demandé aux États de 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, et qu'elles ne soient pas davantage détenues, inculpées ou poursuivies au motif qu'elles sont entrées ou résident de manière illégale dans le pays, ni pour avoir pris part à des activités illicites lorsqu'elles y sont réduites par leur condition de victimes de la traite. La Rapporteuse spéciale sur la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants, a elle aussi considéré que les victimes de la traite ne devaient pas être détenues, inculpées ou poursuivies au motif qu'elles étaient entrées ou résidaient de manière illégale dans les pays de transit ou de destination (voir A/64/290).

d) *Catégories vulnérables de migrants*

43. La détention peut être particulièrement dommageable pour les catégories vulnérables de migrants, dont les victimes de torture, les personnes âgées non accompagnées, les personnes souffrant d'un handicap mental ou physique et celles vivant avec le VIH/sida. Étant donné les effets très néfastes de la détention sur le bien-être psychique des détenus, les Principes directeurs du HCR disposent qu'avant tout ordre de mise en détention de demandeurs d'asiles appartenant à des catégories vulnérables, les solutions de remplacement possibles devraient être activement recherchées. Le Rapporteur spécial est d'avis que le même principe devrait s'appliquer aux migrants vulnérables. S'il faut qu'une personne relevant de l'une de ces catégories soit détenue, il conviendrait que cela ne se fasse qu'après délivrance, par un médecin qualifié, d'une attestation précisant que la détention ne nuira pas à la santé et au bien-être de l'intéressé. Il devrait par ailleurs y avoir un suivi régulier et un soutien assuré par un personnel qualifié. Les migrants ainsi détenus

doivent également avoir accès à des services de santé appropriés, à des médicaments et des services de conseil.

44. Les personnes ayant été victimes d'actes de torture sont déjà vulnérables sur le plan psychique en raison des traumatismes qu'elles ont vécus. Leur détention peut, en elle-même, se comparer à un traitement inhumain et dégradant.

45. Selon des informations recueillies par le Rapporteur spécial, il est assez fréquent que les personnes se trouvant dans des centres de détention de migrants souffrent de maladies mentales, alors que ces centres ne disposent pas des moyens permettant de leur apporter l'attention médicale nécessaire. L'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus dispose que les personnes souffrant de maladies mentales doivent être mises en observation et traitées dans des institutions spécialisées, placées sous une direction médicale.

46. Il ressort de travaux de recherche que la détention des migrants exerce de sérieux et profonds effets préjudiciables sur la santé mentale (et parfois physique) des détenus. Pour ceux d'entre eux qui présentent des troubles mentaux préexistants, il convient de prêter sérieusement attention aux solutions de remplacement à la détention ou à des mesures qui permettent de répondre à leurs besoins de traitement, en veillant à les protéger contre une peine ou un traitement cruel, inhumain ou dégradant, et qui garantissent leur droit à des conditions de détention humaines. Par ailleurs, il peut se faire que des problèmes de santé mentale soient causés, au moins en partie, par la détention. Dans sa communication n° 900/1999, le Comité des droits de l'homme a estimé que le maintien en détention d'un migrant, alors que l'État partie connaissait son état de santé mentale et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour éviter la détérioration de son état, a constitué une violation de ses droits en vertu de l'article 7 du Pacte (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) (par. 8.4). Il a en outre considéré que «l'expulsion de l'auteur vers un pays où il est peu probable qu'il puisse obtenir le traitement nécessaire pour soigner la maladie provoquée, en tout ou en partie, par la violation des droits de l'auteur de la part de l'État partie, constituerait une violation de l'article 7 du Pacte» (par. 8.5).

e) Apatrides

47. Outre qu'ils ne bénéficient d'aucune protection consulaire ou diplomatique, les apatrides ne possèdent souvent pas de documents d'identité, et il n'y a aucun pays dans lequel ils puissent être rapatriés. Les apatrides sont particulièrement vulnérables en cas de détention prolongée. Le fait d'être apatride et de ne pas avoir un pays vers lequel se tourner pour l'obtention d'un document de voyage ne doit pas être un motif de détention illimitée, et la qualité d'apatride ne doit pas faire obstacle à une mise en liberté. Selon les Principes directeurs du HCR, les apatrides doivent pouvoir bénéficier d'un traitement de même nature que les autres détenus.

