

Troisième partie

L'entrée irrégulière (article 31)

Sommaire

3.1

L'article 31 de la Convention de 1951
relative au statut des réfugiés : l'absence
de sanctions pénales, la détention et la protection 223

3.2

Relevé des conclusions : l'article 31
de la Convention de 1951 293

3.3

Liste des participants 299

L'ARTICLE 31 DE LA CONVENTION DE 1951 RELATIVE AU STATUT DES RÉFUGIÉS : L'ABSENCE DE SANCTIONS PÉNALES, LA DÉTENTION ET LA PROTECTION

Guy S. GOODWIN-GILL *

Table des matières

I.	Article 31 : les réfugiés en situation irrégulière dans le pays de refuge	225
A.	Introduction	225
B.	Problèmes soulevés et portée du document	227
II.	Article 31 : les origines du texte	227
A.	Le Comité spécial	228
B.	Discussions lors de la Conférence de 1951	229
C.	La signification des termes de l'article 31 : considérations préliminaires	232
III.	Transposition du principe en droit interne	236
A.	Législation nationale	236
1.	La Suisse	236
2.	Le Royaume-Uni	236
3.	Les États-Unis	237
4.	Le Belize	237
5.	La Finlande	238

* Ce document a été demandé par le HCR pour servir de document de travail pour les discussions de la table ronde d'experts sur l'article 31 de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* organisée dans le cadre des *Consultations mondiales sur la protection internationale* à l'occasion du 50^e anniversaire de la *Convention de 1951*. Le document a été enrichi par les discussions qui ont eu lieu lors de la table ronde d'experts à Genève (Suisse) les 8 et 9 novembre 2001. L'auteur a également largement bénéficié du soutien de Walpurga Englbrecht pour produire le document final.

6. Le Ghana	238
7. Le Lesotho	238
8. Le Malawi	239
9. Le Mozambique	239
B. Jurisprudence nationale	240
1. La décision Adimi	242
C. La Cour européenne des droits de l'Homme	244
D. Pratique des États	245
1. L'Australie	247
2. La Belgique	249
3. La France	250
4. L'Allemagne	250
5. Autres États européens (l'Espagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède)	251
6. Les États-Unis	253
E. Décisions et recommandations du Comité exécutif du HCR	254
IV. Les normes internationales et la responsabilité des États	255
V. Conclusions relatives à l'article 31 § 1	257
VI. Les restrictions à la liberté de circulation en vertu de l'article 31 § 2, y compris la détention	260
A. Portée de la protection prévue par la Convention de 1951 et de manière générale	263
B. Normes internationales	264
1. Comité exécutif/HCR	264
2. Autres développements des normes internationales	267
C. Transposition ou adoption de normes en droit interne	270
VII. Conclusions relatives à l'article 31 § 2	272
Annexe 3.1	
Transposition de l'article 31 de la Convention de 1951 en droit interne : sélection de législation	277

I. Article 31 : les réfugiés en situation irrégulière dans le pays de refuge

A. Introduction

L'article 31 de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*¹ dispose que :

1. Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière.
2. Les États contractants n'appliqueront aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires ; ces restrictions seront appliquées seulement en attendant que le statut des réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays. En vue de cette dernière admission, les États contractants accorderont à ces réfugiés un délai raisonnable ainsi que toutes facilités nécessaires.²

En dépit de cette disposition, des demandeurs d'asile sont placés en structures de détention en Europe, en Amérique du Nord et en Australie, en raison de leur entrée ou présence irrégulière. Dans son étude de juillet 2000 relative aux normes d'accueil des demandeurs d'asile dans l'Union européenne, le HCR a observé que plusieurs types de détention étaient utilisés, notamment la détention à la frontière ou dans les zones de transit aéroportuaires, et que les motifs de détention étaient également variés³. Les réfugiés et les demandeurs d'asile peuvent, par exemple, être détenus au stade de la « pré-admission », parce qu'ils sont en possession de faux documents ou parce qu'ils sont dépourvus des documents requis ; mais ils peuvent aussi être placés en rétention avant d'être expulsés ou transférés vers un « pays tiers sûr », par exemple, conformément aux dispositions de la *Convention de Dublin*⁴. Plusieurs pays, comme le Danemark, la Finlande, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, n'ont pas fixé de durée maximale de détention, tandis que d'autres en ont fixé une et exigent la remise en liberté si aucune décision relative à l'admission ou à l'éloignement n'a été prise.

1. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189 n° 150 ; pour le *Protocole de 1967 à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 606 n° 267.

2. **Note de la traductrice** : Le texte français de l'article 31 utilise les deux termes « entrée ou ... séjour irrégulier » et « entrée ou présence irrégulière » pour le terme anglais « illegal entry or presence ». Cette traduction utilise le terme « entrée ou présence irrégulière » quand il n'y a pas une distinction entre les deux en anglais.

3. HCR, *Reception Standards for Asylum Seekers in the European Union* (Genève, juillet 2000).

4. *Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des communautés européennes (Convention de Dublin)*, JO 1990 L254, 19 août 1997.

De plus en plus, la pratique des pays d'accueil est de mettre en place des centres de détention ou de rétention spécifiques, par exemple, en Allemagne, en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Espagne, en France, en Grèce, aux Pays-Bas, en Suède, au Royaume-Uni et aux États-Unis ; ces structures peuvent être ouvertes, semi-ouvertes ou fermées. En raison de l'importance de la demande, beaucoup d'États utilisent également des prisons ordinaires pour les détentions en lien avec l'immigration ; dans ce cas, les demandeurs d'asile sont généralement soumis au même régime que les autres prisonniers et ne sont pas séparés des criminels ou autres délinquants.

La *Convention de 1951* instaure un système de droits et de responsabilités pour les réfugiés. Dans la plupart des cas, c'est seulement dans le cas où la demande de statut de réfugié d'une personne est examinée *avant* qu'elle ne soit affectée par l'exercice de la compétence de l'État (par exemple, par l'application de sanctions pour entrée « irrégulière »), que ce dernier peut être sûr de respecter ses obligations internationales. De la même manière, une décision sur le fond de la demande de statut de réfugié est généralement la seule manière de garantir que l'obligation de non-refoulement soit respectée, de même cette décision est essentielle pour garantir que des sanctions pénales ne sont pas appliquées à des réfugiés, en violation de l'article 31 de la *Convention de 1951*.

Le fait d'appliquer des sanctions pénales sans prendre en considération le fond de la demande d'asile d'une personne risque également de conduire à une violation par l'État de son obligation de garantir et de protéger les droits de l'Homme de toute personne se trouvant sur son territoire ou relevant de sa juridiction⁵.

Cette pratique constitue également un gaspillage des ressources de l'État et un exemple de mauvaise gestion. Lorsque la sanction appliquée est la détention, elle crée des frais importants pour l'État d'accueil et augmente inévitablement les délais dans les systèmes nationaux, tant au niveau de la détermination du statut de réfugié que des contrôles en matière d'immigration.

5. Cette obligation est énoncée à l'article 2 § 1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966 (*PIDCP*), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999 n° 171 (« Les États parties...s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte... »), à l'article 1 de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* (*Convention européenne des Droits de l'Homme*), STE N° 5 (« Les ...Parties...reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre 1 de la présente Convention ») et à l'article 1 de la *Convention américaine des Droits de l'Homme de 1969* ou « *Pacte de San José, Costa Rica* », Organisation des États américains (OEA) Série N° 35 (« Les Parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus par la présente Convention et à garantir leur exercice libre et entier à toutes les personnes relevant de sa juridiction... »). Cette obligation est clairement liée à l'obligation correspondante d'offrir un recours à ceux dont les droits sont violés ou menacés de l'être (article 14 § 1 du *PIDCP* ; article 13 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme* ; article 25 de la *Convention américaine des Droits de l'Homme*).

Néanmoins, les exigences croissantes en matière de contrôle des déplacements des personnes ont même conduit à ce que des réfugiés reconnus après une arrivée « non autorisée », se voient accorder moins de droits, contrairement aux termes de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*, tandis que, en d'autres endroits, des réfugiés et des demandeurs d'asile sont fréquemment condamnés à des amendes ou emprisonnés.

B. Problèmes soulevés et portée du document

En cette période d'incertitude, alors que les préoccupations sécuritaires figurent une fois de plus en priorité à l'ordre du jour et que de nombreux États semblent incapables de gérer réellement et efficacement leur système de détermination du statut de réfugié, il est nécessaire d'examiner et d'analyser de près les termes de l'article 31 de la *Convention de 1951*. Les parties II à V de ce chapitre analysent donc principalement les problématiques essentielles soulevées par, ou liées à, l'article 31 § 1 en accordant une attention particulière à la portée de la protection (« qui en bénéficie »), aux conditions pour en bénéficier (« arrivant directement », « sans délai », « raisons reconnues valables ») et à la nature précise de l'immunité (« sanctions »). Les parties VI et VII examinent l'article 31 § 2 en accordant une attention particulière aux restrictions à la liberté de circulation et à la question de la détention (à la fois de manière générale et à l'égard des mesures « nécessaires » qui peuvent être appliquées en vertu de cette disposition).

II. Article 31 : les origines du texte

La *Convention de Vienne sur le droit des traités* confirme le principe de droit international général selon lequel un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »⁶. Dans le cas de la *Convention de 1951*, l'interprétation doit se faire en référence à l'objet et au but d'étendre la protection de la communauté internationale aux réfugiés et de leur assurer « l'exercice le plus large possible des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » comme énoncé au préambule. En outre, l'article 32 de la *Convention de Vienne* dispose :

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

(a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou (b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

L'article 33 de la *Convention de Vienne* clarifie l'interprétation des traités authentifiés dans deux langues ou plus. Le dernier paragraphe de la *Convention de*

6. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, UN doc. A/CONF.39/27, article 31 § 1 ; G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon Press, Oxford, 1996), pp. 366-368.

1951 dispose que les textes anglais et français font également foi. Au cas où les textes anglais et français feraient apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne* ne permet pas d'éliminer, l'article 33 § 4 prévoit que l'« on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes »⁷.

Comme cela est exposé plus loin, les travaux préparatoires confirment le « sens ordinaire » de l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* comme s'appliquant aux réfugiés qui entrent ou sont présents sur le territoire sans autorisation, qu'ils arrivent directement de leur pays d'origine ou de tout autre territoire où leur vie ou leur liberté était menacée, sous la réserve qu'ils exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence.

Dans la mesure où les références, dans l'article 31 § 1, aux réfugiés qui « arrivent directement » et exposent « des raisons reconnues valables » peuvent être ambiguës, les travaux préparatoires indiquent que ces termes ne visaient pas à refuser la protection aux personnes se trouvant dans des situations analogues. Au contraire, l'historique de la rédaction de l'article 31 § 1 montre clairement qu'on est seulement passé d'une disposition « ouverte » sur l'immunité (bénéficiant au réfugié qui se présente sans délai et expose des « raisons reconnues valables ») vers une disposition d'une portée légèrement plus limitée, faisant référence aux réfugiés « arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée ». En outre, l'historique de la rédaction montre clairement que cette modification visait spécifiquement à répondre à une préoccupation particulière de la délégation française.

Le terme anglais « *penalties* » qui figure à l'article 31 § 1 n'a pas fait l'objet d'intenses discussions pendant les travaux préparatoires du traité. Il est parfois interprété comme ne visant que les « *criminal penalties* », en référence au terme français de « sanctions pénales ». La portée plus large du terme anglais « *penalties* » tient compte de l'objet et du but du traité ainsi que de l'interprétation de ce terme contenu dans d'autres traités en matière de droits de l'Homme⁸.

A. Le Comité spécial

Une proposition visant à exempter les réfugiés, entrant de manière irrégulière, de sanctions (« *penalties* » en anglais) a d'abord été intégrée dans le projet de convention rédigé par le Comité spécial de 1950 de l'apatridie et des problèmes connexes réuni à Lake Success, New York, en février 1950⁹. La partie pertinente de ce qui constituait alors le texte proposé pour l'article 24 disposait :

7. Voir *Convention de Vienne*, article 33 § 4.

8. Voir *infra* Partie II.C.

9. Belgique et États-Unis, « Texte proposé pour l'article 24 du projet de convention relative au statut des réfugiés », UN doc. E/AC.32/L.25, 2 février 1950 ; « Décisions du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes prises à la réunion du 2 février 1950 », UN doc. E/AC.32.L.26, 2 février 1950.

1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à ne pas appliquer de sanctions pénales [« *penalties* » en anglais], du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation préalable ou régulière, qui se présentent sans délai aux autorités et leur exposent les raisons reconnues valables de leur entrée irrégulière¹⁰.

Le texte a été précisé au cours des réunions postérieures pour devenir le projet d'article 26 :

1. Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales [« *penalties* » en anglais], du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, qui se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière¹¹.

Le commentaire suivant a été fait à l'époque : « Le réfugié dont le départ du pays d'origine est généralement une évasion, est rarement en état de se conformer aux conditions requises pour pénétrer régulièrement (possession d'un passeport national et d'un visa national) dans le pays de refuge »¹².

Le Comité s'est réuni à nouveau en août 1950 (rebaptisé « Comité spécial pour les réfugiés et les apatrides »). Aucune modification n'a été apportée au texte bien que le Comité ait noté « que, dans certains pays, l'immunité de sanctions (« *penalties* » en anglais) du fait de l'entrée irrégulière s'étend également à ceux qui aident les réfugiés pour des raisons honorables »¹³. Au cours de cette réunion, l'Australie a demandé une clarification du terme « *penalties* » mais, hormis les propositions des représentants français et belge que le terme mentionné dans l'article se limite aux sanctions prononcées par les tribunaux, aucune clarification supplémentaire n'a été fournie¹⁴. Le projet de texte a ensuite été examiné par la Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides qui s'est tenue à Genève en juillet 1951.

B. Discussions lors de la Conférence de 1951

Comme l'article 26 (futur article 31) « empiétait » sur les délicats domaines « de souveraineté » de l'admission et de l'asile, la France a été soucieuse, pendant la Conférence de Genève de 1951, de ne pas permettre à ceux qui avaient déjà « *trouvé asile...* de circuler impunément d'un pays à l'autre sans se soumettre aux formalités

10. « Décisions du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes prises à la réunion du 3 février 1950 », UN doc. E/AC.32.L.26, 3 février 1950.

11. « Projet de Convention relative au statut des réfugiés, Décisions du groupe de travail prises à la réunion du 9 février 1950 », UN doc. E/AC.32.L.32, 9 février 1950.

12. Projet de rapport du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes, « Proposition de projet de convention relative au statut des réfugiés », UN doc. E/AC.32.L.38, 15 février 1950, Annexe I (projet d'article 26) ; Annexe II (commentaires, p. 57).

13. « Projet de rapport du Comité spécial pour les réfugiés et les apatrides », UN doc. E/AC.32.L.43, 24 août 1950, p. 9 ; cf. législation suisse, *infra* section III.A.1.

14. « Compte-rendu analytique de la quarantième réunion du Comité spécial pour les réfugiés et les apatrides, Seconde session », UN doc. E/AC.32/SR.40, 27 septembre 1950, p. 5.

prévues pour le franchissement des frontières »¹⁵. Pour illustrer la position de son pays à ce sujet, le délégué français a cité le cas d'un « réfugié qui aurait trouvé asile en France et qui essaierait de passer clandestinement en Belgique. Il est évident que, dans ce cas, le Gouvernement belge ne pourrait tolérer cette entrée irrégulière car la vie et la liberté du réfugié ne seraient nullement menacées »¹⁶.

La question essentielle débattue entre la France et d'autres États participants, a été celle de savoir si l'exigence que les réfugiés montrent des « raisons reconnues valables » de leur entrée ou leur présence irrégulière était suffisante (argument soutenu par M. Hoare, représentant du Royaume-Uni) ou s'il fallait prévoir une formulation plus explicite, comme le suggérait le délégué français :

Il est souvent difficile de définir les raisons qui peuvent être reconnues valables pour justifier l'entrée ou la présence irrégulière d'un réfugié sur le territoire d'un État. Mais c'est en raison même de cette difficulté qu'il est nécessaire de préciser le texte du paragraphe 1 [...] Si l'on admet sans réserve qu'un réfugié établi provisoirement dans un pays d'accueil peut entrer dans un autre pays, c'est lui reconnaître un droit d'immigration qui peut être exercé pour des raisons de simple convenance personnelle¹⁷.

D'autres pays, cependant, ont admis que des réfugiés pouvaient avoir de bonnes raisons de quitter tout premier pays d'asile. Le Danemark a cité l'exemple d'un « réfugié hongrois vivant en Allemagne [qui pourrait], sans être réellement persécuté, se sentir obligé de chercher asile dans un autre pays » et, par la suite, celui d'un « réfugié polonais vivant en Tchécoslovaquie, dont la vie ou la liberté était menacée dans ce pays et qui a poursuivi sa route vers un autre ». Il a proposé que l'amendement soumis par la France (limitant le bénéfice de l'immunité à ceux arrivant directement de leur pays d'origine) soit remplacé par une référence à l'arrivée en provenance de tout territoire dans lequel la vie ou la liberté du réfugié était menacée¹⁸.

Au cours du débat, le Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés, Dr Van Heuven Goedhart, a exprimé sa préoccupation au sujet du « transit nécessaire » et des difficultés auxquelles est confronté un réfugié arrivant dans un

15. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.13, (M. Colemar, France).

16. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.13, (M. Colemar, France).

17. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.14, (M. Colemar, France).

18. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.13, p. 15 ; UN doc. A/CONF.2/SR.35, p. 18. Les conventions telles que celles adoptées à Dublin (*supra* note 3) et à Schengen (Convention de Schengen de 1990 appliquant l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes des États parties, 30 ILM 84 (1991)), ainsi que des nouveaux arrangements politiques et territoriaux voyant le jour en Europe soulèvent également des questions importantes concernant la portée territoriale et l'application de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*, y compris la place de l'article 31 dans une « Europe sans frontières intérieures » ; ces questions ne peuvent pas être traitées dans le présent document.

pays peu généreux. Il a rappelé qu'en 1944, il avait lui-même dû quitter les Pays-Bas où il était persécuté, qu'il s'était caché pendant cinq jours en Belgique et qu'ensuite, en raison des risques qu'il encourrait aussi dans ce pays, le mouvement de résistance l'avait aidé à aller en France, de là il était allé en Espagne et s'était finalement trouvé en sécurité à Gibraltar. Il serait très regrettable, avait-il ajouté, que des réfugiés se trouvant dans des circonstances analogues soient sanctionnés parce qu'ils n'ont pas gagné directement leur pays d'asile¹⁹.

Le représentant du Royaume-Uni, M. Hoare, a dit que le fait de fuir la persécution était en soi une raison reconnue valable de l'entrée irrégulière mais qu'il pouvait en exister d'autres. Le délégué français a suggéré que l'amendement soumis par la France soit modifié de façon à en exclure les réfugiés « n'ayant pu trouver un asile, même provisoire, dans un pays autre que celui dans lequel (...) leur vie ou leur liberté serait menacée ». Le représentant du Royaume-Uni s'y est opposé pour des raisons pratiques (cela ferait peser sur le réfugié la tâche impossible d'apporter une preuve négative) ; de même que le représentant belge pour des raisons de langue et de rédaction (cela reviendrait à exclure du bénéfice de cette disposition tout réfugié ayant réussi à trouver un asile de quelques jours dans n'importe quel pays par lequel il aurait transité)²⁰.

Bien que le projet d'article 26 § 1 ait été initialement adopté sur la base de l'amendement français, tel que modifié par la proposition belge, l'ensemble du texte a été à nouveau débattu le dernier jour de la Conférence. Le Haut Commissaire a repris l'objection soulevée par le Royaume-Uni, tandis que la préoccupation spécifique de la position française ressort de manière évidente du commentaire suivant de M. Rochefort :

Ce qui le préoccupait était que de nombreux réfugiés vivaient dans des pays voisins de la France. S'ils traversaient la frontière française alors que leur vie n'était pas en danger, le gouvernement français serait en droit de leur imposer des sanctions pénales et de les renvoyer à la frontière²¹.

Finalement, l'exigence que le réfugié ne bénéficie de l'immunité que s'il était capable de prouver qu'il n'avait pas été en mesure de trouver un asile, même temporaire, a été abandonnée en faveur de la formulation actuelle de l'article 31 § 1 :

Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales [*penalties* en anglais], du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière.

19. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.14, p. 4.

20. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.14, pp. 10-11 et 13.

21. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.35 (M. Rochefort, France).

L'article 31 inclut donc les menaces à la vie ou à la liberté comme raisons possibles d'entrée ou de présence irrégulière, s'abstient expressément de lier ces menaces au pays d'origine du réfugié et reconnaît que les réfugiés peuvent avoir des « raisons reconnues valables » d'entrer irrégulièrement, autres que la persécution dans leur pays d'origine.

C. La signification des termes de l'article 31 : considérations préliminaires

Le bénéfice de l'immunité de sanctions pour entrée irrégulière s'étend aux *réfugiés* « arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée [...] sous la réserve qu'ils se présentent sans délai [...] et exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière ».

Bien que mentionnant le terme « réfugié », cette disposition serait dénuée de tout effet si elle ne couvrait pas également, au moins pendant un certain temps, les demandeurs d'asile ou, selon les termes de la Cour dans l'affaire *Adimi*²², les « réfugiés présumés ». Cette interprétation nécessaire, qui tient également compte du caractère déclaratoire du statut de réfugié²³, a des implications évidentes non seulement sur la question générale de l'immunité, mais aussi concernant le moment où les procédures peuvent être engagées ou les sanctions appliquées. Pour que l'article 31 s'applique de manière effective, il est nécessaire de prendre des mesures législatives ou administratives claires pour garantir que des procédures ne sont pas engagées ou, dans les pays où elles existent, qu'aucune sanction n'est de fait appliquée aux cas relevant de l'article 31 § 1. Comme indiqué plus loin, de nombreux États n'adoptent pas les mesures législatives ou administratives adéquates pour garantir que l'application des mesures d'exécution soit retardée ou reportée.

Les réfugiés ne sont pas obligés d'être venus « directement » de leur pays d'origine. D'après l'intention qui se reflète dans la pratique de certains États, il semble que, pour que l'article 31 § 1 s'applique, les autres pays ou territoires traversés doivent également avoir représenté une menace réelle ou potentielle pour la vie ou la liberté, ou que la poursuite de la fuite ait pu être dictée par le refus de ces autres pays d'accorder une protection ou un asile, ou par l'application de dispositions restrictives telles que le concept de pays tiers sûr, de pays d'origine sûr ou de limites temporelles. Le critère des « raisons reconnues valables » pour l'entrée irrégulière

22. Voir *infra* Partie III.B.1.

23. Voir le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, HCR (Genève, 1979), paragraphe 28 :

Une personne est un réfugié, au sens de la Convention de 1951, dès qu'elle satisfait aux critères énoncés dans la définition. Cette situation est nécessairement réalisée avant que le statut de réfugié ne soit formellement reconnu à l'intéressé. Par conséquent, la détermination du statut de réfugié n'a pas pour effet de conférer la qualité de réfugié ; elle constate l'existence de cette qualité. Une personne ne devient pas réfugié parce qu'elle est reconnue comme telle, mais elle est reconnue comme telle parce qu'elle est réfugié.

est suffisamment souple pour permettre de prendre en considération les aspects propres à chaque cas d'espèce.

