



PARLAMENTO EUROPEO EVROPSKÝ PARLAMENT EUROPA-PARLAMENTET
EUROPÄISCHES PARLAMENT EUROOPA PARLAMENT ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΚΟΙΝΟΒΟΥΛΙΟ EUROPEAN PARLIAMENT
PARLEMENT EUROPÉEN PARLAMENTO EUROPEO EIROPAS PARLAMENTS
EUROPOS PARLAMENTAS EURÓPAI PARLAMENT IL-PARLAMENT EWROPEW EUROPEES PARLEMENT
PARLAMENT EUROPEJSKI PARLAMENTO EUROPEU EURÓPSKY PARLAMENT
EVROPSKI PARLAMENT EUROOPAN PARLAMENTTI EUROPAPARLAMENTET

Direction générale Politiques internes de l'Union
Département thématique C
Droits des citoyens et Affaires Constitutionnelles

**LE RESPECT DES OBLIGATIONS
INTERNATIONALES ET DES DISPOSITIONS DE LA
CHARTRE EUROPEENNE DES DROITS
FONDAMENTAUX DANS LA DEFINITION ET LA MISE
EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE DE RETOUR DE L'UE**

BRIEFING PAPER

Résumé:

Cette note de Briefing se concentre sur la relation avec les droits de l'homme de la proposition de *Directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*. Elle traite du champ d'application de la proposition de Directive, le changement de perspective sur les politiques nationales de retour qui est nécessaire pour que la Directive soit effective, la situation dans les zones de transit, la détention, l'effet suspensif des recours judiciaires, et le principe de confiance inter-Etats.

IPOL/C/LIBE/FWC/2005-23-SC1
PE 378.257

FR

Cette note a été demandée par la commission de Libertés civiles, sécurité et justice du Parlement européen.

Le présent document est publié dans les langues suivantes:

Auteur: prof. dr. Thomas Spijkerboer, Vrije Universiteit Amsterdam

Manuscrit achevé en Juillet 2006.

Pour obtenir des copies, veuillez vous adresser par:

Tel: 42753

Fax:2832365

E-mail: jean-louis.antoine@europarl.europa.eu

Site intranet:

<http://www.ipolnet.ep.parl.union.eu/ipolnet/cms>

Bruxelles, Parlement européen.

Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen.

"NOTE DE BRIEFING CONCERNANT LE RESPECT DES OBLIGATIONS DE LA CHARTE EUROPEENNE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LA DEFINITION ET LA MISE EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE DE RETOUR DE L'UE"

REMARQUE PRELIMINAIRE

Avant de porter notre attention sur le fond de la proposition de *Directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*¹, nous souhaitons aborder un sujet de préoccupation.

Dans de nombreux Etats membres, les normes procédurales en matière d'immigration et d'asile sont en train d'être réduites. Ces procédures offrent, par conséquent, de moins en moins de protection légale aux ressortissants de pays tiers. Tant que la protection légale offerte par ces procédures ne tombe pas sous le niveau des normes minimales stipulées dans le droit international, plus particulièrement dans la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH) telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne des Droits de l'homme, ceci n'engendre pas de problèmes de droit international. Toutefois, si cette protection tombait sous le niveau de ces normes, cela ne porterait pas seulement atteinte à la légalité de ces procédures d'immigration et d'asile en elles-mêmes, mais également à la légalité des mesures de retour et d'éloignement basées sur celles-ci. Dans ce sens, des instruments tels que la Directive CE sur les procédures d'asile et ce projet de Directive sont des vases communicants. Il est donc essentiel que les instruments de la CE relatifs aux procédures d'asile et d'immigration soient en parfait accord avec la CEDH. Sinon, la légalité des mesures de retour et d'éloignement serait mise en doute, ce qui irait à l'encontre d'une politique de retour solide.

Pour une politique de retour solide, il faut que les normes en matière de procédures d'asile et d'immigration dans d'autres instruments CE soient en parfait accord avec les normes applicables en matière de droits de l'homme.

COMMENTAIRES

Dans cette note, nous aborderons deux types de problèmes. Tout d'abord, nous traiterons deux points généraux, à savoir le champ d'application du projet de Directive et le fait que "retour" signifie le retour vers un pays tiers. Nous aborderons ensuite quelques problèmes en matière de droits de l'homme.

