

Droits fondamentaux des réfugiés, des demandeurs d'asile et des migrants aux frontières européennes

Les États membres du Conseil de l'Europe (CdE) et de l'Union européenne (UE) jouissent du droit indéniable de contrôler souverainement l'entrée des étrangers sur leur territoire. Dans l'exercice du contrôle de leurs frontières, les États ont le devoir de protéger les droits fondamentaux de toutes les personnes qui se trouvent sous leur juridiction, indépendamment de leur nationalité et/ou de leur situation juridique. Cela englobe la fourniture d'un accès aux procédures d'asile, conformément au droit de l'UE. Ces dernières semaines, des États européens ont pris des mesures pour protéger leurs frontières et faire face à des problèmes de santé et d'ordre publics ou de sécurité nationale.

La présente note résume certaines garanties essentielles du droit européen telles qu'elles s'appliquent aux frontières extérieures de l'UE, gardant à l'esprit que les instruments du CdE pertinents à cet égard s'appliquent à toutes les frontières.

Table des matières

Devoir de contrôle des frontières européennes	2
Recours à la force pour protéger les frontières.....	2
Contrôles aux points de passage des frontières	3
Franchissement illégal de frontières.....	3
Interdictions d'éloignement.....	4
Garanties procédurales d'examen des interdictions d'éloignement	4
Accès aux procédures d'asile	4
Principe de non-refoulement.....	5
Expulsions collectives	6
Suspension de la procédure d'asile en cas d'arrivées massives.....	7
Mesures spéciales en cas de pandémie	7
Retour vers un pays sûr pour les demandeurs d'asile.....	8
Sanctions prévues pour le franchissement illégal de frontières	9
Privation de liberté.....	9
Personnes en situation vulnérable	10
Enfants.....	11
Enfants non accompagnés et séparés	11

Devoir de contrôle des frontières européennes

Dans l'exercice du contrôle des frontières, les États doivent se conformer au droit international et au droit de l'UE.

Ces droits et obligations découlent de la riche jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui reconnaît que les États jouissent du « droit indéniable de contrôler souverainement l'entrée [...] des étrangers sur leur territoire »¹, mais souligne que ce droit devrait être exercé conformément aux dispositions de la [Convention européenne des droits de l'homme](#) (CEDH)².

Pour ce qui concerne le contrôle aux frontières, le [Code frontières Schengen](#) (Règlement (UE) 2016/399) détermine les règles applicables au contrôle des personnes qui franchissent les frontières extérieures de l'UE :

- article 5 – les frontières extérieures peuvent être franchies uniquement aux points de passage frontaliers et à des heures d'ouverture fixes ;
- article 13 – les États membres de l'UE sont tenus de mettre en place un système efficace de surveillance des frontières pour empêcher les entrées non autorisées ;
- article 3 – les mesures de contrôle aux frontières doivent être prises sans préjudice des droits des réfugiés et d'autres personnes demandant une protection internationale, notamment en ce qui concerne le principe de non-refoulement ;
- article 4 – les pays de l'UE doivent respecter les droits fondamentaux lors des contrôles aux frontières.

Recours à la force pour protéger les frontières

En vertu de la [Convention européenne des droits de l'homme](#), le recours à la force n'est autorisé qu'en dernier ressort, si cela s'avère nécessaire, proportionné et justifié pour atteindre le but légitime poursuivi.

Les États sont tenus de protéger les personnes contre la mort et contre les peines ou traitements inhumains ou dégradants, ce qui englobe la violence disproportionnée.

Le recours excessif à la force peut entraîner des violations de l'article 2 (droit à la vie) et de l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) de la CEDH. Il peut aussi aboutir à des violations du droit à la vie, du droit à l'intégrité de la personne et du droit à la protection contre les mauvais traitements inscrits dans la [Charte des droits fondamentaux de l'UE](#) ([Charte de l'UE](#)).

Les États doivent entreprendre une enquête officielle et efficace chaque fois qu'il y a violation de l'article 2 et de l'article 3³.

Pour être qualifiées d'efficaces, les enquêtes sont menées avec célérité et avec une diligence raisonnable, et permettent d'identifier et de sanctionner les responsables, notamment :

- les personnes qui dirigent les enquêtes ou sont chargées de les effectuer doivent procéder de manière approfondie et s'efforcer sérieusement de découvrir ce qui

¹ Voir notamment : Cour européenne des droits de l'homme, Saadi c. Royaume-Uni [GC], requête n° 13229/03, 29 janvier 2008 ; Chahal c. Royaume-Uni [GC], n° 22414/93, 15 novembre 1996.

