



Version provisoire

Commission des questions juridiques et des droits de l'homme

La détention administrative dans les États membres du Conseil de l'Europe : limites légales et mesures de substitution envisageables

Rapport*

Rapporteur : Lord Richard Balfe, Royaume-Uni, Groupe des conservateurs européens

A. Projet de résolution

1. L'Assemblée parlementaire souligne l'importance du droit à la liberté et à la sûreté, garanti par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas énoncés dans la liste exclusive de l'article 5 (1).
2. Rappelant sa Résolution 1707 (2010), « Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe », l'Assemblée souligne qu'en vertu de l'article 5 (1) (f) de la Convention européenne des droits de l'homme la rétention administrative des migrants est uniquement autorisée dans un cadre juridique précis et accessible, qui garantit que cette rétention poursuit un objectif d'application rapide de la procédure et respecte les normes de protection, comme la sécurité juridique (notamment la durée maximale) et le caractère nécessaire (un moyen employé en dernier ressort pour procéder au contrôle de l'entrée sur le territoire ou assurer une expulsion effective), tout cela sous l'autorité d'un tribunal.
3. L'Assemblée s'inquiète du fait que certains États membres ont recouru abusivement à la détention administrative pour réprimer les opposants politiques, obtenir des aveux en l'absence d'un avocat et/ou sous la contrainte, ainsi que, apparemment, pour réprimer les manifestations pacifiques.
4. S'agissant de la détention administrative envisagée comme un instrument de prévention du terrorisme ou d'autres menaces qui pèsent sur la sécurité nationale, l'Assemblée
 - 4.1. rappelle que la détention purement préventive de personnes soupçonnées d'avoir l'intention de commettre une infraction pénale n'est pas autorisée par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, selon l'interprétation retenue par la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour) et
 - 4.2. souligne que l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme autorise la simple restriction (et non la privation) de liberté lorsque la sécurité nationale ou la sûreté publique et la prévention des infractions pénales l'exigent ;
 - 4.3. observe que la détention d'une personne soupçonnée de représenter une menace pour la sécurité nationale est autorisée sous forme de détention provisoire lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que cette personne a déjà commis une infraction pénale, notamment l'une des

* Projet de résolution adopté à l'unanimité par la commission le 17 mai 2016.

infractions spécifiques qui incriminent certains actes préparatoires de crimes particulièrement graves ou les actes qui visent à soutenir les activités terroristes, par exemple le financement d'une organisation terroriste ou la propagande ou le recrutement en sa faveur.

5. L'Assemblée appelle par conséquent l'ensemble des États membres concernés à s'abstenir

5.1. d'utiliser la détention administrative comme un moyen de gestion des migrations, qui outrepassse le cadre étroit des buts poursuivis autorisés par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

5.2. de placer les opposants politiques, les militants de la défense de droits de l'homme ou les journalistes en détention administrative, dans le but de les contraindre ou de les persuader par d'autres moyens d'avouer une infraction pénale ;

5.3. de placer les participants de manifestations pacifiques ou les personnes qui ont l'intention d'y participer en détention administrative, dans le but de les empêcher de prendre part à une manifestation donnée ou de les dissuader d'y participer à l'avenir.

6. L'Assemblée encourage tous les États membres à faire usage des instruments respectueux des droits de l'homme dont ils disposent pour protéger la sécurité nationale ou la sûreté publique, ainsi que pour prévenir les infractions pénales, notamment les actes de terrorisme. L'Assemblée recommande en particulier

6.1. de recourir aux restrictions de liberté qui ne sont pas assimilables à une détention, comme le fait d'interdire aux personnes soupçonnées de représenter un risque pour la sécurité nationale de se rendre dans certains lieux, voire de les obliger à demeurer dans une zone donnée, afin de perturber des activités potentiellement dangereuses ; ces restrictions peuvent être appliquées, si besoin est, au moyen de dispositifs de surveillance électronique ;

6.2. d'adopter, si besoin est, et de faire systématiquement respecter une législation qui incrimine certains actes préparatoires de crimes particulièrement graves ou les actes qui visent à soutenir les activités terroristes, par exemple le financement d'une organisation terroriste ou la propagande ou le recrutement en sa faveur, comme le prévoient la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et son protocole additionnel.

7. L'Assemblée invite instamment tous les États membres, lorsqu'ils appliquent les mesures de substitution à la détention administrative spécifiées au paragraphe 6 ci-dessus, à faire preuve de la plus grande retenue.

7.1. L'Assemblée souligne en particulier que toutes les restrictions imposées à la liberté doivent

7.1.1. se fonder sur une autorisation légale claire et prévisible, qui garantit leur caractère nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite d'un but légitime ;

7.1.2. respecter le principe de non-discrimination, pour tous les motifs précisés par la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles ; et

7.1.3. être susceptibles de contestation en temps utile devant un tribunal, comme le précise l'article 5 de la Convention ;

7.2. Les dispositions de droit pénal qui visent à sanctionner les actes préparatoires et les autres actes accessoires destinés à soutenir le terrorisme doivent respecter les exigences de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (pas de peine sans loi) ; elles doivent notamment être claires et prévisibles. Toute détention provisoire ordonnée en application de ces dispositions doit respecter les principes énoncés par l'Assemblée dans sa Résolution 2077 (2015).