1. Champ d'application du projet de Directive

La Directive s'appliquera aux ressortissants de pays tiers séjournant illégalement dans un Etat membre, désignés comme (a) des personnes qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée ; ou (b) dont le séjour sur le territoire d'un État membre est irrégulier pour d'autres raisons. Nous souhaitons tout d'abord indiquer que, dans l'Article 3(b) du projet de Directive, le terme "séjour illégal" est défini sans la seconde catégorie. Les explications fournies par la Commission à ce sujet² n'élucident pas grand chose.

La Directive n'est pas claire sur ce point quant à son rapport avec le droit national. Dans les législations nationales de nombreux Etats membres, il n'existe pas de distinction absolue entre "séjour légal" et "séjour illégal". Entre ces deux extrêmes, il existe des catégories intermédiaires, telles que séjour toléré de ressortissants de pays tiers sans droit de résidence; ressortissants de pays tiers dont la demande (ou : dont le recours) est en suspens et qui sont officiellement autorisés à rester dans le pays; les ressortissants de pays tiers dont la demande

¹ COM(2005) 391 final, 2005/0167(COD), 1^{er} septembre 2005

² Numéro de document 14814/05, pp. 4, fn. 1.

(ou : dont le recours) est en suspens, qui ne sont officiellement pas autorisés à rester dans le pays, mais contre lesquels aucune mesure d'éloignement ne sera prise; etc. L'application du projet de Directive dans sa forme actuelle mènerait à un grave manque d'harmonie, ce qui n'est pas justifié par l'objet et la finalité de l'instrument. La Directive devrait donner des éclaircissements sur le fait qu'elle vise ou non à couvrir ces catégories, et dans ce cas, comment. Il est fort probable que l'on ne pourra y aboutir qu'en intégrant une définition indépendante de fond. Nous pensons qu'avant de pouvoir la rédiger, une recherche comparative exhaustive quant à la pratique des Etats membres est requise. Celle-ci pourrait être réalisée soit par des chercheurs externes soit par des négociateurs de l'Etat membre au cours du processus de négociation.

Le champ d'application de la directive devrait être défini sans avoir recours à des catégories ambiguës se référant au droit interne, ce qui devrait probablement être réalisé en intégrant une définition indépendante et de fond du terme "séjour illégal".

2. Retour à un pays tiers

L'article 3(c) définit le terme "retour" en tant que départ pour un pays tiers. Ceci implique que le retour ne signifie pas quitter le territoire de l'Etat membre dans lequel le ressortissant de pays tiers se trouve, mais quitter le territoire de l'Union européenne, ce qui a des conséquences politiques considérables qui ne sont pas mentionnées dans les documents pertinents.

Jusqu'ici, la politique de retour de nombreux Etats membres est, en réalité, orientée - même si cela n'est pas exprimé explicitement - vers l'incitation des ressortissants de pays tiers à quitter le territoire *de cet Etat membre particulier*. Ceci devient clair, par exemple, si on observe les statistiques sur le nombre de ressortissants de pays tiers qui sont renvoyés. Ces statistiques concernent les ressortissants de pays tiers qui ont quitté le territoire *de cet Etat membre particulier*. Si cela s'est produit, la politique visée a, dans ce cas, atteint son but.

Cela changera fondamentalement dans le cadre de cette Directive. Si on trouve, dans un autre Etat membre, un ressortissant de pays tiers pour lequel une décision de retour ou d'éloignement a été rendue dans un autre Etat membre, l'Etat membre qui a rendu la décision pourrait être prié de reprendre le ressortissant de pays tiers (Article 16(b)). Ceci signifie, en fait, que l'Etat membre rendant la décision de retour ou d'éloignement assume la responsabilité de s'assurer que le ressortissant de pays tiers en question quitte *l'ensemble du territoire de l'UE*. Ceci est évidemment tout à fait logique. Une grande part des politiques de retour des Etats membres visaient à dissuader les ressortissants de pays tiers sans droit de résidence; cette dissuasion était souvent volontairement axée sur les ressortissants de pays tiers se rendant dans un Etat membre voisin. Ce processus de migration des ressortissants de pays tiers entre Etats membres n'était pas productif dans une plus large perspective européenne; et il était parfois à peine respecté à l'égard des ressortissants des pays tiers concernés.