B. Solutions de remplacement à la rétention administrative des migrants

48. Le Rapporteur spécial tient à rappeler aux gouvernements qu'en 2009, l'Assemblée générale, dans sa résolution 63/184, a prié les États «de respecter les droits de l'homme et la dignité intrinsèque des migrants et de mettre un terme aux arrestations et détentions arbitraires et, le cas échéant, de réexaminer les durées de rétention des migrants en situation irrégulière afin d'éviter qu'elles ne soient excessives et, lorsque c'est possible, d'adopter des mesures autres que la rétention». Il y a de nombreuses raisons pour lesquelles la rétention des migrants devrait être évitée et des solutions de remplacement recherchées. La rétention des migrants reste bien moins réglementée et surveillée que la détention pénale, ce qui expose les migrants aux risques de détention prolongée, de conditions inappropriées et

de mauvais traitements, entre autres. Les migrants détenus ne bénéficient souvent pas de leur droit à un recours en examen de la légalité de leur détention et à un procès équitable, parfois en raison du non-accès à un défenseur ou à des services d'interprétation.

49. La détention détériore systématiquement la condition physique et mentale de quiconque en fait l'expérience. Des symptômes de dépression, d'anxiété et de troubles post-traumatiques sont monnaie courante. Une détention prolongée aggrave la sévérité de ces symptômes, que l'on détecte déjà dès les premières semaines de la détention. Des enquêtes ont montré qu'il est possible d'obtenir des taux d'obéissance aux règles ou de coopération de plus de 90 % lorsque les personnes sont libérées sous supervision et bénéficient d'une assistance appropriée. De telles solutions se sont également avérées considérablement moins coûteuses que la détention, non seulement en termes de dépenses directes, mais aussi s'agissant des coûts associés de la détention à long terme, tels que les effets sur les services de santé, les problèmes d'intégration et autres difficultés d'ordre social.

50. Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, tel qu'il est exposé plus haut, oblige les États à examiner au premier chef des solutions de remplacement à la détention des migrants qui portent moins atteinte à la vie privée. À propos d'une situation de ce type dont a eu à traiter un État partie, le Comité des droits de l'homme a considéré, dans sa communication n° 900/1999, qu'il appartenait à l'État partie de démontrer 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 qui tiendraient compte de la détérioration de l'état de l'auteur» (par. 8.2). Pour déterminer si une rétention est arbitraire, le Groupe de travail sur la détention arbitraire envisage la possibilité de faire bénéficier un étranger d'autres mesures que la rétention administrative (E/CN.4/1999/63, par. 69, garantie 13). Le Groupe de travail a estimé que «les 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» (E/CN.4/1999/63/Add.3, par. 33).

51. Au niveau régional, dans l'affaire *Vélez Loor c. Panama*, la Cour interaméricaine a estimé que «ces politiques migratoires dont l'accent est mis sur la détention obligatoire des migrants en situation irrégulière, sans faire obligation aux autorités compétentes de vérifier dans chaque cas et au moyen d'une évaluation individuelle la possibilité de recourir à des mesures moins restrictives pour obtenir les mêmes résultats, sont arbitraires»⁵. En outre, les Vingt principes directeurs sur le retour forcé du Conseil de l'Europe⁶ disposent que les États ne peuvent recourir à une décision de placement en détention que «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». Selon la directive de l'Union européenne sur les retours⁷, à moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour ne peut pas être placé en rétention.

52. Le Rapporteur spécial tient à souligner que des solutions de substitution à la détention ne doivent pas se transformer en options de substitution à la libération sans

⁵ Jugement du 23 novembre 2010.

⁶ CM(2005)40, 9 mai 2005.

⁷ Directive 2008/115/EC du 16 décembre 2008.

condition. Les personnes pouvant être libérées sans condition ne doivent pas faire l'objet de mesures de substitution.