² Cour européenne des droits de l'homme, Amuur c. France [GC], n° 19776/92, 25 juin 1996, paragraphe 41.

³ Cour européenne des droits de l'homme, *Mocanu c. Roumanie* [GC], n° 10865/09, 17 septembre 2014, paragraphes 315 à 326.

s'est passé ;

- elles doivent être indépendantes concrètement des personnes impliquées dans les événements ; il ne doit pas y avoir de lien hiérarchique ni institutionnel ;
- les victimes doivent pouvoir participer effectivement aux enquêtes et les proches des victimes doivent être associés à la procédure quand cela est nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts légitimes⁴.

Contrôles aux points de passage des frontières

En vertu du droit de l'UE, les ressortissants de pays tiers doivent remplir les conditions d'entrée ou de sortie pour franchir les frontières extérieures de l'UE. Si l'entrée est refusée, les autorités doivent rendre une décision précisant les raisons du refus (article 14 du [Code frontières Schengen](#), Règlement (EU) 2016/399).

Le Code frontières Schengen dispose ce qui suit :

- article 14 (3) – les personnes ayant fait l'objet d'une décision de refus d'entrée ont le droit de former un recours contre cette décision.
- article 4 – les contrôles aux frontières doivent être effectués dans le plein respect de la dignité humaine ;

Cela signifie que les contrôles aux points de passage des frontières doivent être effectués d'une manière qui ne discrimine pas des personnes du fait de leur sexe, leur origine raciale ou ethnique, leur religion ou leurs croyances, leur handicap, leur âge ou leur orientation sexuelle.

Franchissement illégal de frontières

En vertu de l'article 13 du [Code frontières Schengen](#) (Règlement (UE) 2016/399), une personne qui a franchi illégalement une frontière et qui n'a pas le droit de séjourner sur le territoire de l'État membre concerné est appréhendée et fait l'objet de procédures de retour.

Ce faisant, les autorités respectent les exigences de la [Directive retour](#) (2008/115/CE). Les États membres doivent :

- délivrer à la personne concernée une confirmation écrite, à titre individuel, de la décision de retour ;
- informer la personne de son éloignement et lui donner la possibilité de présenter des arguments expliquant pourquoi le retour constituerait une violation du droit international ou du droit européen.

L'article 2 (2) (a) de la Directive retour autorise les États membres à ne pas appliquer certaines dispositions aux personnes arrêtées à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière. En dehors de cette exception, chaque personne doit recevoir une décision à titre individuel.

Par ailleurs, le principe de non-refoulement inscrit dans le droit de l'UE et dans le droit du CdE interdit aux États de renvoyer des personnes qui risqueraient de subir des persécutions ou de graves préjudices (voir « Interdictions d'éloignement » ci-dessous).

⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *ibid.*, et *Armani da Silva c. Royaume-Uni* [GC], n° 5878/08, 30 mars 2016, paragraphes 229 à 239.

Interdictions d'éloignement

En vertu de la [Convention européenne des droits de l'homme \(CEDH\)](#), les États ne peuvent renvoyer des personnes si cela a pour conséquence une violation de leurs droits garantis par l'article 2 (droit à la vie) et par l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants)⁵.

L'article 15 de la CEDH précise en outre que ces droits sont absolus et qu'ils ne peuvent faire l'objet de restrictions, même dans les situations d'urgence.

Dans certaines circonstances exceptionnelles, les États ne peuvent pas non plus renvoyer des personnes qui risqueraient de subir de graves violations de l'article 5 (droit à la liberté) ou de l'article 6 (droit à un procès équitable) de la CEDH dans le pays de destination⁶.

Outre les interdictions absolues d'éloignement, en vertu de la [Convention de 1951 relative au statut des réfugiés](#) et de la [Directive qualification de l'UE \(2011/95/UE\)](#), les réfugiés et les bénéficiaires d'une protection subsidiaire ne peuvent être renvoyés que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles et uniquement lorsque cela n'entre pas en conflit avec les interdictions absolues découlant de la CEDH.

Garanties procédurales d'examen des interdictions d'éloignement

La [Convention européenne des droits de l'homme \(CEDH\)](#) (article 13) exige des États qu'ils procèdent à un examen indépendant et rigoureux des allégations faisant apparaître des motifs sérieux de craindre un risque réel de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants en cas de retour.