Les perspectives nationales en matière de politiques de retour devront changer fondamentalement pour que le projet de Directive offre toute valeur ajoutée en ce qui concerne toute une série de questions, allant des objectifs des politiques de retour, aux politiques et législations concrètes, ainsi qu'aux statistiques. Jusqu'ici, le processus rédactionnel ne contient pas d'indications sur le fait que ce processus soit en cours.

3. Zones de transit

Conformément à l'article 2(2) du projet de Directive, les ressortissants de pays tiers se trouvant dans des zones de transit peuvent être dispensés de l'applicabilité de la Directive. Cependant, dans ce cas, les dispositions contenues dans l'Article 8 (report), 10 (éloignement), 13 (garanties dans l'attente du retour) et 15 (conditions de garde temporaire) s'appliqueront de facto.

En soi, nous pensons que la CE est habilitée à restreindre le champ d'application de la Directive de cette manière. Ce n'est pas parce qu'une personne se trouvant dans une zone de transit est présumée ne pas avoir franchi la frontière de l'Etat membre concerné, comme un Etat membre le suppose³, mais parce qu'une telle restriction n'est pas en désaccord avec le texte de l'Article 63(3)(b) TCE.

Le fait de savoir si une personne se trouvant dans une zone de transit est considérée ou non comme ayant franchi la frontière est une question qui dépend du contexte dans lequel la question est soulevée. Dans le contexte de l'ancien Article 100c TCE, la Cour de Justice a décidé que " la notion de «franchissement des frontières extérieures des États membres», figurant à l'article 100 C, paragraphe 1, vise, dans un aéroport, le franchissement de ces frontières par un point de contrôle frontalier, qui permet au détenteur du visa d'entrer et de circuler dans le marché intérieur.." ⁴ D'un autre côté, dans un contexte des droits de l'homme, les fictions d'extra-territorialité visant à éluder les revendications des droits de l'homme ont été rejetées par la Cour européenne des Droits de l'homme. ⁵

Ceci signifie que les ressortissants de pays tiers séjournant illégalement dans une zone de transit d'un Etat membre peuvent invoquer la CEDH, ainsi que d'autres instruments internationaux en matière de droits de l'homme. ⁶ En conséquence, il n'a aucun sens d'exempter des zones de transit de l'applicabilité de ces dispositions dans le projet de Directive visant à appliquer des dispositions en matière de droits de l'homme, en particulier celles de la CEDH, dans la législation de l'UE. Les dispositions en matière de droits de l'homme s'appliqueront de toute manière, quel que soit le texte de la Directive. Afin d'aboutir à une harmonisation sur ce point, il faut donc rendre ces dispositions de la Directive applicables aux zones de transit. Concrètement, ceci signifie que les Articles 5 (appliquant l'Article 8 de la CEDH et la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant), 12 (appliquant l'Article 13 de la CEDH) et 14 (appliquant l'Article 5 de la CEDH) du projet de Directive devraient être ajoutés aux dispositions mentionnées à la fin de l'Article 2(2) de la Directive. Sinon, les dispositions des droits de l'homme s'appliqueront, mais leur application ne sera pas harmonisée, ce qui n'est pas en accord avec l'objectif du projet de Directive.

Les dispositions sur base desquelles les ressortissants de pays tiers ne peuvent pas être dispensés sur base de l'Article 2(2) devraient être étendues afin de contenir les Articles 5, 12 et 14 du projet de Directive.

4. Détention

La question de la détention suscite un certain nombre d'observations.

L'Article 6(2) du projet de Directive stipule que les ressortissants de pays tiers peuvent être contraints à séjourner à un certain endroit, au cours de la période de départ volontaire. Il faudrait apporter plus de précisions sur le fait de savoir si cette obligation peut ou non signifier une privation de liberté dans le sens de l'Article 5 de la CEDH. Une telle obligation peut, en fait, signifier une privation de liberté si l'endroit où le ressortissant de pays tiers doit séjourner est (partie de) une zone de transit ⁷ ou si cet endroit est "protégé afin de prévenir tout départ non autorisé". ⁸ Si c'est le cas, les dispositions du Chapitre IV du projet de Directive devraient s'appliquer.

Les dispositions du Chapitre IV devraient s'appliquer si l'obligation de séjourner à un certain endroit stipulée à l'Article 6(2) du projet de Directive revient à la privation de liberté dans le sens de l'Article 5 de la CEDH.

³ Numéro de document 14814/05, p. 4, fn. 2.

⁴ C-170/96, Commission/Conseil.