Le terme « *penalties* » n'est pas défini dans l'article 31 et la question qui se pose est celle de savoir si le terme utilisé dans ce contexte ne doit comprendre que les sanctions pénales ou s'il doit également inclure les sanctions administratives (par exemple, la détention administrative). Certains estiment que les rédacteurs semblent avoir eu à l'esprit les mesures telles que les poursuites judiciaires, les amendes et les peines de prison, fondant cette interprétation restrictive sur la version française de l'article 31 § 1 qui fait référence à des « sanctions pénales », et sur la jurisprudence²⁴.

En revanche, la version anglaise n'utilise que le terme « *penalties* », ce qui permet une interprétation plus large. Comme mentionné au début de cette partie, lorsque les textes anglais et français font apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne* ne permet pas d'éliminer, il faut adopter le sens qui concilie le mieux ces textes compte tenu de l'objet et du but du traité. Pour trouver l'interprétation la plus appropriée, les délibérations du Comité des droits de l'Homme ou les opinions des spécialistes relatives à l'interprétation du terme anglais « *penalty* » figurant à l'article 15 § 1 du *PIDCP* peuvent également être utiles. Dans une affaire concernant le Canada, le Comité des droits de l'Homme constate,

que son interprétation et son application du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* doivent se fonder sur le principe que les termes et les concepts du Pacte sont indépendants de toute législation ou tout système national et de toute définition tirée du dictionnaire. Bien que les termes du Pacte trouvent leur origine dans de longues traditions au sein de nombreuses nations, le Comité doit désormais les considérer comme ayant acquis une signification propre. Les parties ont soumis des contributions importantes, en particulier concernant la signification du terme anglais « *penalty* » et concernant le droit et la pratique applicables au Canada. Le Comité prend en compte leur pertinence pour les éclaircissements qu'elles apportent sur la nature de la question controversée. D'un autre côté, la signification du terme « *penalty* » en droit canadien n'est pas, en tant que telle, décisive. La question de savoir si le terme « *penalty* » énoncé à l'article 15 § 1 doit être interprété de manière restrictive ou large et s'il s'applique à différents types de peines, « pénales » et « administratives », selon le Pacte, doit dépendre d'autres facteurs. Outre le texte de l'article 15 § 1, il faut notamment prendre en considération, son but et son objet²⁵.

Dans son commentaire sur le *PIDCP*, Nowak fait référence au terme « infraction pénale » figurant à l'article 14 du *PIDCP*²⁶. Il affirme que « toute sanction

24. Voir, p. ex., l'affaire *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Makoyi*, English High Court (Queen's Bench Division), N° CO/2372/91, 21 novembre 1991 (ne figurant pas dans les recueils), dans laquelle il est écrit qu'une « sanction, dans ce contexte, semblerait viser une sanction pénale [...] Le terme « sanction » prévu à l'article 31 n'est pas en mesure de couvrir la détention telle qu'elle existe dans la situation présente » (traduction libre).

25. *Van Duzen c. Canada*, Communication N° 50/1979, UN doc. CCPR/C/15/D/50/1979, 7 avril 1982, paragraphe 10.2 (traduction libre).

ayant un caractère non seulement préventif mais également punitif et/ou dissuasif doit (...) être qualifiée de « *penalty* » quelle que soit sa sévérité ou sa qualification formelle par le droit ou l'instance qui l'inflige »²⁷.

En tenant compte de l'approche décrite ci-dessus, l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951*, en particulier le terme anglais « *penalty* », pourrait être interprété de la manière suivante : le but et l'objet de la protection prévue à l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* est d'éviter la pénalisation du fait de l'entrée ou de la présence irrégulière. Il ne faut pas être trop formel ou trop restrictif dans la définition de ce terme car la protection fondamentale recherchée risquerait sinon d'être bafouée et les droits du réfugié retirés de manière discrétionnaire.

Compte tenu de la pratique croissante de certains pays consistant à établir des centres de détention ou de rétention pour les personnes considérées comme s'étant déplacées de manière « irrégulière »²⁸, la question de savoir si ces pratiques équivalent à une « sanction pénale » (« *penalty* » en anglais) mérite d'être étudiée, en tenant compte à la fois des discussions relatives à la notion de « détention » au moment où cette disposition a été rédigée et des termes de l'article 31 § 2. Dans ce contexte, il est important de rappeler qu'il est toujours possible que certains réfugiés aient une raison valable de poursuivre leur route sans documents si, par exemple, ils sont exposés à des menaces ou à l'insécurité dans le premier pays d'asile. Lorsque l'article 31 s'applique, la détention illimitée de ces personnes peut constituer une restriction qui n'est pas nécessaire, en violation de l'article 31 § 2. Le procès-verbal de la Conférence indique, qu'hormis une détention de quelques jours pour enquête²⁹, une détention plus longue ne serait nécessaire que dans les cas de menaces à la sécurité ou d'afflux massif ou soudain. Ainsi, bien que les « sanctions pénales » (« *penalties* » en anglais) n'excluent pas nécessairement une expulsion ultérieure, la détention prolongée d'un réfugié fuyant directement la persécution dans son pays d'origine, ou d'un réfugié ayant des raisons reconnues valables de quitter un autre territoire où sa vie ou sa liberté était menacée, doit être justifiée en vertu de l'article 31 § 2 ou, exceptionnellement, sur le fondement de mesures provisoires pour des raisons de sécurité nationale en vertu de l'article 9. Même lorsque l'article 31 ne s'applique pas, les principes généraux du droit posent certaines limites en termes de durée et de conditions de

26. Pour une analyse plus approfondie de la signification du terme « *penalty* », voir T. Opsahl et A. de Zayas, « The Uncertain Scope of Article 15 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights », *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 237.

27. M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary* (Engel Verlag, Kehl am Rhein, Strasbourg, Arlington, 1993), p. 278 (traduction libre).

28. Voir Comité exécutif, Conclusion N° 58 (XL) 1989 et *infra* Partie III.E.

29. Sur la détention pour « quelques jours » pour vérifier l'identité, etc., voir d'une manière générale UN docs. A/CONF.2/SR.13, pp. 13-15, SR.14, pp. 4 et 10-11 et SR.35, pp. 11-13, 15-16 et 19.

détention³⁰. En résumé, tandis que la détention administrative est autorisée en vertu de l'article 31 § 2, elle équivaut à une sanction pénale, au sens du droit international, dès lors que les garanties fondamentales font défaut (contrôle, durée excessive, etc.). Dans ce contexte, la distinction entre sanctions pénales et sanctions administratives perd toute sa pertinence. Il faut aller au-delà de la notion de sanction pénale et examiner si la mesure est raisonnable et nécessaire ou si elle est arbitraire, discriminatoire ou contraire aux droits de l'Homme.

Lors de la *Conférence de 1951*, plusieurs représentants ont estimé que l'engagement de ne pas appliquer de sanctions pénales (« *penalties* » en anglais) n'excluait pas la possibilité de recourir ultérieurement à l'expulsion³¹ bien qu'en pratique ce pouvoir soit clairement limité par le principe du non-refoulement. L'article 31 n'impose pas que les réfugiés soient autorisés à rester indéfiniment et l'alinéa 2 énonce clairement que les États peuvent appliquer des restrictions « nécessaires » aux déplacements des réfugiés, par exemple dans des circonstances particulières comme un afflux massif. Ces mesures peuvent également relever de l'article 9 relatif à des situations de guerre ou d'autres circonstances graves et exceptionnelles et constituent une exception à la liberté de circulation énoncée à l'article 26. Dans ces cas, conformément aux principes généraux d'interprétation, les restrictions doivent être interprétées de manière restrictive. Dans le cas d'un réfugié, ces restrictions doivent être appliquées, seulement en attendant que son statut dans le pays d'accueil ait été régularisé, ou qu'il ait réussi à se faire admettre dans un autre pays.

D'autres questions d'ordre plus général relatives à la détention sont examinées plus en détails dans la Partie VI ci-dessous.

La signification de « l'entrée ou la présence irrégulière » n'a, d'une manière générale, pas soulevé de difficultés particulières d'interprétation. L'« entrée irrégulière » inclut le fait d'arriver ou d'organiser son entrée au moyen de faux documents ou de documents falsifiés ou par d'autres moyens frauduleux, d'entrer clandestinement (par exemple, comme passager clandestin) ou d'avoir recours à des trafiquants ou des passeurs pour entrer sur le territoire d'un État. La façon précise dont le réfugié ou le demandeur d'asile est entré peut néanmoins avoir certaines conséquences pratiques pour lui. La « présence irrégulière » comprend le fait d'arriver légalement et de rester, par exemple, au-delà d'une courte période de séjour autorisée.

30. Voir, par exemple, l'article 32 de la *Convention de 1951* qui limite les cas où les réfugiés, se trouvant régulièrement sur le territoire d'un État, peuvent être expulsés pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. L'expulsion nécessite une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi et le droit de présenter un recours. Aujourd'hui, un procès équitable inclut, au minimum, le fait de connaître les charges portées contre soi, la possibilité d'être entendu et un droit de recours ou de révision. En outre, les réfugiés soumis à une décision d'expulsion doivent se voir accorder un délai raisonnable pour leur permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays, bien que, pendant ce délai, les États puissent appliquer « telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune ».

31. UN doc. A/CONF.2/SR.13, pp. 12-14 (Canada, Royaume-Uni) ; voir l'article 5 de la *Convention de Caracas de 1954 sur l'asile territorial*, OAS, Treaty Series N° 19.

La notion de « raisons reconnues valables » n'a pas non plus suscité de difficultés. Le fait d'être un réfugié avec une crainte fondée de persécution est généralement accepté comme une raison suffisante ; ce critère est également considéré comme pertinent pour évaluer la validité de la raison pour laquelle un réfugié ou un demandeur d'asile peut choisir de poursuivre sa route au-delà du premier pays de refuge ou de transit.

III. Transposition du principe en droit interne

Le principe d'immunité de sanctions pour les réfugiés entrant ou présents sans autorisation est confirmé par la législation nationale et la jurisprudence de nombreux États parties à la *Convention de 1951* ou au *Protocole de 1967* ainsi que par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et par la pratique des États dans leur ensemble.

A. Législation nationale

Des exemples de législation relative à ce sujet adoptée dans divers pays suivent³².

1. La Suisse

La législation suisse est particulièrement marquante sur ce sujet car elle étend l'immunité de sanctions à ceux qui aident les réfugiés à entrer de manière irrégulière. L'article 23 § 3 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers dispose :

Celui qui se réfugie en Suisse n'est pas punissable si le genre et la gravité des poursuites auxquelles il est exposé justifient le passage illégal de la frontière ; celui qui lui prête assistance n'est également pas punissable si ses mobiles sont honorables³³.

2. Le Royaume-Uni

L'approche du Royaume-Uni, adoptée après la décision *Adimi*³⁴, est plus restrictive. L'article 31 de la loi de 1999 sur l'immigration et l'asile dispose :

1) Représente un moyen de défense pour un réfugié accusé d'avoir commis une infraction relevant de cet article [concernant, entre autres, le recours à des moyens frauduleux pour entrer,

32. La législation citée ci-dessous provient des sources originales et/ou est publiée (en traduction si nécessaire) dans le CD-Rom du HCR/Centre de Documentation et de Recherche, *Refworld* (8^e édition, juillet 1999). Pour plus de détails, voir l'annexe 3.1.

33. Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers. Nouvelle formulation au chapitre I de la loi fédérale du 9 octobre 1987, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1988 (RO 1988 332 333 : FF 1986 III 233) ; Voir les évolutions concernant l'emploi de passeurs, texte *infra* note 61.

34. Voir *infra* Partie III.B.1.

l'aide à l'entrée illégale), le fait de montrer qu'arrivant directement au Royaume-Uni d'un pays où sa vie ou sa liberté était menacée (au sens prévu par la Convention sur les réfugiés), il :

- a) s'est présenté sans délai aux autorités du Royaume-Uni ;
- b) a exposé des raisons reconnues valables de son entrée ou présence irrégulière ; et
- c) a déposé une demande d'asile dès que cela était raisonnablement faisable après son arrivée au Royaume-Uni.

2) Si, en venant du pays où sa vie ou sa liberté était menacée, le réfugié s'est arrêté dans un pays autre que le Royaume-Uni, l'alinéa 1 ne s'applique que s'il démontre qu'il ne pouvait raisonnablement pas espérer se voir accorder une protection en vertu de la Convention sur les réfugiés dans cet autre pays.

[...]

5) Un réfugié ayant déposé une demande d'asile ne peut bénéficier du moyen de défense énoncé à l'alinéa 1 concernant toute infraction commise après le dépôt de sa demande.

6) Le terme « réfugié » revêt le même sens qu'aux fins de la Convention sur les réfugiés.

7) Si le Secrétaire d'État a refusé d'accorder l'asile à une personne qui prétend bénéficier du moyen de défense prévu à l'alinéa 1), cette personne doit être considérée comme n'étant pas réfugié à moins qu'elle ne démontre qu'elle l'est [...]

[Traduction libre]

3. Les États-Unis

La loi américaine est également claire. Un réfugié remplissant les conditions énoncées à l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* ne doit pas être accusé pour l'usage de faux documents commis lors de son entrée :

j) Absence de charges pour usage de faux documents commis par les réfugiés lors de leur entrée. Le Service [d'Immigration et de Naturalisation] ne doit pas émettre d'Avis d'intention d'amende pour les actes d'usage de faux documents commis par un étranger, suite à son départ direct d'un pays où il avait une crainte fondée de persécution ou dans lequel il existait un risque important qu'il soit renvoyé vers un pays où il aurait une crainte fondée de persécution, sous réserve qu'il se présente sans délai à un agent du Service d'immigration et de naturalisation (INS) et qu'il expose des raisons reconnues valables de son entrée ou de sa présence irrégulière [...]³⁵

[Traduction libre]

4. Le Belize

La loi de 1991 sur les réfugiés dispose que les réfugiés ne doivent pas être sanctionnés pour leur entrée irrégulière. L'article 10 § 1 de la loi dispose :

Nonobstant les dispositions de la loi sur l'immigration, une personne ou tout membre de sa famille doit être considérée comme n'ayant pas commis d'infraction d'entrée irrégulière au sens de cette loi ou de tout règlement d'application : a) si cette personne dépose une demande de reconnaissance du statut de réfugié en vertu de l'article 8, jusqu'à ce qu'une décision soit

35. 8 Code de la réglementation fédérale (CFR), partie 270, Sanctions pour usage de faux documents, article 270.2, Procédures d'application, 8 USC 1101, 1103 et 1324c.

prise sur sa demande et, le cas échéant, si cette personne a eu l'opportunité d'exercer le droit de recours prévu par cet article, ou b) si cette personne a obtenu le statut de réfugié.

[Traduction libre]

5. La Finlande

Comme la Suisse, la législation finlandaise tient compte des motivations de l'auteur et des conditions de sécurité de la personne dans son pays d'origine ou dans son pays de résidence habituelle lorsqu'il s'agit de déterminer si l'entrée irrégulière organisée doit être sanctionnée. La loi de 1991 sur les étrangers prévoit :

Quiconque, dans le but d'obtenir un bénéfice financier pour lui-même ou pour autrui, 1) fait entrer ou tente de faire entrer un étranger en Finlande, en sachant que l'intéressé n'a ni passeport, ni visa, ni permis de résidence requis pour entrer, 2) organise ou fournit un moyen de transport vers la Finlande pour l'étranger mentionné à l'alinéa précédent ou 3) remet à autrui un passeport, un visa ou un permis de résidence faux ou falsifié à utiliser au moment de l'entrée, se verra infliger une peine d'amende ou de prison d'une durée maximale de deux ans pour aide à l'entrée irrégulière. L'accusation d'aide à l'entrée irrégulière ne doit pas être portée ou la peine ne doit pas être appliquée si l'acte peut être pardonnable ; il convient d'accorder une attention particulière aux motivations de l'auteur et aux conditions de sécurité de l'étranger dans son pays d'origine ou dans son pays de résidence habituelle³⁶.

[Traduction libre]

6. Le Ghana

La loi de 1992 sur les réfugiés (PNDCL 3305D) contient une disposition spécifique qui exempte les réfugiés de sanctions en cas d'entrée ou de présence irrégulière. L'article 2 de la loi dispose :

Nonobstant les dispositions de la loi de 1953 sur les étrangers (Loi 160) mais sous réserve des dispositions de la présente loi, une personne qui prétend être réfugiée au sens de cette loi, qui est entrée ou présente de manière irrégulière au Ghana, ne doit pas : a) être considérée comme un immigrant illégal ; b) être détenue, ou c) être emprisonnée ou se voir infliger un autre type de peine pour la simple raison qu'elle est entrée ou est présente de manière irrégulière, en attendant l'issue de la procédure de détermination de sa demande de statut de réfugié.

[Traduction libre]

7. Le Lesotho

La loi de 1983 sur les réfugiés fournit un autre exemple de législation nationale où les réfugiés ne sont pas sanctionnés du fait de leur entrée ou de leur présence irrégulière. L'article 9 de la loi dispose :

1) Sous réserve de l'article 7, et nonobstant les dispositions de la loi de 1966 sur le contrôle des étrangers, une personne qui prétend être réfugiée au sens de l'article 3 § 1, qui est entrée ou présente de manière irrégulière au Lesotho, ne doit pas : a) être considérée comme un immi-

36. Voir la loi modifiée du 22 février 1991 sur les étrangers (378/91), article 64b (28.6.1993/639) Aide à l'entrée irrégulière.

grant illégal ; b) être détenue, ou c) être emprisonnée ou se voir infliger un autre type de peine, pour la seule raison qu'elle est entrée ou est présente de manière irrégulière, en attendant l'issue de la procédure de détermination de sa demande de reconnaissance du statut de réfugié prévue à l'article 7.

2) Une personne relevant de l'alinéa 1) doit se présenter à l'agent de l'immigration ou à tout autre agent compétent le plus proche dans un délai de 14 jours à compter de sa date d'entrée et peut déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié ; lorsqu'une personne séjourne de manière irrégulière dans le pays en raison de l'expiration de son visa, elle ne doit pas se voir refuser la possibilité de déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié pour la seule raison qu'elle séjourne de manière irrégulière.

3) Lorsqu'une personne relevant de cet article, a) manque à son obligation de se présenter à l'agent compétent le plus proche conformément à l'alinéa 2), et b) est par la suite reconnue réfugiée, sa présence au Lesotho est considérée comme régulière, à moins que des raisons justifient son expulsion conformément à l'article 12.

4) Lorsqu'une demande déposée selon l'alinéa 2) est rejetée, le requérant doit se voir accorder un délai raisonnable pour chercher à se faire admettre légalement dans un autre pays³⁷.

[Traduction libre]

8. Le Malawi

La loi de 1989 sur les réfugiés exempte le réfugié de sanctions du fait de son entrée ou présence irrégulière à condition qu'il se présente dans un délai de 24 heures à compter de son arrivée ou dans un délai plus long considéré comme acceptable par le fonctionnaire compétent compte tenu de la situation. L'article 10 § 4 de la loi dispose :

Une personne entrée de manière irrégulière au Malawi dans le but de demander l'asile en tant que réfugié doit se présenter au fonctionnaire compétent dans un délai de 24 heures à compter de son arrivée ou dans un délai plus long considéré comme acceptable par ce dernier compte tenu de la situation ; et cette personne ne doit pas être détenue, emprisonnée ou considérée comme un immigrant illégal ou sanctionnée d'une autre manière pour la seule raison qu'elle est entrée ou est présente au Malawi de façon irrégulière à moins, et jusqu'à ce, que le Comité ait examiné et pris une décision relative à sa demande de reconnaissance du statut de réfugié.

[Traduction libre]

9. Le Mozambique

L'article 11 de la loi de 1991 sur les réfugiés dispose que les mesures pénales ou administratives relatives à l'entrée irrégulière doivent être suspendues immédiatement après le dépôt d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié :

1. Lorsqu'une infraction pénale ou administrative directement liée à l'entrée irrégulière en République de Mozambique a été commise par le demandeur et les membres de sa famille et a donné lieu à des mesures pénales ou administratives, ces mesures doivent être suspendues immédiatement après le dépôt de la requête.

37. Lesotho, Loi de 1983 sur les réfugiés, Gazette No 58, Supplément No 6, 9 décembre 1983.

2. Si la décision est favorable à l'octroi de l'asile, la mesure suspendue doit être classée, sous réserve que l'infraction ou les infractions commises aient été motivées par les mêmes faits que ceux qui ont justifié l'octroi de l'asile³⁸.

[Traduction libre]

B. Jurisprudence nationale

Le principe d'immunité de sanctions et le statut protecteur du réfugié et du demandeur d'asile ont été confirmés par de nombreuses décisions rendues par des tribunaux nationaux³⁹.

Par exemple, dans l'affaire *Alimas Khaboka c. Secretary of State for the Home Department*⁴⁰, la Cour d'appel d'Angleterre, tout en se prononçant en faveur du Secrétaire d'État concernant l'éloignement du requérant vers la France, a considéré que le terme « réfugié » incluait le demandeur d'asile dont la demande est en cours et qui est soumis aux restrictions prévues à l'article 31 de la *Convention de 1951*.

Dans l'affaire *R. c. Uxbridge Magistrates' Court and Another, ex parte Adimi*⁴¹, la Divisional Court du Royaume-Uni a estimé « que l'article 31 ne s'applique pas seulement à ceux qui se voient finalement accorder le statut de réfugié mais également aux demandeurs d'asile dont la bonne foi (les réfugiés présumés) ne fait aucun doute. Il n'est pas non plus contesté que la protection de l'article 31 peut s'étendre tant aux personnes utilisant de faux documents qu'à celles (comme les réfugiés des périodes antérieures) qui pénètrent sur le territoire de manière clandestine ».

La Cour régionale supérieure (*Landesgericht*) de Münster⁴², en République fédérale d'Allemagne, a considéré qu'un demandeur d'asile entré de manière irrégulière et s'étant présenté aux autorités une semaine après son arrivée, après avoir cherché des conseils sur la procédure d'asile, ne devait pas être sanctionné pour entrée irrégulière. Le tribunal a fait remarquer qu'il n'existait pas de limite générale dans le temps pour déterminer ce que signifiait « sans délai » et que cela devait être examiné au cas par cas.

La *Oberlandesgericht* (Cour suprême régionale) de Celle⁴³ et le *Landesgericht* (tribunal régional) de Münster⁴⁴, entre autres juridictions, ont estimé que les réfugiés pouvaient demander à être exemptés de sanctions pour entrée irrégulière,

38. Mozambique, Loi No 21/91 du 31 décembre 1991 (Loi sur les réfugiés).

39. Les décisions citées ci-dessous comprennent de nombreuses décisions figurant dans le CD-Rom du HCR/Centre de Documentation et de Recherche, *Refworld* (8^e édition, juillet 1999).

40. [1993] Imm AR 484.

41. [1999] Imm AR 560 (traduction libre). Un exposé plus complet de cette affaire figure *infra* Partie III.B.1.

42. Nos. 39 Js 688/86 (108/88), LG Münster, 20 décembre 1988. L'appel interjeté par le procureur de la République a été rejeté le 3 mai 1989 par la *Oberlandesgericht* de Hamm.

43. Décision du 13 janvier 1987 (1 Ss 545/86), NvwZ 1987, 533 (ZaöRV) 48 [1988], 741.

44. Voir *supra* note 41.

même s'ils avaient traversé un pays tiers en se dirigeant vers l'Allemagne en provenance de l'État de persécution.