B. Exposé des motifs de Lord Richard Balfe, rapporteur

1. Introduction

1.1. État actuel de la procédure

1. La proposition de résolution sur la « détention administrative »¹ a été transmise le 1^{er} octobre 2012² par le Bureau de l'Assemblée à la commission des questions juridiques et des droits de l'homme pour rapport. Lors de sa réunion du 11 décembre 2012, la commission a désigné M. Roman Jakić (Slovénie, ADLE) rapporteur. À la suite du départ de ce dernier, la commission a nommé M. Agustín Conde rapporteur le 25 avril 2013. Lors de ses réunions des 4 septembre 2013 et 30 septembre 2013, la commission a examiné une note introductive présentée par M. Conde. Le 12 décembre 2013, la commission a examiné une note introductive révisée et a convenu de procéder, lors d'une prochaine réunion, à l'audition d'experts sur les questions générales relatives à la détention administrative. Le 18 mars 2015, la commission a pris note de la démission de M. Conde de ses fonctions de rapporteur, en raison de ses obligations accrues au Parlement espagnol ; elle m'a nommé nouveau rapporteur le 20 avril 2015. À l'occasion de sa réunion du 28 septembre 2015, le Bureau a invité la commission à tenir compte, pour l'élaboration du rapport actuel, de la proposition de résolution déposée par M. Wold et d'autres membres de l'Assemblée, « Quand les droits de l'homme assurent la protection d'individus qui représentent une menace pour la sécurité nationale »³, comme le recommandait la commission lors de sa réunion du 23 juin 2015. Le 28 septembre 2015, la commission a examiné une autre note introductive révisée⁴. Le renvoi a finalement été prolongé jusqu'au 31 décembre 2016⁵. Lors de sa réunion du 7 mars 2016, la commission a procédé à l'audition des trois experts suivants : M. Michael Fordham, avocat de la Couronne (étude d'avocats Blackstone), le professeur Stefan Trechsel (Université de Berne, Suisse, ancien président de la Commission européenne des droits de l'homme, ancien juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie) et le professeur Jon Petter Rui (Université de Bergen, Norvège).

1.2. Questions en jeu

2. Il n'existe pas de définition internationale unique de la détention administrative. Toutefois, selon l'une des définitions généralement admises, la détention administrative, ou internement administratif, s'entend d'une privation de liberté qui *de facto* et/ou *de jure* a été ordonnée par le pouvoir exécutif et qui relève uniquement de la compétence de l'autorité administrative ou ministérielle, même si cette décision est susceptible de recours *a posteriori* devant une juridiction. La compétence des tribunaux se limite dans ce cas à l'examen de la légalité de la décision et/ou du caractère approprié de sa mise en œuvre⁶.

3. La définition de la détention administrative n'englobe donc pas la détention provisoire d'une personne soupçonnée d'une infraction pénale (détention préventive ou détention provisoire)⁷. Elle n'inclut pas non plus l'internement des prisonniers de guerre dans un conflit armé international.

4. Il existe en droit international comme en droit interne, y compris dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, une grande variété de termes pour qualifier ce type de placement en détention. Selon les circonstances propres à chaque cas et la perspective dans laquelle se place celui qui commente cette situation, on parlera notamment de « détention sans inculpation ni procès », de « détention extrajudiciaire », de « détention administrative », de « mise aux arrêts », d'« internement administratif », d'« assignation à résidence », de « détention ministérielle » ou de « détention préventive »⁸. La détention administrative est en effet utilisée par les Etats à des fins très diverses, notamment l'enfermement des personnes considérées comme représentant une menace pour la sécurité. Elle est également utilisée aux fins de contrôle de l'immigration et des mouvements transfrontaliers, pour le traitement des personnes qui présentent des

¹ [Doc. 12998](#) du 6 juillet 2012.

² Renvoi n° 3900.

³ [Doc. 13746](#) du 8 avril 2015.

⁴ AS/Jur 2015(29) du 25 septembre 2015.

⁵ Décision du Bureau du 2 octobre 2015.

⁶ Louis Joinet, rapporteur de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, *Rapport sur la pratique de la détention administrative*, U.N. Doc. E/CN.4/sub.2/1989/27, paragraphe 17.

⁷ Voir « Abus de la détention provisoire dans les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme » (rapporteur : M. Pedro Agramunt, Espagne, PPE/DC), [Doc. 13863](#) (2015), [Résolution 2077 \(2015\)](#) et [Recommandation 2081 \(2015\)](#).

⁸ La détention administrative est qualifiée de « détention préventive » dans la plupart des pays de *common law*. L'usage de cette expression dans ce contexte peut toutefois prêter à confusion dans la mesure où la « détention préventive » est synonyme dans de nombreux Etats de privation de liberté par une autorité judiciaire en vue de déférer un suspect devant les tribunaux.

troubles mentaux, la rééducation des mineurs, la protection des mineurs⁹, la protection de la santé publique¹⁰ et l'infliction de sanctions disciplinaires¹¹. La détention administrative s'applique donc à tout un ensemble de situations qui n'entrent pas dans le cadre de la procédure d'arrestation d'un suspect par la police à des fins de poursuites.

5. En dépit des nombreuses formes que peut prendre la détention administrative, les obligations internationales des Etats en la matière restent les mêmes : la procédure judiciaire doit être la règle, et la procédure administrative l'exception – une exception qui doit aussi, au bout du compte, donner lieu à un contrôle judiciaire. Le droit à la liberté et à la sûreté constitue en effet selon la Cour européenne des droits de l'homme un « droit fondamental de l'homme, à savoir la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'Etat à sa liberté¹² ». Pour empêcher que la détention administrative ne dégénère en une détention arbitraire, il est indispensable d'appliquer les normes pertinentes en matière de droits de l'homme et de sauvegarder l'état de droit.