53. De l'avis du Rapporteur spécial, l'obligation de toujours examiner les solutions de substitution à la détention (mesures non privatives de liberté) avant de recourir à la détention doit être fixée par la loi. Des lignes directrices détaillées et une formation appropriée devraient être mises au point à l'intention des juges et autres autorités représentant l'État, telles que les forces de police, les agents en poste aux frontières et les fonctionnaires des services d'immigration, afin de veiller à une application systématique des mesures non privatives de liberté en lieu et place de la détention. Ces mesures non privatives de liberté doivent être soumises à un contrôle juridictionnel et les migrants qui en font l'objet doivent avoir accès à un avocat. Lorsqu'il s'agit d'envisager des mesures de substitution à la détention, les États doivent prendre pleinement en compte les circonstances personnelles et les vulnérabilités particulières, s'agissant notamment des femmes enceintes, des enfants, des victimes de la traite, des victimes de torture, des personnes âgées et des handicapés. Dans chaque cas, c'est la mesure la moins restrictive et portant le moins atteinte à la vie privée qui doit s'appliquer. La législation doit fixer un éventail de mesures allant de la moins restrictive à la plus restrictive pour permettre d'analyser la proportionnalité et la nécessité de chaque mesure. Certaines mesures non privatives de liberté peuvent s'avérer si restrictives, par elles-mêmes ou en combinaison avec d'autres mesures, qu'elles équivalent à des formes de détention, et non à des mesures de substitution à la détention. Lorsqu'on s'interroge sur la question de savoir si les mesures appliquées sont équivalentes à une mise en détention, les effets cumulatifs des restrictions imposées, ainsi que le degré et l'intensité de chacune d'entre elles doivent également être pris en compte.

54. Les mesures non privatives de liberté doivent se conformer aux principes pertinents du droit international, parmi lesquels les principes de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité, et ne doivent pas empêcher les personnes d'exercer leurs autres droits humains, dont le droit à la santé et à l'éducation. Quant aux solutions de substitution à la détention qui imposent des restrictions à la liberté de mouvement, elles doivent s'accorder avec l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui garantit le droit à la liberté de mouvement de quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État. L'expression «légalement sur le territoire d'un État» a été utilisée à l'endroit des personnes autorisées à rester dans un pays lorsque celui-ci n'est pas en mesure de faire appliquer un arrêté d'expulsion (Comité des droits de l'homme, communication n° 456/1991). Le paragraphe 3 de l'article 12 du Pacte dispose que toute restriction du droit à la liberté de mouvement doit être prévue par la loi et est nécessaire pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui.

55. Les Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté, même si elles portent sur des mesures non privatives de liberté dans le système judiciaire pénal, peuvent, par analogie, donner des indications importantes concernant les mesures non privatives de liberté appliquées aux migrants. Ces Règles prévoient notamment que l'introduction, la définition et l'application de mesures non privatives de liberté doivent être prescrites par la loi, que les décisions relatives à l'application de telles mesures doivent être réexaminées par une instance judiciaire ou autre autorité indépendante compétente, que la personne qui en fait l'objet doit pouvoir saisir une instance judiciaire ou toute autre autorité indépendante compétente concernant les questions qui touchent à ses droits individuels dans l'application des mesures visées, que la dignité de la personne doit être protégée et la vie privée respectée. De plus, le type de supervision et de traitement le plus approprié doit être déterminé au cas par cas, cette supervision et ce traitement devant être réexaminés périodiquement et corrigés si nécessaire. Au début de l'application d'une mesure non privative de liberté, la personne recevra une explication, oralement et par écrit, des conditions régissant l'application de la mesure, notamment ses obligations et ses droits,

et l'échec d'une telle mesure ne conduira pas automatiquement à l'application d'une mesure privative de liberté.

56. Les solutions de substitution à la détention peuvent être définies comme «toute mesure législative, politique ou pratique permettant aux demandeurs d'asile, aux réfugiés et aux migrants de résider dans la communauté avec une entière liberté de mouvement pendant que le pays d'accueil tente d'éclaircir leur statut migratoire ou dans l'attente d'une mesure d'expulsion⁸». Il existe un large éventail de solutions de remplacement à la détention, parmi lesquelles l'obligation d'immatriculation, le dépôt de documents, les cautions/garanties, l'intervention d'un garant, l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, la remise en liberté moyennant prise en charge/sous surveillance, l'assignation à résidence, la surveillance électronique, le couvre-feu/assignation à domicile et le retour volontaire dans le pays d'origine.

57. L'immatriculation des migrants auprès des autorités compétentes et la remise à ces derniers de documents officiels d'immatriculation peuvent constituer une mesure efficace pour prévenir les fuites, et offrent une solution de remplacement pratique à la rétention des immigrants sans papiers. L'obligation faite aux immigrants de se présenter en personne pour le renouvellement de ces documents peut constituer de facto une obligation de présentation aux autorités. Pour ne pas être discriminatoire, une telle mesure doit également être offerte aux migrants qui n'ont pas d'adresse permanente à communiquer aux autorités compétentes aux fins d'immatriculation.