Le 14 janvier 2000, la *Oberste Landesgericht* (Cour suprême régionale) de Bavière a considéré que l'article 31 de la *Convention de 1951* ne s'appliquait pas lorsque le demandeur d'asile avait bénéficié de l'aide d'un passeur (*Schleuser*)⁴⁵. Cette interprétation n'est confortée ni par les termes de l'article 31, ni par les travaux préparatoires⁴⁶, ni par la pratique des États⁴⁷. Outre le fait qu'elle viole directement l'article 31 de la *Convention de 1951*, cette interprétation est également contraire à la lettre et à l'esprit de l'article 5 du Protocole *contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer*⁴⁸ selon lequel « les migrants ne deviennent pas passibles de poursuites pénales en vertu du présent Protocole du fait qu'ils ont été l'objet de [trafic illicite] ».

Dans l'affaire *Shimon Akram and Others*, le Tribunal de première instance (affaires pénales) de Mytilini, en Grèce⁴⁹ a innocenté les accusés, qui étaient des citoyens irakiens de confession catholique, du délit d'entrée irrégulière. Faisant, entre autres, référence à l'article 31 de la *Convention de 1951*, le tribunal a conclu que le statut de réfugié s'opposait à l'imposition de sanctions pour entrée irrégulière⁵⁰ à des demandeurs d'asile.

La Cour fédérale suisse⁵¹ confirme les interprétations susmentionnées, en particulier sur le fait que « les raisons reconnues valables » ne concernent pas tant le fait d'être en danger dans un pays donné que l'illégalité de l'entrée. La Cour a considéré, en particulier, que l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* s'applique y compris lorsqu'un demandeur d'asile a eu la possibilité de déposer une demande d'asile à la frontière mais ne l'a pas fait par crainte de ne pas être autorisé à entrer. L'affaire concernait l'entrée irrégulière en Suisse d'un réfugié afghan venant d'Italie muni d'un faux passeport de Singapour. La Cour fédérale a déclaré :

Un réfugié a une raison valable d'entrer irrégulièrement, en particulier quand il a un motif sérieux de craindre que, en cas de demande d'asile à la frontière suisse selon les règles, il ne serait pas autorisé à entrer en Suisse parce que les conditions énoncées à l'article 13c de la loi sur l'asile et à l'article 4 de la loi sur la procédure d'asile ne sont pas remplies. Les raisons sont

45. Décision No. 230/99, *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 14 janvier 2000. Selon la représentation du HCR en Allemagne, le ministère fédéral de la justice estime que le recours à un passeur a fait peser un doute sur la question de savoir si le demandeur d'asile pouvait être considéré comme arrivant « directement » de l'État dans lequel il craignait d'être persécuté.

46. Voir Partie IIA-II.C.

47. Voir Partie III.D.

48. *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, UN doc. A/55/383, novembre 2000.

49. *Shimon Akram and Others*, No. 585/1993, Tribunal de première instance (affaires pénales) de Mytilini (*Aftofooro Trimeles Plimeliodikio Myttilinis*), 1993.

50. Voir aussi Décision No. 233/1993 d'un autre tribunal grec, le Tribunal de première instance (affaires pénales) de Chios (*Aftofooro Trimeles Plimeliodikio Chiou*).

51. Cour de cassation fédérale (*Bundesgericht, Kassationshof*), jugement du 17 mars 1999, *Asyl* 2/99, 21-3.

donc reconnues valables pour l'étranger qui, s'il est considéré comme un réfugié, entre en Suisse irrégulièrement avec cette appréhension fondée, afin de pouvoir déposer une demande d'asile sur le territoire⁵².

1. La décision Adimi

La décision de la *Divisional Court* du Royaume-Uni dans l'affaire *R. c. Uxbridge Magistrates' Court and Another, ex parte Adimi*⁵³ offre une des analyses les plus approfondies de la portée de l'article 31 et de la protection impliquée par cet article. Le juge Simon Brown a fait remarquer que l'article 31 n'avait en rien perdu de son utilité depuis sa rédaction : « L'effet combiné des exigences de visa et de la responsabilité des transporteurs a fait qu'il est presque impossible pour les réfugiés de se rendre vers les pays de refuge sans faux documents ». La question était de savoir quand cet article devait s'appliquer. Le juge Simon Brown a considéré qu'en gros le but visé était « d'accorder une immunité aux réfugiés authentiques dont la demande d'asile les a menés de façon raisonnable à violer la loi », ajoutant qu'il s'appliquait tant aux réfugiés qu'aux « réfugiés présumés », et autant à ceux utilisant de faux documents qu'à ceux entrant clandestinement.

La Cour a examiné les trois conditions requises, en tenant d'abord compte de l'argument du gouvernement selon lequel l'article 31 n'offre pas au réfugié le choix du lieu où il pourrait demander l'asile et que seules des « considérations de sécurité permanente » justifieraient l'impunité si le réfugié poursuit sa route. Le juge Simon Brown a rejeté cet argument et s'est prononcé en faveur d'un « certain degré de choix » :

Une simple étape de courte durée en route vers le lieu d'asile visé ne peut pas faire échec à la protection prévue par l'article et (...) les principaux critères pour juger de l'exclusion de la protection sont la longueur du séjour dans le pays intermédiaire, les raisons de s'y être attardé (même une durée de séjour importante dans un pays tiers non sûr serait considéré comme raisonnable si ce séjour a servi à trouver les moyens de poursuivre la route) et la question de savoir si le réfugié a cherché ou a trouvé là-bas une protection en droit ou en fait contre la persécution qu'il fuyait.

Le juge Newman a également considéré que, compte tenu des « réponses distinctes et divergentes des États aux demandes d'asile », il existait un « fondement rationnel au fait de choisir le lieu où demander l'asile ». Sur ce point, la Cour s'est également appuyée sur les *Principes directeurs du HCR sur la détention*⁵⁴, comme elle

52. (traduction libre). Le texte original est le suivant :

Triftige Gründe für die illegale Einreise hat ein Flüchtling namentlich dann, wenn er ernsthaft befürchten muss, dass er im Falle der ordnungsgemässen Einreichung eines Asylgesuchs an der Schweizer Grenze keine Bewilligung zur Einreise in die Schweiz erhält, weil die in Art. 13c AsylG und Art 4 AsylV 1 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Dem Ausländer, der in dieser begründeten Sorge illegal in die Schweiz einreist, um sein Asylgesuch im Inland...einreichen zu können, sind, wenn er als Flüchtling zu betrachten ist, triftige Gründe zuzubilligen.

53. Voir *supra* note 40 (traduction libre).

54. HCR, *Principes directeurs révisés sur la détention des demandeurs d'asile*, février 1999.

l'a fait pour examiner la signification de l'impératif pour le réfugié de se présenter [aux autorités] sans délai. Le juge suprême Simon Brown a de nouveau rejeté l'argument du gouvernement selon lequel un certain « acte volontaire de disculpation » était requis de la part du demandeur d'asile, comme le fait de demander l'asile dès son arrivée. Selon le juge suprême, il suffisait que le requérant ait eu l'intention de demander l'asile peu après son arrivée.

Cette approche pragmatique du moment de la demande a également été adoptée par une juridiction parallèle, précisément en ce qui concerne les demandes faites par les demandeurs d'asile pour bénéficier d'une « aide au revenu » (une allocation de la sécurité sociale britannique). En vertu de la législation britannique, le droit à un certain niveau d'aide au revenu est conditionné au fait que l'intéressé dépose sa demande d'asile « dès son arrivée » au Royaume-Uni. Dans une affaire de novembre 1999, le Commissaire à la Sécurité Sociale a estimé qu'« un terme plus précis » n'avait pas été employé dans les textes, précisément pour permettre une marge de flexibilité et que la question de savoir si l'asile avait été demandé avant ou après le contrôle de l'immigration n'était pas déterminante⁵⁵. Le Commissaire a tenu compte et a été guidé par la décision de la *Divisional Court* du Royaume-Uni dans l'affaire *Adimi*. Il a également été enclin à accepter l'argument selon lequel « tout traitement moins favorable que celui accordé aux autres et imposé du fait de l'entrée irrégulière équivalait à une sanction pénale au sens de l'article 31 à moins de pouvoir être objectivement justifié par des raisons administratives »⁵⁶.

Quant à la troisième condition, celle des « raisons reconnues valables », toutes les parties dans l'affaire *Adimi* ont admis qu'elles n'avaient qu'un rôle limité à jouer et qu'elle seraient satisfaites dans le cas d'un réfugié authentique montrant qu'il voyageait de façon raisonnable avec de faux papiers.

La Cour a également examiné la procédure administrative suivie pour engager les poursuites. Elle a estimé que la situation spécifique des réfugiés n'avait à aucun moment été prise en considération, mais que seules les preuves amenant à une probabilité réaliste de condamnation l'avaient été ; la référence à l'« intérêt public » n'offrait aucun moyen de défense, au contraire. Le juge Simon Brown n'avait aucun doute sur le fait qu'une condamnation constituait une sanction pénale au sens de l'article 31, contre laquelle un acquittement ne fournissait pas de recours.

55. Décision du Commissaire à la Sécurité Sociale dans l'affaire No. CIS 4439/98, 25 novembre 1999, Commissaire Rowland, paragraphes 10 et 18 (traduction libre).

56. *Ibid.*, paragraphe 16 (traduction libre). Une interprétation plus restrictive a été adoptée dans l'affaire *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Virk*, English High Court of Justice (Queen's Bench Division), [1995] EWJ 707, 18 août 1995, paragraphe 26, dans laquelle il a été soutenu que le terme « sanction pénale » (« *penalty* » en anglais) ne pouvait pas couvrir une restriction pour l'obtention d'un emploi.

C. La Cour européenne des droits de l'Homme

La Cour européenne des droits de l'Homme a expressément tenu compte de l'article 31 de la *Convention de 1951* dans son arrêt *Amuur c. France* dans lequel elle a également examiné la question générale de la détention :

41 [...].La Cour [...] est consciente des difficultés liées à l'accueil des demandeurs d'asile dans la plupart des grands aéroports européens et au traitement de leurs demandes [...] Les États contractants ont le droit indéniable de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire. La Cour souligne cependant que ce droit doit s'exercer en conformité avec les dispositions de la Convention [européenne], dont l'article 5...

[...]

43. Assurément, le maintien d'étrangers dans la zone internationale comporte une restriction à la liberté, mais qui ne saurait être assimilée en tous points à celle subie dans les centres de rétention d'étrangers en attente d'expulsion ou de reconduite à la frontière.

Assorti de garanties adéquates pour les personnes qui en font l'objet, *un tel maintien n'est acceptable que pour permettre aux États de combattre l'immigration clandestine tout en respectant leurs engagements internationaux, notamment en vertu de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés et de la Convention européenne des droits de l'Homme ; le souci légitime des États de déjouer les tentatives de plus en plus fréquentes de contourner les restrictions à l'immigration ne doit pas priver les demandeurs d'asile de la protection accordée par ces conventions.*

Pareil maintien ne doit pas se prolonger de manière excessive car il risquerait de transformer une simple restriction à la liberté — inévitable en vue de l'organisation matérielle du rapatriement de l'étranger ou, si celui-ci a sollicité l'asile, pendant l'examen de la demande d'admission sur le territoire au titre de l'asile — en privation de liberté. Il faut tenir compte, à cet égard, du fait qu'une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays.

Si la décision de maintien incombe par la force des choses aux autorités administratives ou policières, la prolongation de celui-ci nécessite le contrôle non tardif du juge, gardien traditionnel des libertés individuelles. *Avant tout et surtout, un tel maintien ne doit pas priver le demandeur d'asile du droit d'accéder effectivement à la procédure de détermination du statut de réfugié.*

[...]

50 [...] Pour rechercher si une privation de liberté a respecté le principe de légalité interne, il incombe donc à la Cour d'apprécier non seulement la législation en vigueur dans le domaine considéré, mais aussi la qualité des autres normes juridiques applicables aux intéressés. Pareille qualité implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté — surtout lorsqu'il s'agit d'un demandeur d'asile — soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire. *Ces caractéristiques revêtent une importance fondamentale dans le domaine des demandeurs d'asile dans les aéroports, compte tenu notamment de la nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des États.*

[...]

54. Or le système juridique français en vigueur à l'époque et tel qu'il a été appliqué dans la présente affaire n'a pas garanti de manière suffisante le droit des requérants à leur liberté⁵⁷.

57. *Amuur c. France*, Cour européenne des droits de l'Homme, Arrêt N° 17/1995/523/609, 1996, 24 EHRR, 1996, p. 533 (c'est nous qui soulignons).

Compte tenu de l'immunité de sanctions reconnue au plan international à laquelle les personnes relevant de l'article 31 de la *Convention de 1951* ont droit, le fait d'engager des poursuites pénales sans égard pour leur demande de reconnaissance du statut de réfugié et/ou sans leur donner la possibilité de déposer une telle demande peut être considéré comme une violation des droits de l'Homme⁵⁸. Par conséquent, un transporteur ne devrait, par principe, pas être sanctionné pour avoir transporté un passager « sans papiers », lorsque cette personne est par la suite reconnue comme ayant besoin d'une protection internationale.

Nonobstant les dispositions formelles de la législation et les jugements de certains tribunaux, la *pratique* des États et des administrations nationales ne respecte pas toujours les obligations acceptées en vertu de l'article 31.

D. Pratique des États

Le présent chapitre a bénéficié de l'apport de deux études portant sur des domaines liés au thème de l'entrée irrégulière : une étude du HCR sur les garanties pour les demandeurs d'asile et les réfugiés dans le contexte des migrations irrégulières en Europe⁵⁹ et un projet de rapport du *Lawyers Committee for Human Rights* (Comité des avocats pour les droits de l'Homme) sur les procédures et les pratiques des États relatives à la détention des demandeurs d'asile⁶⁰.

Au total, quarante et un pays ont été passés en revue dans les deux études, sous des angles différents mais complémentaires. L'étude du HCR a examiné la pratique de trente et un pays : Arménie, Biélorussie, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Chypre, République tchèque, Estonie, France, Géorgie, Allemagne, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Macédoine, Moldavie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Fédération de Russie, Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suisse, Turquie, Ukraine et Royaume-Uni. Le *Lawyers Committee for Human Rights* a étudié la pratique de trente-trois pays : Australie, Autriche, Belgique, Bulgarie, Canada, République tchèque, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Irlande, Italie, Japon, Lituanie, Luxembourg, Malaisie, Mexique, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovaquie, Afrique du Sud, Espagne, Suède, Suisse, Thaïlande, Royaume-Uni et États-Unis.

L'étude du HCR aborde, entre autres, les questions suivantes : 1) l'exemption formelle de sanctions pour entrée et/ou présence irrégulière pour les demandeurs d'asile et les réfugiés ; 2) l'application de ces sanctions en pratique ; 3) la suspension des mesures pour entrée ou présence irrégulière pour les réfugiés et les demandeurs d'asile ; 4) la pratique relative spécifiquement à l'utilisation de faux documents, y

58. Articles 6 et 13 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*.

59. HCR, *Safeguards for Asylum Seekers and Refugees in the Context of Irregular Migration into and within Europe — A Survey of the Law and Practice of 31 European States* (juin 2001).

60. Lawyers Committee for Human Rights, *Preliminary Review of States' Procedures and Practices Relating to Detention of Asylum Seekers* (20 septembre 2001).

compris le refus d'admission dans la procédure d'asile et la présomption de demande manifestement infondée ; 5) la traite des êtres humains et le trafic des migrants et 6) la détention.

Le rapport du *Lawyers Committee for Human Rights* (Comité des juristes pour les droits de l'Homme) traite de certains aspects de la politique et de la pratique de détention, notamment : 1) la possibilité d'un contrôle indépendant ; 2) les limites à la période de détention autorisée ; 3) l'existence d'un contrôle périodique en droit ou sur le fond ; 4) l'existence d'une assistance juridique et 5) l'utilisation d'alternatives à la détention.

Chacune des études montre à quel point les pratiques des États varient, nonobstant le fait que la plupart d'entre eux ont accepté les normes énoncées dans la *Convention de 1951*, dans le *Protocole de 1967* et dans d'autres instruments applicables en matière de droits de l'Homme. Il existe des différences d'interprétation des critères internationaux, des différences d'approche de la transposition des obligations internationales dans le droit et la pratique internes et des différences quant aux objectifs politiques visés en matière de procédure de détermination du statut de réfugié et de gestion des migrations.

Par exemple, l'étude du HCR montre que 61 % des États examinés (dix-neuf États sur trente et un) ont adopté des mesures législatives pour exempter les réfugiés et les demandeurs d'asile de sanctions du fait de leur entrée ou présence irrégulière. Toutefois, lorsque l'on tient compte de la pratique réelle, les deux tiers des États examinés appliquent, de manière générale ou épisodique, des sanctions aux demandeurs d'asile. 35 % indiquent qu'ils suspendent les mesures si l'intéressé demande l'asile et 13 % suspendent les sanctions mais pas les mesures.

Parmi les États étudiés, 19 % ont également adopté des mesures législatives pour exempter les réfugiés et les demandeurs d'asile de sanctions en cas d'utilisation de faux documents (en tout cas lorsque ces documents sont utilisés au moment de l'entrée) ; 29 % n'appliquent pas, en pratique, de sanctions. Seul un État semble exclure un demandeur d'asile de la procédure de détermination du statut de réfugié en raison de l'utilisation de faux documents mais environ 16 % des États estiment qu'en pratique l'utilisation de faux documents conduit à traiter la demande comme manifestement infondée.

Seuls 29 % des États font la distinction entre la traite des personnes et le trafic des migrants, conformément aux termes des deux *Protocoles additionnels à la Convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée*⁶¹. Dans 45 % des États cependant, les trafiquants comme les passeurs peuvent être poursuivis pour avoir aidé ou facilité l'entrée illégale, entre autres infractions ; les sanctions appliquées

61. Voir *supra* note 47 et le *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, novembre 2000, UN doc. A/55/383.

peuvent dépendre des circonstances de l'infraction et de son éventuel but lucratif. Le même nombre d'États prévoit également des poursuites contre les « victimes » de ces pratiques, bien que les sanctions soient généralement plus légères.

La plupart des États ont adopté une législation permettant la détention, mais son application varie énormément. La détention est parfois automatique dans l'attente d'une décision sur la recevabilité de la demande d'asile mais peut également être imposée en cas d'entrée ou de présence irrégulière. Les durées de détention varient également, de quarante-huit heures à dix-huit mois, et la possibilité de d'un recours juridique n'est pas toujours prévue.

La version préliminaire de l'étude rédigée par le *Lawyers Committee for Human Rights* (Comité des juristes pour les droits de l'Homme) dresse aussi un tableau montrant de grandes différences entre les pays. Parmi les trente-trois États examinés, dix sept prévoient une possibilité de contrôle indépendant sur les décisions relatives à la détention, tandis que dix n'en prévoient pas (les totaux inférieurs à la somme des États examinés sont dus à des informations incomplètes). Vingt États fixent une durée maximale de détention tandis que douze États n'en fixent aucune. Douze États prévoient un contrôle périodique de la détention, en droit ou sur le fond, mais douze autres n'en prévoient pas. Une assistance juridique existe dans cinq États, ou de manière plus limitée dans dix-sept autres, et elle n'existe pas du tout dans dix États. Enfin, la plupart des États (vingt-neuf) prévoient des alternatives à la détention.

1. L'Australie

Au cours de ces dernières années, l'Australie a adopté une série de mesures pour tenter de gérer, ou de stopper, l'arrivée de demandeurs d'asile sur son territoire. En 1992, elle a instauré la « détention obligatoire et non susceptible de recours » la veille du jour où la Cour fédérale était censée statuer sur une demande de libération d'un groupe de demandeurs d'asile maintenus en détention. Au fil du temps, des restrictions supplémentaires au contrôle judiciaire des décisions du Département de l'Immigration ont été ajoutées. Le Comité des droits de l'Homme a estimé que la politique et la pratique de détention obligatoire et non susceptible de recours étaient arbitraires et constituaient une violation de l'article 9 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁶². L'*Australian Human Rights and Equal Opportunity Commission* (Commission australienne des droits de l'Homme et de l'égalité des chances) est parvenue à une conclusion semblable en 1998⁶³.

62. Voir *infra* Partie VI.B.2.

63. Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Those who've Come Across the Seas : Detention of Unauthorised Arrivals*, Sydney, mai 1998, disponible sur http://www.hreoc.gov.au/pdf/humanrights/asylum_seekers/h5_2_2.pdf.

En 2002, le groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire a organisé une visite en Australie à l'invitation du gouvernement australien. Pour les conclusions, voir le rapport du groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire, UN doc. E/CN.4/2003/8/Add. Le président du groupe de travail a exprimé des préoccupations au sujet de la détention des enfants et des groupes

Un des changements les plus fondamentaux, annoncé en octobre 1999, a été l'introduction de « visas de protection temporaire » pour les arrivées non-autorisées (c'est-à-dire spontanées), qui réussissent à obtenir le statut de réfugié en Australie. Ils n'obtiendront plus de permis de séjour permanent mais un visa d'entrée temporaire de trois ans, au terme desquels ils seront obligés de redemander le statut de réfugié. Suite à des modifications adoptées en septembre 2001, les arrivées non-autorisées (spontanées) ayant passé au moins sept jours dans un pays où ils auraient pu demander et obtenir une protection effective, n'auront jamais le droit de demander un visa de protection permanente⁶⁴.

Bien qu'il n'existe aucune obligation pour les États d'accueil d'accorder un permis de séjour permanent (et, en agissant ainsi depuis si longtemps, des pays comme le Canada et l'Australie étaient en avance sur le reste du monde), la nouvelle catégorie de visas s'accompagnera d'un niveau considérablement plus bas de bénéfices et de droits. Comme mentionné plus haut, au Royaume-Uni, il a été considéré que « tout traitement moins favorable que celui accordé aux autres et imposé du fait de l'entrée irrégulière équivalait à une sanction relevant de l'article 31 à moins de pouvoir être objectivement justifié par des raisons administratives »⁶⁵. Les détenteurs de visas de protection temporaire ne pourront pas bénéficier de nombreux programmes sociaux, n'auront pas droit au regroupement familial et n'auront pas automatiquement le droit de revenir s'ils ont besoin de voyager à l'étranger. Non seulement ces réfugiés reconnus semblent être sanctionnés du fait de leur entrée irrégulière dans de nombreux cas, contrairement à l'article 31, mais ils semblent également être privés de nombreux autres droits consacrés par la *Convention de 1951*, comme le titre de voyage prévu à l'article 28 et la jouissance des droits de la Convention

vulnérables, a attiré l'attention sur la relation entre les conditions juridiques de détention et le syndrome collectif de dépression dans certains centres de détention — les conditions de détention étant gérées par une société de sécurité privée —, y compris la base juridique autorisant la société privée à établir des règles et celle fondant le statut juridique des prétendus « non-citoyens illégaux » détenus dans des prisons d'État, en particulier ceux étiquetés comme détenus à haut risque, qui sont transférés dans des prisons d'État sans aucune décision d'un juge.

64. Réglementation modifiée sur les migrations 1999 (No.12) (Règles statutaires 1999 No.243) ; Amendement sur les migrations (Suppression des zones de migration) (Dispositions indirectes) Loi de 2001. Voir aussi les fiches d'information Nos. 64, 65 et 68 du Department of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs (Département de l'immigration et des affaires multiculturelles et indigènes), portant respectivement sur les visas de protection temporaire, le nouveau système de visa humanitaire et les détenteurs de visa de protection temporaire demandant une protection supplémentaire, disponibles sur <http://www.immi.gov.au/facts/index.htm#humanitarian> ; US Committee for Refugees (Comité américain pour les réfugiés), *Sea Change : Australia's New Approach to Asylum Seekers* (février 2002), p. 7, disponible sur <http://www.refugees.org/pub/australia2.cfm> ; M. Crick et B. Saul, *Future Seekers : Refugees and the Law in Australia* (Federation Press, Sydney, 2002), pp. 99-16.