6. Le recours à la détention administrative soulève d'abord un certain nombre de questions au sujet des garanties procédurales et du droit à un procès équitable. Cette pratique permet en effet dans certains cas de contourner les dispositions rigoureuses relatives à la preuve et les garanties applicables en matière pénale. Les personnes faisant l'objet d'une détention administrative peuvent ainsi se voir privées du droit d'être informées des motifs de leur détention, du droit d'accès à un avocat dans les plus brefs délais, du droit de contester la légalité de leur détention et de celui de bénéficier d'un réexamen périodique de cette légalité, du droit d'être traduites devant un juge et enfin du droit à une procédure contradictoire. Cet usage de la détention administrative met également à mal le droit à la présomption d'innocence, puisque certaines personnes se retrouvent placées en détention au seul motif qu'elles sont susceptibles de constituer une menace pour la sécurité de l'Etat, en dépit du fait qu'elles n'ont encore commis aucune infraction et qu'il n'existe aucune preuve en ce sens.

7. Le recours à la détention administrative soulève ensuite la question du risque que l'intéressé qui en fait l'objet soit victime d'actes de torture ou de traitements inhumains ou dégradants. Non seulement les instances des droits de l'homme ont, à maintes reprises, mis en avant l'existence d'un lien entre cette pratique et l'existence d'un risque accru de torture¹³, mais cette détention est susceptible, du fait de ses conditions et de sa durée (et de sa durée incertaine), de constituer en soi un traitement inhumain ou dégradant prohibé par les normes internationales applicables¹⁴.

8. Enfin, la détention administrative, lorsqu'elle permet la détention d'opposants sur le fondement d'une réglementation administrative suffisamment imprécise pour permettre de sanctionner toute une gamme de comportements relevant de la contestation politique, porte également atteinte à la liberté d'expression, d'association et de réunion pacifique et au principe de légalité (« pas de peine sans loi »), qui constitue un élément essentiel de l'état de droit.

9. Compte tenu de la grande diversité des pratiques en matière de détention administrative, il me sera impossible de les traiter toutes dans mon rapport. Je propose de m'attacher plus particulièrement à trois d'entre elles, qui se sont le plus répandues ces dernières années et ont suscité les plus vives inquiétudes sur le plan de la préservation des normes relatives aux droits de l'homme et de l'état de droit. Il s'agit des pratiques suivantes :

9.1. la rétention administrative fondée sur la nécessité de gérer les flux migratoires ;

⁹ Notamment lorsque ces mineurs sont exposés à un risque d'abus ou d'exploitation.

¹⁰ Notamment en cas de risque de propagation de maladies infectieuses ou pour les personnes souffrant de toxicomanie ou d'alcoolisme.

¹¹ Notamment dans le cadre de dispositions disciplinaires applicables aux militaires ou aux membres des forces de police ou autres services de l'Etat en charge de la sécurité.

¹² Voir, parmi de nombreux autres arrêts, *Winterwerp c. Pays-Bas*, requête n° 6301/73, arrêt du 24 octobre 1979, paragraphe 37 ; *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85, arrêt du 29 novembre 1988 et *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 13229/03, arrêt du 29 janvier 2008, paragraphe 63.

¹³ Voir le *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* devant la Commission des droits de l'homme, 17 décembre 2002, E/CN.4/2003/68.

¹⁴ Le Comité des Nations Unies contre la torture a ainsi considéré que certaines formes de détention administrative constituaient un mauvais traitement prohibé par l'article 16 de la Convention contre la torture, voir en ce sens : *Rapport annuel du Comité des Nations Unies contre la torture 2009-2010*, UN Doc. A/65/44, paragraphe 60 (13) ; *Conclusions et recommandations du Comité contre la torture: République de Moldova*, 27 mai 2003, UN Doc. CAT/C/CR/30/7, paragraphe 6(d) ; *Examen des rapports présentés par les Etats Parties en application de l'article 19 de la Convention, Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, Egypte*, 23 décembre 2002, UN Doc. CAT/C/CR/29/4, paragraphe 6 (f).

- 9.2. la détention administrative conçue comme un moyen de répression des opposants politiques et des contestations ;
- 9.3. la détention administrative fondée sur des motifs de sécurité, notamment de sécurité nationale.

10. S'agissant de la détention administrative fondée sur des motifs de sécurité, ce groupe d'affaires comprend à la fois le placement en détention administrative sur le fondement de la législation militaire et de l'état d'urgence (il s'agit en particulier du cas d'Israël) et le placement en détention administrative sur le fondement des lois anti-terroristes¹⁵. Il est vrai que les auteurs de la proposition de résolution initiale il y a trois ans avaient particulièrement mis l'accent sur le recours d'Israël à la détention administrative, qu'une version antérieure de la présente note établie sur les instructions de mon prédécesseur présentait de façon assez détaillée. Mais entre-temps, il est devenu clair, selon moi, que l'Assemblée a suffisamment à faire avec le traitement des problèmes posés par la détention administrative au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe pour ne pas aborder en détail la situation en Israël. Cette dernière est en outre assez particulière, en raison d'une situation de conflit qui dure et évolue depuis fort longtemps. Il est donc peu probable que nous puissions tirer des enseignements au profit de nos Etats membres d'une analyse plus approfondie de la situation en Israël, qui supposerait également de tenir compte des pratiques et tactiques utilisées par la partie adverse dans ce conflit, dont certaines ont été décrites dans l'excellente note d'information consacrée à l'abolition de la peine de mort¹⁶.

11. Pour ce qui est, une fois encore, de la détention administrative fondée sur des motifs de sécurité, le Bureau nous a demandé de tenir compte d'une deuxième proposition de résolution déposée par M. Wold et d'autres membres de l'Assemblée, « Quand les droits de l'homme assurent la protection d'individus qui représentent une menace pour la sécurité nationale ». Compte tenu de cette demande, j'ai examiné non seulement ce que les États ne peuvent faire sans enfreindre leurs obligations en matière de droits de l'homme, mais également ce qu'ils peuvent faire pour garantir la sécurité de leurs citoyens, face aux nouvelles menaces du terrorisme. Le droit des citoyens à être protégé contre le terrorisme est lui aussi un droit de l'homme.