⁵ CEDH 25 juin 1996, N° de demande 19776/92, Amuur contre la France.

⁶ Le champ d'application territorial de la Charte n'est pas encore délimité aussi clairement que celui de la CEDH.

⁷ CEDH 25 juin 1996, n° de demande 19776/92, Amuur contre la France.

⁸ Cette terminologie est tirée de la législation nationale néerlandaise, Article 6-2 Loi des Etrangers 2000.

L'Article 5 prévoit déjà qu'il faut prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant (ci-après : CDE) renferme une disposition particulière concernant la détention. L'Article 37 prévoit :

Les Etats parties veillent à ce que :

(...)

b) Nul enfant ne soit 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;

c) Tout enfant privé de liberté soit 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 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 les visites, sauf circonstances exceptionnelles;

d) Les enfants privés de liberté aient 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.

La seule disposition du projet de Directive abordant spécifiquement la détention des enfants est l'Article 15(3), qui ne satisfait pas aux garanties de l'article 37 de la CDE quant à ce qui suit :

- L'Article 14 du projet de Directive utilise un langage beaucoup plus faible que celui utilisé à l'Article 37(b) de la CDE, qui exige que l'on n'ait recours à la détention d'enfants que comme "mesure de dernier ressort" (projet : s'il existe un risque de fuite et si des mesures moins coercitives sont insuffisantes), et "d'une durée aussi brève que possible" (projet : maximum de six mois) ;
- L'Article 15(3) du projet de Directive prévoit que, lorsqu'ils sont en détention, *les mineurs non accompagnés* doivent être séparés des adultes, à moins que l'on considère qu'il est préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, tandis que l'Article 37(c) de la CDE stipule cette norme pour *tous* les enfants ;
- Toute disposition similaire à l'Article 37(d) de la CDE fait défaut dans les Articles 14 et 15 du projet de Directive, alors que l'Article 37(d) prévoit " rapidement accès à l'assistance juridique " et "une décision rapide" dans le cadre d'un recours contre la détention.

Dans au moins un Etat membre (les Pays-Bas), l'applicabilité de la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant est contournée lorsqu'une famille est en détention du fait qu'elle est étrangère. Dans ce cas, officiellement, seuls les membres adultes de la famille sont détenus. Les enfants ne sont pas détenus officiellement, mais sont autorisés à "choisir" entre rester avec leurs parents (ce qui signifie qu'ils se trouveront dans un centre de détention) ou aller ailleurs, éventuellement dans une institution pour jeunes (ce qui signifie qu'ils seront séparés de leurs parents). Si la famille "choisit" que les enfants restent dans le centre de détention, un recours fondé sur l'Article 37 de la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant sera rejeté parce que les enfants ne sont pas détenus, mais résident dans le centre de détention de leur plein gré.⁹ Cette sorte de manipulation du "plein gré" des enfants en leur faisant choisir entre deux droits fondamentaux (l'Article 8 de la CEDH et l'Article 37 de la CDE) est contraire à la nature indivisible des droits de l'homme. Dans ces cas, il faut

⁹ Département juridique du Conseil d'Etat 13 septembre 2005, n° de l'affaire 200507132/1, *Jurisprudence Droit des étrangers* 2005/409.

qualifier la situation dans laquelle se trouvent les enfants de détention. La Directive doit prévoir une guidance sur une application correcte de l'Article 37 de la CDE dans de tels cas.

Les Articles 14 et 15 du projet de Directive doivent être amendés afin d'accorder le texte à l'Article 37 de la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant, en particulier sur les points suivants :

- *détention comme mesure de dernier ressort et pour une durée aussi brève que possible;*
- *la séparation des adultes de tous les mineurs privés de liberté, à moins que ceci ne soit pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant ;*
- *un accès rapide à une assistance juridique et le droit à une décision rapide sur un recours dans le cadre d'une détention ;*
- *une guidance sur la présence d'enfants avec leurs parents détenus dans des centres de détention.*

L'Article 14(1) du projet de Directive prévoit que, si les conditions de cette disposition sont remplies, les Etats membres *doivent* garder les ressortissants de pays tiers en détention provisoire. Ce n'est pas à un instrument de droit de la CE de stipuler que la détention doit toujours et en tout cas avoir lieu, si certaines conditions sont remplies. Il peut y avoir une foule de raisons de ne pas détenir quelqu'un dans une situation particulière, pouvant soit concerner le contexte individuel (par ex. lorsque le ressortissant de pays tiers ou son partenaire doit donner naissance à un enfant) ; soit le contexte général (par ex. en raison de circonstances particulières, toutes les installations de détention doivent être utilisées pour des fans de football, des trafiquants de drogue ou autres du même type).

