Commission consultative des Droits de l'Homme
du Grand-Duché de Luxembourg

Projet de loi 6218

modifiant la loi modifiée du 29 août 2008 sur la circulation des personnes et l'immigration et la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection

AVIS

02/2011

Index

I. Introduction

II. Analyse du projet de loi

1. La création de la notion d'irrecevabilité et ses conséquences

2. Les dispositions concernant le risque de fuite

3. Modification de l'article 103

4. La rétention

    a. Les modalités de la rétention
    b. La durée de la rétention
    c. Les mesures alternatives à la rétention
    d. L'organisation et le fonctionnement du Centre de rétention

5. Éloignement et conditions d'éloignement

    a. L'inviolabilité du domicile
    b. L'interdiction absolue de certaines mesures coercitives

6. L'interdiction d'entrée sur le territoire

7. Problématique des personnes en situation de vulnérabilité

    a. La situation des mineurs
    b. La situation des femmes

8. Les droits de la défense

III. Recommandations

I. Introduction

La Commission consultative des Droits de l'Homme du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après, « la CCDH ») présente ci-après son avis sur le projet de loi modifiant la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration et la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection (ci-après, « le projet »), suite à sa saisine par le Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration.

Le projet vise à transposer la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dite la *directive retour* (ci-après, « la directive »). Les auteurs du projet expliquent qu'il a notamment pour objectif de promouvoir le retour volontaire, d'instituer une mesure alternative à la rétention administrative, de renforcer le principe de proportionnalité, de mettre en place un traitement égalitaire de tous les étrangers en situation irrégulière dans la procédure de retour et d'assouplir les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour pour raisons humanitaires.

La CCDH ne peut *a priori* que se réjouir de ces changements dans leur principe, d'autant que les auteurs affirment que « *la transposition de la directive est opérée dans le strict respect des droits fondamentaux et de la dignité des étrangers en situation irrégulière* ».

Si cette précision, récurrente dans les considérants et formellement énoncée à l'article 1er de la directive, s'avère nécessaire, c'est vraisemblablement parce qu'un des autres objectifs principaux du texte vise à transposer les dispositions de la directive imposant aux Etats membres des règles en matière de retour forcé, lorsque l'invitation au retour volontaire n'a pas été suivie d'effet.

Si la CCDH est consciente que le projet doit répondre à ces exigences communautaires, même les plus contraignantes, elle estime primordiale de rappeler que la directive laisse toujours la possibilité aux Etats membres, à tout moment, de « *décider d'accorder un titre de séjour autonome ou une autre autorisation conférant un droit de séjour pour des motifs charitables, humanitaires ou autres à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire.* » (article 6.4.)

La loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration (ci-après, « la loi ») accorde au ministre en charge de l'immigration un large pouvoir discrétionnaire qui lui permet de répondre à l'invitation de la directive. En effet, le ministre garde la possibilité d'accorder à un ressortissant de pays tiers une autorisation de séjour, dans les cas où les conditions sont remplies pour la lui refuser, comme notamment celles énoncées à l'article 101 de la loi. La CCDH tient dès à présent à rappeler avec insistance que le retour (forcé) d'un

ressortissant de pays tiers en situation irrégulière n'est pas la seule issue envisageable dans sa situation. Profitant du texte futur à adopter qui permettra d'éviter dans l'avenir, par les règles strictes de retour qu'il établit, l'instauration de situations de fait dans lesquelles des demandeurs d'asile déboutés restent irrégulièrement sur le territoire et s'y ancrent avec le temps, **la CCDH invite le législateur à réfléchir à l'opportunité d'une nouvelle régularisation par le ministre de ces demandeurs déboutés depuis un certain temps et qui seront toujours présents sur le territoire au moment de l'adoption du projet. Elle donne en plus à considérer dans cette perspective que les étrangers en situation irrégulière, même si de toute évidence leur régularisation gracieuse ne constitue pas un droit, ont cependant le droit de voir examiner leur demande de régularisation de façon transparente.**

II. Le projet de loi

1. La création de la notion d'irrecevabilité et ses conséquences

Il est prévu que la première phrase de l'article 39 (1) de la loi se lise désormais «*La demande en obtention d'une autorisation de séjour visée à l'article 38, point 1, à l'exception des autorisations visées aux articles 78, paragraphe (3) et 89, doit, sous peine d'irrecevabilité, être introduite par le ressortissant d'un pays tiers auprès du ministre et doit être favorablement avisée avant son entrée sur le territoire.* »

La notion d'irrecevabilité d'une demande d'autorisation de séjour est nouvelle d'un point de vue formel et elle se définit également par ses conséquences qui consistent à rejeter une telle demande qui serait présentée par une personne présente sur le territoire, sans même l'examiner. L'ancien texte prévoyait que « *la demande en obtention d'une autorisation de séjour visée à l'article 38, point 1 doit être introduite par le ressortissant d'un pays tiers auprès du ministre et doit être favorablement avisée avant son entrée sur le territoire* », et l'application de cette disposition en pratique amenait déjà le ministre à déclarer de telles demandes irrecevables, sans que la loi ne le prévoie formellement.