65. Voir la décision du Commissaire à la Sécurité Sociale *supra* note 54, paragraphe 16.

de façon non discriminatoire. Aucune justification pour raisons administratives ne semble avoir été avancée⁶⁶.

2. La Belgique

En Belgique, au stade de la recevabilité, un demandeur d'asile, arrivant dépourvu des documents requis, peut être détenu dans un lieu déterminé à la frontière pendant deux mois⁶⁷, la durée moyenne de détention étant de quatorze jours. Il existe un centre de détention spécial à l'aéroport de Zaventem, pour les personnes dépourvues des documents nécessaires pour entrer en Belgique, ou dans le pays de destination, ou ne disposant pas des moyens de subsistance suffisants pour la durée du séjour envisagé en Belgique. Les personnes sont cependant transférées au centre de détention dès qu'ils demandent l'asile. La détention peut également être ordonnée dans l'attente du transfert d'un demandeur d'asile vers l'État responsable aux termes de la *Convention de Dublin* ; cette durée de détention ne peut excéder deux mois (article 51/5, alinéa 3 de la loi sur les étrangers). Si, pour une raison ou une autre, un demandeur d'asile ne peut être transféré, il peut être détenu jusqu'à son expulsion (article 7, alinéa 3 de la loi sur les étrangers). La période initiale de deux mois peut être prolongée par le Ministre de l'Intérieur ou son délégué, pour des périodes supplémentaires d'un mois, dans la limite de cinq mois, si les démarches nécessaires en vue de l'éloignement de l'étranger ont été entreprises dans les sept jours de la mise en détention de l'étranger, qu'elles sont poursuivies avec toute la diligence requise et qu'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable. Si la détention doit être prolongée au-delà du délai de cinq mois, pour des considérations liées à l'ordre public ou à la sécurité nationale, celle-ci est décidée sur la base d'un mois renouvelable. La durée totale de la détention ne peut toutefois dépasser huit mois. Après cette période, l'étranger doit être remis en liberté.

Un demandeur d'asile, dépourvu de documents et déjà entré en Belgique, ou qui a demandé l'asile après l'expiration de son autorisation de séjour, et dont la demande d'asile est rejetée au stade de la recevabilité par l'Office des étrangers et qui a de fortes chances d'être rejetée en appel, peut être détenu. Aux termes de l'article 74/6 de la loi sur les étrangers, le demandeur d'asile peut être maintenu en un lieu déterminé afin d'assurer son éloignement effectif. La mesure peut être maintenue jusqu'à ce que la demande d'asile soit considérée comme recevable par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, ou pour une période initiale de

66. La Cour fédérale d'Australie n'a pas examiné l'applicabilité de l'article 31 dans l'affaire *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Vadarlis*, *Human Rights and Equal Opportunity Commission and Amnesty International*, [2001] FCA 1329, 18 septembre 2001, qui concernait le sauvetage de 433 demandeurs d'asile naufragés en mer, par le Tampa MV, navire enregistré en Norvège. L'approche de la détention par la Cour est examinée ci-dessous.

67. Loi du 15 décembre 1890 sur l'accès au territoire, le séjour et l'éloignement des étrangers (Loi sur les étrangers), version consolidée de 1999, article 74/5.

deux mois. Environ quarante à cinquante demandeurs d'asile de ce type sont détenus chaque mois. Plusieurs dispositions de la loi sur les étrangers prévoient également la détention de demandeurs d'asile pour des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale (article 63/5 alinéa 3, article 52*bis* et article 54 alinéa 2).

3. La France

En France, les demandeurs d'asile ne sont, d'une manière générale, pas détenus du seul fait de leur demande d'asile. Il existe deux exceptions à cette règle mais, dans les deux cas, la période de détention est courte. La première exception concerne les demandeurs d'asile en zones d'attente qui sont soumis à la procédure de recevabilité. La seconde exception est la rétention administrative qui s'applique aux demandeurs d'asile entrés sur le territoire et dont les demandes sont considérées comme abusives par la Préfecture chargée de leur octroyer un titre de séjour provisoire. Le HCR n'a pas le droit d'accès aux centres de rétention administrative mais il a, ainsi que certaines ONG, un droit de visite en zones d'attente.

4. L'Allemagne

En Allemagne, les demandeurs d'asile ne font, d'une manière générale, pas l'objet d'une détention avant qu'une décision ne soit prise sur leur demande, à l'exception des cas suivants. Les personnes arrivant par les grands aéroports peuvent être soumises à la procédure à l'aéroport et être ainsi confinées dans une installation fermée au sein de l'aéroport, pour une durée maximale de dix-neuf jours, avant le rejet définitif de leur demande comme manifestement infondée. Selon le droit allemand, cette détention n'est pas considérée comme une privation de liberté⁶⁸. Les demandeurs d'asile déboutés dans le cadre de la procédure à l'aéroport qui ne peuvent pas être éloignés peuvent, cependant, passer plusieurs mois dans un centre fermé, dans l'attente d'une décision discrétionnaire relative à leur entrée ou à leur éloignement.

La procédure accélérée (article 18a de la Loi sur la procédure d'asile) s'applique aux personnes arrivant par air, en provenance de pays d'origine prétendument « sûrs », ou dépourvues de passeport valable. Ces personnes sont maintenues dans des installations spéciales dans les aéroports et leurs demandes sont examinées au moyen d'une procédure accélérée avant d'avoir l'autorisation d'entrer sur le territoire allemand. Cette procédure accélérée est appliquée dans les aéroports de Francfort, Munich, Berlin, Düsseldorf et Hambourg, la majorité arrivant à Francfort. Les demandeurs d'asile sont autorisés à entrer sur le territoire et à suivre la procédure normale lorsque l'Office fédéral pour la reconnaissance des réfugiés conclut qu'il ne peut pas se prononcer rapidement sur le cas ou qu'il n'a pas pris de décision sur la demande d'asile dans les deux jours après son dépôt ou lorsque la cour n'a pas statué en appel dans un délai de deux semaines.

68. Voir la décision du 14 mai 1996 de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 BvR 1938/93 et 2 BvR 2315/93.

Suite à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 14 mai 1996, les demandeurs d'asile à l'aéroport doivent se voir accorder une assistance juridique gratuite. La Cour n'a cependant pas considéré que le maintien de demandeurs d'asile dans des installations fermées en zone de transit équivalait à une détention ou à une limitation de la liberté, dans la mesure où les personnes pouvaient librement quitter cet endroit à tout moment, par exemple pour retourner dans leur pays d'origine. Lorsqu'une demande d'asile est rejetée et que le requérant se voit notifier un ordre de quitter le territoire, toute détention supplémentaire, y compris en zone de transit, doit faire l'objet d'une décision d'un tribunal afin d'être conforme à l'article 5 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*. En pratique, la plupart des demandeurs d'asile préfèrent rester en zone de transit plutôt que d'aller en prison et signent un formulaire à cet effet. Le nombre de séjours de longue durée en zones de transit continue d'augmenter.

5. Autres États européens (l'Espagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède)

En Grèce, en vertu du code pénal, tel qu'amendé par la loi No.2408/1996 et par la loi No.2521/1997, les tribunaux pénaux ne peuvent pas ordonner l'expulsion d'un étranger condamné à une peine de prison, si cela est contraire aux dispositions des accords internationaux auxquels la Grèce a souscrit. En pratique, les tribunaux continuent cependant d'ordonner l'expulsion de migrants clandestins condamnés pour entrée ou présence irrégulière, sans égard pour leur statut.

En Italie, la loi ne contient actuellement pas de dispositions relatives à la détention ou à la restriction à la liberté de circulation des demandeurs d'asile admis à la procédure. Un projet de loi propose d'introduire des restrictions aux déplacements pendant une nouvelle « phase de pré-examen » pour les demandes « manifestement infondées », pour une durée maximale de deux jours. Les migrants clandestins peuvent être détenus dans des « centres temporaires de rétention » ou dans une zone spécifique à l'aéroport aux fins de vérification de l'identité et d'exécution des formalités d'expulsion.

Les personnes en transit à l'aéroport de Luxembourg sont détenues lorsqu'elles possèdent de faux documents ou qu'elles sont dépourvues de tout document. La détention peut également être utilisée, dans des circonstances exceptionnelles, pour faciliter le transfert du demandeur d'asile vers l'État responsable de l'examen de sa demande en vertu de la *Convention de Dublin*. Une durée initiale d'un mois peut être prolongée pour des périodes additionnelles d'un mois, sur ordre du Ministre de la Justice, sans toutefois dépasser trois mois. Après cette période, la personne doit être remise en liberté. La mesure de détention peut aussi être contestée devant le Tribunal administratif dans un délai d'un mois à compter de la notification de la décision de mise en détention, puis devant la Cour administrative.

Aux Pays-Bas, en vertu de l'article 7a) de la Loi sur les étrangers, les étrangers arrivant par voies aériennes ou maritimes sans être porteurs des documents requis et qui se voient refuser l'entrée sur le territoire peuvent être détenus, en attendant leur

éloignement. Lorsque la demande est considérée comme « manifestement infondée » ou irrecevable et que le demandeur d'asile est détenu dans l'attente de son éloignement, il peut faire appel devant le Tribunal de district (*District Court*). Comme cet appel est dépourvu d'effet suspensif automatique, il doit également faire une demande de sursis à exécution contre l'expulsion. Ces appels sont limités dans le temps et le demandeur d'asile détenu doit être entendu par le Tribunal dans un délai de deux semaines, la décision devant être rendue dans un délai de deux semaines supplémentaires.

Le Tribunal sera également saisi lorsqu'un demandeur d'asile a été maintenu en détention pour plus de quatre semaines sans faire appel. Si l'éloignement est impossible, les mesures de détention seront probablement considérées comme infondées et le demandeur d'asile sera remis en liberté. Si, dans un délai de quatre semaines, la demande d'asile est considérée comme irrecevable ou « manifestement infondée », l'article 18b) de la loi sur les étrangers autorise la détention afin de garantir l'éloignement. Si la décision n'est pas prise dans un délai de quatre semaines, la personne peut être détenue en vertu de l'article 26.

En Espagne, en vertu de l'article 4 § 1 de la loi No. 9/94, l'entrée irrégulière d'un demandeur d'asile n'est pas sanctionnée lorsque l'intéressé remplit les critères de reconnaissance du statut de réfugié, sous réserve qu'il se présente sans délai aux autorités compétentes. La législation autorise, cependant, la détention des étrangers entrant de manière irrégulière sur le territoire, pour une durée maximale de soixante douze heures, sans intervention du juge. Cette durée peut être prolongée jusqu'à quarante jours par le juge. La détention administrative, sous la supervision d'un juge, garantit l'accès au système judiciaire (article 24 de la Constitution espagnole) et l'étranger soumis à une détention administrative est maintenu dans un centre « d'internement des étrangers » et non dans un établissement pénitentiaire.

Un étranger détenu en raison de son entrée ou présence irrégulière qui dépose une demande d'asile, restera en détention le temps qu'il soit statué sur la recevabilité de sa demande, dans une limite de soixante jours (article 17 § 2 du décret d'application ; en pratique, les demandes d'asile déposées par des demandeurs d'asile en détention sont traitées en urgence). Si l'intéressé est par la suite admis dans la procédure de détermination du statut de réfugié, il est remis en liberté.

En Suède, les demandeurs d'asile peuvent être détenus si leur identité ou leur nationalité est douteuse ou s'ils ont de fortes chances d'être déboutés et que les autorités craignent qu'ils se soustraient à l'exécution d'une mesure d'expulsion. Bien que les mesures de détention soient régulièrement contrôlées par les Tribunaux administratifs, aucune durée maximale n'est fixée et les personnes ont souvent tendance à être détenues indéfiniment, parfois jusqu'à un an ou plus. Les demandeurs d'asile déboutés dont les mesures d'expulsion ne peuvent pas être exécutées en raison de la situation dans leur pays d'origine peuvent également être confrontés à de longues périodes de détention. La plupart des demandeurs d'asile sont hébergés dans des installations construites à cet effet bien que certains puissent être détenus dans des prisons ordinaires, dans des maisons d'arrêt ou dans des cellules de la police.

Au Royaume-Uni, entre 1 et 1,5 % des demandeurs d'asile sont détenus à un moment donné de la procédure⁶⁹. Le groupe de travail a exprimé sa préoccupation quant au fait que la décision de mise en détention n'est pas fonction du dossier du demandeur mais des places effectivement disponibles.

La loi britannique a été modifiée suite à la décision de la *Divisional Court* du Royaume-Uni dans l'affaire *Adimi*⁷⁰. L'article 28 de la loi de 1999 sur l'immigration et l'asile a créé l'infraction de « tromperie » pour les ressortissants étrangers, y compris pour les demandeurs d'asile, qui tentent d'entrer dans le pays avec de faux documents. Cette infraction est punissable d'une peine de prison d'une durée pouvant aller jusqu'à deux ans et/ou d'une amende. L'article 31 prévoit, dans certaines limites⁷¹, un motif d'exonération fondé sur l'article 31 de la *Convention de 1951*.

6. Les États-Unis

Les demandeurs d'asile arrivant aux États-Unis, dépourvus des documents requis, sont désormais soumis à la loi de 1996, qui prévoit l'« éloignement accéléré ». Les dispositions applicables, entrées en vigueur le 1^{er} avril 1997, autorisent l'éloignement immédiat des ressortissants étrangers arrivant aux postes de contrôle avec de faux documents ou sans documents. Lorsqu'ils expriment le souhait de demander l'asile ou une crainte de persécution dans leur pays d'origine, ils sont détenus et orientés vers un agent de l'asile pour un entretien afin de déterminer s'ils ont une « crainte crédible » de persécution. Si c'est le cas, ils sont enrôlés pour une audience devant un tribunal spécialisé en matière d'immigration et peuvent théoriquement être remis en liberté. Une « crainte crédible » s'entend comme une « possibilité importante » que l'intéressé puisse être reconnu comme réfugié aux États-Unis.

Si leur crainte de persécution n'est pas reconnue comme crédible, ils peuvent demander un réexamen par un juge de l'immigration, qui doit avoir lieu aussitôt que possible dans un délai de 24 heures et en aucun cas plus de sept jours après la décision négative initiale sur la crédibilité de la crainte par l'agent de l'asile. Aucun autre recours n'est possible. Selon la législation antérieure, les personnes cherchant à entrer par les postes de contrôle à la frontière étaient placées en procédure de reconduite et avaient le droit d'être entendues par un juge spécialisé en matière d'immigration ; avaient un droit de recours devant le *Board of Immigration Appeals* (Commission de recours en matière d'immigration) et devant le district fédéral.

En pratique, et en fonction de la place disponible et de l'intérêt des cas individuels, certains demandeurs d'asile sont remis en liberté dans l'attente de leurs audiences sur l'éloignement et de la décision définitive. Cela inclut les demandeurs

69. Voir le rapport du groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire, UN doc. E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 décembre 1998.

70. Voir *supra* Partie III.B.1.

71. Voir *supra* Partie III.A.2.

d'asile placés en procédure d'éloignement accéléré et considérés comme ayant une « crainte crédible » de persécution⁷².

E. Décisions et recommandations du Comité exécutif du HCR

Le Comité exécutif du programme du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés s'est penché sur le phénomène des mouvements « irréguliers » de réfugiés et de demandeurs d'asile, à deux occasions au moins. À chaque fois, tout en exprimant sa préoccupation au sujet de ces mouvements, les États participants ont reconnu que les réfugiés pouvaient avoir des raisons légitimes d'agir ainsi. La Conclusion du Comité exécutif No. 15 (XXX) de 1979, intitulée « Réfugiés sans pays d'asile », comprend la disposition suivante :

Lorsqu'un réfugié qui a déjà obtenu l'asile dans un pays demande l'asile dans un autre pays en invoquant le motif qu'il a des raisons impérieuses de quitter le pays d'asile où il se trouve parce qu'il craint la persécution ou parce que sa sécurité personnelle ou sa liberté sont en danger, les autorités du second pays doivent considérer sa demande d'asile avec bienveillance⁷³.

La Conclusion du Comité exécutif No. 58 (XL) de 1989, intitulée *Problème des réfugiés et des demandeurs d'asile quittant de façon irrégulière un pays où la protection leur a déjà été accordée*, énonce :

f) Lorsque les réfugiés et les demandeurs d'asile quittent [...] de façon irrégulière un pays où ils ont déjà trouvé protection, ils peuvent être renvoyés dans ce pays ;

i) s'ils sont protégés contre des mesures de refoulement et,

ii) s'ils sont autorisés à y rester et s'ils sont traités conformément aux normes humanitaires de base reconnues jusqu'à ce qu'une solution durable leur soit offerte [...]

g) *Il a été reconnu qu'il pouvait y avoir des cas exceptionnels où un réfugié ou un demandeur d'asile puisse légitimement avancer qu'il a des raisons de craindre la persécution ou que sa sécurité physique ou sa liberté soient menacées dans un pays où il avait tout d'abord trouvé protection.* Les autorités de l'État auprès duquel il demande asile devraient réserver un accueil favorable à sa requête.

[...]

i) *Il a été reconnu que certaines circonstances peuvent contraindre un réfugié ou un demandeur d'asile à avoir recours à de faux papiers pour quitter un pays où sa sécurité physique ou sa liberté sont menacées.*

En l'absence de telles circonstances, l'utilisation de faux papiers ne saurait se justifier...⁷⁴

En outre, la Conclusion du Comité exécutif No. 22 (XXXII) de 1981, intitulée *Protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*, réaffirme clairement les normes énoncées à l'article 31 :

B. Traitement des personnes en quête d'asile qui ont été admises temporairement dans un pays en attendant que des dispositions soient prises en vue d'une solution durable

72. Voir, en général, *Lawyers Committee for Human Rights*, « *Is This America ? The Denial of Due Process to Asylum Seekers in the United States* », octobre 2000.

73. HCR, « Rapport de la 30^e session du Comité exécutif », UN doc. A/AC.96/572, paragraphe 72(2)(k).

74. HCR, « Rapport de la 40^e session du Comité exécutif », UN doc. A/AC.96/737, p. 23 (c'est nous qui soulignons).

1. L'article 31 de la *Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés* contient des dispositions touchant le traitement des réfugiés qui sont entrés dans un pays sans autorisation et dont la situation dans ce pays n'a pas encore été régularisée. Néanmoins, les normes définies dans cet article ne portent pas sur tous les aspects du traitement des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives de réfugiés.

2. Il est donc essentiel que les personnes en quête d'asile qui ont été admises temporairement en attendant que des dispositions soient prises en vue d'une solution durable à leur intention soient traitées conformément aux normes minimum humanitaires de base :

a) Elle ne doivent pas être pénalisées ou exposées à un traitement défavorable exclusivement parce que leur présence dans le pays est jugée illégale ; on ne doit pas appliquer à leurs déplacements d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires dans l'intérêt de la santé publique et de l'ordre public.

[...]

h) L'unité de famille doit être respectée⁷⁵.

IV. Les normes internationales et la responsabilité des États

Les États parties à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967* s'engagent à accorder un certain niveau de traitement aux réfugiés et à leur garantir certains droits, notamment le bénéfice de l'application non discriminatoire de la *Convention et du Protocole* (article 3), l'absence de sanctions pénales en cas d'entrée ou de présence irrégulière (article 31), le non-refoulement (article 33 : non-refoulement, y compris le non-refus d'admission à la frontière, vers un territoire où la vie ou la liberté du réfugié serait menacée pour les raisons énoncées à l'article 1).

Les États qui ratifient la *Convention de 1951* et/ou le *Protocole de 1967* s'engagent nécessairement à appliquer ces instruments de bonne foi (selon le principe *pacta sunt servanda*)⁷⁶. Le choix des moyens d'application de la plupart des dispositions est laissé aux États eux-mêmes ; ils peuvent préférer la transposition législative, les règlements administratifs, les procédures informelles et *ad hoc* ou une combinaison de toutes ces mesures. En aucun cas, la simple conformité formelle ne suffira en elle-même à permettre à l'État de s'acquitter de ses responsabilités ; le test consiste à examiner si, à la lumière du droit et de la pratique internes, y compris dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration, l'État a atteint la norme internationale d'efficacité raisonnable et de mise en œuvre effective des dispositions concernées du traité⁷⁷.

75. HCR, « Rapport de la 32^e session du Comité exécutif », UN doc. A/AC.96/601, paragraphe 57(2).

76. *Convention de Vienne de 1969*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 331 ; I. Brownlie, *Basic Documents in International Law* (5^e édition, Clarendon Press, Oxford, 2002), p. 270.

77. G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon Press, Oxford, 1996), pp. 230-41.

Dans les cas où une violation des obligations est considérée comme provenant d'une politique générale, la question sera de savoir si, « dans le cas donné, le *système* administratif a abouti à un résultat compatible avec le principe ou la norme de droit international applicables ». La responsabilité peut donc découler d'« une défaillance grave du système légal à fournir une garantie ou un service exigés par la norme applicable »⁷⁸.

La responsabilité des États parties à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967* d'appliquer aux personnes, entrant ou cherchant à entrer sur leur territoire de façon irrégulière, un traitement conforme à l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951*, et de tenir compte en particulier de leur revendication d'être des réfugiés ayant droit d'en bénéficier, peut être engagée soit par un acte volontaire de l'intéressé, lorsqu'il fait une demande d'asile/de statut de réfugié, soit par un acte de l'État, par exemple, lorsqu'il exerce sa compétence sur l'intéressé, en appliquant des mesures de contrôle liées à l'immigration (comme l'éloignement ou le refus d'entrée) ou en engageant des procédures pénales liées à l'immigration illégale (comme des poursuites pénales pour utilisation de faux documents de voyage)⁷⁹.

Bien que les États puissent, et de fait, se mettent d'accord, sur la répartition des responsabilités pour l'examen des demandes, au stade actuel de l'évolution du droit, aucune obligation ne s'impose au demandeur d'asile voyageant de façon irrégulière ou munis de faux documents de déposer une demande d'asile à un stade donné de sa fuite.

Si un État prend des initiatives sur son territoire, par exemple pour combattre l'utilisation de faux documents de voyage au plan général ou international, c'est à cet État, et non à celui de destination envisagée, d'assumer la responsabilité de veiller à ce que le réfugié/demandeur d'asile bénéficie au moins des dispositions de la *Convention de 1951* tels que les articles 31 et 33, ou des instruments internationaux applicables en matière de droits de l'Homme, tels que les articles 3, 6 et 13 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*, qui ne sont pas soumis à la légalité de la présence ou du séjour.

L'étude mentionnée ci-dessus montre que de nombreux États parties à la *Convention de 1951* n'ont pas adopté de dispositions législatives pour mettre en œuvre les obligations acceptées en vertu de l'article 31 de la *Convention de 1951*. Mais, le respect de ces obligations est plutôt laissé à l'usage judiciaire (il faut l'espérer) du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Les États semblent souvent appliquer une politique générale de poursuites à l'encontre des utilisateurs de faux documents de voyage, sans considérer les cas

78. I. Brownlie, *System of the Law of Nations : State Responsibility (Part 1)* (Clarendon Press, Oxford, 1983), p. 150 (traduction libre).