Lorsqu'une personne se prévaut d'un « grief défendable » selon lequel son renvoi l'exposerait à un traitement contraire à l'article 2 (droit à la vie) ou à l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) de la CEDH, elle doit disposer d'un recours effectif qui suspend son renvoi (effet suspensif automatique)⁷.

Certaines exigences développées dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ont été incluses dans la [Directive sur les procédures d'asile \(2013/32/UE\)](#), qui énonce des dispositions très détaillées relatives à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale. Cette directive s'applique aux demandes d'asile formulées sur le territoire d'États membres de l'UE, y compris aux frontières, dans les eaux territoriales et dans les zones de transit (article 3).

Pour les personnes qui ne demandent pas une protection internationale, la [Directive retour \(2008/115/CE\)](#) prévoit certaines garanties en cas de décision de retour.

Accès aux procédures d'asile

Il est fréquent que les demandeurs d'asile atteignent la frontière sans documents de

⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, 28 février 2008.

⁶ Pour un aperçu des formes de « déni flagrant de justice » traitées à la Cour européenne des droits de l'homme, voir *Harkins c. Royaume-Uni (déc.)* [GC], n° 71537/14, 15 juin 2017, paragraphes 62 à 65.

⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, 21 janvier 2011, paragraphes 288 et 291 ; pour un aperçu de la jurisprudence de la Cour concernant les dispositions de l'article 13 pris en conjonction avec les articles 2 ou 3 dans les affaires d'éloignement, voir en particulier, *ibid.*, paragraphes 286 à 322.

voyage valables, qu'ils sont dans l'incapacité d'obtenir, ou la franchissent de manière irrégulière. Indépendamment du lieu où elles ont été interceptées ou arrêtées, les personnes qui expriment le souhait de demander l'asile doivent avoir accès à des procédures d'asile effectives, y compris des voies de recours suspensives en cas de décision d'éloignement.

La [Convention européenne des droits de l'homme \(CEDH\)](#) ne garantit pas un droit d'asile en tant que tel. Cependant, le principe de non-refoulement interdit de prendre une mesure de renvoi qui exposerait à un risque de torture ou d'autres formes de peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Pour être protégées contre les éloignements arbitraires, les personnes concernées devraient avoir accès à des procédures d'asile équitables et efficaces et être suffisamment informées au sujet de ces procédures dans une langue qu'elles comprennent. Elles devraient avoir droit également à une assistance juridique. La Cour européenne des droits de l'homme a souligné en outre l'importance de l'interprétation pour garantir l'accès aux procédures d'asile⁸.

L'article 18 de la [Charte de l'UE](#) garantit explicitement le droit d'asile.

En vertu de l'article 4 du [Code frontières Schengen](#) (Règlement (UE) 2016/399), les activités de contrôle des frontières doivent respecter pleinement les exigences de la [Convention de 1951 relative au statut des réfugiés](#) et les obligations relatives à l'accès à la protection internationale, en particulier le principe de non-refoulement.

L'article 6 de la [Directive sur les procédures d'asile](#) (2013/32/UE) exige des États membres que l'enregistrement des demandes d'asile ait lieu dans les délais impartis. En vertu de l'article 8 de cette directive, les États membres fournissent aux demandeurs d'asile des informations sur la possibilité de déposer leurs demandes.

Principe de non-refoulement

Le principe de non-refoulement est une pierre angulaire du droit international des réfugiés et du droit international des droits de l'homme.

Pour les réfugiés, le principe de non-refoulement tel qu'énoncé à l'article 33 de la [Convention de 1951 relative au statut des réfugiés](#) interdit le retour des réfugiés et des demandeurs d'asile vers des pays où ils risquent d'être persécutés.

Pour toutes les personnes, indépendamment de leur situation juridique, le principe de non-refoulement est un élément essentiel de l'interdiction de la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants inscrite à l'article 7 du [Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques](#) (1966) et à l'article 3 de la [Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants](#) (1984).

Ces obligations sont absolues : elles n'admettent aucune dérogation, ni exception ou limitation. L'interdiction du refoulement s'applique à la fois aux frontières et à l'intérieur du territoire d'un État⁹.