En effet, cette manière de prévoir la disposition est contraire au principe de subsidiarité. Il est préférable de prendre la décision de savoir s'il est opportun de procéder ainsi à un niveau national ou local, s'il existe de solides motifs juridiques de détenir un ressortissant de pays tiers en vue d'un retour. Il est clair que la CE n'est pas le niveau décisionnel approprié pour trancher sur ce point.

A moins que certaines conditions soient remplies, l'Article 14 du projet de Directive ne devrait pas prévoir qu'un ressortissant de pays tiers doive être gardé en détention provisoire, mais qu'il peut être gardé en détention provisoire dans ce cas.

L'Article 14 prévoit que la détention provisoire doit faire l'objet d'une révision par des autorités judiciaires au moins une fois par mois. L'Article 5 par. 4 de la CEDH donne des garanties plus détaillées sur ce point. Il stipule plus particulièrement que toute personne privée de liberté doit être habilitée à intenter un procès au cours duquel un tribunal doit statuer rapidement sur la légitimité de sa détention et sa libération ordonnée si la détention est illégale. L'Article 14 ne satisfait pas à cette disposition sur deux points.

En premier lieu, l'Article 14 prévoit la confirmation d'une décision administrative de détention dans les 72 heures ; et prévoit une révision judiciaire mensuelle. Cependant, il ne prévoit pas un droit de recours auprès d'un tribunal à *tout* moment, comme requis par l'Article 5 de la CEDH. En second lieu, l'Article 14 ne prévoit pas que la décision rendue par le tribunal doit être prise dans un certain délai après l'introduction du recours. L'Article 5 par. 4 le fait, en demandant que la décision soit prise *rapidement*. Spécifiquement en cas de détention d'étrangers, la Cour européenne des Droits de l'homme a décidé, en 1986, qu'une période de 31 jours entre le recours et la décision était trop longue ;¹⁰ en 2000, elle a décidé qu'une période de 23 jours entre le recours et la décision était trop longue ;¹¹ alors qu'en

¹⁰ CEDH 21 octobre 1986, n° de demande. 9862/82, Sanchez-Reisse contre la Suisse.

¹¹ CEDH 28 novembre 2000, 29462/95, Rehbock contre la Slovénie ; comp. CEDH 18 septembre 2001, n° de demande. 49832/99, Döner contre les Pays-Bas (21 jours pas trop longs) ; CEDH 18 septembre 2001, n° de demande. 49820/99, Erdogan contre les Pays-Bas (20 jours pas trop longs).

2003, elle considérait que 17 jours étaient trop longs.¹² Dans toutes ces décisions, la nature "peu compliquée" de l'affaire considérée était applicable. Par conséquent, dans des cas compliqués, la Cour peut trouver un délai plus long acceptable. Il n'est pas clair non plus de savoir si la décision Kadem de 2003 (17 jours trop longs) était une exception unique de jurisprudence récente, semblant trouver 21 jours une période maximale acceptable dans les cas habituels de détention d'étrangers. Sur base de cette jurisprudence, nous concluons qu'actuellement, dans des cas de détention peu compliqués, une décision devrait être prise dans les 15 jours (ou, si on choisit de ne pas considérer la décision Kadem de 2003, ce qui nous semble risqué) après l'introduction du recours.

Par conséquent, la Directive devrait prévoir que toute personne gardée en détention provisoire doit être habilitée à introduire un recours au cours duquel un tribunal doit statuer sur la légitimité de sa détention et sa libération ordonnée si la détention est illégale. Ceci devrait intégrer la norme fixée par l'Article 5 par. 4 de la CEDH. Afin d'harmoniser la pratique des Etats membres sur la question d'une décision rapide du tribunal, il est recommandé que la Directive prévoie également que le tribunal devrait prendre une décision dans les 15 (ou 21) jours après l'introduction d'un recours, afin de refléter la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des Droits de l'homme.

La Directive devrait stipuler que toute personne en détention provisoire est habilitée, à tout moment, à introduire un recours contre la détention auprès d'un tribunal ; et que le tribunal devrait prendre une décision rapide, c.-à-d. une décision dans les 15 (ou 21) jours après l'introduction du recours.