79. Pour une analyse détaillée de la portée de la responsabilité de l'État dans les questions d'asile, voir également l'Avis juridique sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement, rédigé par Sir E. Lauterpacht et D. Bethlehem, figurant au Chapitre 2 de cette publication.

d'espèce et sans permettre qu'une demande de reconnaissance du statut de réfugié ou de demande d'asile soit déferée à l'autorité centrale compétente

Cette politique générale et/ou cette pratique de poursuites à l'encontre des utilisateurs de faux documents de voyage, sans considérer les cas d'espèce et sans permettre qu'une demande de reconnaissance du statut de réfugié ou de demande d'asile soit déferée à l'autorité centrale compétente, constitue une violation de l'article 31 de la *Convention de 1951*. L'intervention et l'exercice de la compétence de l'État à l'égard de ces demandeurs d'asile engagent par la suite sa responsabilité afin qu'il les traite conformément à l'article 31 § 1.

En résumé, l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* doit donc être interprété comme suit :

1. Le terme « directement » ne doit pas être interprété de manière restrictive ou littérale, mais plutôt en fonction de la situation du cas d'espèce, y compris de la question du danger rencontré au cours des différentes étapes du voyage ;
2. L'expression « raison valable » renvoie également à une question de fait, et peut résulter d'une appréhension de la part du réfugié ou du demandeur d'asile, d'un manque de connaissance des procédures ou d'actions entreprises par l'intéressé suivant les instructions ou les conseils d'un tiers ; et
3. L'expression « sans délai » renvoie également à une question de fait et de degré ; cela dépend de la situation du cas d'espèce, notamment de l'existence de conseils et de la question de savoir si l'État exerçant son autorité sur le réfugié ou le demandeur d'asile est de fait un pays de transit⁸⁰.

Le refus des autorités d'examiner le bien-fondé des demandes, ou leur incapacité à le faire du fait d'une politique générale de poursuites, conduira presque inévitablement l'État à violer ses obligations internationales.

V. Conclusions relatives à l'article 31 § 1

En résumé, les conclusions suivantes peuvent être tirées relativement à l'article 31 § 1 :

1. Les États parties à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967* s'engagent à accorder un certain niveau de traitement aux réfugiés et à leur garantir certains droits. Ils s'engagent nécessairement à appliquer ces instruments de bonne foi.

80. Voir aussi HCR, *Principes directeurs révisés*, supra note 53. Étant donné la situation particulière des demandeurs d'asile, aucune limite de durée ne peut être appliquée mécaniquement ou associée à cette expression. En particulier, les demandeurs d'asile peuvent souffrir des effets de traumatismes, de problèmes de langue, de manque d'information, des expériences passées qui aboutissent souvent à une suspicion à l'égard de ceux qui détiennent l'autorité, de sentiments d'insécurité générale. Ces circonstances, parmi d'autres, peuvent varier énormément d'un demandeur d'asile à l'autre.

2. Les États ont le choix des moyens d'application de certaines dispositions de la Convention, comme l'article 31, et ils peuvent préférer la transposition législative, les règlements administratifs, les procédures informelles et *ad hoc* ou une combinaison de toutes ces mesures. La simple conformité formelle ne suffit pas en elle-même à permettre à l'État de se décharger de ses responsabilités ; l'examen consiste à voir si, à la lumière du droit et de la pratique internes, y compris via le pouvoir discrétionnaire de l'administration, l'État a atteint la norme internationale d'efficacité raisonnable et de mise en œuvre effective des dispositions concernées du traité.

3. Il faut accorder une attention particulière aux situations où le système administratif peut produire des résultats incompatibles avec les principes ou normes de droit international applicables.

4. Il n'est pas exigé que les réfugiés arrivent directement de leur pays d'origine. L'article 31 était destiné à s'appliquer, et a été interprété comme s'appliquant, aux personnes qui ont brièvement transité par d'autres pays, qui ne peuvent pas trouver une protection contre la persécution dans le (ou les) premier(s) pays vers lesquels ils ont fui, ou qui ont « des raisons reconnues valables » de ne pas avoir déposé une demande dans ce (ou ces) pays. Le simple fait que le HCR soit opérationnel dans un certain pays ne doit pas être utilisé comme un argument décisif attestant de l'existence d'une protection réelle dans ce pays⁸¹. La véritable question est de savoir s'il existe une protection réelle pour cette personne dans ce pays. Les auteurs souhaitaient seulement que l'immunité de sanctions ne s'applique pas aux réfugiés qui s'étaient établis dans un autre pays, de façon temporaire ou permanente.

5. Le fait de venir directement du pays dans lequel le requérant a une crainte fondée de persécution est reconnu en soi comme constituant une « raison reconnue valable » d'être entré irrégulièrement. Le fait d'« arriver directement » de ce pays en ayant transité par un ou plusieurs pays dans lesquels il était en danger ou dans lesquels il n'existait, d'une manière générale, pas de protection réelle, est également reconnu comme une « raison reconnue valable » de son entrée irrégulière. D'autres circonstances de fait, comme des liens étroits de famille dans le pays de refuge, peuvent aussi constituer une « raison reconnue valable ». Le critère de « raison reconnue valable » est suffisamment souple pour permettre de tenir compte des éléments propres à chaque cas d'espèce.

6. L'expression « sans délai » renvoie à une question de fait et de degré qui dépend de la situation particulière du cas d'espèce, y compris de la possibilité de recourir à un conseil.

81. « Relevé des conclusions relatives à l'article 31 de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* », 8-9 novembre 2001, paragraphe 10 c).

7. Bien qu'employant le terme « réfugiés », l'article 31 § 1 s'applique également aux demandeurs d'asile et aux « réfugiés présumés » ; par conséquent, ces personnes sont présumées *prima facie* avoir le droit de bénéficier provisoirement de l'interdiction des sanctions pénales prévue à l'article 31 § 1 jusqu'à ce qu'il ait été établi, par une décision définitive et à l'issue d'une procédure équitable, qu'elles n'ont pas besoin d'une protection internationale.

8. Comme le montrent les lois et les décisions de justice, la pratique des États confirme cette interprétation de la *Convention de 1951*. Les États ont également formellement reconnu, d'une part que les réfugiés ont souvent de bonnes raisons de partir de leurs pays de premier refuge⁸² et, d'autre part que les circonstances peuvent les contraindre à utiliser de faux documents.

9. Le terme « *penalties* » n'est pas défini dans la version anglaise de l'article 31. Il inclut, de manière non exhaustive, les poursuites judiciaires, les amendes et l'emprisonnement.

10. La détention provisoire est autorisée si elle est nécessaire et limitée à l'enquête préliminaire. Tandis que la détention administrative est permise en vertu de l'article 31 § 2, selon le droit international, elle équivaut à une sanction pénale dès lors que les garanties fondamentales font défaut (contrôle, durée excessive, etc.).

11. L'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* oblige les États parties à tenir spécifiquement compte de toute revendication d'être un réfugié ayant droit à son bénéfice. Cette responsabilité peut être engagée par un acte volontaire de l'intéressé lorsqu'il fait une demande d'asile/de statut de réfugié. Elle peut également être engagée par un acte de l'État, par exemple, lorsqu'il exerce sa compétence sur l'intéressé en lui imposant des mesures de contrôle liées à l'immigration illégale (comme l'éloignement ou le refus d'entrée) ou en engageant des procédures pénales (comme des poursuites pour utilisation de faux documents de voyage).

12. Lorsqu'un État laisse le respect des obligations internationales à la discrétion du pouvoir administratif, une politique ou une pratique incompatible avec ces obligations engage la responsabilité internationale de ce dernier. La politique consistant à poursuivre ou d'une autre façon de sanctionner les personnes entrées ou présentes irrégulièrement ou les personnes utilisant de faux documents de voyage, sans égard pour les circonstances ayant présidé à la fuite dans les cas d'espèce, et le refus d'examiner le bien-fondé d'une demande d'asile, équivalent à une violation des obligations de l'État en vertu du droit international.

13. Par principe, un transporteur ne devrait, par conséquent, pas être sanctionné pour avoir transporté un passager « sans papiers », lorsque cette personne est par la suite considérée comme ayant besoin d'une protection internationale.

82. Voir la Conclusion de Comité exécutif No. 58, paragraphe g, *supra* Partie III.E.

VI. Les restrictions à la liberté de circulation en vertu de l'article 31 § 2, y compris la détention

Plusieurs milliers de réfugiés et de demandeurs d'asile sont actuellement détenus à travers le monde⁸³ ou subissent des restrictions à leur liberté de circulation. Les réfugiés et les demandeurs d'asile peuvent être utilisés pour des raisons politiques ou militaires et confinés dans des camps à la frontière, ou privés de la possibilité de sortir du pays dans des « installations » pour de longues périodes, dans des conditions de privation et de danger. Certains sont détenus en tant qu'immigrants illégaux, et certains d'entre eux peuvent obtenir leur remise en liberté après avoir prouvé la sincérité de leur demande d'asile, ou lorsqu'ils peuvent fournir suffisamment de garanties financières ou autres. Dans d'autres cas cependant, une détention illimitée et non susceptible de contrôle peut s'ensuivre, indépendamment du bien-fondé de la demande ou du fait que leur entrée et leur présence irrégulière ne sont dues qu'à la nécessité de trouver un refuge.

La détention et les autres restrictions à la liberté de circulation des réfugiés et des demandeurs d'asile continuent de soulever des questions fondamentales de protection et de droits de l'Homme, tant pour le HCR que pour l'ensemble de la communauté internationale. Dans la pratique des États, dont certaines sont résumées dans ce document, la détention est considérée comme une réponse nécessaire aux abus de la procédure d'asile, réels ou perçus comme tels, ou à des menaces du même ordre à la sécurité de l'État et au bien-être de la communauté. La pratique de détenir des réfugiés et des demandeurs d'asile a également tendance à refléter les tendances restrictives envers les réfugiés, qui elles-mêmes sont des manifestations de xénophobie. Cela peut également bien souvent résulter de lacunes dans le droit des réfugiés au niveau international et national, comme l'absence de règles régissant la responsabilité de la détermination des demandes d'asile ou la défaillance en matière de transposition des règles et des normes acceptées par traité.

Pour les besoins de cette étude, le terme « détention » est employé pour signifier le confinement à un lieu limité, comme une prison, un camp fermé, un centre d'« accueil » ou de « rétention »⁸⁴. Il y a une différence qualitative entre la détention et les autres restrictions à la liberté de circulation, ne serait-ce qu'en termes de degré

83. Dès 1977, le Comité exécutif exprimait ses préoccupations quant au fait que des réfugiés aient été l'objet de « mesures de détention injustifiée et indûment prolongée », Rapport de la 28^e session (1977), UN doc. A/AC.96/549, paragraphe 53.5.

84. Cf. l'affaire *Shokuh c. Pays-Bas, Hoge Raad der Nederlanden* (Cour suprême des Pays-Bas) du 9 décembre 1988, dans laquelle la Cour a considéré, dans le cadre de l'article 5 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*, qu'un étranger qui n'est pas autorisé à rester, mais qui se trouve néanmoins sur le territoire néerlandais, ne peut être détenu que conformément à la loi, et que la rétention dans la zone de transit d'un aéroport constitue une privation de liberté au sens de cet article, *Revue du droit des étrangers* (RDDE), No. 52, janvier — février 1989, p. 16.

et d'intensité⁸⁵, et de nombreux États ont réussi à gérer leurs systèmes d'asile et leurs programmes d'immigration sans recourir à des restrictions physiques, par exemple, en faisant appel à des garants, des dépôts de garantie ou de cautions, des exigences de contrôle ou des centres ouverts où les déplacements du demandeur d'asile sont limités au quartier dans lequel le centre est situé et où une absence de plus de 24 heures doit être autorisée⁸⁶.

Dans un certain nombre de pays confrontés à des afflux massifs, les réfugiés formellement admis sont hébergés dans des « sites » ou des « zones désignées ». De tels dispositifs sont fréquemment utilisés afin d'offrir des solutions aux réfugiés ruraux. L'envoi des personnes dans ces sites s'accompagne d'ordinaire de différentes restrictions à la liberté de circulation. Les réfugiés qui ne respectent pas ces dernières et qui quittent le camp ou le site sont passibles de sanctions, y compris la détention, ou peuvent ne plus être réadmis et se voir privés de toute assistance.

A. Portée de la protection prévue par la *Convention de 1951* et de manière générale

La *Convention de 1951* reconnaît que, dans certaines circonstances, les États peuvent appliquer des restrictions à la liberté de circulation. Ces dispositions reflètent largement la situation qui prévalait au moment de la rédaction du traité. L'article 8 de la *Convention de 1951* tente de garantir une dispense de mesures exceptionnelles qui pourraient affecter les réfugiés, uniquement en raison de leur nationalité, mais de nombreux États ont fait des réserves à cet article ; desquelles il résulte que certains États se dispensent de toute obligation, certains acceptent l'article comme une simple recommandation tandis que d'autres se réservent expressément le droit de prendre des mesures basées sur la nationalité dans l'intérêt de la sécurité nationale.

L'article 9 de la *Convention de 1951* a été rédigé spécifiquement pour couvrir les situations de guerre ou d'autres circonstances graves et exceptionnelles, et reflète les difficultés auxquelles certains États ont été confrontés pendant la Seconde Guerre mondiale pour distinguer clairement et rapidement les réfugiés des ressortissants ennemis. Cette disposition garantit donc le droit des États de prendre « des mesures provisoires » à l'égard d'une personne déterminée, « en attendant qu'il soit établi (...) que cette personne est effectivement un réfugié et que le maintien desdites mesures est nécessaire (...) dans l'intérêt de la sécurité nationale » (c'est nous qui soulignons).

L'article 26 de la *Convention de 1951* prévoit d'accorder aux réfugiés la même liberté de circulation que celle accordée aux étrangers en général dans les mêmes circonstances. Huit États ont fait des réserves, parmi lesquels six se sont expressément réservé le droit de désigner des lieux de résidence, soit de manière générale,

85. Voir *supra* Partie III.C, Cour européenne des Droits de l'Homme, paragraphe 43 de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Amuur c. France*.

86. Voir *Lawyers Committee for Human Rights, Preliminary Review, supra* note 59. Les réfugiés seraient libres d'aller et venir pendant la journée mais il pourrait y avoir des couvre-feux la nuit.

soit pour des motifs de sécurité nationale, d'ordre public ou d'intérêt public. Plusieurs États africains ont accepté l'article 26 sous la réserve que les réfugiés ne choisissent pas de résider dans une région frontalière de leur pays d'origine et qu'en tout cas ils s'abstiennent, dans l'exercice de leur liberté de circulation, de toute activité ou incursion de nature subversive vis-à-vis du pays dont ils sont ressortissants. Ces réserves sont réitérées aux articles II.6) et III de la *Convention de l'OUA de 1969 sur les réfugiés*⁸⁷ et elles sont également reflétées dans les articles 7 et 8 de la *Convention de Caracas de 1954 sur l'asile territorial*⁸⁸.

L'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* a été examiné plus haut. Cette disposition implique que, comme le débarquement des personnes naufragées en mer ou d'autres victimes de force majeure, l'entrée des réfugiés fuyant la persécution ne doit pas être considérée comme un acte illégal. Les États conservent toutefois une marge importante d'appréciation quant aux mesures à appliquer pendant la procédure de détermination du statut et au traitement de ceux qui, pour une raison ou une autre, sont considérés comme ne relevant pas des termes de cet article.

Le fait que les États aient la compétence de détenir des ressortissants étrangers dans l'attente de leur éloignement ou des décisions relatives à leur entrée est confirmé par des décisions de justice et par la pratique des États⁸⁹. Dans une perspective de droit international, toutefois, la question est de savoir si, dans le cas des réfugiés et des demandeurs d'asile, le pouvoir a été exercé de manière légale, compte tenu des normes relatives à son exercice et à sa durée.

La *Convention de 1951* reconnaît explicitement que les États ont le pouvoir de limiter la liberté de circulation des réfugiés, par exemple, dans des circonstances exceptionnelles, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou, si nécessaire, après entrée irrégulière. La clause de l'article 31 relative à l'absence de sanctions pénales s'applique à certains cas seulement, mais l'article 31 § 2 implique que, après toute période initiale acceptable de détention, les États ne peuvent appliquer d'autres restrictions à la liberté de circulation que celles qui sont « nécessaires », par exemple, pour des motifs de sécurité ou dans des situations spécifiques d'afflux massif. Ces restrictions doivent, d'une manière générale, être appliquées seulement en attendant que le statut du réfugié soit régularisé ou qu'il ait réussi à se faire admettre dans un autre pays.

Tandis que la pratique des États reconnaît le pouvoir de détenir des personnes dans le cadre de la gestion des migrations, les traités relatifs aux droits de l'Homme affirment que nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention

87. *Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) de 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 45.

88. Voir *supra* note 30.

89. Voir, par exemple, *Attorney-General for Canada c. Cain*, Judicial Committee of the Privy Council, [1906] AC 542 (PC) ; *Shaughnessy c. États-Unis, ex rel. Mexei*, US Supreme Court, 345 US 206 (1953) et article 5 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*.

*arbitraires*⁹⁰. Le minimum de protection exige donc que toute détention soit conforme et autorisée par la loi ; ensuite, il est exigé que la détention puisse faire l'objet d'un contrôle concernant sa légalité et sa nécessité, à l'aune de ce qui est raisonnable et nécessaire dans une société démocratique. Le terme « arbitraire » comprend non seulement ce qui est illégal mais également ce qui est injuste⁹¹.

L'article 12 du *PIDCP* s'applique à toute personne se trouvant légalement sur le territoire d'un État, mais l'interprétation du terme « nécessaire » est également pertinente pour l'application de l'article 31 § 2 de la *Convention de 1951*. L'article 12 § 3 du *PIDCP* dispose que la liberté de circulation « ne peut être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte ». Comme le remarque Manfred Nowak dans son commentaire sur le *PIDCP*, l'exigence de « nécessité » doit répondre à des critères objectifs, le critère décisif pour évaluer si cette norme a été respectée dans un cas donné étant la proportionnalité. Chaque restriction requiert donc un équilibre précis entre le droit à la liberté de circulation et les intérêts que la restriction est censée protéger. Par conséquent, une restriction est « nécessaire » lorsque sa sévérité et son intensité sont proportionnées par rapport à l'un des objectifs énumérés à cet article et lorsqu'elle est liée à l'un de ces objectifs⁹².

Les *conditions* de détention peuvent également soulever la question du respect par l'État des normes de traitement généralement acceptées, y compris l'interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants, la protection spécifique à accorder aux familles et aux enfants⁹³ et la reconnaissance générale des garanties et des droits fondamentaux en matière de procédure⁹⁴.

90. Voir, par exemple, l'article 9 du *PIDCP* ; l'article 5 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme* ; l'article 2 du *Protocole No.4 à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, STE No. 46 ; l'article 7 de la *Convention américaine des Droits de l'Homme* ; l'article 6 de la *Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981*, 21 ILM, 1982, 58 et l'article 5 de la *Déclaration des Nations Unies de 1985 sur les droits de l'Homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, Résolution 40/144 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 décembre 1985, annexe.

91. Cette interprétation est celle adoptée au cours des travaux de la Commission des droits de l'Homme sur le droit de chacun à être protégé contre l'arrestation arbitraire, la détention et l'exil ; voir UN doc. E/CN.4/826/Rev.1, paragraphes 23-30. Voir désormais les travaux du groupe de travail de la Commission des droits de l'Homme sur la détention arbitraire décrits ci-dessous.

92. Nowak, *CCPR Commentary*, voir *supra* note 26, p. 211.

93. Voir l'affaire *D.D. et D.N. c. État belge, Ministre de l'intérieur et Ministre de la santé publique, de l'environnement et de l'intégration sociale*, Tribunal civil (Réf.) Bruxelles, 25 novembre 1993, No. 56.865, dans laquelle le tribunal a considéré que la détention d'un demandeur d'asile et de son nouveau-né était inhumaine et dégradante, en violation des articles 3 et 8 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*, RDDE, No. 76, novembre-décembre 1993, p. 604. Voir également la *Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant*, Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 20 décembre 1989.

94. Cf. l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a observé que « le fait de priver de manière injustifiée des êtres humains de

La détention va souvent priver le demandeur d'asile d'une opportunité de présenter son cas ou de bénéficier de l'assistance d'un conseil ; cela est encore plus probable lorsque les demandeurs d'asile sont retenus dans des lieux isolés, comme c'est le cas en Australie et souvent aux États-Unis. La détention représente également un coût financier élevé ; par exemple, en 1999, il a été estimé que les coûts de détention de quelque 24.000 personnes (demandeurs d'asile et autres immigrants) aux États-Unis s'élèveraient à plus de 500 millions de dollars américains en 2001⁹⁵. Une représentation défailante ou inadéquate peut également occasionner des frais supplémentaires pour l'État d'accueil ; de mauvaises décisions ont de plus fortes chances d'être annulées en appel et le processus de gestion des cas est souvent inutilement retardé par des procédures peu fiables dès le départ⁹⁶.

B. Normes internationales

1. Comité exécutif/HCR

La détention des réfugiés et des demandeurs d'asile a été examinée de manière approfondie par le Comité exécutif du HCR lors de sa 37^e session en 1986. Le groupe de travail est parvenu à un consensus et ses rapports et conclusions ont été présentés et adoptés par le Comité exécutif⁹⁷. Tout en n'allant pas aussi loin que certains l'auraient souhaité⁹⁸ et n'érigeant en aucun cas la détention en exception, alors que c'était l'objectif du HCR, les Conclusions acceptent néanmoins le principe que « la détention doit normalement être évitée ». Le Comité exécutif emploie également un langage de « justification conditionnelle », en reconnaissant que

En cas de nécessité, on peut avoir recours à la détention, mais seulement pour des raisons prévues par la loi pour procéder à des vérifications d'identité ; déterminer les éléments constitutifs de la demande de réfugié ou d'asile, traiter les cas où des réfugiés et des demandeurs d'asile ont détruit leurs documents de voyage et/ou d'identité ou se sont servis de faux documents afin

leur liberté et de les soumettre à des contraintes physiques dans des conditions difficiles est en soi manifestement incompatible avec les principes de la *Charte des Nations Unies*, ainsi qu'avec les principes fondamentaux énoncés par la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* » : Recueil CIJ 1980, p. 3 à p. 42, paragraphe 91 (traduction libre).

95. Lawyers Committee for Human Rights, « Refugees Behind Bars : The Imprisonment of Asylum Seekers in the Wake of the 1996 Immigration Act », août 1999, pp. 1 et 15, disponible sur <http://www.lchr.org/refugee/behindbars.htm>.

96. Voir également Amnesty International, « United States of America : Lost in the Labyrinth : Detention of Asylum Seekers », Rapport, AMR51/51/99, septembre 1999 ; ce rapport met en lumière différents problèmes dans la législation et la pratique actuelles des États-Unis, y compris une application incohérente, une absence de distinction entre demandeurs d'asile et autres migrants et des installations de détention inadaptées.

97. « Rapport de la 37^e session (1986) », UN doc. A/AC.96/688, paragraphe 128.

98. Voir L. Takkenberg, « Detention and Other Restrictions of the Freedom of Movement of Refugees and Asylum Seekers : The European Perspective », in *Asylum Law and Practice in Europe and North America : A Comparative Analysis* (ed. J. Bhabha and G. Coll, Federal Publications, Washington DC, 1992), pp. 178 et 180-4.

d'induire en erreur les autorités de l'État dans lequel ils ont l'intention de demander asile ; ou sauvegarder la sécurité nationale ou l'ordre public⁹⁹.

Il note que des « procédures équitables et rapides » concernant la détermination du statut de réfugié constituent une protection importante contre une détention prolongée et que « les mesures de détention prises à l'égard de réfugiés et de demandeurs d'asile doivent pouvoir faire l'objet de recours judiciaires et administratifs ». Le lien établi entre la privation de liberté et un but et objet identifiable (et légal) vise également à maintenir cette pratique dans un cadre légal.