L'article 2 (droit à la vie) et l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) de la [Convention européenne des droits de](#)

⁸ Cour européenne des droits de l'homme, *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, 21 janvier 2011 ; *M.A. et autres c. Lituanie*, n° 59793/17, 11 décembre 2018.

⁹ Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire, *Conclusion n° 6 (XXVIII) – 1977 [Non-refoulement]*, 12 octobre 1977, paragraphe c).

[l'homme \(CEDH\)](#) interdisent le renvoi d'une personne qui serait exposée à un risque réel de traitement contraire à ces dispositions. Les États sont responsables en cas de violations de leurs obligations énoncées dans la CEDH¹⁰.

Le principe de non-refoulement s'applique également dans le contexte du refus d'admission et du renvoi à la frontière¹¹.

Ce principe occupe une place centrale dans le régime de droits fondamentaux de l'UE. Il est évoqué notamment à l'article 78 (1) du Traité sur le fonctionnement de l'UE. Les articles 18 et 19 de la Charte de l'UE englobent également l'interdiction du refoulement, qui est spécifiée dans le droit dérivé de l'UE et s'applique aux réfugiés, aux demandeurs d'asile et aux migrants en situation irrégulière. Ces dispositions reflètent essentiellement les obligations internationales qui incombent aux États membres de l'UE en matière de droits de l'homme.

En vertu des articles 3 et 4 du [Code frontières Schengen](#) (Règlement (UE) 2016/399), le contrôle aux frontières doit se faire dans le respect des droits des réfugiés et des personnes demandant la protection internationale.

En vertu de l'article 9 de la [Directive sur les procédures d'asile](#) (2013/32/UE), les demandeurs d'asile peuvent rester sur le territoire d'un État membre de l'UE jusqu'à ce qu'une décision ait été prise au sujet de leur demande. Lorsqu'elles sont mises en œuvre, les procédures de retour doivent tenir dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, de l'état de santé de la personne concernée et du principe de non-refoulement (article 5 de la [Directive retour](#), 2008/115/CE).

Expulsions collectives

Les expulsions collectives sont proscrites par l'article 4 du [Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme \(CEDH\)](#) et par l'article 19 de la [Charte de l'UE](#). Cette interdiction s'applique également en haute mer¹² et dans le contexte du refus d'admission et de renvoi à la frontière¹³.

Le terme « expulsion » désigne tout éloignement forcé d'un ressortissant étranger du territoire d'un État, indépendamment de la légalité et de la durée de son séjour, du lieu où il a été appréhendé, de sa situation ou de son comportement¹⁴.

Une expulsion est dite « collective » lorsqu'elle ne repose pas sur un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacune des personnes qui forment le groupe. La taille du groupe n'a pas d'incidence dans ce cas, puisque deux personnes suffisent pour former un groupe¹⁵.

Les personnes concernées doivent avoir la possibilité d'exposer individuellement leurs arguments devant les autorités compétentes.

¹⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *M.A. c. France*, n° 9373/15, 1^{er} février 2018 ; *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, 11 janvier 2007, paragraphe 135 ; *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, 7 juillet 1989 ; *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, 30 octobre 1991.

¹¹ Cour européenne des droits de l'homme, *N.D. et N.T. c. Espagne* [GC], n° 8675/15 et 8697/15, 13 février 2020, paragraphe 178.

¹² Cour européenne des droits de l'homme, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, 23 février 2012.

¹³ Cour européenne des droits de l'homme, *N.D. et N.T. c. Espagne* [GC], n° 8675/15 et 8697/15, 13 février 2020, paragraphes 185 et 187.

¹⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *N.D. et N.T. c. Espagne* [GC], n° 8675/15 et 8697/15, 13 février 2020, paragraphe 185.

¹⁵ *Ibid.*, paragraphes 193-194, 202-203.

Cela étant, le degré d'examen individuel de la situation de chaque membre du groupe expulsé dépend de plusieurs facteurs :

- les personnes concernées doivent avoir la possibilité réelle et effective d'invoquer les arguments s'opposant à leur expulsion¹⁶ ;
- elles doivent atteindre le pays par des moyens légaux, si tant est qu'ils existent et qu'ils soient effectifs ;
- si elles ne profitent pas de cette possibilité, si elles entrent dans le pays en ayant recours à la violence et si elles n'ont pas de « grief défendable » au regard de l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) de la CEDH, elles peuvent perdre ce droit.