5. Effet suspensif

L'Article 12(2) du projet de Directive prévoit qu'un recours judiciaire contre une décision de retour ou d'éloignement doit avoir un effet suspensif ; ou que le ressortissant de pays tiers a le droit de faire une demande d'effet suspensif, dans un tel cas, cette procédure (la demande d'effet suspensif) doit avoir un effet suspensif. En conséquence, un ressortissant de pays tiers ne peut être renvoyé qu'après la décision d'au moins un juge (à savoir, le juge décidant si le recours contre la décision de retour ou d'éloignement aura ou non un effet suspensif).

Nous adhérons à cette disposition et nous souhaitons indiquer son caractère essentiel. Si un ressortissant de pays tiers prétend, de manière plausible, que son retour ou son éloignement serait une violation à, plus particulièrement, l'Article 3 ou 8 de la CEDH (comp. Article II-64, II-67, II-78 et II-79 de la Charte), il est habilité à un recours effectif sur base de l'Article 13 de la CEDH (comp. Article II-107 de la Charte). Dans le contexte de l'Article 3, la Cour européenne des Droits de l'homme a constamment considéré que pour qu'un recours soit effectif, l'autorité (le tribunal) devrait être compétent pour suspendre le retour du ressortissant de pays tiers.¹³ Plausiblement, ceci est également vrai pour les cas concernant l'Article 8 de la CEDH, parce qu'un recours qui ne peut pas éviter un retour en violation avec cette disposition ne peut pas être considéré comme effectif dans le sens de l'Article 13 de la CEDH. Un recours sera considéré comme non effectif dans le sens de l'Article 13 de la CEDH s'il n'a pas d'effet suspensif ou si le ressortissant de pays tiers peut être renvoyé avant qu'un juge ait décidé si le recours devait avoir un effet suspensif. Ceci voudrait dire que l'Article 13 est violé dans de nombreux cas où un ressortissant de pays tiers est renvoyé sans une décision judiciaire au sujet d'un effet suspensif, même lorsque le retour en lui-même n'est pas contraire à la CEDH.

Il est essentiel que l'Article 12-2 du projet de Directive reste inchangé sur le fond, parce qu'il représente la norme minimale en matière d'effet suspensif sur base de l'Article 13 de la

¹² CEDH 9 janvier 2003, n° de demande. 55263/00, Kadem/Malta.

¹³ CEDH 11 juillet 2000, n° de demande. 40025/98, Jabari contre la Turquie ; CEDH 5 février 2002, n° de demande. 51564/99, Conka contre la Belgique ; CEDH 4 février 2005, n° de demandes 46827/99 et 46951/99, Mamatkulov et Abdurasulovic contre la Turquie.

CEDH. Si cette disposition était atténuée, ceci mènerait à une violation à grande échelle de l'Article 13 de la CEDH.

6. Confiance inter-Etats

Pour conclure, nous souhaitons faire remarquer que les Articles 16(a) et 16(b) mènent au même type de problèmes que le système Dublin dans les cas d'asile. Si un ressortissant de pays tiers est appréhendé dans un Etat membre (ci-après : Etat membre A), alors qu'un autre Etat membre (ci-après : Etat membre B) a déjà rendu une décision de retour ou d'éloignement, le ressortissant de pays tiers peut soit être renvoyé par l'Etat membre qui l'appréhende soit être transféré à l'Etat membre qui a rendu la décision de retour ou d'éloignement. Cette disposition est basée sur la notion que les Etats membres peuvent avoir confiance en leur interprétation et leur application mutuelles de droit international (principe de confiance inter-Etats). Ce principe se justifie entre les Etats membres de l'Union européenne. Cependant, il ne s'agit que d'un principe et, de ce fait, il est possible qu'il existe des cas exceptionnels dans lesquels les Etats membres ne peuvent pas s'appuyer sur leur interprétation et leur application de droit international mutuelles, parce qu'il existe des différences de fond entre eux en ce qui concerne l'interprétation et l'application du droit international applicable (contre-preuve de confiance inter-Etats).

Comme il n'existe pas une harmonisation complète d'interprétation et d'application de la Convention de Genève et des Articles 3 et 8 de la CEDH (comp. Articles II-64, II-67, II-78 et II-79 de la Charte), il peut arriver que l'Etat membre A viole sa propre interprétation de ces normes internationales en matière de droits de l'homme en exécutant lui-même la décision de retour et/ou les mesures d'éloignement.