58. Le dépôt de documents (passeport ou autres documents d'identité) auprès des autorités compétentes peut être utilisé comme solution de substitution à la détention, pour éviter que les intéressés ne se soustraient aux autorités. Dans ce cas, cependant, il faut remettre aux migrants des documents de substitution, car ils en auront sans doute besoin pour louer un logement, s'inscrire à une formation, recevoir des soins de santé, etc.

59. De nombreux pays ont mis en place un système permettant la remise en liberté sous condition, moyennant le versement d'une caution ou l'apport d'un cautionnement, d'une garantie/d'un garant. Par «caution», il faut entendre le dépôt d'une somme d'argent destinée à garantir le respect des procédures d'immigration par l'intéressé. Le «cautionnement» est un accord écrit passé avec les autorités, par lequel l'intéressé s'engage à remplir ses obligations, ce qui suppose dans certains cas le dépôt d'une somme d'argent par l'intéressé lui-même ou une tierce personne. Par «garantie», il faut entendre celle qu'apporte une tierce personne en gage de respect par l'intéressé des procédures en matière d'immigration; à cet effet, la tierce personne, c'est-à-dire le «garant» s'engage à verser une certaine somme d'argent dans le cas où l'intéressé se soustrairait aux autorités. La liberté sous condition ou sous caution est fréquemment assortie d'une demande de garantie. Si de nombreux systèmes juridiques prévoient la liberté sous condition, on peut s'interroger sur le profit qu'en tirent les immigrants. La liberté sous condition peut être discriminatoire s'agissant de migrants qui ne disposent pas des moyens financiers nécessaires. Par ailleurs, le manque d'accès à une aide juridictionnelle ou à une représentation en justice et le manque de services adéquats d'interprétation peuvent également conduire à un déficit d'information pour les migrants. C'est pourquoi il importe de veiller à ce qu'ils soient conscients de leur droit de demander leur mise en liberté conditionnelle. La caution, le cautionnement et la garantie doivent avoir un caractère raisonnable et ne pas créer pour l'intéressé un fardeau excessif ou irréaliste. Quant à l'exigence de l'apport d'un garant, elle peut être discriminatoire pour les migrants qui n'ont ni parents ni amis dans le pays qui soient susceptibles de jouer ce rôle: un réseau d'ONG pourrait être encouragé à fournir caution, cautionnement ou garantie aux migrants qui en ont besoin.

⁸ International Detention Coalition, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention* (Melbourne, 2011), glossary.

60. Le fait, pour un immigrant, de se manifester périodiquement auprès des autorités, en personne ou par téléphone, peut être envisagé comme mesure de remplacement à la détention. La fréquence de cette démarche peut être journalière, hebdomadaire ou moins fréquente. Il ne faut pas que l'exigence de présentation aux autorités soit excessivement difficile à remplir ou qu'elle entraîne une restriction de la liberté de mouvement ou de la vie privée; il faut par ailleurs tenir compte de la situation particulière de l'intéressé, notamment de sa situation familiale, de sa situation aux plans du logement et de l'emploi, et de ses moyens financiers. Une obligation de se présenter fréquemment en personne aux autorités peut revenir à une limitation du droit individuel à la liberté de mouvement. L'obligation de se présenter quotidiennement ou de parcourir des distances excessives à cet effet peut constituer un frein pour le travail ou le respect d'autres obligations, et s'avérer ainsi disproportionnée par rapport aux objectifs.

61. La mise en liberté avec prises en charge/sous surveillance est une stratégie qui permet de soutenir et de prendre en charge les immigrants pendant l'examen de leur statut, l'accent étant mis sur la prise de décisions en connaissance de cause, l'obtention dans un délai raisonnable d'une décision équitable quant à ce statut, et l'adoption de meilleurs mécanismes d'adaptation et de meilleures conditions générales pour les intéressés. Les chargés de dossiers établissent des rapports personnels avec les migrants et peuvent répondre à des questions d'ordre juridique, explorer des opportunités de séjour légal, donner accès à un avocat si nécessaire, fournir des informations actualisées sur le statut migratoire, aider à résoudre des questions d'ordre logistique, etc. Habituellement, la gestion de cas correspond à trois cas de figure: la supervision par des organismes communautaires et des ONG; un programme conjoint entre le gouvernement et les ONG; ou d'autres options de prise en charge par le gouvernement. La gestion de cas peut se faire en parallèle avec d'autres mesures, telles que l'obligation pour l'intéressé de se présenter régulièrement aux autorités ou la liberté sous condition. Il convient que les migrants soient mis en mesure de se présenter aux autorités compétentes sans crainte de représailles ou de conduite discriminatoire, arbitraire ou autrement abusive de la part de l'État ou d'acteurs non étatiques dans la supervision de leur mise en liberté.