12. En Norvège, par exemple, les autorités se sont heurtées à un certain nombre de difficultés avec le cas d'un religieux fondamentaliste, le mollah Krekar. Depuis 1991, date à laquelle il est venu trouver refuge en Norvège, ce dernier a été mis en accusation à de nombreuses reprises pour incitation à la haine et menaces de mort proférées à l'encontre de responsables politiques norvégiens et d'autres Kurdes comme lui. Condamné à être expulsé en février 2003, ce mollah, qui refuse de se conformer aux normes de la société norvégienne tout en désirant rester sur le territoire norvégien, a systématiquement fait échec à toute tentative d'expulsion. Le sentiment de l'impossibilité apparente de procéder à son expulsion et de l'interprétation perverse qui a été faite des droits de l'homme a rendu les citoyens norvégiens très amers. Lorsque je me suis entretenu récemment en Norvège avec un large éventail de citoyens de tous horizons politiques, je n'ai pas trouvé une seule personne favorable au maintien de la présence du mollah Krekar en Norvège.

13. Il importe que chaque État soit avant tout capable de protéger ses citoyens et que la Convention européenne des droits de l'homme ne soit pas interprétée dans un sens qui rend cette protection impossible. Grâce à l'aide que m'ont fournie les experts que nous avons entendus lors de la réunion de la commission du 7 mars 2016, j'ai par conséquent mis en avant un certain nombre de mesures qui pourraient remplacer la détention administrative lorsque celle-ci n'est pas légalement possible.

2. Le droit international applicable en matière de détention administrative de manière générale

2.1. Le droit international relatif aux droits de l'homme et humanitaire

14. Le droit à la liberté et à la sûreté et le droit à un recours en *habeas corpus* pour contester la légalité de toute privation de liberté, quels que soient sa nature et ses motifs, sont consacrés par de nombreux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme¹⁷.

¹⁵ Voir le rapport de l'Assemblée *Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme* ([Doc. 12712](#), 16 septembre 2011) de Lord John E. Tomlinson (Royaume-Uni, Groupe Socialiste).

¹⁶ Voir le doc. AS/Jur (2015) 21 (juin 2015).

¹⁷ Voir en particulier [la Déclaration universelle des droits de l'homme](#) (articles 3, 8, 9 et 10), [le Pacte international relatif aux droits civils et politiques](#) (articles 2, 4, 5, 9 et 10), [l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus](#) (règle 95, Partie I et II-C), [la Résolution 34/178 \(habeas corpus\) de l'Assemblée générale des Nations Unies](#) et les Résolutions de la Commission des droits de l'homme [1992/35 \(habeas corpus\)](#) et [1993/36](#) (paragraphe 16).

15. Il en résulte que, selon la jurisprudence des organes des traités des Nations Unies, la détention administrative est généralement, mais pas systématiquement, incompatible avec l'état de droit et avec les obligations qui découlent, pour les Etats, du droit international des droits de l'homme, sauf dans des exceptions très limitées. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies considère en particulier que cette pratique est en principe contraire à l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et estime que les motifs de sécurité ne peuvent justifier de porter atteinte au droit à la liberté et à la sûreté¹⁸.

16. Le Comité contre la torture des Nations Unies, tout comme le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁹, considère que certaines formes de détention administrative (tout spécialement le placement à l'isolement et la détention à durée indéterminée) constituent des mauvais traitements au sens de l'article 16 de la Convention contre la torture. Le point de vue du Comité contre la torture des Nations Unies sur la question est particulièrement restrictif²⁰.

17. Les exceptions au principe de l'interdiction générale de la détention administrative se limitent généralement aux cas d'état d'urgence dûment proclamé et sont strictement encadrées par un certain nombre de principes, dont :

- 17.1. le principe de légalité et de la primauté du droit ;
- 17.2. le principe de légitimité (notamment de proportionnalité) ;
- 17.3. le principe de non-discrimination.

18. Le droit international humanitaire, qui est applicable aux conflits armés et aux autres situations de violence, n'interdit pas la détention administrative. Mais son emploi se limite à des circonstances exceptionnelles, lorsque la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle se trouvent les personnes protégées par la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre la rend « absolument nécessaire »²¹. C'est également le cas lorsqu'il existe « d'impérieuses raisons de sécurité »²².

19. Le droit international humanitaire fixe également un certain nombre de principes selon lesquels la détention administrative ne peut se substituer à des poursuites pénales, ne peut être ordonnée qu'au cas par cas, à titre individuel et sans discrimination aucune, doit cesser dès que les causes qui l'ont motivée n'existent plus et doit respecter le principe de légalité et être assortie de garanties procédurales²³.

2.2. La Convention européenne des droits de l'homme

2.2.1. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

20. La Cour européenne des droits de l'homme considère que le droit à la liberté et à la sûreté consacré par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme constitue « un droit fondamental de l'homme »²⁴, dont le but est de protéger l'individu contre la privation arbitraire de liberté. Les trois grands principes qui se dégagent constamment de la jurisprudence de la Cour en matière de respect du droit à la liberté consacré par l'article 5 sont les suivants :

- 20.1. les exceptions à ce droit, dont la liste est exhaustive, appellent une interprétation étroite²⁵ ;
- 20.2. pour qu'une privation de liberté soit « légale », elle doit être effectuée conformément à une procédure prévue par la loi et qui comporte des garanties procédurales²⁶ ;
- 20.3. l'article 5, paragraphe 4, de la Convention garantit un contrôle juridictionnel de la légalité de la mesure en application de laquelle une personne est détenue²⁷.