Cependant, la notion de demande « manifestement irrecevable » introduite par le nouvel article 111 (3) b) n'est pas définie et n'est pas compréhensible. Cet article qui prévoit que «*l'étranger est obligé de quitter le territoire sans délai: (…) b) si une demande en obtention d'une autorisation de séjour ou d'un titre de séjour a été rejetée au motif qu'elle était manifestement irrecevable, non fondée ou frauduleuse* » n'est par ailleurs pas conforme à l'article 7(4) de la directive qui dispose que « (…) *si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse,* (...) *les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire* (…) ». **La CCDH invite dès lors le législateur à adapter le texte de l'article 111 (3) b) à celui de l'article 7(4) de la directive, d'autant, qu'ainsi libellé, il couvre toutes les**

hypothèses dans lesquelles une personne aurait adressé une demande d'autorisation de séjour au ministre en espérant régulariser sa situation, mais aurait vu cette demande rejetée pour n'importe quel motif. La CCDH donne encore à penser que cette personne serait sanctionnée en la privant de délai de retour volontaire, par rapport à une autre qui n'aurait pas ainsi tenté de régulariser sa situation.

*

La sanction d'irrecevabilité prévue par la première phrase de l'article 39 (1) d'une demande d'autorisation de séjour qui serait présentée par la personne présente sur le territoire luxembourgeois ne s'appliquera cependant pas dans les cas prévus à l'article 78 (3) qui aura désormais la teneur suivante : « *à condition que leur présence ne constitue pas de menace pour l'ordre public, la santé ou la sécurité publiques, le ministre peut accorder une autorisation de séjour pour des motifs humanitaires d'une exceptionnelle gravité au ressortissant de pays tiers. La demande est irrecevable si elle se base sur des motifs invoqués au cours d'une demande antérieure qui a été rejetée par le ministre.*» Au vu de ce deuxième stade de recevabilité ainsi créé, il paraît très important de préciser formellement à cet endroit que les demandes antérieures, dont il est question, sont <u>des demandes d'autorisation de séjour</u>, alors que la plupart <u>des demandes de protection internationale</u> se basent également sur « des motifs humanitaires d'une exceptionnelle gravité », bien que de tels critères ne soient pas ceux requis pour accéder à cette protection. Sans préciser la nature de la demande antérieure qu'il évoque, le projet expose ainsi la plupart des demandeurs de protection internationale déboutés, qui voudraient ultérieurement présenter une demande d'autorisation de séjour pour des motifs humanitaires d'une exceptionnelle gravité, à voir leur demande d'autorisation de séjour déclarée irrecevable. **La CCDH invite donc le législateur à libeller la deuxième phrase de l'article 78 (3) ainsi : « La demande est irrecevable si elle se base sur des motifs invoqués au cours d'une demande <u>d'autorisation de séjour</u> antérieure qui a été rejetée par le ministre ». Par ailleurs, une telle irrecevabilité ne devrait pas avoir pour effet de priver un étranger de former des demandes qui s'appuieraient sur des éléments de faits nouveaux (par exemple l'arrivée de plusieurs enfants dans la famille, un état de santé qui s'est dégradé, un changement politique dans le pays d'origine, etc.). La CCDH donne d'autre part à considérer que la politique en matière d'immigration n'est pas nécessairement figée dans le temps et ne voit pas pour quelle raison un ministre serait tenu par une motivation de refus de son prédécesseur, dont il ne partage pas nécessairement l'appréciation.**

Concernant le nouveau paragraphe de l'article 78, la CCDH tient encore à exprimer ses doutes quant au pouvoir discrétionnaire qu'il laisse au ministre de refuser l'autorisation de séjour à une personne qui ferait effectivement état de motifs humanitaires d'une exceptionnelle gravité. En effet, le recours à la formulation « *le ministre <u>peut</u> accorder une autorisation de séjour pour des motifs humanitaires d'une exceptionnelle gravité* » semble ne pas pouvoir se justifier,

alors qu'il est difficile d'imaginer d'autres motifs plus forts que des motifs humanitaires d'une exceptionnelle gravité, qui puissent encore être exigés pour la délivrance d'une telle autorisation de séjour. **La CCDH invite donc le législateur à revoir cette disposition et à la reformuler ainsi « *le ministre <u>accorde</u> une autorisation de séjour pour des motifs humanitaires d'une exceptionnelle gravité* ».**

2. Les dispositions concernant le risque de fuite

La directive définit la notion de risque de fuite à son article 3. (7) comme « *le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite* ». Au risque de fuite ainsi défini, la directive attache deux conséquences : la possibilité pour les Etats membres de ne pas accorder de délai de départ volontaire au ressortissant de pays tiers qui fait l'objet d'une décision de retour et celle de le placer en rétention le temps de procéder à son éloignement.

La CCDH relève que bien que le projet reprenne ces deux possibilités lorsqu'il existera un « risque de fuite », les auteurs n'ont cependant pas défini formellement cette notion, mais se sont limités à présumer son existence dans six situations qu'ils énumèrent aux points 1 à 6 du nouvel article 111 (3), celles-ci étant :
1. si l'étranger ne remplit pas ou plus les conditions de l'article 34;
2. si l'étranger se maintient sur le territoire au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, au-delà de la durée de trois mois à compter de son entrée sur le territoire;
3. si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement;
4. si une décision d'expulsion conformément à l'article 116 est prise contre l'étranger;
5. si l'étranger a contrefait, falsifié ou établi sous un autre nom que le sien un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage;
6. si l'étranger ne présente pas de garanties suffisantes, notamment parce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité, ou qu'il a dissimulé des éléments de son identité, ou qu'il n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective, ou qu'il s'est soustrait aux obligations prévues aux articles 111 et 125.

D'emblée, la CCDH retient que cette approche qui se distingue de celle de la directive ne semble pas conforme aux exigences posées par cette dernière, alors que si le projet définit bel et bien « des critères objectifs », l'impératif communautaire de vérification, dans chaque « cas particulier », de l'existence du risque ne paraît pas compatible avec le système de présomption instauré par le projet.