En 1998, le Comité exécutif du HCR affirme qu'il

déplore que bon nombre de pays ne cessent de détenir des demandeurs d'asile, y compris des mineurs, souvent de façon arbitraire et pour des périodes indûment prolongées, sans leur donner un accès adéquat au HCR et à des procédures d'examen de leur détention en temps voulu ; note que, dans certains cas, ces pratiques de détention ne sont pas conformes aux normes établies en matière de droits de l'Homme et exhorte les États à étudier de façon plus approfondie toutes les solutions de rechange¹⁰⁰.

L'année suivante, le HCR a publié une version révisée de ses *Principes directeurs sur la détention des demandeurs d'asile* qui réaffirment que « en tant que principe général, les demandeurs d'asile ne devraient pas être détenus » et que « l'utilisation de la détention est, dans beaucoup de cas, contraire aux normes et principes du droit international »¹⁰¹. Le HCR insiste sur les principes adoptés par le Comité exécutif (et « rappelés » également par la résolution 44/147 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 15 décembre 1989) selon lesquels, si la détention peut être utilisée dans des circonstances exceptionnelles, il faut tout d'abord toujours examiner toutes les alternatives possibles à la détention, notamment les obligations de présence et de résidence, l'obtention d'un garant, la libération sous caution et l'utilisation de centres ouverts¹⁰². La détention ne doit être utilisée que si elle est raisonnable et proportionnelle aux objectifs visés et, surtout, *nécessaire* pour vérifier l'identité, pour déterminer les éléments sur lesquels s'appuie la demande d'asile, dans les cas où les

99. Conclusion du Comité exécutif No. 44 (XXXVII) de 1986, paragraphe b) (c'est nous qui soulignons). En 1981, le Comité exécutif, suivant les recommandations du Sous-Comité plénier sur la protection internationale, a adopté un ensemble de Conclusions sur la protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives, « Rapport de la 32^e session », UN doc. A/AC.96/601, paragraphe 57. Ces dernières consacrent quelque seize « normes minimum humanitaires de base », conçues en particulier dans l'objectif de parvenir à une solution durable face à la situation difficile des personnes admises temporairement.

100. Conclusion du Comité exécutif No. 85 (XLIX) de 1998 sur la protection internationale.

101. HCR, *Principes directeurs révisés*, voir *supra* note 53.

102. *Ibid.*, *Principe directeur 4 : Alternatives à la détention*. Voir aussi Amnesty International, *Alternatives to Mandatory Detention — Refugee Factsheet*, juillet 2001, qui fait remarquer que les modes alternatifs de détention visent à : 1) diminuer les restrictions à la liberté individuelle des demandeurs d'asile ; 2) limiter la durée de la détention ; 3) garantir des services d'aide pour répondre aux besoins spécifiques des demandeurs d'asile et 4) former le personnel du gouvernement et du système de détention à reconnaître les problèmes auxquels les demandeurs d'asile sont confrontés.

demandeurs d'asile ont détruit leurs documents ou ont utilisé de faux documents afin d'induire en erreur, ou pour protéger la sécurité nationale et l'ordre public. L'utilisation de la détention à des fins de dissuasion n'est donc pas acceptable¹⁰³.

En cas de détention, les demandeurs d'asile doivent bénéficier des garanties procédurales fondamentales, telles que : la communication prompte et entière de toute décision de détention, ainsi que les raisons l'ayant motivée, dans une langue et dans des termes qui leur soient compréhensibles ; une information sur leur droit au conseil juridique et à une assistance juridique gratuite, lorsque cela est possible ; le contrôle automatique de la décision de détention par une instance judiciaire ou administrative, ainsi que des contrôles périodiques de la nécessité de poursuivre la détention ; la possibilité de contester la nécessité d'être détenu ; le droit de contacter et de communiquer avec le HCR ou d'autres agences nationales pour les réfugiés ainsi qu'avec un avocat. La détention ne devrait en aucun cas empêcher un demandeur d'asile de poursuivre les formalités liées à sa demande.

Les Principes directeurs du HCR s'appuient également sur le droit international général en ce qui concerne le traitement à accorder aux mineurs, aux autres groupes vulnérables, aux femmes ainsi qu'en ce qui concerne les conditions de détention, qui devraient être humaines et respecter la dignité inhérente à la personne¹⁰⁴.

Comme cela est indiqué ci-dessus, comparativement peu d'États ont adopté des mesures formelles pour transposer l'exemption de sanctions imposée par l'article 31 de la *Convention de 1951*. Même lorsque des dispositions législatives existent, les réfugiés et les demandeurs d'asile peuvent tout de même connaître des restrictions à leur liberté. Ils sont soumis à la même législation que celle appliquée aux étrangers en général et sont donc exposés à des poursuites judiciaires, à des peines et/ou à la détention au motif qu'ils sont entrés de manière irrégulière, dépourvus des documents requis ou avec de faux documents. La détention peut également être utilisée lorsqu'on estime que le demandeur risque de fuir ou lorsqu'il est considéré comme un danger pour le public ou pour la sécurité nationale. Dans certains pays, en particulier dans un contexte de tensions nationales ou internationales, une demande de statut de réfugié peut rendre le demandeur politiquement suspect ; dans d'autres pays, l'origine raciale, la conviction religieuse ou la crainte de s'attirer

103. Voir A. C. Helton, « The Detention of Refugees and Asylum Seekers : A Misguided Threat to Refuge Protection », in *Refugees and International Relations* (édition G. Loescher et L. Monahan, Oxford University Press, 1989), p. 135 et p. 137 : « La détention à des fins de dissuasion est une forme de punition dans la mesure où elle prive une personne de sa liberté pour la seule raison qu'elle a été contrainte de s'exiler » (traduction libre).

104. Concernant la détention des réfugiés et des demandeurs d'asile en Afrique du Sud, voir Human Rights Watch/Africa, *The Human Rights of Undocumented Migrants, Asylum Seekers and Refugees in South Africa*, Conclusions rendues au groupe spécial sur le livre vert, 11 avril 1997, pp. 6-8 ; concernant les pressions migratoires, les problèmes et les réponses, voir « Rapport de M. Glele-Ahanhanzo, Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, discrimination raciale, xénophobie et intolérance », UN doc. E/CN.4/1999/15/Add.1, 27 janvier 1999.

des problèmes politiques avec les États voisins, peuvent être utilisées pour justifier des restrictions à la liberté.

Lorsqu'un recours contre la détention est prévu, les pouvoirs réels des instances de contrôle, cour ou tribunal, peuvent être limités à la confirmation que la détention est formellement légale, en vertu du droit général ou d'une législation d'urgence. Le recours à des voies d'appel et l'accès à un conseil juridique, même s'ils sont accessibles en théorie, sont souvent limités en raison de leurs coûts. La libération sous caution, sur parole ou avec garant existe parfois mais elle est souvent conditionnée à des garanties irréalistes ou à l'éligibilité à une réinstallation dans un autre pays. En dépit des termes de l'article 35 de la *Convention de 1951*, selon lesquels les États s'engagent à coopérer avec le HCR, seuls quelques pays ont mis en place une procédure d'information régulière du bureau local du HCR au sujet des cas de réfugiés ou de demandeurs d'asile détenus.

2. Autres développements des normes internationales

Dans sa décision *A. c. Australie* de 1997, le Comité des droits de l'Homme a énoncé certains des éléments qu'il considère comme essentiels pour éviter la détention arbitraire¹⁰⁵. Il a insisté, en particulier, sur le fait que toute décision de maintenir une personne en détention devrait être *réexaminée périodiquement* de manière à pouvoir évaluer les *motifs justifiant la détention*¹⁰⁶. La détention ne devrait pas se prolonger au-delà de la période pour laquelle elle peut être justifiée de manière objective. Le Comité fait observer que :

Le fait que la personne visée est *entrée illégalement* dans le pays peut indiquer qu'une *enquête est nécessaire* et il peut y avoir d'autres considérations propres à l'intéressé, telles que le *risque de fuite* et le *manque de coopération*, qui peuvent justifier la détention pendant une période donnée. En l'absence de tels facteurs, la détention peut être considérée comme arbitraire, même en cas d'entrée illégale¹⁰⁷.

Le Comité souligne également l'importance d'un contrôle *réel* et pas seulement de pure forme et note que :

En stipulant que les tribunaux doivent être habilités à ordonner la libération d'une personne « si la détention est *illégal* », le paragraphe 4 de l'article 9 [du *PIDCP*] requiert que les tribunaux soient habilités à prendre une telle décision si la détention est *incompatible avec les dispositions du paragraphe 1 de l'article 9* ou avec d'autres dispositions du *Pacte*¹⁰⁸.

105. *A. c. Australie*, Communication No. 560/1993, Comité des droits de l'Homme, 3 avril 1997.

106. Cf. l'affaire *R. c. Special Adjudicator, ex parte B.*, Divisional Court, Royaume-Uni, 17 septembre 1997, dans laquelle la Cour a tenu compte d'un changement dans la situation relative au demandeur d'asile détenu, qui a fait pencher la balance en faveur de la remise en liberté. La Cour a estimé que le Secrétaire d'État n'avait pas respecté sa propre politique et que la détention prolongée était injustifiée, illégale et irrationnelle.

107. *A. c. Australie*, *supra* note 104, paragraphe 9.4 (c'est nous qui soulignons).

108. *Ibid.*, paragraphe 9.5 (c'est nous qui soulignons).

La question de la détention a figuré à l'ordre du jour de la Commission des droits de l'Homme pendant plusieurs années¹⁰⁹. Un Groupe de travail sur la détention arbitraire a été créé par la résolution 1991/42 et son mandat a été révisé par la résolution 1997/50. Son mandat est désormais d'enquêter sur les cas de privation de liberté imposée arbitrairement, dans la mesure où aucune décision définitive n'a été prise dans ces cas par les juridictions nationales en conformité avec la législation nationale, avec les normes énoncées dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*¹¹⁰ et avec les instruments internationaux pertinents acceptés par les États concernés. La même résolution a demandé au Groupe de travail de porter attention à la situation des migrants et des demandeurs d'asile « qui feraient l'objet d'une rétention administrative prolongée sans possibilité de recours administratif ou judiciaire¹¹¹ ».

En décembre 1998, le Groupe de travail a mis en place des critères permettant de déterminer si la rétention administrative était arbitraire ou non¹¹². L'année suivante, il a adopté la délibération No.5 qui développe ces principes directeurs¹¹³. Pour le Groupe de travail, la notion d'« arbitraire » implique que la détention ne se fonde sur aucune base juridique, se base sur des faits relatifs à l'exercice, par l'intéressé, de ses droits fondamentaux et se base également ou est caractérisée par le non-respect des normes internationales, par exemple, en matière de procédure ou de conditions de traitement. Le Groupe de travail a également accordé une attention particulière à la nécessité qu'il y ait des garanties quant à la compétence, l'impartialité et l'indépendance de l'« autorité judiciaire ou autre » qui ordonne ou contrôle à la fois la légalité et la nécessité de la détention.

109. L'interdiction de l'arrestation et de la détention arbitraires des étrangers a été réaffirmée à l'article 5 de la *Convention des Nations Unies de 1985 sur les droits de l'Homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, supra note 89. Voir également *UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, Résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977 du Conseil économique et social ; *Code de conduite pour les responsables de l'application des lois*, Résolution 34/169 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 17 décembre 1979 et *Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Résolution 37/194 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 18 décembre 1982, disponibles sur <http://www.unhcr.ch/intlinst.htm>

110. Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 10 décembre 1948.

111. Commission des droits de l'Homme, UN doc. E/CN.4/RES/1997/50, 15 avril 1997. Voir également « Rapport du Groupe de travail », UN docs. E/CN.4/1998/44 du 19 décembre 1997 ; E/CN.4/RES/1998/41 du 17 avril 1998.

112. « Rapport du Groupe de travail », UN doc. E/CN.4/1999/63 du 18 décembre 1999, paragraphe 69 (quatorze garanties).

113. UN doc. E/CN.4/2000/4 du 28 décembre 1999, Annexe, *Délibération relative à la situation des migrants et demandeurs d'asile et garanties concernant la personne mise en détention*. La déclaration a été mentionnée par la Commission des droits de l'Homme dans ses résolutions 2001/40 du 23 avril 2001 et 2000/36 du 20 avril 2000.

Par conséquent, en principe, le pouvoir de l'État de détenir des personnes doit être lié à un but ou à un objet reconnu et il doit exister un lien de proportionnalité raisonnable entre la fin et les moyens. Dans le contexte de la gestion des migrations et de la détermination du statut de réfugié, la détention illimitée en tant qu'élément d'un programme de « dissuasion humaine » s'est avérée généralement inhumaine et d'une valeur dissuasive limitée.

Le droit international régit également les conditions de détention et des normes minimales ont été recommandées par le Comité exécutif et par le HCR ¹¹⁴.

Les restrictions aux droits doivent non seulement être prescrites par la loi (ce qui est la garantie minimale contre le traitement arbitraire) mais elles doivent également être *nécessaires dans une société démocratique* pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public et les droits et libertés d'autrui.

Non seulement la légalité doit être confirmée, mais la situation propre à l'individu doit également être examinée à la lumière de la demande ou du droit qu'il est susceptible d'avoir. Cela signifie qu'il faut déterminer si l'objectif de dissuasion est rempli ou défendu par les mesures individuelles de détention ou par les politiques visant à soumettre certains groupes à des mesures de privation de liberté, ou par le fait de refuser *a priori* d'examiner le bien-fondé de leur demande. Cela signifie qu'il faut déterminer si la détention est réellement nécessaire, par exemple, pour mettre en œuvre une mesure d'expulsion ou d'éloignement ou pour protéger la sécurité nationale ou pour prévenir la fuite.

Dans la recherche du bon équilibre entre les différents intérêts, il faut étudier de près les alternatives à la détention, telles que des procédures équitables, efficaces et rapides pour la détermination des demandes. Dans certaines situations, il appartient également à la communauté des États, en collaboration avec le HCR, de contribuer à la résolution des problèmes des réfugiés, éliminant ainsi tout motif de détention prolongée.

Le fait de fixer des limites à la détention ne signifie pas nécessairement que les États sont dépourvus de pouvoirs pour gérer les mouvements de populations, mais les possibilités de coopération internationale dans ce domaine restent relativement inexplorées. Les mesures répressives visant les réfugiés et les demandeurs d'asile ne sont, cependant, généralement pas adaptées et l'expérience montre qu'elles n'atteignent pas leurs objectifs, comme celui de dissuader les arrivées. En outre, elles ont de fortes chances de violer les droits fondamentaux ; lorsque des mouvements de réfugiés sont en cause, les mesures répressives visant les individus contribuent peu, sinon en rien, à atteindre l'objectif ultime, qui est de trouver des solutions.

114. Voir la Conclusion du Comité exécutif No. 22 (XXXII) de 1981 sur la protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives ; HCR, *Principes directeurs révisés*, supra note 53, *Principe directeur 10* : « Conditions de détention ». Voir également Human Rights and Equal Opportunity Commission, Australie, *Immigration Detention Guidelines*, mars 2000 ; Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (CERE/ECRE), *Position Paper on the Detention of Asylum Seekers*, avril 1996, disponible sur <http://www.ecre.org/positions/detain.shtml>.

C. Transposition ou adoption de normes en droit interne

L'application des normes internationales décrites ci-dessus dépend d'un certain nombre de variables, y inclus la façon dont le droit international est transposé en droit interne, la mesure dans laquelle les principes constitutionnels nationaux peuvent transposer, refléter ou améliorer les règles et normes de droit international, l'existence et les termes de toute législation d'application et la façon dont la politique est mise en œuvre au niveau administratif. Même en l'absence de législation de transposition ou d'adoption, plusieurs jugements confirment l'importance et l'applicabilité de certaines normes de base dans l'application de l'article 31 de la *Convention de 1951* et dans l'exécution du pouvoir de détention de l'État.

Par exemple, dans l'affaire *Zadvydas c. Immigration and Naturalization Service*¹¹⁵, la Cour suprême des États-Unis a établi le principe que la détention d'un étranger dans un contexte d'immigration et de contrôle devrait être limitée à une durée raisonnablement nécessaire pour organiser l'éloignement de la personne, et que la détention illimitée n'était pas autorisée. La Cour a fait remarquer que la « durée raisonnable » devait être mesurée principalement au regard de l'objectif de la loi américaine de garantir la présence de l'étranger au moment de l'éloignement. Si l'éloignement ne peut raisonnablement être prévu et si l'intéressé expose de bonnes raisons de croire qu'il y a peu de chance que cela arrive, il revient alors au gouvernement de renverser la présomption. La Cour a estimé qu'une durée de six mois serait un temps convenablement raisonnable dans de nombreux cas. La Cour a également souligné que l'« intérêt pour la liberté » des étrangers n'était pas diminué par le fait qu'ils n'avaient pas le droit de vivre librement dans le pays, car il existait un choix entre d'une part, l'emprisonnement et d'autre part, la remise en liberté sous contrôle. Au sens de la Constitution américaine, cet intérêt pour la liberté était suffisamment fort pour soulever un problème constitutionnel grave en cas de détention illimitée.

En Nouvelle-Zélande, la Haute Cour s'est penchée sur la question de la détention des demandeurs d'asile à l'occasion d'une instruction de 2001 prévoyant la détention de tous les arrivants non autorisés. Elle a estimé que pour être conforme à l'article 31 § 2, le pouvoir de détenir des réfugiés devait se limiter à ce qui est « nécessaire » comme énoncé dans cet alinéa¹¹⁶. Le juge Baragwanath a défini cette nécessité comme « le minimum requis, au vu des faits présentés à l'agent de l'immigration : 1) pour permettre à la *Refugee Status Branch* (Division du statut de réfugié) d'exercer ses fonctions ; 2) pour éviter un risque réel d'infraction pénale ; 3) pour éviter un risque réel de fuite ». Il a cependant insisté sur le fait que la Division du statut de réfugié devait « agir conformément aux obligations de la Nouvelle-Zélande énoncées dans la *Convention relative au statut des réfugiés* » et a fait remarquer qu'il

115. US Supreme Court, Affaire No. 99-7791, 28 juin 2001 (traduction libre).

116. *Refugee Council of New Zealand Inc. and the Human Rights Foundation of Aotearoa New Zealand Inc. and D. c. Attorney-General*, Affaire No. M1881- ASO1, jugement provisoire du 31 mai 2002 et jugement supplémentaire du 27 juin 2002.

« serait donc étrange que la détention qui, selon l'article 31 § 2, doit se limiter à ce qui est « nécessaire », puisse être « nécessaire » pour faciliter le travail de la Division du statut de réfugié »¹¹⁷. Le pouvoir discrétionnaire de détenir, a-t-il ajouté, « ne s'exerce pas une fois pour toutes mais il est « itératif » : si la détention est décidée, cette décision doit être soumise à un contrôle permanent et le contrôle de nécessité doit être continuellement appliqué au fur et à mesure que des preuves apparaissent »¹¹⁸.

Dans l'affaire *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Vadarlis*,¹¹⁹ cependant, la majorité des membres de la Cour fédérale d'Australie a soutenu que les agissements du gouvernement australien n'équivalaient pas à une détention qui déclencherait le droit à l'*habeas corpus* et l'obligation de débarquer les personnes concernées sur le continent australien. L'affaire est née du sauvetage par le *MV Tampa*, navire enregistré en Norvège, de quelque 433 demandeurs d'asile naufragés en mer. Le sauvetage a été effectué à la demande de la gendarmerie maritime australienne, mais l'admission sur le territoire australien de Christmas Island et le débarquement des personnes rescapées ont été refusés. Le navire est entré dans les eaux territoriales australiennes et a refusé de partir en raison de l'état des passagers et de questions de sécurité. Le gouvernement australien a envoyé des troupes pour prendre le contrôle du navire et de ses passagers et un accord a par la suite été négocié avec Nauru et la Nouvelle-Zélande, aux termes duquel cette dernière s'engageait à accueillir les rescapés et à déterminer si l'ensemble du groupe ou certaines personnes avaient droit au statut de réfugié.

Des plaintes ont été déposées en arguant, entre autres, que les rescapés avaient été détenus illégalement par le gouvernement et en demandant des ordres d'*habeas corpus*. Ces derniers ont été accordés, la remise en liberté sur le continent a été ordonnée et le ministre a fait appel. En appel, le juge French a estimé qu'il n'existait pas de « restriction » attribuable au gouvernement australien qui puisse être soumise à l'*habeas corpus*. Les agissements du gouvernement avaient été accessoires par rapport à l'objectif principal d'empêcher les naufragés de débarquer sur le territoire australien « où ils n'avaient aucun droit de venir ».

213 [...] Leur incapacité à aller ailleurs provenait de circonstances ne dépendant pas d'un quelconque agissement de la part du Commonwealth. La présence de [...] troupes [...] ne constituait pas, en elle-même ou en combinaison avec d'autres facteurs, une détention. Cela était accessoire par rapport à l'objectif principal visant à empêcher un débarquement ainsi qu'à maintenir la sécurité du navire. Cela a également permis de fournir accessoirement des médicaments et de la nourriture aux rescapés. L'accord avec Nauru / Nouvelle-Zélande apportait la seule solution pratique à la situation. Cet accord ne constituait pas une restriction à la liberté attribuable au Commonwealth étant donné que le capitaine du *Tampa* n'aurait pas quitté l'Australie tant que les naufragés étaient à bord de son navire.

117. *Ibid.*, jugement supplémentaire, paragraphes 125-6 (traduction libre).

118. *Ibid.*, jugement supplémentaire, paragraphe 203 (traduction libre).

119. Voir *supra* note 65 (traduction libre).

Le juge Black a exprimé une opinion dissidente. Sur la question de la détention, il a utilisé son autorité pour montrer qu'« une détention réelle et une perte complète de liberté » ne sont pas nécessaires pour justifier la délivrance d'un ordre d'*habeas corpus* (paragraphe 69). En outre, la question de savoir si un détenu avait un droit d'entrer n'était pas pertinente en l'occurrence, la question étant de savoir s'il existait des moyens raisonnables de sortie ouverts aux rescapés, permettant de considérer qu'il n'y avait pas eu de détention (paragraphe 79). Selon lui, « d'un point de vue pratique et réaliste, les rescapés étaient incapables de quitter le navire qui les avait sauvés » (paragraphe 80). De plus, la question de savoir si le gouvernement australien était responsable nécessitait de tenir compte du fait que « le Commonwealth a agi dans un cadre factuel où l'intention du capitaine du *MV Tampa* d'aller vers Christmas Island était connue (...) et où il était d'avis qu'il ne quitterait pas les eaux australiennes tant que les rescapés étaient à bord ».

Selon le droit international, le navire, son équipage et les passagers se trouvaient sous la juridiction de l'Australie et sous le contrôle des agents de l'État. Le seul facteur qui, en réalité, a entraîné la fin de ce contrôle a été l'offre de Nauru et de la Nouvelle-Zélande de débarquer les rescapés et la mise en œuvre ultérieure de cette offre. En l'absence de cette solution ou d'une autre solution internationale, les rescapés seraient probablement restés sous la garde de l'État australien.