¹⁸ Voir notamment, Comité des droits de l'homme, *Shafique c. Australie*, Communication n° 1324/2004, 13 novembre 2004, UN Doc. CCPR/C/88/D/1324/2004, paragraphe 7.2. Voir également *Rapport du Comité des droits de l'homme A/65/40* (Vol. I), 2010, p. 78, [Observations finales sur la Jordanie, UN Doc. CCPR/C/JOR/CO/4](#), 2010, paragraphe 11, *Observations finales sur la Colombie*, UN Doc. CCPR/C/COL/CO/6, 2010, paragraphe 20.

¹⁹ *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 17 décembre 2002 UN Doc. E/CN.4/2003/68, paragraphe 26 (h).

²⁰ *Comité contre la torture, Rapport annuel 2009-2010, UN Doc. A/65/44*, pages 23, 101, 104, 106, 114, 115, 123 et 132.

²¹ Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, article 42 : <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/TRA/380?OpenDocument&>.

²² Ibid.

²³ Jelena Pejic, *Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence*, CICR, juin 2005.

²⁴ *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27021/08, arrêt du 7 juillet 2011, para. 99.

²⁵ *Doronin c. Ukraine*, requête n° 16505/02, arrêt du 19 février 2009, para. 52.

²⁶ *Akram Karimov c. Russie*, requête n° 62892/12, arrêt du 13 octobre 2014, para. 143.

21. La Cour a conclu de manière répétée que la liste des exceptions énoncées à l'article 5, paragraphe 1 (a-f), en vertu desquelles une personne peut être légalement détenue, était exclusive et exhaustive et que ces exceptions devaient faire l'objet d'une interprétation étroite, afin de garantir que nul ne soit arbitrairement privé de sa liberté²⁸. Saisie d'affaires relatives à des mesures de privation de liberté prises « préventivement » à l'encontre d'individus soupçonnés de participation à des infractions de droit commun ou à des entreprises terroristes, la Cour a affirmé qu'« il est établi de longue date que l'internement ou la détention préventive lorsqu'aucune poursuite pénale n'est envisagée dans un délai raisonnable ne figurent pas parmi les motifs exhaustivement énumérés à l'article 5 § 1 [pour lesquels la détention peut être autorisée] »²⁹.

22. La Cour a également indiqué à plusieurs reprises que, pour qu'une détention soit « légale » selon les exceptions énumérées à l'article 5 § 1 (a-f), elle devait examiner la procédure et les garanties du système national, afin de déterminer si les autorités compétentes avaient suivi une « procédure prévue par la loi », comme l'exige l'article 5, paragraphe 1³⁰. La Cour a conclu que le droit interne ne satisfaisait pas à un niveau de « qualité du droit » suffisant pour qu'une détention soit légale lorsqu'il n'existe aucune limite de durée applicable à cette détention³¹ ou lorsqu'un requérant est maintenu en détention « sans fondement légal précis ni disposition régissant clairement sa situation »³². Dès lors qu'un ordre juridique national ne protège pas un individu contre la détention arbitraire, cette détention ne peut être jugée « légale » au titre de la Convention.

23. Sur les cas d'expulsion, la Cour a conclu que « le refoulement d'un individu par un Etat contractant vers un Etat où il serait exposé à un risque réel de violation flagrante de l'article 5 emporterait violation de cet article »³³. Elle a néanmoins fixé un seuil élevé pour déterminer l'existence d'une violation « flagrante » de l'article 5, en faisant remarquer que seules des circonstances extrêmes, comme la détention arbitraire d'une personne pendant plusieurs années ou sans intention de la traduire en justice, était susceptible de constituer une violation flagrante de l'article 5³⁴.

24. La Cour a déclaré que diverses formes de contrôle juridictionnel satisfaisaient à la garantie, consacrée par l'article 5 § 4, du contrôle de la légalité de la mesure en application de laquelle une personne est détenue et qu'il ne lui appartenait pas de décider du système de contrôle juridictionnel le plus approprié³⁵. Elle a néanmoins indiqué que les autorités ne pouvaient se prévaloir du fait qu'une affaire touche à des questions de sécurité nationale pour échapper à tout contrôle effectif des juridictions nationales³⁶.

2.2.2. Travaux pertinents de l'Assemblée parlementaire et du Comité des Ministres

25. L'Assemblée parlementaire n'a pas encore traité de la question de la détention administrative en général, mais elle a constamment condamné les pratiques abusives de rétention des réfugiés et des migrants³⁷. Elle a récemment réitéré sa position : le recours à la rétention ne saurait intervenir qu'en dernier ressort, notamment pour les demandeurs d'asile, et le plus brièvement possible ; il importe, chaque fois que cela s'avère possible, de privilégier les mesures alternatives à la rétention³⁸. Elle s'est montrée particulièrement critique à l'égard de la rétention des enfants migrants³⁹.

²⁷ [Niyazov c. Russie](#) requête n° 27843/11, arrêt du 16 janvier 2013, para. 140.

²⁸ Voir [Doronin c. Ukraine](#), requête n° 16505/02, arrêt du 19 février 2009, para. 52 ; [Ostendorf c. Allemagne](#), requête n° 15598/08, arrêt du 7 juin 2013, para. 65 ; [Witold Litwa c. Pologne](#), requête n° 26629/95, arrêt du 4 avril 2000, para. 49.

²⁹ [Lawless c. Irlande](#) [GC], requête n° 332/57, arrêt du 14 novembre 1960 ; [Al-Jedda c. Royaume-Uni](#) [GC], requête n° 27021/08, arrêt du 7 juillet 2011, para. 100.

³⁰ Voir [Ostendorf c. Allemagne](#), requête n° 15598/08, arrêt du 7 juin 2013, para. 74 ; [Akram Karimov c. Russie](#), requête n° 62892/12, arrêt du 13 octobre 2014, para. 143 ; [Niyazov c. Russie](#) requête n° 27843/11, arrêt du 16 janvier 2013, para. 115.

³¹ [Akram Karimov c. Russie](#), requête n° 62892/12, arrêt du 13 octobre 2014, para. 148.