Cette crainte se confirme définitivement à l'examen de la seule première hypothèse envisagée. En effet, tout ressortissant de pays tiers en situation irrégulière sur le territoire ne remplit pas ou plus les conditions de l'article 34 de la loi, de telle sorte que le risque de fuite sera ainsi présumé pour tout ressortissant de pays tiers en situation irrégulière sur le territoire. Plus spécifiquement, la sixième hypothèse de l'article 111 (3), celle consistant dans le fait de se soustraire aux obligation de l'article 111, couvre également toutes les situations de demandeurs de protection internationale qui n'auraient pas quitté le territoire dans le délai d'un mois après avoir été définitivement déboutés (voir l'article 2 5°du projet modifiant l'article 22 de la loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection), autant dire tous les demandeurs de protection internationale déboutés. Encore plus spécifiquement, en ce qui concerne particulièrement la situation envisagée dans laquelle une personne ne serait pas en possession de documents d'identité ou de voyage valables, la CCDH précise qu'il est fréquent que les demandeurs de protection internationale soient dépourvus de tels documents, en raison notamment de dysfonctionnements institutionnels ou administratifs dans leur pays d'origine comme ceux que la Somalie par exemple connaît actuellement, qui leur auront interdit de se procurer ces documents avant leur départ. La CCDH estime qu'il ne peut être présumé de ce seul chef que de tels demandeurs d'asile déboutés aient la volonté de se soustraire à une décision de retour.

Outre le fait de ne pas être conforme aux impératifs de la directive, ce système porte encore atteinte aux droits fondamentaux des personnes concernées en ce que le constat de l'existence du risque de fuite, ainsi présumé, permet d'ordonner le placement en rétention de tout ressortissant de pays tiers en situation irrégulière sur le territoire et de tout demandeur de protection internationale qui se trouverait sur le territoire un mois après avoir été débouté.

La CCDH invite dès lors le législateur à introduire à l'article 3 de la loi du 29 août 2008 une définition précise de la notion de risque de fuite, conforme à celle de la directive, et à préciser formellement que ce risque devra se révéler à l'examen de chaque cas particulier, selon des critères précis.

Ces critères ne sauraient en tout état de cause se limiter au fait

- **de ne pas ou plus remplir les conditions de l'article 34, ni**
- **de se maintenir sur le territoire au-delà de la durée de validité de son visa ou, si l'obligation de visa n'était pas prévue, au-delà de la durée de trois mois à compter de l'entrée sur le territoire, ni**
- **de ne pas posséder de documents d'identité ou de voyage en cours de validité, ni**
- **de se soustraire aux obligations prévues à l'article 111.**

3. Modification de l'article 103

Le libellé de l'actuel article 103 (1) est le suivant :

Art. 103 (1) : *Avant de prendre une décision de refus de séjour, de retrait ou de non-renouvellement du titre de séjour ou une décision d'éloignement du territoire à l'encontre du ressortissant de pays tiers, le ministre tient compte notamment de la durée du séjour de la personne concernée sur le territoire luxembourgeois, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans le pays et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public ou la sécurité publique.*

Cet article est destiné à assurer un contrôle formel des décisions de refus de séjour, de retrait ou de non renouvellement du titre de séjour ou une décision d'éloignement du territoire à l'encontre du ressortissant de pays tiers. A l'époque, les auteurs du projet avaient décidé d'élargir le bénéfice de ces dispositions à l'ensemble des ressortissants de pays tiers, qu'ils soient ou non résidents de longue durée, alors que seules la directive 2003/86 relative au regroupement familial et la directive 2003/109 concernant le statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée imposent aux Etats membres de tenir compte de certains de ces éléments d'appréciation avant de prendre une décision d'éloignement du territoire.

Dans son avis sur le projet de loi portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration la CCDH avait déjà eu l'occasion de relever positivement les dispositions de cet article, qui constitue à ses yeux une plus-value importante en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux de la personne. En effet, cet article répond à la nécessité impérative d'équilibrer, d'un côté, l'impact négatif d'une décision négative sur le respect de certains droits fondamentaux et, de l'autre, les raisons objectivement valables qui amèneraient les autorités à ne pas autoriser un étranger à séjourner au Luxembourg.

La CCDH constate que non seulement les auteurs du projet de loi actuel entendent limiter la portée de cet article au seul résident de longue durée (en reprenant la formulation actuelle de l'article 12 de la directive 2003/19/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée), mais encore à abolir des critères d'appréciation plus précis tels que l'état de santé[1], la situation familiale et économique, l'intégration sociale et culturelle.

Elle rend attentive également au fait que la formulation proposée pour le nouvel article 103 ne transpose pas correctement l'article 5 de la directive qui impose que :

[1] Si le nouvel article était adopté tel quel, l'état de santé ne peut plus être pris en considération que s'il constitue un motif humanitaire ou dans le cadre restreint de l'autorisation spécifique de séjour des personnes bénéficiaires d'un traitement médical ou encore comme justification d'un sursis à éloignement.

Lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les Etats membres tiennent dûment compte:
a) de l'intérêt supérieur de l'enfant,
b) de la vie familiale,
c) de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers
et respectent le principe de non-refoulement.