Suspension de la procédure d'asile en cas d'arrivées massives

En vertu de l'article 15 de la [Convention européenne des droits de l'homme \(CEDH\)](#), les États peuvent déroger à diverses dispositions de la CEDH, sachant qu'aucune dérogation n'est possible à l'article 2 (droit à la vie) et à l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants). La protection contre le refoulement est un droit absolu.

Au regard du droit de l'UE, la [Directive sur les procédures d'asile \(2013/32/UE\)](#) exige des États membres qu'ils enregistrent et examinent toutes les demandes d'asile.

En 2001, l'Union européenne a adopté la [Directive protection temporaire \(2001/55/CE\)](#) pour les situations d'afflux massif de personnes déplacées. Pour être opérationnelle, cette directive requiert une décision du Conseil de l'UE, qui n'a pas été prise jusque-là en 2020.

En cas d'arrivées massives, l'article 6 de la [Directive sur les procédures d'asile](#) autorise le rallongement des délais d'enregistrement et d'examen des demandes d'asile.

Pour autant, les autorités ne peuvent priver des personnes de leur droit de demander l'asile.

Mesures spéciales en cas de pandémie

Le droit souverain des États de gérer leurs frontières englobe la prise de mesures visant à gérer les risques pour la santé publique en cas de pandémie. Le [Code frontières Schengen \(Règlement \(UE\) 2016/399\)](#) dispose que ces mesures doivent être non discriminatoires et proportionnées. Elles ne sauraient en outre empêcher des personnes de demander une protection contre la persécution ou les mauvais traitements (préambule (36) et articles 3 (b) et 7).

En vertu des articles 18 et 19 de la [Charte de l'UE](#), les États membres doivent donner accès aux procédures d'asile aux personnes qui demandent une protection internationale.

Les besoins de protection ne peuvent être négligés lors de la mise en œuvre des mesures visant à répondre aux préoccupations de santé publique aux frontières.

Le fait de refuser l'entrée à tous les demandeurs d'asile ou à ceux d'une nationalité en

¹⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Khlaifia et autres c. Italie* [GC], n° 16483/12, 15 décembre 2016, paragraphes 237-254.

particulier va à l'encontre du droit de demander l'asile et peut induire un risque de violation du principe de non-refoulement.

En vertu de l'article 15 de la [Convention européenne des droits de l'homme \(CEDH\)](#), les États peuvent prendre des mesures dérogeant à diverses dispositions de la CEDH. Toute dérogation doit respecter la loi et être nécessaire et proportionnée au but poursuivi. En revanche, aucune dérogation au principe de non-refoulement (articles 2 et 3 de la CEDH) n'est valable.

Tout en reconnaissant l'impératif clair de prendre des mesures fermes pour lutter contre une pandémie, le [Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants \(CPT\)](#) a attiré l'attention sur le caractère absolu de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Les mesures de protection ne doivent jamais aboutir au mauvais traitement des personnes privées de liberté. Les États devraient continuer à garantir l'accès des organes de contrôle à tous les lieux de détention, y compris les lieux où des personnes sont maintenues en quarantaine. Tous les organes de contrôle devraient cependant prendre l'ensemble des précautions nécessaires pour respecter le principe de « ne pas nuire »¹⁷.

La [Charte sociale européenne](#) prévoit le droit à la protection de la santé et le droit à l'assistance médicale (articles 11 et 13), qui s'appliquent aux migrants en situation irrégulière¹⁸. Les États sont tenus de prévenir les épidémies et de fournir les moyens de lutter contre les maladies épidémiques.

En cas de pandémie, des mesures alternatives telles que la réalisation de tests, l'isolement et la quarantaine peuvent permettre aux autorités de gérer l'arrivée de demandeurs d'asile dans la sécurité et l'ordre, tout en respectant le droit d'asile et la protection contre le refoulement et en apportant les soins de santé nécessaires à ceux qui en ont besoin.

Retour vers un pays sûr pour les demandeurs d'asile

En vertu de la [Convention européenne des droits de l'homme \(CEDH\)](#), les États membres ne doivent pas exposer des personnes à un risque réel de peine de mort, de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou encore de persécutions ou de violations graves d'autres droits fondamentaux.

Cela vaut également pour le renvoi de demandeurs d'asile vers un pays tiers de transit pouvant être considéré comme « sûr » mais qui n'offre pas de garanties suffisantes contre le refoulement.