³² [Niyazov c. Russie](#) requête n° 27843/11, arrêt du 16 janvier 2013, para. 124.

³³ [Othman \(Abu Qatada\) c. Royaume-Uni](#), requête n° 8139/09, arrêt du 9 mai 2012, para. 233.

³⁴ Ibid.

³⁵ [Niyazov c. Russie](#) requête n° 27843/11, arrêt du 16 janvier 2013, para. 139.

³⁶ [Chahal c. Royaume-Uni](#), requête n° 22414/93, arrêt du 15 novembre 1996, para. 131.

³⁷ Voir la [Résolution 1707 \(2010\)](#), « Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe », 28 janvier 2010.

³⁸ Voir la [Résolution 2059 \(2015\)](#), paragraphes 7 et 11.7 à 11.9., adoptée sur la base du rapport « La criminalisation des migrants en situation irrégulière : un crime sans victime » ([Doc. 13788](#) du 7 mai 2015 ; rapporteur : M. Ionuț-Marian STROE, Roumanie, PPE).

³⁹ Voir la [Résolution 2020 \(2014\)](#) « Les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants », paragraphe 9.

26. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a affirmé à diverses occasions le principe du respect des droits fondamentaux de toutes les personnes privées de liberté⁴⁰ et a élaboré un certain nombre de normes générales en la matière⁴¹, parmi lesquelles le principe de légalité et l'interdiction de l'arbitraire, le droit à un recours en *habeas corpus*, l'exigence de proportionnalité de la mesure de détention, le droit d'accès à un avocat et l'autorisation des contacts avec l'extérieur. Compte tenu du caractère général de ces principes, ils s'appliquent également en matière de détention administrative.

3. La rétention administrative des migrants et des demandeurs d'asile dans les Etats membres du Conseil de l'Europe

3.1. Le cadre juridique

27. La rétention administrative des migrants en situation irrégulière et des demandeurs d'asile est autorisée dans un nombre limité de circonstances. Elle est possible pour faciliter, soit le renvoi d'un migrant en situation irrégulière présent sur le territoire national, soit l'application de la procédure qui vise à déterminer s'il y a lieu d'autoriser le séjour d'un ressortissant étranger. Cette rétention doit être motivée par un « objectif d'application rapide de la procédure », dont Michael Fordham a souligné la nécessité lors de l'audition du 7 mars 2016. Si le renvoi s'avère irréalisable dans un délai raisonnable, « l'objectif d'application rapide de la procédure » disparaît et la rétention doit prendre fin. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a également rappelé qu'une « rétention est arbitraire lorsqu'elle n'est pas étroitement liée aux motifs pour lesquels elle a été ordonnée »⁴².

28. La rétention des migrants doit par ailleurs respecter les normes légales de sécurité juridique, c'est-à-dire être conforme aux critères et à la procédure prévus par la loi⁴³, notamment par la définition d'une durée maximale. La nécessité de prévoir une durée maximale a été soulignée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt rendu en 2012 dans l'affaire *Mathloom c. Grèce*⁴⁴.

La législation des Etats membres du Conseil de l'Europe prévoit une durée de rétention administrative qui peut atteindre jusqu'à un ou deux ans. La « directive retour », qui est entrée en vigueur fin 2010, préconise, pour les pays de l'Union européenne, une période maximale de rétention aux fins d'éloignement de dix-huit mois⁴⁵. La durée réelle de la période de rétention peut s'étendre encore au-delà, dans les cas notamment où le contrôle juridictionnel de cette durée est inopérant et où il existe des obstacles, en particulier financiers, à la mise en œuvre de décisions concernées⁴⁶ ou lorsque la mesure d'éloignement est plus complexe à mettre en œuvre pour certaines nationalités⁴⁷. Aucune durée maximale n'a encore été fixée au Royaume-Uni, mais cette situation pourrait changer prochainement⁴⁸.

29. La rétention des migrants doit également satisfaire à un critère de « stricte nécessité », c'est-à-dire qu'elle doit être nécessaire pour procéder au contrôle de l'entrée ou du renvoi, comme l'a réaffirmé la Cour

⁴⁰ Voir la [Recommandation du Comité des Ministres \(2006\)2](#) du 11 janvier 2006 sur les Règles pénitentiaires européennes.

⁴¹ Voir notamment la [Résolution \(73\) 5 du Comité des Ministres](#) du 19 janvier 1973 sur l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, la [Recommandation du Comité des Ministres R \(2000\)21](#) du 25 octobre 2000 sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat et les [Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme](#) adoptées par le Comité des Ministres le 11 juillet 2002 lors de la 804^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

⁴² Nils Muiznieks : *Migrants' and childrens' rights need better protection in the Netherlands*, 15 octobre 2014.

⁴³ Voir *Garabayev c. Russie*, requête n°38411 /02, arrêt du 30 janvier 2008, para 88 (uniquement en anglais) et *Amuur c. France*, requête n°19776/92, arrêt du 25 juin 1996, para 50.

⁴⁴ *Mathloom c. Grèce*, requête n° 48883/07, arrêt du 24 juillet 2012 (paragraphe 64, 71).

⁴⁵ Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 (en vigueur depuis fin 2010) relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier; voir Steve Peers, *The EU's return directive, does it improve or worsen the lives of irregular migrants*, 28 mars 2014, disponible sur : <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2014/03/the-eus-returns-directive-does-it.html> ; cet article évalue de manière critique la mise en œuvre de cette directive à ce jour, en se fondant sur un rapport de la Commission européenne du 28 mars 2014 (disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-340_fr.htm).

⁴⁶ UNHCR, *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees for the Office of the High Commissioner for Human Rights' Compilation Report - Universal Periodic Review: The Russian Federation*, octobre 2012.