Les auteurs du projet de loi justifient cette modification envisagée par le fait que le premier paragraphe de cet article « *a donné lieu à une jurisprudence complètement contradictoire de sorte que la sécurité juridique est actuellement compromise*. »

La CCDH ne peut accepter l'approche des auteurs du projet, qui consiste à constater que la jurisprudence serait contradictoire en la matière pour supprimer purement et simplement l'une des seules garanties qui était encore réservée au ressortissant de pays tiers en fin de droit. Elle relève que par nature, d'une manière générale, la jurisprudence est appelée à évoluer et qu'elle semble en tout état de cause actuellement se fixer en la matière sur les principes ci-après reproduits : « *Considérant que, d'un côté, c'est l'article 100 de la loi du 29 août 2008 qui énumère les cas dans lesquels le séjour est refusé aux ressortissants de pays tiers tandis que, d'un autre côté, même si l'étranger en question rentre dans l'une des hypothèses visées audit article 100, la décision ministérielle de refus de séjour n'est pas automatique en ce sens qu'il incombe au ministre, avant de prendre une telle décision, de vérifier dans chaque cas précis la situation personnelle de l'intéressé en tenant compte d'un certain nombre d'éléments tels qu'énumérés à l'article 103 susvisé, ainsi que l'ont encore retenu de façon pertinente les premiers juges ;*
Considérant que l'article 103 ne prévoit pas l'obligation pour le ministre de relater en détail la démarche qu'il est amené à faire au regard des éléments qu'il est tenu de vérifier suivant la disposition légale sous revue, encore qu'une indication exhaustive de cette démarche dans la décision de refus de séjour corresponde à une façon idéale de procéder dans le chef du ministre, étant entendu qu'il suffit mais <u>qu'il faut que la démarche du ministre</u>, compte tenu des exigences de l'article 103, <u>soit retraçable</u> au plus tard au niveau du contrôle juridictionnel afférent à opérer ; » (C.A 17 novembre 2009, Numéro 25899C , C.A 6 mai 2010, Numéro 26648C). »

Il est fondamental aux yeux de la CCDH que les juridictions appelées à examiner les décisions de refus puissent exercer leur contrôle au regard de la proportionnalité de la décision de refus en question.

Soucieuse de la préservation de la vie privée, de la prise en considération suffisante des liens sociaux et familiaux avant de prendre une décision de refus de séjour, de retrait ou de non-renouvellement du titre de séjour ou une décision d'éloignement, la CCDH plaide pour un maintien de l'actuel article 103.

4. La rétention

A titre liminaire et en ce qui concerne le principe même de la privation administrative de liberté du ressortissant de pays tiers, la CCDH renvoie, d'une part, à son avis sur le projet de loi 5947 portant création et organisation du Centre de rétention du 31 mars 2009 et, d'autre part, à son avis sur le projet de loi 5654 relatif à la création d'un Centre de rétention 30 mai 2007.

a. Les modalités de la rétention

En vertu de l'article 15 de la directive, la rétention est ordonnée par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit.
Il s'agit de l'application d'un principe général de droit garant des droits de la défense.

Or, le projet de loi maintient le libellé de la disposition de l'article 120 (2) de la loi sur l'immigration selon laquelle *« l'étranger peut être retenu sur décision orale du ministre, sous condition de confirmation par écrit de la décision au plus tard dans les quarante-huit heures qui suivent* ».
Une décision de mise en rétention rendue de manière orale porte atteinte au droit à un recours effectif ainsi qu'au droit à la défense. Elle constitue une atteinte grave au droit à la liberté et doit être écartée.
A cet égard, le Conseil d'Etat a justement relevé l'insuffisance de cette disposition et proposé de remplacer ce paragraphe par le libellé suivant « la rétention est ordonnée par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit ».

La CCDH demande au législateur de renoncer à la possibilité d'ordonner oralement le placement d'une personne.

S'agissant de l'article 16, la CCDH ne peut que se satisfaire de l'ouverture prochainement annoncée du centre de rétention, qui permettra au Luxembourg de répondre aux exigences de l'article 16.

b. La durée de la rétention

La CCDH prend acte avec satisfaction du fait que le gouvernement entend garder la durée maximale de rétention à 4 mois, alors que la durée maximale de rétention prévue par la directive est de 6 mois.
Cependant, dans deux hypothèses, la directive (article 15, point 6 a) « *manque de coopération de la personne concernée* » ou b) « *des retards subis pour obtenir du pays d'origine les documents nécessaires* », prévoit un élargissement de la durée maximale de rétention jusqu'à 18 mois. Le Gouvernement entend dans ces hypothèses étendre la durée de rétention à 6 mois.
La CCDH s'oppose à cette extension de la durée de rétention, qu'elle juge

excessive. Celle-ci devrait être aussi courte que possible. Elle rappelle à cet égard que le législateur français limite à 45 jours la durée maximale de rétention.

Plus particulièrement, la CCDH s'oppose formellement à ce que la durée de l'atteinte à la liberté individuelle de la personne concernée soit prolongée en raison de défaillances sur lesquelles la personne en question n'a aucune responsabilité (exemple du retard subi pour obtenir du pays d'origine les documents nécessaires).
La CCDH constate avec inquiétude que ces dernières années l'allongement de la durée de rétention des étrangers s'est accru, alors que toute modification législative en la matière devrait aller dans le sens de la réduction des durées de rétention.
Dans cet ordre d'idées, elle invite le législateur :

- **à réduire la durée de rétention actuelle qui est actuellement de 4 mois,**
- **à écarter les dispositions prévoyant, dans certaines hypothèses, des durées supérieures.**

c. Les mesures alternatives à la rétention

La mesure de rétention, conformément aux principes et instruments juridiques internationaux, européens et nationaux, doit être considérée comme une mesure de dernier ressort et ne doit être appliquée, comme le souligne la directive, que si d'autres mesures, moins coercitives se révèlent inefficaces dans un cas particulier.
Les mesures moins coercitives, comprises comme une obligation visant à éviter le risque de fuite, sont énoncées dans l'article 14 de la directive. On y trouve les obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé.
La CCDH regrette que le législateur n'ait choisi que la seule assignation à résidence parmi les alternatives à la rétention, alors que la rétention doit être une mesure d'exception et non la règle. **La CCDH invite donc le législateur à inclure - et à utiliser postérieurement dans la pratique - les autres alternatives à la rétention dans le corps du texte de loi.**

d. L'organisation et le fonctionnement du Centre de rétention

De manière générale, la CCDH constate, d'une part, que l'avant-projet de règlement grand-ducal donne un pouvoir très important au directeur du Centre de rétention sans réel contrôle et garantie et, d'autre part, que de nombreuses et importantes questions, qui devraient être légalement clairement précisées dans l'avant-projet, sont absentes.