L'État expulsant ne peut pas simplement présumer que le demandeur d'asile, une fois dans le pays tiers de destination, sera traité conformément aux normes de la CEDH. Les autorités doivent procéder, sur la base des conditions du moment, à une appréciation rigoureuse, notamment de l'accessibilité et du fonctionnement du système d'asile du pays de destination ainsi que des garanties qu'il offre dans la pratique¹⁹.

En vertu du droit international et du droit de l'UE, un État peut refuser d'accorder l'asile à une personne qui a déjà trouvé la sécurité dans un pays tiers. Les articles 36 à 39 de la

¹⁷ CPT, *Déclaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté dans le contexte de la pandémie de coronavirus (COVID-19)*, CPT/Inf(2020)13, 20 mars 2020.

¹⁸ CEDS, Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme (FIDH) c. France, réclamation n° 14/2003, 3 novembre 2004, paragraphe 30.

¹⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *Ilias et Ahmed c. Hongrie* [GC], n° 47287/15, 21 novembre 2019, paragraphes 124 à 141.

[Directive sur les procédures d'asile](#) (2013/32/EU) définissent les exigences et les garanties en la matière. L'article 36 de la Directive dispose que le rejet d'une demande au motif que le demandeur s'est vu accorder une protection dans un pays tiers doit être décidé après examen dans le cas d'espèce.

Sanctions prévues pour le franchissement illégal de frontières

En vertu de l'article 31 de la [Convention de 1951 relative au statut des réfugiés](#), les États ne doivent pas sanctionner les réfugiés qui entrent sans autorisation sur leur territoire :

- s'ils arrivent directement du territoire où leur vie ou leur liberté a été menacée ;
- s'ils se présentent sans délai aux autorités.

Le [Protocole des Nations Unies contre le trafic illicite de migrants \(2000\)](#) dispose en son article 5 que les migrants ne deviennent pas passibles de poursuites pénales s'ils ont été victimes de trafic illicite.

Au regard du droit de l'UE, les sanctions pénales ne sauraient compromettre l'efficacité de la [Directive retour](#) (2008/115/CE).

D'après la Cour de justice de l'UE, des sanctions pénales peuvent s'appliquer aux migrants en situations irrégulière faisant l'objet d'une procédure de retour. Elles ne doivent pas cependant entraver ni retarder la procédure d'éloignement. Par conséquent, la législation nationale peut permettre la privation de liberté des personnes faisant l'objet d'une procédure de retour uniquement après que les mesures administratives prévues par la Directive retour ont été épuisées²⁰.

Privation de liberté

En vertu de l'article 5 (droit à la liberté et à la sûreté) de la [Convention européenne des droits de l'homme \(CEDH\)](#), la rétention des migrants et des demandeurs d'asile doit être fondée en droit, non arbitraire et conforme aux garanties adéquates.

La rétention doit être notamment :

- prévue par la législation nationale ;
- mise en œuvre de bonne foi ;
- étroitement liée au but légitime qu'elle poursuit.

La rétention doit se dérouler dans des conditions appropriées et sa durée ne doit pas dépasser le délai raisonnable nécessaire.

La procédure doit être menée avec la diligence requise et il doit exister une perspective raisonnable d'éloignement.

D'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la situation spécifique des personnes privées de liberté et toute vulnérabilité particulière (état de santé, âge, besoins spéciaux, etc.) peuvent rendre la rétention illégale. De plus, si le but poursuivi par la mesure de rétention peut être atteint par d'autres mesures moins coercitives, la rétention est illégale²¹.

²⁰ CJUE, C-61/11, El Dridi, alias Soufi Karim, 28 avril 2011 ; CJUE, C-329/11, Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne, 6 décembre ; et CJU, C-430/11, procédure pénale à l'encontre de Md Sagor, 6 décembre 2012.

²¹ Cour européenne des droits de l'homme, S.D. c. Grèce, n° 53541/07, 11 juin 2009, paragraphes 57 à 67 ; Rahimi c. Grèce, n° 8687/08, 5 avril 2011, paragraphes 102 à 110 ; Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique,

Lorsque des enfants sont concernés, les autorités doivent démontrer que la rétention est nécessaire et que d'autres mesures moins coercitives ne peuvent se substituer à la rétention. Le maintien de l'unité familiale ne justifie pas la rétention : le principe d'intérêt supérieur de l'enfant suppose d'envisager d'autres mesures pour toute la famille²².