62. Habituellement, l'assignation à résidence suppose soit l'hébergement des migrants dans des foyers ou autres maisons communes, soit la désignation d'un certain périmètre ou d'une certaine région à l'intérieur du pays dont ils ne sont pas autorisés à sortir. Une autorisation préalable peut être requise pour changer d'adresse ou sortir de la région administrative concernée. Cette mesure est parfois utilisée pour partager le «fardeau» de l'accueil d'immigrants entre différentes régions à l'intérieur d'un pays donné. Il peut arriver que le lieu de résidence désigné se trouve dans une région isolée, et il importe par conséquent de veiller à ce que ce lieu autorise l'accès aux services de santé, à l'éducation et à l'aide juridictionnelle, tout en offrant des opportunités d'emploi le cas échéant. Par ailleurs, la désignation d'un lieu de résidence peut restreindre la liberté de mouvement des intéressés et doit donc être utilisée avec mesure.

63. La surveillance électronique est habituellement assurée par la pose d'un bracelet à la cheville ou au poignet, qui permet de suivre la trace d'une personne dans ses déplacements. Cette mesure peut constituer une atteinte sérieuse à la vie privée et violer le droit à la liberté de mouvement garanti par l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En outre, les effets psychologiques négatifs et de stigmatisation de la surveillance électronique risquent fort d'être disproportionnés par rapport aux avantages de cette surveillance. Elle ne devrait donc être appliquée qu'après une évaluation attentive du degré de restriction des droits de la personne qu'elle occasionnera, ainsi que de sa proportionnalité et de sa nécessité pour la réalisation d'un objectif légitime. Un autre problème que pose la surveillance électronique est la difficulté, sinon l'impossibilité dans laquelle sont ainsi placés les migrants sans résidence fixe de bénéficier de cette solution de remplacement à la détention. S'il faut finalement détenir ceux qui ne peuvent pas faire

l'objet de cette surveillance électronique, cette mesure risque d'être discriminatoire. Si la surveillance électronique est liée à d'autres restrictions, comme l'obligation de rester chez soi la majeure partie de la journée, cette restriction peut être assimilable à une assignation à résidence, ce qui équivaldrait à une mesure de détention.

64. Le couvre-feu/assignation à domicile est une mesure qui entraîne une atteinte importante à la vie privée et peut constituer une autre forme de détention plutôt qu'une mesure de substitution à celle-ci. Par conséquent, l'assignation à domicile ne devrait s'appliquer que dans des cas exceptionnels. Elle peut compliquer, voire rendre impossible l'exercice d'une activité par le migrant et du même coup le maintien d'un niveau de vie adéquat, à défaut d'un soutien de l'État. Dans sa délibération n° 1, le Groupe de travail sur la détention arbitraire a estimé que l'assignation à domicile pouvait être comparée à la privation de liberté en ce sens qu'elle se fait dans un endroit fermé que la personne n'est pas autorisée à quitter.

65. Les programmes de retour volontaire peuvent faire office de mécanismes d'aide au départ des personnes qui n'ont aucune raison à faire valoir pour rester sur le territoire du pays et ne peuvent se prévaloir d'aucune mesure de protection ou autres mesures humanitaires. Ils peuvent être la solution pour les migrants qui souhaitent rentrer dans leur pays d'origine sans en avoir les moyens. Cette formule peut aussi être une solution de remplacement humaine à la détention et à l'expulsion et, dans certaines circonstances, permettre un retour et une réinsertion organisés, dignes et durables. Toutefois, il faut s'assurer que les intéressés prennent cette décision de leur plein gré et que celle-ci résulte d'un choix véritable, effectué en connaissance de cause, surtout si le migrant est détenu dans un centre fermé lorsque l'option du retour volontaire assisté lui est présentée. Il faut en outre s'assurer que des dispositions ont été prises pour que le retour soit viable sur le long terme.