Elle renvoie dans ce contexte à son avis du 31 mars 2009 sur le projet de loi 5947 portant création et organisation du Centre de rétention et à son avis du 20

novembre 2008 sur le projet de loi 5849 portant approbation du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies à New York le 18 décembre 2002 et modifiant la loi du 22 août 2003 instituant un Médiateur.

Dans son avis du 31 mars 2009 la Commission s'était déjà inquiétée, notamment, sur le fait que le directeur du Centre était investi du pouvoir d'édicter des règles générales d'exécution de la loi que l'article 36 de la Constitution réserve au règlement grand-ducal. L'avis du Collectif Refugiés Luxembourg relève aussi, à juste titre, que pas moins de dix questions importantes concernant les modalités de la rétention sont laissées à l'appréciation discrétionnaire du directeur du centre, alors qu'elles devraient légalement être précisées dans le projet de règlement grand-ducal.
Par ailleurs, pour la CCDH, il est également indispensable que les textes prévoient une disposition générale qui poserait le principe d'un droit au recours en réformation devant le Juge administratif contre toute décision individuelle du directeur ou de ses délégataires portant préjudice.

La CCDH recommande donc à ce titre l'adoption de règles adaptées, claires et précises avec un contrôle indépendant et un accès au juge garant des droits des retenus/détenus en général contre toutes sanctions et en particulier pour toutes les atteintes ou violations à la dignité, la vie privée et familiale et renvoie pour les détails à son avis du 31 mars 2009.

5. Eloignement et conditions d'éloignement

a. L'inviolabilité du domicile

La CCDH déplore depuis 2003 l'absence de texte qui viendrait règlementer les intrusions domiciliaires des forces de police au domicile des personnes à éloigner. Elle répète que chaque éloignement forcé qui débute avec l'interpellation des personnes concernées à leur domicile se fait en violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, et en violation de l'article 15 de notre Constitution, qui garantissent tous deux l'inviolabilité du domicile de toute personne. Cette inviolabilité n'est pas absolue dans la mesure où une loi peut, sous certaines conditions, prévoir les cas dans lesquels un Etat peut y déroger. Ainsi, en matière pénale, par exemple, la loi règlemente les conditions dans lesquelles des perquisitions domiciliaires peuvent avoir lieu[2] et la CCDH continue à déplorer le constat selon lequel des personnes non soupçonnées d'infraction pénale se voient ainsi privées illégalement de la jouissance d'un de leurs droits

[2] Articles 33 et 47 du nouveau code d'instruction criminel

fondamentaux, pendant que celles sur lesquelles de tels soupçons pèsent ont l'assurance que ce droit sera respecté.

Si le législateur ne précise pas dans le futur texte les conditions dans lesquelles les forces de police peuvent pénétrer au domicile des ressortissants de pays tiers pour les éloigner du territoire, les éloignements forcés continueront à se dérouler dans l'illégalité à cet égard, et les personnes qui en feront l'objet continueront quant à elles à voir un de leurs droits fondamentaux systématiquement violé par le Grand-Duché de Luxembourg à cette occasion.

La CCDH exhorte le législateur à enfin réglementer les conditions dans lesquelles il autorisera les forces de police à pénétrer au domicile privé des personnes qui font l'objet d'un retour forcé.

b. L'interdiction absolue de certaines mesures coercitives

Également depuis 2003, la CCDH déplore l'absence dans la législation luxembourgeoise de toute liste énumérant précisément les pratiques qu'il y a formellement lieu de proscrire à l'occasion de l'exécution des retours forcés. Tout en affirmant le principe selon lequel les mesures coercitives pour procéder à l'éloignement du territoire devaient être « proportionnées », ne pas « dépasser les limites du raisonnable », être « appliquées conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité de la personne concernée », la loi adoptée en 2008 restait cependant toujours muette quant aux pratiques à proscrire impérativement lors des éloignements forcés. Le règlement grand-ducal du 26 septembre 2008 établissant des règles de bonne conduite à appliquer par les agents chargés de l'exécution d'une mesure d'éloignement ne dresse aucune liste des pratiques prohibées. Même si la CCDH se doit de saluer que ce règlement prévoit que l'éloignement est interrompu si la poursuite de l'opération met en danger la sécurité de la personne à éloigner et qu'il ne peut avoir lieu si la personne est médicalement dans l'incapacité de voyager, elle continue à déplorer l'absence d'une telle liste.
Cette liste est cependant indispensable, alors qu'il est insuffisant de poser le postulat que l'éloignement se fait dans le respect des droits fondamentaux, si les atteintes potentielles à ces droits ne sont pas strictement définies et interdites.

La CCDH adjure une nouvelle fois le législateur d'incorporer cette liste dans le projet sous avis en reprenant, parmi les vingt principes directeurs du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé de septembre 2005, les dispositions pertinentes à ce sujet[3] et espère cette fois

[3] **Principe 19. Moyens de contrainte**
1. Seules sont acceptables les formes de contrainte constituant une réponse strictement proportionnée à la résistance réelle ou raisonnablement escomptée de la part de la personne éloignée, afin de contrôler cette personne.