VII. Conclusions relatives à l'article 31 § 2

En résumé, les conclusions suivantes peuvent être tirées à propos de l'article 31 § 2 :

1. L'article 14 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* énonce le droit de toute personne de chercher asile devant la persécution, et le principe fondamental du non-refoulement exige que les États ne refoulent pas les réfugiés vers les territoires où leur vie ou liberté serait menacée. Cependant, entre l'asile et le non-refoulement subsiste une pratique dans de nombreux endroits du monde consistant à imposer des restrictions à la liberté de circulation des réfugiés et des demandeurs d'asile, qui sont souvent sans limitation de durée et sans égard pour leur situation particulière ou envers la nécessité de trouver des solutions durables à leurs problèmes.
2. Aux termes de l'article 31 § 2, il n'existe pas de distinction entre les restrictions au déplacement ordonnées ou appliquées à titre administratif et celles ordonnées ou appliquées à titre judiciaire. Le pouvoir des États d'imposer une telle restriction, y compris la détention, doit être lié à un objet ou à un but reconnu et il doit y avoir une relation de proportionnalité raisonnable entre la fin et les moyens.
3. La raison pour laquelle la liberté de circulation pour les réfugiés serait restreinte peut varier, selon que les États sont confrontés à un afflux massif ou qu'ils ont affaire à des demandeurs d'asile dans un système d'asile individuel.

Les restrictions au déplacement ne doivent pas être imposées de manière illégale et arbitraire, mais doivent être nécessaires et n'être appliquées que sur une base individuelle pour des motifs prévus par la loi et conformément aux droits de l'Homme.

4. La détention des réfugiés et des demandeurs d'asile est une mesure exceptionnelle ; en tant que telle, elle doit uniquement être appliquée sur une base individuelle, lorsqu'elle a été jugée nécessaire par l'autorité compétente, à la lumière de la situation de l'espèce et sur la base des critères établis par la loi, conformément au droit international des réfugiés et aux droits de l'Homme.

5. Le fait d'entrer dans un pays à la recherche d'un refuge et d'une protection ne doit pas être considéré comme un acte illégal ; les réfugiés ne doivent pas être sanctionnés pour cette seule raison ou parce que, ayant besoin d'un refuge et d'une protection, ils séjournent irrégulièrement dans un pays.

6. Il existe une différence qualitative entre la détention et les autres restrictions à la liberté de circulation, ne serait-ce que de degré et d'intensité, et de nombreux États sont capables de gérer leurs systèmes d'asile et leurs politiques d'immigration sans recourir à la contrainte physique.

7. En cherchant le bon équilibre entre les différents intérêts en présence, il est nécessaire de toujours étudier de manière approfondie les alternatives à la détention, telles que des procédures équitables, efficaces et rapides pour la détermination des demandes. Dans certaines situations, il incombe à la communauté internationale, en collaboration avec le HCR, de contribuer à la solution des problèmes des réfugiés et d'éliminer ainsi tout motif de détention prolongée.

8. En outre, des systèmes déjà utilisés dans de nombreux États, tels que les obligations de contrôle et de résidence, l'obtention d'un garant ou le dépôt d'une caution ou d'une garantie, la supervision communautaire ou les centres ouverts avec des installations de type hôtelier, doivent être étudiés de manière plus approfondie, en coopération avec la société civile.

9. En tenant compte du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, les États ne doivent pas, en règle générale, détenir des enfants demandeurs d'asile, dans la mesure où cela les affecte tant au plan émotionnel que dans leur développement. Des alternatives appropriées à la détention comme la nomination d'un tuteur, un hébergement collectif surveillé ou des services de qualité de prise en charge extra-familiale au moyen de dispositifs de placement ou d'accueil dans des foyers, doivent être étudiées de manière approfondie.

10. Les périodes initiales de détention administrative, afin d'identifier les réfugiés et les demandeurs d'asile et de déterminer les éléments constitutifs de leur demande d'asile, doivent être réduites au minimum. La détention ne doit, en particulier, pas être prolongée à des fins de punition, ou maintenue lorsque les procédures d'asile traînent en longueur.

11. Hormis pour ces périodes initiales de détention, les réfugiés et les demandeurs d'asile ne doivent pas être détenus, à moins que cela soit *nécessaire* pour les raisons énoncées dans la Conclusion No. 44 du Comité exécutif, en particulier pour sauvegarder la sécurité nationale et l'ordre public (par exemple, en cas de risque de fuite).

12. Les règles et normes de droit international et les responsabilités des États s'appliquent également dans les aéroports et dans les autres zones internationales ou de transit.

13. Les procédures de détermination du statut de réfugié, ou pour déterminer si une protection réelle existe déjà, constituent un élément important pour garantir que les réfugiés ne sont pas soumis à une détention arbitraire. Les États doivent déployer tous leurs efforts pour mettre en place des procédures équitables et rapides et doivent veiller à ce que le principe du non-refoulement soit scrupuleusement respecté.

14. Dans tous les cas, les réfugiés et les demandeurs d'asile détenus doivent avoir un droit de recours concernant la légalité et la nécessité de la détention. Ils doivent être informés de leurs droits, avoir accès à des conseils et aux cours et tribunaux nationaux, et avoir la possibilité de contacter le HCR. Des procédures appropriées doivent être instaurées pour garantir que le HCR est averti de tous les cas de réfugiés détenus. La liberté conditionnelle, la libération sur parole ou sous caution ou via d'autres garanties doivent exister, sans discrimination basée sur le statut de réfugié ou de demandeur d'asile du détenu.

15. Toute détention doit être limitée à une durée raisonnablement nécessaire pour atteindre le but dans lequel le réfugié ou le demandeur d'asile a été placé en détention, en tenant compte des obligations juridiques internationales des États en matière de normes de traitement, y compris l'interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants, la protection spécifique due à la famille et aux enfants (par exemple, en vertu de la *Convention relative aux droits de l'enfant*) et la reconnaissance générale des droits et des garanties procédurales fondamentales.

16. En aucun cas les réfugiés ou demandeurs d'asile ne doivent être détenus à des fins de dissuasion.

17. Les réfugiés et les demandeurs d'asile ne doivent pas être détenus en raison de leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse.

18. Les États doivent veiller à ce que les réfugiés et les demandeurs d'asile légalement détenus soient traités conformément aux normes internationales. Ils ne doivent pas être placés dans des zones ou des installations où leur sécurité physique et leur bien-être sont menacés. L'utilisation des prisons doit être évitée. La société civile doit être impliquée dans la surveillance des conditions de détention.

19. Les mineurs, les femmes, les apatrides et les autres groupes vulnérables de réfugiés et de demandeurs d'asile, doivent bénéficier des *Principes direc-*

teurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile. Les familles et les enfants, en particulier, doivent être traités conformément aux normes internationales, et les enfants de moins de 18 ans ne devraient jamais être détenus. Les familles ne devraient en principe pas être détenues. Le cas échéant, les membres de la famille ne doivent pas être séparés.

20. La détention n'est pas un moyen d'empêcher les déplacements de réfugiés et de demandeurs d'asile. Il incombe aux États et au HCR de trouver des solutions permanentes aux problèmes des réfugiés ; la réalisation de cet objectif nécessite la coopération entre États et la volonté de partager les responsabilités.

Annexe 3.1

TRANSPOSITION DE L'ARTICLE 31 DE LA CONVENTION DE 1951 EN DROIT INTERNE : SÉLECTION DE LÉGISLATION ¹

1. Autriche

Loi fédérale relative à l'octroi de l'asile (Loi de 1997 sur l'asile)

Date d'entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1998

Note : traduction non officielle.

Section 3 : Entrée et séjour des étrangers à la recherche d'une protection

ARTICLE 17 : ENTRÉE

1) Les étrangers transitant par un aéroport ou arrivant directement (article 31 de la *Convention de Genève relative aux réfugiés*) en provenance de leur pays d'origine qui déposent une demande d'asile ou une demande de transfert de l'asile au moment du contrôle à la frontière effectué à un poste-frontière doivent être présentés à l'Agence fédérale d'asile à moins qu'ils ne possèdent une autorisation de séjour ou que leur demande doive être rejetée du fait de l'autorité de la chose jugée.

2) Les étrangers qui par ailleurs déposent une demande d'asile ou une demande de transfert de l'asile au moment du contrôle à la frontière effectué à un poste-frontière doivent (à moins que leur entrée ne soit autorisée au titre de la Section 2 de la loi sur les étrangers) se voir refuser l'entrée et être informés qu'ils ont soit la possibilité de demander une protection contre la persécution dans le pays où ils résident actuellement soit de déposer une demande d'asile auprès de l'autorité consulaire ou diplomatique autrichienne compétente. Si toutefois ces étrangers exigent de déposer leur demande d'asile à la frontière, ils doivent être avertis que, dans ce cas, les autorités en charge de l'asile seront impliquées dans la décision relative à leur entrée et

1. Sources : UNHCR *Refworld* (CD-Rom, 8^e édition, 1999) ; autres sources originales.

qu'ils devront attendre la décision à l'étranger. Afin qu'ils puissent déposer une demande d'asile dans ces circonstances, l'autorité de contrôle à la frontière doit leur fournir un formulaire de demande ainsi qu'un questionnaire rédigés dans une langue qu'ils comprennent (article 16 alinéa 2).

3) Les étrangers qui déposent par la suite une demande d'asile auprès de l'autorité de contrôle à la frontière, au moyen d'un formulaire de demande et d'un questionnaire, doivent se voir remettre un certificat de dépôt de leur demande, libellé de telle manière qu'il puisse être utilisé dans le pays dans lequel ils résident actuellement comme la preuve qu'une décision relative à leur entrée est en attente. De plus, l'autorité de contrôle à la frontière doit établir une liste écrite du contenu des documents qui lui ont été soumis et avertir l'étranger de la date fixée pour le contrôle final à la frontière. La demande d'asile doit être transmise sans délai à l'Agence fédérale d'asile.

4) Les étrangers ayant déposé une demande d'asile conformément à l'alinéa 3 ci-dessus doivent être autorisés à entrer sur le territoire autrichien si l'Agence fédérale d'asile a informé les autorités de contrôle à la frontière qu'il n'est pas improbable qu'ils se voient accorder l'asile, notamment en raison du fait que leur demande n'est pas rejetée comme irrecevable ni comme manifestement infondée. Si ces conditions ne sont pas remplies, l'autorité de contrôle à la frontière doit en avertir le demandeur d'asile et l'informer de son droit de demander que son cas soit réexaminé par la Commission fédérale indépendante de recours en matière d'asile (*Unabhängiger Bundesasylsenat*) ; dans ce cas, la Commission fédérale indépendante de recours en matière d'asile doit prendre la décision finale relative à l'entrée du demandeur d'asile. Si l'entrée du demandeur d'asile n'est pas autorisée, l'accès doit lui être refusé.

5) Les décisions prévues à l'alinéa 4 ci-dessus doivent être rendues dans un délai de cinq jours ouvrables à compter du dépôt de la demande d'asile. Les étrangers qui déposent une demande d'asile ne peuvent se voir refuser l'accès qu'après que leur dossier ait été examiné par l'Agence fédérale d'asile, à moins que leur demande ne doive manifestement être rejetée du fait de l'autorité de la chose jugée.

...

ARTICLE 19 : AUTORISATION PROVISOIRE DE SÉJOUR

1) Les demandeurs d'asile se trouvant sur le territoire fédéral, même lorsqu'ils se sont présentés à l'Agence fédérale d'asile, après avoir transité par un aéroport ou être arrivés directement en provenance de leur pays d'origine (article 17 alinéa 1), doivent être provisoirement autorisés à séjourner, à moins que leur demande ne soit rejetée du fait de l'autorité de la chose jugée. Les demandeurs d'asile présentés à l'Agence fédérale d'asile peuvent toutefois, comme mesure sécuritaire d'expulsion, se voir obligés de demeurer dans un lieu spécifique dans la zone de contrôle à la frontière ou dans la zone de l'Agence fédérale d'asile pendant la semaine suivant le contrôle à la frontière. Ces demandeurs d'asile ont néanmoins le droit de quitter le pays à tout moment.

2. Belize

Loi de 1991 sur les réfugiés

Date d'entrée en vigueur : 24 août 1991

Note : traduction non officielle.

10. Clause de sauvegarde en cas d'entrée irrégulière de réfugiés

1) Nonobstant les dispositions de la loi sur l'immigration, une personne ou tout membre de sa famille doit être considérée comme n'ayant pas commis d'infraction d'entrée irrégulière au sens de cette loi ou de tout règlement d'application :

a) si cette personne dépose une demande de reconnaissance du statut de réfugié en vertu de l'article 8, et ce jusqu'à ce qu'une décision soit prise sur sa demande et, le cas échéant, jusqu'à ce que cette personne ait eu l'opportunité d'exercer le droit de recours prévu par cet article ;
ou

b) si cette personne a obtenu le statut de réfugié.

2) Un agent de l'immigration ou un officier de police qui est informé de faits indiquant qu'une personne se trouvant à Belize peut être éligible et a l'intention de déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié en vertu de l'article 8, doit la renvoyer au bureau des réfugiés.

3. Canada

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés

Sanction royale : 1^{er} novembre 2001

Note : texte officiel publié à la *Gazette du Canada*.

Section 6 : Détention et mise en liberté

SECTION DE L'IMMIGRATION

54. La Section de l'immigration est la section de la Commission chargée du contrôle visé à la présente section.

Arrestation sur mandat et détention

55.1) L'agent peut lancer un mandat pour l'arrestation et la détention du résident permanent ou de l'étranger dont il a des motifs raisonnables de croire qu'il est interdit de territoire et qu'il constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête et au renvoi.

2) L'agent peut, sans mandat, arrêter et détenir l'étranger qui n'est pas une personne protégée dans les cas suivants :

a) il a des motifs raisonnables de croire que celui-ci est interdit de territoire et constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête et au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi en vertu du paragraphe 44 § 2 ;

b) l'identité de celui-ci ne lui a pas été prouvée dans le cadre d'une procédure prévue par la présente loi.

3) L'agent peut détenir le résident permanent ou l'étranger, à son entrée au Canada, dans les cas suivants :

a) il l'estime nécessaire afin que soit complété le contrôle ;

b) il a des motifs raisonnables de soupçonner que celui-ci est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux.

4) l'agent avise sans délai la section de la mise en détention d'un résident permanent ou d'un étranger.

MISE EN LIBERTÉ

56. L'agent peut mettre le résident permanent ou l'étranger en liberté avant le premier contrôle de la détention par la section s'il estime que les motifs de détention n'existent plus ; il peut assortir la mise en liberté des conditions qu'il estime nécessaires, notamment la remise d'une garantie.

Contrôle de la détention

57. 1) La section contrôle les motifs justifiant le maintien en détention dans les quarante-huit heures suivant le début de celle-ci, ou dans les meilleurs délais par la suite.

2) Par la suite, il y a un nouveau contrôle de ces motifs au moins une fois dans les sept jours suivant le premier contrôle, puis au moins tous les trente jours suivant le contrôle précédent.

3) L'agent amène le résident permanent ou l'étranger devant la section ou au lieu précisé par celle-ci.

MISE EN LIBERTÉ PAR LA SECTION DE L'IMMIGRATION

58. 1) La section prononce la mise en liberté du résident permanent ou de l'étranger, sauf sur preuve, compte tenu des critères réglementaires, de tel des faits suivants :

a) le résident permanent ou l'étranger constitue un danger pour la sécurité publique ;

b) le résident permanent ou l'étranger se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête et au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi en vertu du paragraphe 44 § 2 ;

c) le ministre prend les mesures voulues pour enquêter sur les motifs raisonnables de soupçonner que le résident permanent ou l'étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ;

d) dans le cas où le ministre estime que l'identité de l'étranger n'a pas été prouvée mais peut l'être, soit l'étranger n'a pas raisonnablement coopéré en fournissant au ministre des renseignements utiles à cette fin, soit ce dernier fait des efforts valables pour établir l'identité de l'étranger.

2) La section peut ordonner la mise en détention du résident permanent ou de l'étranger sur preuve qu'il fait l'objet d'un contrôle, d'une enquête ou d'une mesure de renvoi et soit qu'il constitue un danger pour la sécurité publique, soit qu'il se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête et au renvoi.

3) Lorsqu'elle ordonne la mise en liberté d'un résident permanent ou d'un étranger, la section peut imposer les conditions qu'elle estime nécessaires, notamment la remise d'une garantie d'exécution.

...

MINEURS

60. Pour l'application de la présente section, et compte tenu des autres motifs et critères applicables, y compris l'intérêt supérieur de l'enfant, est affirmé le principe que la détention des mineurs doit n'être qu'une mesure de dernier recours.

RÈGLEMENTS

61. Les règlements régissent l'application de la présente section et portent notamment sur :

a) les conditions, motifs et critères relatifs à la mise en liberté ;

b) les critères dont l'agent et la section doivent tenir compte ;

c) les éléments particuliers à prendre en compte pour la détention des mineurs.

...

PARTIE 3 EXÉCUTION

Organisation d'entrée illégale au Canada

117. 1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.
- 2) L'auteur de l'infraction visant moins de dix personnes est passible, sur déclaration de culpabilité :
- a) par mise en accusation :
 - i) pour une première infraction, d'une amende maximale de cinq cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de dix ans, ou de l'une de ces peines,
 - ii) en cas de récidive, d'une amende maximale de un million de dollars et d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou de l'une de ces peines ;
 - b) par procédure sommaire, d'une amende maximale de cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de deux ans, ou de l'une de ces peines.
- 3) L'auteur de l'infraction visant un groupe de dix personnes et plus est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'une amende maximale de un million de dollars et de l'emprisonnement à perpétuité, ou de l'une de ces peines.
- 4) Il n'est engagé aucune poursuite pour une infraction prévue au présent article sans le consentement du procureur général du Canada.

Trafic de personnes

118. 1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes par fraude, tromperie, enlèvement ou menace ou usage de la force ou de toute autre forme de coercition.
- 2) Sont assimilés à l'organisation le recrutement des personnes, leur transport à destination du Canada et, après l'entrée, à l'intérieur du pays, ainsi que l'accueil et l'hébergement de celles-ci. Débarquement de personnes en mer
119. Commet une infraction celui qui débarque en mer une ou plusieurs personnes, en vue d'inciter, d'aider ou d'encourager leur entrée au Canada en contravention avec la présente loi.

PEINES

120. L'auteur de l'infraction visée aux articles 118 et 119 est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'une amende maximale de un million de dollars et de l'emprisonnement à perpétuité, ou de l'une de ces peines.

INFLECTION DE LA PEINE

121. 1) Le tribunal tient compte, dans l'infliction de la peine visée aux paragraphes 117 § 2 et § 3 et à l'article 120, des facteurs suivants :
- a) la mort est survenue ou des blessures ont été infligées ;
 - b) l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle ou en association avec elle ;
 - c) l'infraction a été commise en vue de tirer un profit, que celui-ci ait été ou non réalisé ;
 - d) la personne est soumise à tout traitement dégradant ou attentatoire à la dignité humaine, notamment en ce qui touche les activités professionnelles, la santé ou l'exploitation sexuelle.
- 2) On entend par organisation criminelle l'organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminel-

les organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction.

INFRACTIONS RELATIVES AUX DOCUMENTS

122. 1) Commet une infraction quiconque, en vue de contrevenir à la présente loi et s'agissant de tout document — passeport, visa ou autre, qu'il soit canadien ou étranger — pouvant ou censé établir l'identité d'une personne :

- a) l'a en sa possession ;
- b) l'utilise, notamment pour entrer au Canada ou y séjourner ;
- c) l'importe ou l'exporte, ou en fait le commerce.

2) La preuve de tout fait visé au paragraphe 1) quant à un document laissé en blanc, incomplet, modifié, contrefait ou illégitime vaut, sauf preuve contraire, preuve de l'intention de contrevenir à la présente loi.

PEINE

123. 1) L'auteur de l'infraction visée :

- a) à l'alinéa 122 § 1 a) est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de cinq ans ;
- b) aux alinéas 122 § 1 b) ou c) est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

2) Le tribunal tient compte dans l'infliction de la peine des facteurs suivants :

- a) l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle — au sens du paragraphe 121 § 2) — ou en association avec elle ;
- b) l'infraction a été commise en vue de tirer un profit, que celui-ci ait été ou non réalisé.

...

INFRACTION EN MATIÈRE DE FAUSSES PRÉSENTATIONS

126. Commet une infraction quiconque, sciemment, incite, aide ou encourage ou tente d'inciter, d'aider ou d'encourager une personne à faire des présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent ou de réticence sur ce fait, et de ce fait entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la présente loi.

FAUSSES PRÉSENTATIONS

127. Commet une infraction quiconque sciemment :

- a) fait des présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent ou une réticence sur ce fait, et de ce fait entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la présente loi ;
- b) communique, directement ou indirectement, peu importe le support, des renseignements ou déclarations faux ou trompeurs en vue d'encourager ou de décourager l'immigration au Canada ;
- c) refuse de prêter serment ou de faire une déclaration ou une affirmation solennelle, ou encore de répondre à une question posée au cours d'un contrôle ou d'une audience.

...

RÈGLES VISANT LES POURSUITES

Immunité

133. L'auteur d'une demande d'asile ne peut, tant qu'il n'est statué sur sa demande, ni une fois que l'asile lui est conféré, être accusé d'une infraction visée à l'article 122, à l'alinéa 124 § 1 a) ou à l'article 127 de la présente loi et à l'article 57, à l'alinéa 340 c) ou aux articles 354, 366, 368, 374 ou 403 du Code criminel, dès lors qu'il est arrivé directement ou indirectement au Canada du pays duquel il cherche à être protégé et à la condition que l'infraction ait été commise à l'égard de son arrivée au Canada.

Défense — Incorporation par renvoi

134. Aucune sanction ne peut découler de la contravention à un règlement dans laquelle un document est incorporé par renvoi, sauf s'il est prouvé que, au moment du fait reproché, le contrevenant pouvait avoir accès au document, les mesures voulues avaient été prises pour que les intéressés puissent y avoir accès ou que celui-ci était publié dans la Gazette du Canada.

4. Finlande

Loi sur les étrangers (378/91)

Date d'entrée en vigueur : 1^{er} mars 1991.

Note : traduction consolidée non officielle. La loi N° 378/91 a été adoptée à Helsinki le 22 février 1991. Les amendements intégrés dans le texte proviennent des lois modifiant la loi sur les étrangers Nos 639/1993 du 28 juin 1993, 640/1993 du 28 juin 1993, 154/1995 du 3 février 1995, 606/1997 du 19 juin 1997, 1183/1997 du 31 octobre 1997 et 1269/1997 du 19 décembre 1997.

Article 64 b (28 juin 1993/639) Aide à l'entrée irrégulière

Quiconque, dans le but d'obtenir un bénéfice financier pour lui-même ou pour autrui,

- 1) fait entrer ou tente de faire entrer un étranger en Finlande, en étant conscient que l'intéressé n'a ni passeport, ni visa, ni permis de résidence requis pour entrer,
- 2) organise ou fournit un moyen de transport vers la Finlande pour l'étranger mentionné à l'alinéa précédent ou
- 3) remet à autrui un passeport, un visa ou un permis de résidence faux ou falsifié à utiliser au moment de l'entrée,

doit se voir infliger une peine d'amende ou de prison d'une durée maximale de deux ans pour aide à l'entrée irrégulière.

L'accusation d'aide à l'entrée irrégulière ne doit pas être portée ou la peine ne doit pas être appliquée si l'acte peut être considéré comme étant pardonnable, compte tenu des circonstances ayant conduit au délit et de l'intention de l'auteur. En évaluant le caractère pardonnable du délit, il convient d'accorder une attention particulière aux motivations de l'auteur et aux conditions de sécurité de l'étranger dans son pays d'origine ou de résidence habituelle.

5. Ghana

Loi de 1992 sur les réfugiés (PNDC 3305D)

Date d'entrée en vigueur : 1992.

Note : traduction non officielle.