66. Pour que les solutions de remplacement à la détention soient une réussite, il faut que toutes les personnes visées par des mesures non privatives de liberté bénéficient d'informations claires et concises quant à leurs droits et leurs obligations par rapport aux mesures proposées, et aussi quant aux conséquences d'un non-respect desdites mesures. Il faut aussi que les intéressés soient traités avec dignité, humanité et respect de leurs droits humains durant tout le processus migratoire. Les migrants qui font l'objet de mesures non privatives de liberté doivent avoir accès à des conseils juridiques, notamment en ce qui concerne les procédures de régularisation et l'exploration des voies de migration légales. La délivrance de documents d'identité à ceux qui n'en ont pas est également une nécessité des formules de substitution à la détention, en ce sens qu'elle évite aux intéressés d'être remis en détention et qu'elle rend plus facile la recherche d'un logement et d'un travail, ainsi que l'accès aux soins de santé, à l'éducation et à d'autres services. Les migrants faisant l'objet de mesures non privatives de liberté ont également droit, conformément au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, à un niveau de vie suffisant (nourriture, eau, habillement, logement) (art. 11) et celui de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'ils soient capables d'atteindre (art. 12). Les migrants qui ne sont pas autorisés à travailler devraient bénéficier du soutien nécessaire de l'État pour maintenir un niveau de vie suffisant pour eux-mêmes et leur famille, et les États devraient examiner la possibilité de donner aux migrants l'accès au marché du travail. Remettre des personnes détenues en liberté si c'est pour les condamner à l'indigence n'a aucun sens. Dans la mesure où les politiques qui restreignent l'accès au logement, à une protection sociale de base et aux soins de santé dans la population immigrée en situation irrégulière ne s'accompagnent pas d'une augmentation des retours volontaires et n'ont pas d'effet dissuasif, mieux vaut les éviter.

67. Plusieurs pays réprouvant déjà la rétention dans leur législation peuvent servir d'exemple. Les États peuvent également se laisser guider par les ONG qui ont procédé à

des recherches approfondies sur les solutions de remplacement à la rétention. Par exemple, la Coalition internationale contre la détention a mis au point un modèle pour l'évaluation et le placement dans la communauté consistant en cinq étapes, et dont le but est de prévenir et de réduire la probabilité d'une détention inutile. Ces étapes sont les suivantes: 1) présupposer que la détention n'est pas nécessaire; 2) examiner et évaluer les situations au cas par cas; 3) évaluer le contexte communautaire; 4) Mettre des conditions à la libération si nécessaire; 5) ne recourir à la détention qu'en dernier ressort et dans des situations exceptionnelles.

III. Conclusions et recommandations

68. La mise en détention pour cause d'immigration ne devrait jamais être ni obligatoire ni automatique. Selon les normes internationales relatives aux droits de l'homme, ce devrait être une mesure de dernier ressort, à n'envisager que pour une période de temps aussi courte que possible et lorsque aucune autre mesure restrictive n'est applicable. Les États ont l'obligation d'adopter dans leur législation une attitude privilégiant la liberté, de commencer par examiner les mesures de substitution non privatives de liberté, de procéder à des évaluations au cas par cas et de choisir la mesure la moins restrictive ou portant le moins atteinte à la vie privée.

69. Les raisons avancées par les États pour justifier la détention doivent être clairement définies et énoncées en détail dans la législation. Si, en dernier ressort, un État a recours à la détention en application d'une politique de contrôle de l'immigration, cela ne doit se faire que lorsqu'un migrant risque de se soustraire aux autorités ou représente un danger pour lui-même ou pour la sécurité publique.

70. Il ne convient pas que la rétention administrative soit appliquée comme mesure punitive dans les cas de violation de la législation et des règlements en matière d'immigration, car ces violations ne sont pas à considérer comme des infractions pénales.

71. Le Rapporteur spécial en appelle aux États pour qu'ils adoptent une approche de la question migratoire fondée sur les droits de l'homme et réexaminent leur législation et leurs politiques en matière de détention de migrants de manière à s'assurer que les lois nationales s'accordent bien avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme, qui interdisent les détentions arbitraires et les traitements inhumains.