être entendue. Le Grand-Duché est responsable des personnes qu'il éloigne de son territoire et Il se doit de leur garantir le respect de leur dignité, de leur sécurité, voire de leur vie.

6. L'interdiction d'entrée sur le territoire

L'article 112 (1) du projet laisse la possibilité au ministre compétent d'interdire l'entrée par décision séparée postérieure à la décision de retour. Cette faculté sans plus de précision est susceptible d'engendrer des situations dans lesquelles les personnes concernées risquent de voir leur droit à un recours effectif atteint dans sa substance.

Il est aisé d'imaginer qu'une fois la personne éloignée du territoire, cette décision, postérieure à la décision de retour, ne puisse jamais lui être notifiée. Par contre, une fois cette décision prise, l'autorité compétente procédera au *signalement SIS* prévu par l'article 96 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des Etats de l'Union économique BENELUX, de la République Fédérale d'Allemagne et de la République française, relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

Ainsi, un ressortissant d'Etat tiers qui aura fait l'objet d'une décision de retour non assortie d'une interdiction d'entrée, cette dernière ayant été cependant postérieurement prise, mais dont il n'aura pas connaissance, se verra interdire l'accès à tout le territoire de l'Union européenne, sans pouvoir contester la décision qui ne lui aura pas été notifiée et qui sera à l'origine de cette situation.

La CCDH invite dès lors le législateur à exiger que toute décision d'interdiction d'entrée qui serait prise postérieurement à la décision de retour le soit en tout cas lorsque la personne concernée se trouve encore sur le territoire, et que cette décision soit impérativement notifiée à cette personne avant son départ.

---

2. Les techniques de contrainte et les procédés coercitifs risquant d'obstruer les voies respiratoires partiellement ou totalement, de même que le maintien de la personne éloignée dans une position risquant de provoquer l'asphyxie ne doivent pas être utilisés.
3. Les membres de l'escorte devraient recevoir une formation qui porte sur les moyens de contrainte pouvant être utilisés et les conditions de leur utilisation; dans le cadre de leur formation spécialisée, les membres de l'escorte devraient être informés des risques liés à l'emploi de chaque technique. Si la formation n'est pas offerte, il conviendrait au moins que des règlements ou des directives définissent les moyens de contrainte, les circonstances dans lesquelles ils peuvent être utilisés et les risques inhérents à leur utilisation.
4. L'administration de médicaments aux personnes au cours de leur éloignement doit s'effectuer uniquement sur décision médicale prise à la lumière de chaque cas particulier.

7. Problématique des personnes en situation de vulnérabilité

La CCDH estime qu'il est fondamental de porter une attention toute particulière aux besoins des personnes en situation de vulnérabilité, qu'elles soient demandeurs de protection internationale, déboutés ou non ou encore en situation irrégulière, telles les mineurs accompagnés ou non, les personnes présentant un handicap, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les personnes qui ont été victimes de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle et les femmes. La CCDH constate cependant qu'il n'existe, dans la législation luxembourgeoise, aucun mécanisme ni système de détection de ces situations de vulnérabilité. En ce qui concerne les demandeurs de protection internationale, **elle invite le législateur à se conformer à l'article 17 de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres en instaurant un tel mécanisme de détection.[4] Pour les ressortissants de pays tiers, elle invite le législateur à s'en inspirer.**

a. La situation des mineurs

L'article 103 (2) modifié prévoit que le mineur non accompagné soit assisté par un administrateur ad hoc dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à l'entrée et le séjour sur le territoire. **La CCDH demande que le rôle de l'administrateur ad hoc soit élargi pour assister le mineur dans toutes les situations possibles.**
Le projet de loi prévoit la possibilité de mise en rétention des mineurs qu'ils soient accompagnés ou non. La CCDH accorde une attention particulière à cette question, compte tenu de la grande vulnérabilité et de la détresse des personnes concernées. De manière générale, la CCDH s'oppose au placement en rétention de tout mineur, car il porte atteinte à la santé psychique et au développement des enfants. Toute mesure de rétention de mineurs est contraire à la Convention internationale des droits de l'enfant (article 37), qui commande également que ce qui doit primer avant toute décision concernant des mineurs c'est « l'intérêt supérieur de l'enfant » et qu'il doit s'agir d'une « considération primordiale ».
La CCDH partage l'avis du HCR qui, par le Comité des droits de l'enfant, a souligné que : « les enfants non accompagnés ou séparés ne devraient pas, en règle générale, être placés en détention. La détention ne saurait être justifiée par le seul fait que l'enfant est séparé ou non accompagné, ni par son seul statut au regard de la législation relative à l'immigration ou à la résidence ou l'absence d'un tel statut ».

[4] « L'identification des demandeurs d'asile vulnérables est un élément essentiel sans lequel les dispositions de la directive concernant le traitement spécial à réserver à ces personnes perdraient tout leur sens. » Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen COM(2007) 745 final du 26 novembre 2007.