Le transfert du ressortissant de pays tiers par l'Etat membre A vers l'Etat membre B peut également être en violation avec l'interprétation de l'Etat membre A de la Convention de Genève et l'Article 3 de la CEDH.¹⁴ Le fait que ceci pourrait également être une violation de l'interprétation de l'Article 8 par l'Etat membre A n'a pas fait l'objet de jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme. Nous pensons qu'il est peu probable que la Cour trouverait une violation possible dans cette situation.

Afin d'éviter ces conflits de droit international, il faut que les ressortissants de pays tiers aient droit à des recours judiciaires dans le sens de l'Article 12 du projet de Directive contre tant l'exécution de la décision de retour ou d'éloignement par l'Etat membre A (Article 16(a) du projet de Directive) que contre un transfert par l'Etat membre A vers l'Etat membre B (Article 16(b) du projet de Directive). Si un recours judiciaire est disponible, un tribunal peut examiner les mesures de retour, d'éloignement et de transfert en matière de droit international.

Les mesures de retour, d'éloignement et de transfert sur base de l'Article 16 du projet de Directive devraient faire l'objet de recours judiciaires dans le sens de l'Article 12 du projet de Directive.

7. Résumé

0. Pour une politique de retour solide, il faut que les normes de procédures d'asile et d'immigration dans d'autres instruments CE soient en parfait accord avec les normes de droits de l'homme applicables.

1. Le champ d'application de la directive devrait être défini sans avoir recours à des catégories ambiguës se référant au droit national. On pourrait probablement y aboutir en intégrant une définition indépendante et de fond du terme "séjour illégal".

¹⁴ CEDH 7 mars 2000, n° de demande 43844/98, T.I. contre le Royaume-Uni.

2. *Les perspectives nationales en matière de politiques de retour devront changer fondamentalement pour que le projet de Directive offre toute valeur ajoutée en ce qui concerne toute une série de questions, allant des objectifs des politiques de retour, aux politiques et législations concrètes, ainsi qu'aux statistiques. Jusqu'ici, le processus rédactionnel ne contient pas d'indications sur le fait que ce processus soit en cours..*

3. *Les dispositions sur base desquelles les ressortissants de pays tiers ne peuvent pas être dispensés sur base de l'Article 2(2) devraient être étendues afin d'inclure les Articles 5, 12, et 14 du projet de Directive.*

4.1. *Les dispositions du Chapitre IV devraient s'appliquer si l'obligation de l'Article 6(2) du projet de Directive de rester à un certain endroit revient à la privation de liberté dans le sens de l'Article 5 de la CEDH.*

4.2. *Les Articles 14 et 15 du projet de Directive devraient être amendés afin que le texte soit accordé à l'Article 37 de la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant, en particulier sur les points suivants :*

- La détention comme mesure de dernier ressort et pour une durée aussi brève que possible;*
- la séparation des adultes de tous les mineurs privés de liberté, à moins que ceci ne soit pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant;*
- un accès rapide à une assistance juridique et le droit à une décision rapide sur un recours contre la détention;*
- une guidance sur la présence d'enfants avec leurs parents détenus dans des centres de détention.*

4.3. *A moins que certaines conditions soient remplies, l'Article 14 du projet de Directive ne devrait pas prévoir qu' un ressortissant de pays tiers soit gardé en détention provisoire, mais qu'il peut être gardé en détention provisoire dans ce cas.*

4.4. *La Directive devrait stipuler que toute personne en détention provisoire est habilitée à introduire, à tout moment, un recours contre la détention auprès d'un tribunal ; et que le tribunal doit statuer rapidement en la matière, c.-à-d. prendre une décision dans les 15 (ou 21) jours après l'introduction du recours.*

5. *Il est essentiel que le fond de l'Article 12-2 du projet de Directive soit conservé, parce qu'il représente la norme minimale d'effet suspensif sur base de l'Article 13 de la CEDH. Si cette disposition était atténuée, ceci mènerait à une violation à grande échelle de l'Article 13 de la CEDH.*

6. *Les mesures de retour, d'éloignement et de transfert sur base de l'Article 16 du projet de Directive doivent faire l'objet de recours judiciaires dans le sens de l'Article 12 du projet de Directive.*