72. Le Rapporteur spécial en appelle aux États pour qu'ils envisagent d'abolir progressivement la rétention administrative des migrants. Entre-temps, les gouvernements sont invités à prendre des mesures axées sur le respect des droits de l'homme des migrants dans le contexte des détentions, notamment en:

a) Veillant à ce que les garanties procédurales inscrites dans le droit international relatif aux droits de l'homme et dans les législations nationales s'appliquent à toutes les formes de détention. Il faut en particulier que les motifs de détention de migrants soient inscrits dans la loi. Une décision de mise en détention ne doit être prise que par une autorité dûment habilitée pour ce faire, et tous les migrants privés de liberté doivent être informés dans une langue qu'ils comprennent, si possible par écrit, des raisons de leur mise en détention, et être autorisés à saisir la justice, de sorte que celle-ci puisse statuer sur la légalité de la mesure. Les migrants placés en détention doivent bénéficier gratuitement des services d'un avocat et d'un interprète durant la procédure administrative;

b) Veillant à ce que les migrants placés en détention soient correctement informés de leur situation et de leur droit d'entrer en contact avec un représentant du consulat ou de l'ambassade et avec des membres de leur famille. Les migrants et leurs avocats doivent avoir pleinement accès aux dossiers des migrants;

c) Veillant à ce que la loi fixe une durée de rétention maximale précédant l'expulsion et à ce que la rétention ne soit jamais sans limite dans le temps. Chaque cas de rétention doit donner lieu à un réexamen judiciaire automatique et périodique. Lorsqu'un arrêté d'expulsion ne peut pas être exécuté, il doit être mis fin à la rétention administrative;

d) Veillant à ce que les migrants en rétention administrative soient accueillis dans un établissement public spécialement conçu à cet effet ou, si ce n'est pas possible, dans des locaux autres que ceux destinés aux personnes condamnées pour infraction pénale. Les centres de détention gérés par le secteur privé sont à éviter. Les représentants d'institutions nationales de défense des droits de l'homme, mais aussi du HCDH, du HCR, du CICR et des ONG doivent être autorisés à accéder à tous les lieux de détention. Tous les lieux de détention de migrants – sous quelque forme qu'ils existent – doivent répondre à un ensemble commun de normes, de politiques et de pratiques, et être placés sous la surveillance d'une autorité centrale indépendante, chargée de veiller au respect de ces normes, politiques et pratiques;

e) Veillant à ce que l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement s'applique à tous les migrants en rétention administrative. Ces principes prévoient notamment un examen médical approprié dans les meilleurs délais possibles, et un traitement et des soins médicaux chaque fois que nécessaire, et sans frais pour les intéressés; le droit à l'assistance, à titre gracieux si nécessaire, d'un interprète et d'un avocat; le droit de communiquer avec le monde extérieur, notamment avec la famille et le défenseur; le droit d'obtenir, dans les limites des ressources publiques disponibles, un matériel éducatif, culturel et d'information;

f) Appliquant l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus aux migrants en rétention administrative, notamment en veillant à séparer les détenus administratifs des détenus condamnés pour infraction pénale et à offrir des locaux de détention d'un niveau suffisant, notamment en termes d'espace minimum, d'éclairage, de chauffage et de ventilation, d'installations sanitaires, de bains et douches, en permettant aux détenus administratifs de porter leurs propres vêtements et en offrant des services pour leur nettoyage, en offrant un lit pour chaque personne, avec une literie propre, une nourriture correcte et de l'eau potable, au moins une heure d'exercice quotidien à l'air libre, le droit de communiquer avec les proches et les amis et d'avoir accès à des journaux, des livres et des conseillers religieux, en assurant la présence d'au moins un médecin qualifié ayant des notions de psychiatrie, ainsi que d'un dentiste qualifié, et en garantissant aux migrants le droit d'adresser une requête ou une plainte à l'administration centrale de la prison, aux autorités judiciaires ou à d'autres autorités compétentes;

g) Accordant une attention particulière à la situation des femmes en détention, ce qui veut dire veiller à ce qu'elles soient séparées des hommes et surveillées uniquement par des gardiennes afin de les protéger contre les violences sexuelles, et éviter la détention de femmes enceintes et de mères allaitantes;