Dans son article du 9 février 2011[5], le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, dénonce tant la rétention que les mauvaises conditions de détention qui sont néfastes au développement harmonieux des mineurs. Il incite les gouvernements à changer leur approche.
Dans sa résolution 1707 (2010) l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a exprimé sa préoccupation quant à la détention des demandeurs d'asile et a préconisé que les personnes vulnérables, groupe dont les enfants font partie, et les mineurs non accompagnés ne doivent jamais être placés en détention.
Concernant l'éloignement des mineurs non accompagnés, l'article 103 modifié, point (2), dit que : « aucune décision de retour ne peut être prise contre un mineur non accompagné d'un représentant légal, à l'exception de celle qui se fonde sur des motifs graves de sécurité publique, sauf si l'éloignement est nécessaire dans son intérêt ».
Quels seraient les motifs graves de sécurité publique qui motiveraient un retour forcé? La CCDH relève ici une incompatibilité avec l'article 40 de la Convention internationale des droits de l'enfant.
La CCDH questionne la notion de l'éloignement qui serait dans l'intérêt du mineur. Comment est réalisée l'évaluation de l'intérêt du mineur ? Qui est chargé de cette évaluation ? Quelles seraient les garanties que l'intérêt du mineur soit réellement supérieur après éloignement et le retour? La CCDH rejoint l'avis du HCR qui dit: « Il semble aussi important que soit mis en place un mécanisme approprié pour déterminer dans un délai raisonnable ce qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant et pour contrôler son application effective, notamment au moment où une décision de retour est prise. Il sera nécessaire de prendre en considération, lors de l'évaluation de l'intérêt de l'enfant, différents facteurs tels que la sécurité de l'enfant, la réunification de famille, le niveau d'intégration de l'enfant dans le pays d'accueil, les conditions socio-économiques de l'enfant dans le pays d'origine, la parole de l'enfant ainsi que les avis de son représentant légal et/ou social. A cet égard, l'article 10 (1) de la directive retour concernant la décision de retour relative à un mineur non accompagné ne semble pas avoir été transposé».
La CCDH propose de confier la mission de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant et le contrôle de son application effective à l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand.

b. La situation des femmes

Le projet de loi ne considère pas la situation spécifique des femmes, demandeuses de protection internationale, déboutées ou pas ou demandeuses d'autorisation de séjour. Si la **CCDH demande qu'il soit porté une attention particulière du législateur à la situation de ces femmes** et même dans les cas d'éloignement volontaire et forcé, elle suit les initiatives du HCR qui

[5] Le carnet des droits de l'Homme du Commissaire du Conseil de l'Europe, « Les enfants migrants ne devraient pas être placés en rétention », Thomas Hammarberg, 9 février 2011.

demande d'accorder une protection particulière aux femmes au cours du processus de régularisation de leur statut dès leur arrivée sur le territoire. Les situations de vie difficiles rencontrées par les femmes sont multiples : les actes de violence sexuelle, les actes de violence conjugale et familiale, la planification familiale imposée, les mutilations génitales, l'obligation de se marier à l'homme choisi par la famille et de lui obéir, la traite et la prostitution forcée.
Afin de garantir un traitement correct et équitable c.à.d. le respect des spécificités de la situation du genre féminin, des demandes des femmes ainsi que de leurs dossiers en cas d'éloignement, la CCDH demande que les femmes soient entendues seules, sans présence d'un membre masculin de leur entourage, afin de pouvoir présenter leur situation personnelle. Elles devraient jouir d'un droit de traitement particulier et être informées de ce droit. L'information, l'assistance et l'interprétation dans une langue qu'elles comprennent leur devraient être garanties à titre individuel.

8. Les droits de la défense

L'article 12 de la directive impose aux Etats de rendre par écrit les décisions de retour et, le cas échéant, les décisions d'interdiction d'entrée ainsi que les décisions d'éloignement. Cet article précise que ces décisions doivent indiquer leurs motifs de fait et de droit et comportent des informations relatives aux voies de recours disponibles. Il précise que, sur demande, les Etats membres fournissent une traduction écrite ou orale des principaux éléments des décisions liées au retour, y compris des informations concernant les voies de recours disponibles, dans une langue que le ressortissant d'un pays tiers comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend.

La CCDH salue l'introduction du recours à un interprète pour la traduction des décisions de refus, y compris les informations concernant les voies de recours disponibles, cette mesure n'étant auparavant prévue qu'en matière de placement en rétention.

Elle déplore que le droit à l'assistance d'un avocat n'ait pas été formellement affirmé.

Elle considère en effet comme essentiel de voir assurer effectivement au ressortissant de pays tiers se trouvant sur le territoire luxembourgeois la possibilité de faire valoir ses droits et notamment de pouvoir, le cas échéant, former une demande sur le fondement de l'article 78 (3), ce qui suppose qu'il puisse bénéficier dès le stade de sa demande de l'assistance d'un interprète et d'un avocat, faute de quoi, cette faculté serait illusoire compte tenu de l'indigence et de l'ignorance de certaines personnes.

Enfin, la CCDH tient à relever que le 6ème considérant de la directive invite les Etats membres à «*veiller à ce que, en mettant fin au séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers, ils respectent une procédure équitable et*

transparente. ». Très souvent, dans les conditions difficiles d'un retour forcé, le respect d'une telle procédure équitable et transparente, relève également du respect de la dignité humaine des personnes qui en font l'objet. La CCDH espère qu'avec l'entrée en vigueur du futur texte, certaines pratiques suspectes au regard de ce droit fondamental, comme celles consistant à préparer le retour forcé en toute discrétion, la décision ayant été formellement prise depuis plusieurs semaines mais notifiée au tout dernier moment, souvent la veille du jour prévu pour le départ, disparaitront définitivement. L'exercice des voies de recours légales s'avère de plus dans ces conditions très difficile, voire illusoire. Les personnes concernés sont souvent des familles présentes sur le territoire depuis des années, avec des enfants scolarisés et il n'est pas admissible de les arracher du jour au lendemain à tous leurs repères sans même leur laisser la possibilité de faire leurs adieux à leurs amis. Puisqu'il est inéluctable, le retour doit au moins s'effectuer dans la dignité, qu'il soit volontaire ou forcé.