L'extrême vulnérabilité des enfants a des implications dans le contexte de la protection contre l'arbitraire prévue à l'article 5 (1) (f) de la CEDH, mais aussi de l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) de la CEDH. Même si les conditions de rétention semblent satisfaisantes, la rétention pourrait là encore être contraire à l'article 3 de la CEDH²³.

Au regard du droit de l'UE en matière d'asile et de retour, la rétention au seul motif de la demande d'asile ou de l'entrée ou du séjour irréguliers est proscrite.

La rétention des demandeurs de protection internationale et des personnes en instance de retour doit être :

- nécessaire et proportionnée ;
- définie au cas par cas, après évaluation de la situation propre à chacun ;
- utilisée uniquement en dernier ressort après qu'il a été établi que d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées à la place.

Pour éviter la rétention arbitraire, les autorités doivent satisfaire à des exigences supplémentaires, notamment donner les raisons de la rétention et permettre à la personne concernée d'avoir accès à un contrôle juridictionnel accéléré ([Directive conditions d'accueil](#), 2013/33/UE, articles 8 à 11, et [Directive retour](#), 2008/115/CE, Articles 15-17).

De plus, la rétention préalable à l'asile et à l'éloignement doit être aussi courte que possible. Les personnes privées de liberté doivent être traitées humainement et dignement.

La rétention des enfants migrants est une mesure à appliquer en dernier ressort, pour une durée aussi brève que possible et après avoir établi que des mesures alternatives ne peuvent être appliquées efficacement.

Les enfants non accompagnés ne peuvent être placés en rétention que dans des circonstances exceptionnelles.

Personnes en situation vulnérable

La [Convention européenne des droits de l'homme \(CEDH\)](#) dispose en son article 3 que les États sont tenus de prendre les mesures qui s'imposent pour fournir des soins et une protection aux personnes les plus vulnérables, notamment aux enfants, aux victimes de tortures, de violences ou de la traite d'êtres humains, aux personnes ayant des problèmes de santé et à d'autres personnes en situation vulnérable.

Cela comprend l'obligation de prendre des mesures actives pour détecter les vulnérabilités le plus tôt possible par des procédures efficaces d'évaluation du degré de vulnérabilité, et pour s'assurer que les personnes concernées sont informées de ces

n° 10486/10, 20 décembre 2011.

²² Cour européenne des droits de l'homme, *Popov c. France ; A.B. et autres c. France ; R.K. et autres c. France ; Bistieva et autres c. Pologne*.

²³ Cour européenne des droits de l'homme, *R.M. et autres c. France*, n° 33201/11, 12 juillet 2016.

procédures²⁴.

En vertu du droit de l'UE, les États membres doivent prendre en compte les besoins spécifiques des personnes vulnérables qui demandent une protection internationale ([Directive conditions d'accueil](#) (2013/33/EU), article 21) ou faisant l'objet d'une procédure de retour ([Directive retour](#), 2008/115/CE, article 3(9)).

En vertu de la Directive sur les conditions d'accueil, les États membres évaluent dans un délai raisonnable si le demandeur de protection internationale a des besoins spécifiques en matière d'accueil.

Les États membres sont tenus d'indiquer la nature de ces besoins et de veiller à ce qu'ils soient pris en considération pendant toute la durée de la procédure d'asile, en plus de prévoir un soutien adéquat et un suivi approprié de la situation.

La Directive retour exige en outre d'accorder une attention rigoureuse aux situations particulières lors de l'adoption et de la mise en œuvre d'une décision de retour, y compris dans le contexte de la rétention préalable à l'éloignement.

Enfants

Les enfants étant extrêmement vulnérables, les États sont tenus de les protéger en vertu de l'article 3 de la [Convention européenne des droits de l'homme \(CEDH\)](#). Ces obligations prédominent sur toute autre considération relative à la qualité de migrant en situation irrégulière²⁵.

L'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être une considération primordiale²⁶. Les États sont tenus par conséquent de fournir une protection et une prise en charge spéciales aux enfants, notamment par la mise en œuvre de mesures raisonnables pour prévenir tout mauvais traitement²⁷. Cela signifie que les conditions d'accueil doivent être appropriées et adaptées à l'âge de l'enfant. Les enfants ne devraient pas être placés dans des lieux non adaptés à leur présence²⁸ ni dans des conditions qui pourraient « engendrer pour eux une situation de stress et d'angoisse et avoir des conséquences particulièrement traumatisantes »²⁹.