2. Entrée ou présence irrégulière d'un réfugié au Ghana

Nonobstant les dispositions de la loi de 1953 sur les étrangers (Loi 160), mais sous réserve des dispositions de la présente loi, une personne qui se dit réfugié au sens de cette loi, qui entre ou est présente de manière irrégulière au Ghana, ne doit pas :

- a) être considérée comme un immigrant illégal ;
- b) être détenue, ou
- c) être emprisonnée ou se voir infliger un autre type de peine pour la simple raison qu'elle est entrée ou est présente de manière irrégulière, durant la procédure de détermination de sa demande de statut de réfugié.

6. Lesotho

Loi de 1983 sur les réfugiés

Date d'entrée en vigueur : 15 janvier 1985.

Note : traduction non officielle du texte officiel publié au supplément No 6 de la Gazette No 58 du 9 décembre 1983. La date d'entrée en vigueur a été fixée par le ministre de l'Intérieur dans le décret d'application (Date d'entrée en vigueur) de la loi de 1983 sur les réfugiés, publié au supplément No 3 de la Gazette No 14 du 8 mars 1984.

9. Entrée ou présence irrégulière

1) Sous réserve de l'article 7, et nonobstant les dispositions de la loi de 1966 sur le contrôle des étrangers, une personne qui se dit réfugié au sens de l'article 3 § 1, qui est entrée ou présente de manière irrégulière au Lesotho, ne doit pas :

- a) être considérée comme un immigrant illégal ;
- b) être détenue, ou
- c) être emprisonnée ou se voir infliger un autre type de peine,

pour la seule raison qu'elle est entrée ou est présente de manière irrégulière, durant la procédure de détermination de sa demande de reconnaissance du statut de réfugié prévue à l'article 7.

2) Une personne relevant de l'alinéa (1) doit se présenter à un agent de l'immigration, ou à tout autre agent compétent le plus proche, dans un délai de 14 jours à partir de sa date d'entrée, et peut déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié : lorsqu'une personne séjourne de manière irrégulière dans le pays en raison de l'expiration de son visa, elle ne doit pas se voir refuser la possibilité de déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié pour la seule raison qu'elle séjourne de manière irrégulière.

- 3) Lorsqu'une personne relevant de cet article,
 - a) manque à son obligation de se présenter à l'agent compétent le plus proche conformément à l'alinéa (2), et
 - b) est par la suite reconnue réfugiée,sa présence au Lesotho est considérée comme régulière, à moins que des raisons justifient son expulsion conformément à l'article 12.
- 4) Lorsqu'une demande déposée selon l'alinéa 2) est rejetée, le demandeur doit se voir accorder un délai raisonnable pour chercher à se faire admettre légalement dans un autre pays

7. Libéria

Loi de 1993 sur les réfugiés

Date d'entrée en vigueur : 19 Janvier 1994.

Note : traduction non officielle. Cette loi a été adoptée le 1^{er} novembre 1993.

Section 9 : Cessation ou suspension des poursuites du fait de l'entrée irrégulière de réfugiés et de personnes protégées

Nonobstant les dispositions de la loi sur l'immigration, ou de toute autre loi applicable, aucune poursuite ne doit être entamée ou poursuivie à l'encontre de toute personne ou de tout membre de sa famille, du fait de son entrée ou de sa présence irrégulière au Libéria

- a) si cette personne dépose une demande de reconnaissance du statut de réfugié en vertu de l'article 7, jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue sur cette demande et que cette personne ait eu la possibilité d'exercer le droit de recours prévu à cet article, ou
- b) si cette personne s'est vu reconnaître le statut de réfugié.

8. Malawi

Loi de 1989 sur les réfugiés

Date d'entrée en vigueur : 8 mai 1989.

Note : traduction non officielle.

10. Défense d'expulsion ou de refoulement des réfugiés

- 1) Un réfugié ne doit pas être expulsé ou reconduit aux frontières d'un pays où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison :
 - a) de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ; ou
 - b) d'une agression extérieure, d'une occupation, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans l'ensemble du pays.
- 2) Une personne disant être réfugiée doit avoir l'autorisation d'entrer et de séjourner au Malawi pour la durée requise par le Comité pour examiner sa demande de reconnaissance du statut de réfugié.

3) Une personne qui se présente à l'agent compétent à la frontière et demande son admission au Malawi dans le but de poursuivre son chemin vers un autre pays où elle a l'intention de demander l'asile en tant que réfugiée, doit se voir autorisée à entrer au Malawi selon les conditions particulières ou générales fixées par le Comité.

4) Une personne entrée de façon irrégulière au Malawi dans le but de demander l'asile en tant que réfugiée, doit se présenter à l'agent compétent dans un délai de 24 heures après son arrivée, ou dans un délai plus long considéré comme acceptable par ce dernier compte tenu de la situation ; et cette personne ne doit pas être détenue, emprisonnée ou considérée comme un immigrant illégal ou sanctionnée d'une autre manière pour la seule raison de son entrée ou de sa présence irrégulière au Malawi sauf si, et jusqu'à ce, que le Comité ait examiné et pris une décision relative à sa demande de reconnaissance du statut de réfugié.

5) Une personne entrée de façon régulière au Malawi et qui souhaite rester au Malawi au motif qu'elle est réfugiée, ne doit pas être renvoyée du Malawi sauf si, et jusqu'à ce, qu'elle ait trouvé un pays tiers d'accueil disposé à l'admettre.

6) Le bénéfice de la présente disposition ne saurait être invoqué par une personne pour laquelle il existe des motifs raisonnables de considérer qu'elle, ou tout aspect de l'affaire, représente une menace pour la sécurité du Malawi ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation pour un crime ou délit grave, constitue une menace réelle pour la communauté du Malawi.

9. Mozambique

Loi No 21/91 du 31 décembre 1991 (Loi sur les réfugiés)

Date d'entrée en vigueur : 31 décembre 1991.

Note : traduction non officielle.

Article 11 [Infractions liées à l'entrée irrégulière]

1) Lorsqu'une infraction pénale ou administrative, directement liée à l'entrée irrégulière en République de Mozambique a été commise par le demandeur et les membres de sa famille, et a donné lieu à des poursuites pénales ou administratives, ces mesures doivent être suspendues immédiatement après le dépôt de la requête.

2) Si la décision est favorable à l'octroi de l'asile, les poursuites suspendues doivent être classées, sous réserve que l'infraction ou les infractions commises aient été motivées par les mêmes faits que ceux qui ont justifié l'octroi de l'asile.

Directive du 4 décembre 1986 : Principes généraux à respecter pour l'octroi du statut de réfugié

Note : traduction non officielle.

Infractions liées à l'entrée irrégulière

a) Lorsque des infractions pénales ou administratives liées à l'entrée irrégulière en République populaire du Mozambique sont présumées avoir été commises par le demandeur et les membres de sa famille et que des poursuites pénales ou administratives ont été lancées, ces poursuites doivent être suspendues lors du dépôt de la demande, en particulier en ce qui concerne l'absence de documents d'identité pour le demandeur et les membres de sa famille ;

- b) Si l'asile est accordé, les poursuites doivent être abandonnées au motif que l'infraction ou les infractions commises sont les conséquences de la situation justifiant l'octroi de l'asile ;
- c) Aux fins de l'alinéa précédent, le directeur de la Direction nationale des migrations informe sans tarder l'organe ou les organes ayant adopté les poursuites pénales ou autres, de l'octroi de l'asile.

10. Nigeria

Commission nationale pour les réfugiés, etc. Décret de 1989

Date d'entrée en vigueur : 29 décembre 1989.

Note : traduction non officielle du texte officiel publié à la Gazette officielle, No 75, vol. 76 du 29 décembre 1989.

10. Cessation ou suspension des poursuites du fait de l'entrée irrégulière de réfugiés et de personnes protégées

Nonobstant les dispositions de la Loi amendée de 1958 sur la gestion des douanes et des taxes, aucune poursuite ne doit être entamée ou poursuivie à l'encontre de toute personne ou de tout membre de sa famille du fait de son entrée ou de sa présence irrégulière au Nigeria

- a) si cette personne dépose une demande de reconnaissance du statut de réfugié en vertu de l'article 8 de ce décret, jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue sur cette demande et, le cas échéant, que cette personne ait eu la possibilité d'exercer le droit de recours prévu à cet article, ou
- b) si cette personne s'est vu reconnaître le statut de réfugié.

11. Suisse

Loi sur l'asile

Date d'entrée en vigueur : 1^{er} mars 1988.

Note : texte officiel.

Article 23 § 3 :

Celui qui se réfugie en Suisse n'est pas punissable si le genre et la gravité des poursuites auxquelles il est exposé justifient le passage illégal de la frontière ; celui qui lui prête assistance n'est également pas punissable si ses mobiles sont honorables.

12. Turkménistan

Loi de 1997 sur les réfugiés

Date d'entrée en vigueur : 6 juillet 1997.

Note : traduction non officielle. La loi a été adoptée le 12 juin 1997 et publiée à la Gazette Officielle le 26 juin 1997.

Article 3 Garanties des droits des réfugiés

Un réfugié est dégagé de sa responsabilité du fait de son entrée irrégulière ou de son séjour irrégulier sur le territoire du Turkménistan si, arrivant directement du territoire où sa vie ou sa liberté était menacée d'un danger précisé à l'article 1 de cette loi, il se présente spontanément et sans délai aux représentants des instances gouvernementales du Turkménistan.

Un réfugié ne peut pas être renvoyé contre sa volonté vers le pays qu'il a quitté pour les raisons énumérées à l'article 1 de cette loi.

Les décisions et les mesures prises par les instances gouvernementales et administratives, par les institutions du gouvernement autonome local et par des agents, en violation des droits des réfugiés instaurés par la législation turkmène peuvent être contestées devant les organes supérieurs ou les tribunaux.

13. Royaume-Uni

Loi de 1999 sur l'immigration et l'asile

Date d'entrée en vigueur : 11 novembre 1999

Note : traduction non officielle.

Article 31 Moyens de défense fondés sur l'article 31 § 1 de la Convention sur les réfugiés

1) Représente un moyen de défense pour un réfugié accusé d'avoir commis une infraction relevant de cet article [relatif, entre autres, au recours à des moyens frauduleux pour entrer, à l'aide à l'entrée illégale], le fait de montrer qu'arrivant directement au Royaume-Uni d'un pays où sa vie ou sa liberté était menacée (au sens prévu par la *Convention sur les réfugiés*), il :

- a) s'est présenté sans délai aux autorités du Royaume-Uni ;
- b) a exposé des raisons reconnues valables de son entrée ou présence irrégulière ; et
- c) a déposé une demande d'asile dès que cela était raisonnablement faisable après son arrivée au Royaume-Uni.

2) Si, en venant du pays où sa vie ou sa liberté était menacée, le réfugié s'est arrêté dans un pays autre que le Royaume-Uni, l'alinéa 1 ne s'applique, que s'il démontre qu'il ne pouvait raisonnablement pas espérer se voir accorder une protection en vertu de la *Convention sur les réfugiés* dans cet autre pays.

3) En Angleterre, au Pays de Galles et en Irlande du Nord, les infractions relevant de cet article sont toute infraction et toute tentative de commettre une infraction prévue à :

- a) la Partie I de la loi de 1981 sur le faux et la contrefaçon (contrefaçon et infractions connexes) ;
- b) l'article 24A de la loi de 1971 [sur l'immigration] (fraude) ; ou
- c) l'article 26 § 1 d) de la loi de 1971 (falsification de documents).

4) En Ecosse, les infractions relevant de cet article sont :

- a) la fraude,

- b) la fabrication de faux documents,
 - c) celles prévues à l'article 24A de la loi de 1971 (fraude), ou
 - d) celles prévues à l'article 26 § 1 d) de la loi de 1971 (falsification de documents),
- et toute tentative de commettre une de ces infractions.
- 5) Un réfugié ayant déposé une demande d'asile ne peut bénéficier du moyen de défense énoncé à l'alinéa 1 relativement à toute infraction qu'il a commise après le dépôt de sa demande.
- 6) Le terme « réfugié » revêt le même sens qu'aux fins de la *Convention sur les réfugiés*.
- 7) Si le Secrétaire d'État a refusé d'accorder l'asile à une personne qui prétend bénéficier du moyen de défense prévu à l'alinéa 1, cette personne doit être considérée comme n'étant pas réfugiée à moins qu'elle ne montre qu'elle l'est.
- 8) Une personne qui :
- a) a été condamnée en Angleterre, au Pays de Galles ou en Irlande du Nord pour une infraction relevant de cet article, avant l'entrée en vigueur de cet article, mais
 - b) qui, à aucun moment au cours de la procédure relative à cette infraction, n'a réclamé le bénéfice du moyen de défense fondé sur l'article 31 § 1, peut s'adresser à la Commission de révision des affaires pénales afin que son cas soit renvoyé à la Cour d'Appel par la Commission, au motif qu'elle aurait bénéficié du moyen de défense prévu par cet article s'il avait été en vigueur au moment des faits.
- 9) Une personne qui :
- a) a été condamnée en Ecosse pour une infraction relevant de cet article avant l'entrée en vigueur de cet article, mais
 - b) qui, à aucun moment au cours de la procédure relative à cette infraction, n'a réclamé le bénéfice du moyen de défense fondé sur l'article 31 § 1, peut s'adresser à la Commission écossaise de révision des affaires pénales, afin que son cas soit renvoyé à la Haute Cour de Justice par la Commission, au motif qu'elle aurait bénéficié du moyen de défense prévu par cet article, s'il avait été en vigueur au moment des faits.
- 10) Le Secrétaire d'État peut, par décret, amender
- a) l'alinéa 3 ou
 - b) l'alinéa 4 en ajoutant des infractions à la liste actuellement prévue.
- 11) Avant de prendre un décret en vertu de l'alinéa 10 b), le Secrétaire d'État doit consulter les ministres écossais.

14. États-Unis

8 Code de la réglementation fédérale ¹

8 USC 1101, 1103 et 1324c ; Pub. L.101-410, 104 Stat. 890, tel qu'amendé par Pub. L.104-34, 110 Stat. 1321. Actualisé au 3 avril 2002.

Note : traduction non officielle.

1. Disponible sur <http://www.ins.usdoj.gov/graphics/lawsregs/8cfr.htm>.

Article 270 § 2 Procédures d'application

a) *Procédures de dépôt de plainte.* Toute personne ou entité ayant connaissance d'une violation ou d'une violation potentielle de l'article 274 C de la loi [sur l'immigration et la nationalité][telle qu'amendée] peut déposer une plainte écrite et signée au bureau du Service [d'immigration et de naturalisation] du lieu de l'activité ou de la résidence du contrevenant potentiel ou du lieu où la violation est intervenue. La plainte, écrite et signée, doit contenir suffisamment d'informations pour identifier à la fois le plaignant et le contrevenant présumé, y compris leurs noms et adresses. La plainte doit également contenir des allégations factuelles détaillées relatives à la violation potentielle, y compris la date, le moment et le lieu de la violation alléguée et l'acte ou le comportement spécifique allégué comme constituant une violation de la loi. Les plaintes écrites peuvent être déposées soit par courrier au bureau compétent du Service, soit en se présentant en personne à tout agent de l'immigration auprès d'un bureau du Service.

b) *Enquête.* Lorsque le Service reçoit une plainte d'un tiers conformément au paragraphe a) de cet article, il n'ouvre une enquête que sur les plaintes qui, à première vue, ont une probabilité substantielle d'être valables. Le Service peut également ouvrir une enquête sur des violations, de sa propre initiative et sans avoir reçu de plainte écrite. Si, après enquête, il est établi que la personne ou l'entité a violé l'article 274 C de la loi, le Service peut prendre et notifier au contrevenant présumé un Avis d'intention de condamnation à amende.

c) *Citation à comparaître.* Les agents du Service doivent avoir accès satisfaisant à toute preuve pertinente relative à toute personne ou entité faisant l'objet d'une enquête. Le Service peut émettre des assignations, conformément à son mandat en vertu des articles 235 a) et 287 de la loi, conformément aux procédures prévues à l'article 287 § 4 de ce chapitre.

d) *Avis d'intention de condamnation à amende.* La procédure visant à évaluer les amendes administratives en vertu de l'article 274 C de la loi débute lorsque le Service émet un Avis d'intention de condamnation à amende. La notification de cet avis doit être faite en personne conformément à l'article 103 § 5 a) (a)(2) de ce chapitre. La notification est régulière à réception, comme le prouve le récépissé de notification ou l'accusé de réception du courrier recommandé. La personne ou l'entité dont l'identité figure sur l'Avis d'intention de condamnation à amende doit être le défendeur. L'Avis d'intention de condamnation à amende peut être émis par un agent désigné à l'article 242 § 1 de ce chapitre ou par un directeur de port du Service d'immigration et de naturalisation (INS) désigné par son directeur de district.

e) *Contenu de l'Avis d'intention de condamnation à amende*

1) L'Avis d'intention de condamnation à amende doit contenir la(les) charge(s) portée(s) contre le défendeur, les dispositions de la loi présumées avoir été violées et le montant de la sanction financière que le Service a l'intention d'imposer.

2) L'Avis d'intention de condamnation à amende doit fournir les recommandations suivantes au défendeur :

i) La personne ou l'entité a le droit d'être représentée par le conseil de son choix à ses propres frais ;

ii) Toute déclaration faite peut être retenue contre la personne ou l'entité ;

iii) La personne ou l'entité a le droit de demander d'être entendue par un juge administratif conformément à 5 USC 554-557 et que cette demande doit être faite auprès du Service d'immigration et de naturalisation (INS) dans un délai de 60 jours après la notification de l'Avis d'intention de condamnation à amende ; et

iv) Si une demande écrite pour une audience n'est pas faite dans les délais impartis, le Service prend un arrêté définitif non susceptible d'appel.

f) *Demande d'audience devant un juge administratif.* Si le défendeur conteste l'émission d'un Avis d'intention de condamnation à amende, il doit, dans un délai de 60 jours après la notification de cet avis, faire une demande écrite auprès de Service d'immigration et de naturalisation (INS) pour être entendu par un juge administratif. Toute demande écrite pour une audience, rédigée en langue étrangère, doit être accompagnée d'une traduction en anglais. Cette demande est considérée comme régulière lorsqu'elle est reçue par le bureau du Service désigné sur l'Avis d'intention de condamnation à amende, ou envoyée à ce bureau, dans le délai de 60 jours, le cachet de la poste faisant foi. Pour décompter les 60 jours de la période prescrite par cet article, le jour de la notification de l'Avis d'intention de condamnation à amende n'est pas compris. Dans la demande d'audience, le défendeur peut, mais n'a pas à, répondre à chaque allégation énumérée dans l'Avis d'intention de condamnation à amende. Le défendeur peut renoncer à la période de 60 jours pendant laquelle il peut demander une audience devant un juge administratif et demander au Service d'immigration et de naturalisation (INS) de prendre un arrêté définitif non susceptible d'appel. Avant l'exécution de la renonciation, le défendeur qui n'est pas citoyen des États-Unis est informé qu'une renonciation au droit d'être entendu prévu à l'article 274 C donnera lieu à l'émission d'un arrêté définitif et que le défendeur pourra être exclu et/ou expulsé des États-Unis conformément à la loi.

g) *Absence de demande d'audience.* Si le défendeur ne fait pas de demande écrite pour être entendu dans le délai de 60 jours après notification de l'Avis d'intention de condamnation à amende, le Service d'immigration et de naturalisation (INS) peut prendre un arrêté définitif non susceptible d'appel.

h) *Emission de l'arrêté définitif.* Un arrêté définitif peut être pris par un agent désigné à l'article 242 § 1 de ce chapitre, par un directeur de port du Service d'immigration et de naturalisation (INS) désigné par son directeur de district ou par le Directeur du bureau national des amendes de l'INS.

i) *Notification de l'arrêté définitif*

1) *En général.* La notification de l'arrêté définitif doit être faite en personne conformément à l'article 103 § 5 a (a)(2) de ce chapitre. La notification est régulière à réception, via la preuve du récépissé de notification ou l'accusé de réception du courrier recommandé.

2) *Dispositions alternatives pour une notification dans un pays étranger.* Lorsque la notification doit être effectuée auprès d'une partie se trouvant dans un pays étranger, il suffit que la notification de l'arrêté définitif soit faite :

- i) de la manière prescrite par la loi du pays étranger pour la notification dans ce pays d'une action en justice auprès de tout tribunal de compétence générale ; ou
- ii) comme indiqué par l'autorité étrangère en réponse à une commission rogatoire, lorsque la notification est raisonnablement calculée pour permettre une réelle notification ; ou
- iii) conformément à l'article 103 § 5 a (a)(2) de ce chapitre, lorsque c'est applicable.

3) La notification est régulière à réception de l'arrêté définitif. La preuve de la notification peut être celle prévue par la loi du pays étranger ou, lorsque la notification est faite conformément à l'article 103 § 5 a(a)(2) de ce chapitre, apportée par le récépissé de notification ou l'accusé de réception du courrier recommandé.

j) *Absence de charges pour usage de faux documents commis par les réfugiés lors de leur entrée.* Le Service ne doit pas émettre d'Avis d'intention de condamnation à amende pour les actes d'usage de faux documents commis par un étranger, suite à son départ direct d'un pays où il avait une crainte fondée de persécution, ou dans lequel il existait un risque important qu'il soit renvoyé vers un pays où il aurait une crainte fondée de persécution, sous réserve qu'il s'est pré-

senté sans délai à un agent du Service d'immigration et de naturalisation (INS) et qu'il a exposé des raisons reconnues valables de son entrée ou présence irrégulière. D'autres actes d'usage de faux documents commis par cette catégorie d'étrangers peuvent aboutir à l'émission d'un Avis d'intention de condamnation à amende et à l'imposition d'une amende financière de nature civile.

15. Zimbabwe

Loi de 1983 sur les réfugiés

Date d'entrée en vigueur : 1983.

Note : traduction non officielle. Ce document ne comprend que quelques dispositions choisies.

9. Cessation ou suspension des poursuites du fait de l'entrée irrégulière de réfugiés et de personnes protégées

Nonobstant les dispositions de la loi de 1979 sur l'immigration (No 18 de 1979) ou de l'article 16, de l'article 22 al.1, de l'article 23 al.1, de l'article 24 al.1 ou de l'article 25 al.1 de la loi sur les douanes et taxes [chapitre 177], aucune poursuite ne doit être lancée ou poursuivie à l'encontre de toute personne ou de tout membre de sa famille du fait de son entrée ou de sa présence irrégulière au Zimbabwe

- a) si cette personne dépose une demande de reconnaissance du statut de réfugié en vertu de l'article 7, jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue sur cette demande et, le cas échéant, que cette personne ait eu la possibilité d'exercer le droit de recours prévu à cet article, ou
- b) si cette personne s'est vu reconnaître le statut de réfugié.

16. OUA

Principes directeurs pour la législation nationale sur les réfugiés et commentaire

Adoptés par le groupe de travail OUA/HCR sur le suivi d'Arusha, deuxièmes réunions, Genève, 4-5 décembre 1980

Partie IV : Interdiction de déclaration d'immigrant illégal

1) Aucune personne entrée ou se trouvant de manière irrégulière dans un pays dans lequel elle cherche à obtenir l'asile en tant que réfugiée ne doit être considérée comme un immigrant illégal, être détenue, emprisonnée ou sanctionnée d'une autre façon au seul motif qu'elle est entrée ou séjourne de manière irrégulière, en attendant l'issue de l'examen de sa demande de reconnaissance du statut de réfugié.

2) Une personne entrée ou se trouvant de manière irrégulière dans un pays dans lequel elle cherche à obtenir l'asile en tant que réfugiée doit se présenter aux autorités compétentes sans délai excessif.