⁴⁷ Voir notamment le cas des ressortissants irakiens, syriens, géorgiens et iraniens expulsés de Grèce. UNHCR, *Asylum Situation in Greece including for Dublin II Transferees*, 31 janvier 2011.

⁴⁸ Le 15 mars 2016, la Chambre des Lords a adopté un amendement au projet de loi relative à l'immigration examinée par le Parlement, qui prévoit un délai maximal de 28 jours, prorogeable sur demande du ministère de l'Intérieur et par décision de justice lorsque les « circonstances exceptionnelles de l'affaire exigent une rétention prolongée ». Cet amendement peut avoir été motivé par un rapport parlementaire multipartite sur la rétention des migrants, qui préconisait un délai maximal de 28 jours et qualifiait le système actuel de « coûteux, inefficace et injuste » (voir « [The Report on the Inquiry into the Use of Immigration Detention in the United Kingdom. A joint inquiry of the All-Party-Parliamentary Group on Refugees & the All-Party Parliamentary Group on Migration](#) »).

européenne des droits de l'homme⁴⁹. Cette exigence vaut pour toute rétention (ou pour toute mesure de substitution moins intrusive, lorsqu'elle existe), ainsi que pour sa durée, qui ne doit pas excéder la durée raisonnable nécessaire pour parvenir au but poursuivi. La rétention doit être ordonnée en appréciant la situation particulière de l'intéressé et n'est par conséquent pas automatique.

30. Enfin, toute personne retenue doit être rapidement déférée devant un juge. Celui-ci doit décider si, pour quel motif et pour combien de temps, la rétention peut être ordonnée. M. Fordham a rappelé que le renvoi devant un juge devait intervenir, en Espagne et au Danemark, dans un délai de trois jours, en Finlande et en Suisse dans un délai de quatre jours et en France dans un délai de cinq jours. Il a souligné qu'il ne s'agissait pas d'une « bonne pratique » volontaire, mais d'une garantie judiciaire essentielle⁵⁰.

31. Au vu de ce qui précède, le fait que certains États placent systématiquement en rétention les migrants en situation irrégulière à leur arrivée sur le territoire national ou lorsqu'ils font l'objet d'une ordonnance d'expulsion, sans envisager de mesures moins coercitives, même s'ils appartiennent à une catégorie de personnes vulnérables⁵¹, serait contraire à la Convention⁵². De plus, dans un arrêt rendu contre la Belgique, la Cour a conclu que la rétention administrative des demandeurs d'asile mineurs et de leur mère constituait une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (traitement inhumain ou dégradant)⁵³. La rétention pendant une durée indéterminée des personnes apatrides qui n'ont aucun statut dans le pays d'accueil et ne peuvent être expulsées serait également inadmissible⁵⁴.

3.2. La pratique dans les États membres

32. Les principes et les normes minimales du droit international en matière de détention s'appliquent aux personnes retenues à des fins de contrôle de l'immigration de la même manière qu'aux personnes détenues pour d'autres motifs. Cependant, les migrants placés en rétention administrative se trouvent dans une situation particulièrement vulnérable lorsqu'ils ne parlent pas la langue du pays d'accueil et peuvent de ce fait rencontrer des difficultés à contester la légalité de leur rétention. Le Comité des Ministres a par conséquent énoncé les garanties procédurales auxquelles les personnes placées en rétention ont droit, y compris le droit d'être informées, dans les plus brefs délais et dans une langue qu'elles comprennent, des raisons juridiques et factuelles de leur rétention et des recours dont elles disposent, ainsi que la possibilité immédiate de contacter un avocat, un médecin et la personne de leur choix afin de l'informer de leur situation⁵⁵.

33. En principe, les migrants maintenus en rétention administrative doivent être placés dans des centres spécialement conçus pour eux et qui satisfont à leurs besoins particuliers⁵⁶. En pratique, les conditions de détention s'apparentent parfois elles-mêmes à des traitements inhumains ou dégradants⁵⁷, que ce soit en raison de conditions de vie déplorables (surpopulation, défaut d'installations élémentaires, personnel insuffisant, manque d'assistance médicale, psychologique, sociale et juridique appropriée)⁵⁸ ou de conditions générales de nature à susciter un profond désarroi pour le demandeur d'asile⁵⁹.

⁴⁹ *Massoud c. Malte* (2010), requête n° 24340/08, §68 ; *Mwanje c. Belgique* (2011), requête n° 10486/10, paragraphes 124-125.

⁵⁰ Voir les [Principes directeurs du HCR sur la détention](#) (2012)(Principe n° 7,) et la [Résolution 1707 \(2010\)](#).

⁵¹ Voir la législation maltaise, qui prévoit une rétention systématique, y compris des familles avec enfants, des mineurs non accompagnés, des femmes enceintes, des personnes âgées et des personnes handicapées. [Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Malta](#), 9 juin 2011, CommDH(2011)17.

⁵² [Amnesty International, Punishment without a Crime, Detention of migrants and asylum-seekers in Cyprus, 2012](#).

⁵³ *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, requête n° 41442/07, arrêt du 19 janvier 2010 (quatre enfants âgés de sept mois à sept ans et leur mère avaient été placés en rétention pendant plusieurs mois dans un « centre de transit fermé »).

⁵⁴ HCR des Nations Unies, [Submission in the case of Lakatos and Others v. Russia, mars 2011](#).

⁵⁵ Voir, [Document CM\(2005\)40 final 9 mai 2005, Vingt principes directeurs sur le retour forcé](#), Principe 6.2.

⁵⁶ CPT, [Les normes du CPT, décembre 2011, Doc CPTInf/E\(2002\)1 –Rev.](#) 2011, et Comité des Ministres, [Lignes directrices sur les procédures d'asile accélérées](#) (Principe XI.7).