h) Veillant à ce que la législation ne permette pas la détention d'enfants non accompagnés et à ce que la détention d'enfants ne soit permise qu'en dernier ressort et uniquement s'il a été déterminé qu'elle était dans l'intérêt supérieur de l'enfant, pour une durée aussi courte que possible et dans des conditions permettant l'exercice

des droits inscrits dans la Convention relative aux droits de l'enfant. Il faut que les enfants placés en rétention administrative soient séparés des adultes, à moins qu'ils puissent être hébergés avec des parents dans des locaux séparés. Les enfants doivent recevoir une alimentation correcte, une literie et une assistance médicale, et se voir accorder l'accès à l'éducation et aux activités récréatives de plein air. Lorsque des enfants de migrants sont détenus, les Règles minima des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté et l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs doivent être strictement observées. La détention d'enfants dont les parents sont détenus ne doit pas se justifier par le maintien de l'unité familiale: au contraire, il convient dans ce cas d'explorer des options de remplacement à la détention pour toute la famille;

i) Veillant à ce que la législation ne permette pas que les victimes de la traite puissent être poursuivies, détenues ou sanctionnées pour cause d'entrée illégale ou de séjour illégal dans le pays, ou pour des activités auxquelles elles auraient été mêlées du fait de la traite dont elles ont fait l'objet. À cet égard, le Rapporteur spécial invite les États qui ne l'auraient pas encore fait à envisager de ratifier le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants;

j) Apportant toute la considération voulue aux vulnérabilités particulières de catégories spécifiques de migrants, parmi lesquels les victimes de torture, les personnes âgées non accompagnées, les migrants souffrant d'un handicap mental ou physique et ceux vivant avec le VIH/sida. La détention de migrants appartenant à ces catégories vulnérables et ayant besoin d'une assistance spéciale ne devrait être autorisée qu'en dernier ressort, et devrait s'accompagner d'une assistance médicale et psychologique appropriée;

k) Appliquant aux migrants apatrides les procédures de détermination du statut d'apatride, et fournissant aux personnes reconnues comme telles un statut migratoire légal.

73. Le Rapporteur spécial tient à rappeler aux gouvernements que les options de remplacement de la détention ne doivent pas devenir des options de substitution à la liberté sans condition lorsque cette libération est possible. Il appartient aux gouvernements de mettre en place des sauvegardes garantissant que les personnes remplissant les conditions pour être libérées sans condition ne soient pas dirigées vers des formules de substitution à la détention. De telles formules, si elles doivent être appliquées, doivent s'appuyer sur une approche fondée sur les droits de l'homme et, être inscrites dans la loi, ne pas avoir un caractère discriminatoire et faire l'objet d'un réexamen judiciaire, ainsi que d'une évaluation et d'un contrôle indépendants. Lorsqu'il s'agit de chercher des solutions de substitution à la détention, les gouvernements doivent prêter attention à la situation particulière de certaines catégories de migrants, telles que les enfants, les femmes enceintes et les handicapés, et appliquer les mesures portant le moins atteinte à la vie privée.

74. Le Rapporteur spécial encourage les États à recueillir des données ventilées sur le nombre de migrants en rétention administrative ou visés par différents types de mesures non privatives de liberté, et sur le taux de conformité avec ces mesures, afin d'en évaluer l'efficacité.

75. Le Rapporteur spécial encourage les États à échanger des informations avec lui à propos de leurs expériences dans l'application de solutions de substitution à la détention, en vue de recenser les meilleures pratiques.

76. Le Rapporteur spécial tient à encourager les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de ratifier le Pacte international sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

77. Le Rapporteur spécial tient à encourager les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de ratifier le Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et à mettre en place un mécanisme national préventif pour effectuer des visites dans tous les lieux de privation de liberté existants sur leur territoire, notamment les lieux dans lesquels sont détenus des migrants.

78. Le Rapporteur spécial tient à encourager les organisations de la société civile à poursuivre leurs efforts visant à étudier les violations et les abus dont les migrants peuvent être victimes dans un contexte de détention et à réunir des pièces à l'appui de ces observations, à continuer de surveiller les bonnes pratiques en termes de solutions de substitution à la détention, à mettre au point et à poursuivre des programmes d'assistance aux migrants privés de liberté, notamment par l'aide juridictionnelle, des services de traduction et une assistance sociale et psychologique, et aussi à rendre régulièrement visite aux centres de détention et autres pénitenciers dans lesquels sont détenus des migrants en situation irrégulière.