III. Recommandations

1. La CCDH invite le ministre à réfléchir à l'opportunité d'une nouvelle régularisation des demandeurs déboutés depuis un certain temps et qui seront toujours présents sur le territoire au moment de l'adoption du projet. Elle donne en plus à considérer dans cette perspective que les étrangers en situation irrégulière, même si de toute évidence leur régularisation gracieuse ne constitue pas un droit, ont cependant le droit de voir examiner leur demande de régularisation de façon transparente.

2. La CCDH invite le législateur à adapter le texte de l'article 111 (3) b) à celui de l'article 7 (4) de la directive.

3. La CCDH invite le législateur à libeller la deuxième phrase de l'article 78 (3) ainsi : « La demande est irrecevable si elle se base sur des motifs invoqués au cours d'une demande d'autorisation de séjour antérieure qui a été rejetée par le ministre ». Par ailleurs, une telle irrecevabilité ne devrait pas avoir pour effet de priver un étranger de former des demandes qui s'appuieraient sur des éléments de faits nouveaux (par exemple l'arrivée de plusieurs enfants dans la famille, un état de santé qui s'est dégradé etc.). La CCDH donne d'autre part à considérer que la politique en matière d'immigration n'est pas nécessairement figée dans le temps et ne voit pas pour quelle raison un ministre serait tenu par une motivation de refus de son prédécesseur, dont il ne partage pas nécessairement l'appréciation.

4. La CCDH invite le législateur à revoir la disposition de l'article 78 (3) du projet et à la reformuler ainsi « *le ministre accorde une autorisation de séjour pour des motifs humanitaires d'une exceptionnelle gravité* ».

5. La CCDH invite le législateur à introduire à l'article 3 de la loi du 29 août 2008 une définition précise de la notion de risque de fuite, conforme à celle de la directive, et à préciser formellement que ce risque devra se révéler à l'examen de chaque cas particulier, selon des critères précis.
Ces critères ne sauraient en tout état de cause se limiter au fait

- de ne pas ou plus remplir les conditions de l'article 34, ni
- de se maintenir sur le territoire au-delà de la durée de validité de son visa ou, si l'obligation de visa n'était pas prévue, au-delà de la durée de trois mois à compter de l'entrée sur le territoire, ni
- de ne pas posséder de documents d'identité ou de voyage en cours de validité, ni
- de se soustraire aux obligations prévues à l'article 111.

6. La CCDH juge fondamental de garder l'article 103 dans sa rédaction actuelle, afin que les juridictions, appelées à examiner les décisions de refus, puissent exercer leur contrôle au regard de la proportionnalité de la décision de refus en question.
Soucieuse de la préservation de la vie privée, de la prise en considération suffisante des liens sociaux et familiaux avant de prendre une décision de refus de séjour, de retrait ou de non-renouvellement du titre de séjour ou une décision d'éloignement, la CCDH plaide pour un maintien de l'actuel article 103

7. La CCDH demande au législateur de renoncer à la possibilité d'ordonner oralement le placement d'une personne.

8. La CCDH s'oppose formellement à ce que la durée de l'atteinte à la liberté individuelle de la personne concernée soit prolongée en raison de défaillances sur lesquelles la personne en question n'a aucune responsabilité (exemple du retard subi pour obtenir du pays d'origine les documents nécessaires) et invite le législateur :

- à réduire la durée de rétention actuelle qui est actuellement de 4 mois,
- à écarter les dispositions prévoyant, dans certaines hypothèses, des durées supérieures.

9. La CCDH invite le législateur à inclure - et à utiliser postérieurement dans la pratique - les autres alternatives à la rétention dans le corps du texte de loi.

10. La CCDH recommande en matière de rétention l'adoption de règles adaptées, claires et précises avec un contrôle indépendant et un accès au juge garant des droits des retenus, contre toutes sanctions et en particulier pour toutes les atteintes ou violation à la dignité, la vie privée et familiale et renvoie pour les détails à son avis du 31 mars 2009.

12. La CCDH exhorte le législateur à enfin réglementer les conditions dans lesquelles il autorisera les forces de police à pénétrer au domicile privé des personnes qui font l'objet d'un retour forcé.

13. La CCDH déplore l’absence dans la législation luxembourgeoise de toute liste énumérant précisément les pratiques qu’il y a formellement lieu de proscrire à l’occasion de l’exécution des retours forcés. Elle adjure une nouvelle fois le législateur d’incorporer cette liste dans le projet sous avis en reprenant, parmi les vingt principes directeurs du Comité des Ministres du Conseil de l’Europe sur le retour forcé de septembre 2005, les dispositions pertinentes à ce sujet.

14. La CCDH invite le législateur à exiger que toute décision d’interdiction d’entrée qui serait prise postérieurement à la décision de retour le soit en tout cas lorsque la personne concernée se trouve encore sur le territoire, et que cette décision soit impérativement notifiée à cette personne avant son départ.

15. La CCDH invite le législateur à se conformer à l’article 17 de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres en instaurant un mécanisme de détection des situations des personnes en situation de vulnérabilité.

16. La CCDH demande que le rôle de l’administrateur ad hoc soit élargi pour assister le mineur demandeur de protection internationale ou pas dans toutes les situations possibles.

17. La CCDH s’interroge sur la légitimité du principe de rétention des mineurs.

18. La CCDH propose d’instaurer dans le texte un mécanisme d’évaluation de l’intérêt supérieur de l’enfant ressortissant d’Etats tiers, en particulier au moment de son retour forcé, et de confier cette évaluation à l’Ombuds-Comité fir d’Rechter vum Kand.

19. La CCDH demande qu’il soit porté une attention particulière du législateur à la situation des femmes demandeuses de protection internationale, déboutées ou pas, ou en situation irrégulière.