La [Charte de l'UE](#) dispose que l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale dans toutes les actions relatives aux enfants.

Cette obligation est reprise dans le droit de l'UE en matière d'asile et dans la [Directive retour](#) (2008/115/CE). En règle générale, les États membres doivent tenir compte de la situation spéciale des enfants et leur garantir un niveau de vie suffisant au regard de leur épanouissement physique, mental, spirituel, moral et social.

²⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08, 5 avril 2011 ; *Thimothawes c. Belgique*, n° 39061/11, 4 avril 2017 ; *Abdi Mahamud c. Malte*, n° 56796/13, 3 mai 2016.

²⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, 12 octobre 2006, paragraphe 55 ; *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, n° 41442/07, 19 janvier 2010, paragraphes 56-58 ; *Popov c. France*, n° 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012, paragraphe 91.

²⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Rahimi c. Grèce*, paragraphe 108 ; *Popov c. France*, paragraphe 140.

²⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Rahimi c. Grèce*, paragraphes 60 et 62 ; *Khan c. France*, n° 12267/16, 28 février 2019, paragraphe 73.

²⁸ Cour européenne des droits de l'homme, *Popov c. France*.

²⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *Tarakhel c. Suisse* [GC], paragraphe 119 ; *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, 12 octobre 2006, paragraphe 50.

Enfants non accompagnés et séparés

En vertu de la [Convention européenne des droits de l'homme \(CEDH\)](#), les États doivent mettre en place des garanties spéciales pour les enfants non accompagnés et séparés³⁰.

Les autorités nationales devraient identifier les enfants concernés dès que possible et prendre des mesures pour garantir qu'ils sont placés dans une structure d'accueil adéquate. Cela vaut même si les enfants ne font pas de demande d'asile, mais prévoient de faire cette demande ailleurs ou de rejoindre des membres de leur famille dans cet autre lieu³¹.

Un tuteur et/ou représentant légal devrait être désigné. Toute inaction ou tout manquement à l'obligation de fournir une assistance et un hébergement peut constituer un traitement dégradant au regard de l'article 3 de la CEDH³².

En vertu du droit de l'UE, les enfants non accompagnés demandeurs d'asile (y compris les enfants séparés de leurs parents/tuteurs mais non d'autres proches) devraient être placés dans des structures sans privation de liberté, c'est-à-dire auprès de membres adultes de leur famille, au sein d'une famille d'accueil ou dans des centres spécialisés dans l'hébergement des mineurs ([Directive conditions d'accueil](#), 2013/33/EU, articles 19 (2) et 24 (2)).

Le droit de l'UE en matière d'asile prévoit que ces enfants doivent se voir désigner un représentant/tuteur dès qu'ils font une demande d'asile.

En vertu de l'article 10 de la [Directive retour](#) (2008/115/CE), avant d'éloigner un mineur non accompagné du territoire d'un État membre, les autorités de cet État membre doivent s'assurer qu'il sera remis à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates dans l'État de retour.

S'il n'existe pas d'interdiction absolue de retour concernant des enfants non accompagnés, la décision de procéder à un retour doit tenir dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, avec l'assistance d'organismes compétents autres que les autorités chargées d'exécuter le retour.

³⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *Rahimi c. Grèce*.

³¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Khan c. France, Sh.D. et autres c. Grèce, Autriche, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovaquie*, n° 14165/16, 13 juin 2019.

³² Cour européenne des droits de l'homme, *Rahimi c. Grèce*, paragraphes 90 à 95; *Khan v. France*, paragraphes 92 à 95.

Pour plus d'informations :

FRA et Cour européenne des droits de l'homme (2014), *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne.

© Agence des droits fondamentaux de l'UE et
Conseil de l'Europe, 2020

FRA – AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UE

Schwarzenbergplatz 11 – 1040 Vienne –
Autriche Tél. +43 158030-0 – Fax +43
158030-699
fra.europa.eu
facebook.com/fundamentalrights
linkedin.com/company/eu-fundamental-rights-agency
twitter.com/EURightsAgency

CONSEIL DE L'EUROPE

67075 Strasbourg Cedex - France
Tél. +33 (0) 3 88 41 20 18 - Fax +33 (0) 3 88 41 27 30
CEDH.coe.int
publishing@CEDH.coe.int
[@CEDHPublication](https://twitter.com/CEDHPublication)