⁵⁷ Voir par exemple les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *S.D. c. Grèce*, requête n°53541/07, arrêt du 11 juin 2009, paras. 52-53 ; *Kantirev c. Russie*, requête n°37213/02, arrêt du 21 juin 2007, paras. 50-51 ; *Labzov c. Russie*, requête n° 62208/00, arrêt du 16 juin 2005, para. 44 ; et *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n°30696/09, 21 janvier 2011.

⁵⁸ Voir les nombreux rapports sur les conditions de vie en Grèce des migrants placés en rétention, parmi lesquels le [Rapport du Comité des Nations Unies contre la torture](#), 2011-2012, A/67/44 et [Report to the Government of Greece on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment \(CPT\) from 17 to 29 September 2009](#).

⁵⁹ Voir Cour européenne des droits de l'homme, *Mubilanzila Mayeka et Kaniti Mitunga c. Belgique*, requête n°13178/03, arrêt du 12 octobre 2006.

34. L'Assemblée a déploré en 2010 que les conditions de vie et les garanties offertes aux migrants placés en rétention administrative, qui ne sont pas, rappelons-le, des délinquants, soient souvent pires que celles qui sont réservées aux personnes condamnées à une peine d'emprisonnement (saleté, manque d'hygiène, manque de lits, de vêtements et de nourriture, soins insuffisants, par exemple) et constaté que le régime de rétention ne permettait souvent pas l'exercice d'activités normales (éducation, accès à l'extérieur et exercice en plein air, par exemple). En outre, l'Assemblée a déploré les allégations persistantes de mauvais traitements, de violences et d'abus commis par le personnel⁶⁰. Le CPT a pour sa part constaté, au cours de ses visites dans les Etats membres, que les migrants en situation irrégulière étaient parfois placés en rétention dans des commissariats de police, dans des conditions déjà difficilement acceptables pour une durée de vingt-quatre heures, et plus difficilement encore pendant des semaines⁶¹. Il est peu probable que la situation se soit améliorée dans la situation actuelle de migration de masse vers l'Europe.

35. Les établissements adaptés aux personnes vulnérables (y compris les familles avec enfants, les femmes enceintes et les mineurs non accompagnés), en particulier, disposent de capacités d'accueil limitées. Pour ce qui est des mineurs non accompagnés, les organisations internationales et les ONG préconisent des mesures de substitution à la rétention. Le groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire a précisé qu'il était difficile d'imaginer une situation dans laquelle la détention d'un mineur non accompagné soit compatible avec la deuxième phrase de l'article 37 *b* de la Convention relative aux droits de l'enfant, selon laquelle l'emprisonnement d'un enfant doit uniquement être ordonné en dernier ressort⁶².

Les personnes handicapées ou atteintes de troubles mentaux ou physiques chroniques graves doivent avoir accès à des soins appropriés⁶³.

4. La détention administrative conçue comme un moyen de répression des opposants politiques dans certains Etats membres du Conseil de l'Europe

4.1. Le cadre juridique

36. La détention administrative, prévue par le droit interne pour certaines infractions administratives qui se situent sous le seuil passible du droit pénal, est utilisée par certains Etats comme un moyen de restriction de la liberté d'expression et de réunion. Selon moi, il est inadmissible que la détention administrative soit employée à cette fin, d'autant que cette utilisation abusive rend sa justification plus difficile lorsqu'il s'agit de lutter contre la menace terroriste.

37. Le champ d'application des diverses législations qui prévoient ce type de disposition est généralement étendu. Peuvent ainsi tomber sous le coup d'une infraction administrative et être passibles de détention pour ce motif les faits de refus d'obéissance à un agent de police, de participation à des émeutes, de hooliganisme et d'autres formes d'infraction la réglementation en matière de réunion publique⁶⁴.

38. Là encore, la détention administrative se caractérise généralement par une érosion des garanties procédurales applicables. La procédure judiciaire prévue pour les infractions administratives ne respecte pas systématiquement toutes les exigences d'un procès équitable⁶⁵. Jusqu'à l'an dernier, le Code des infractions administratives de Géorgie prévoyait une détention maximale de 90 jours, qui a été réduite à 15 jours après la refonte du Code adoptée en novembre 2014. Cette réforme a également renforcé les droits procéduraux des personnes détenues. Auparavant, les services de police n'étaient pas même tenus d'informer rapidement les prévenus de leurs droits ni de motiver un placement en détention. Bien souvent, les personnes détenues n'avaient accès ni à leur famille ni à un avocat et leur procès se déroulait sur un ton

⁶⁰ Voir, [Résolution 1707 \(2010\)](#), *Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe*, 28 janvier 2010, para. 4.

⁶¹ [20 ans de lutte contre la torture, 19^e rapport général du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants \(CPT\), 1^{er} août 2008-31 juillet 2009](#), para 77.

⁶² [Report by the Working Group on arbitrary detention, 15 January 2010, A/HRC/13/30](#), para. 60.

⁶³ [Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Malta](#), 9 juin 2011, CommDH(2011)17.

⁶⁴ [Rapport du groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire, Addendum - Mission en Géorgie](#), 27 janvier 2002, A/HRC/19/57/Add.2 – para. 63 ; Human Rights Watch, [Administrative Error : Georgia's Flawed System for Administrative Detention](#), janvier 2012 ; Article 19, [Azerbaijan : New legislative amendments further erode rights to freedom of expression and peaceful assembly](#), 16 mai 2013.

⁶⁵ [Rapport du groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire, Addendum - Mission en Géorgie](#), 27 janvier 2002, A/HRC/19/57/Add.2 – para. 63 ; Human Rights Watch, [Administrative Error : Georgia's Flawed System for Administrative Detention](#), janvier 2012 ; voir également Thomas Hammarberg, *Georgia in transition, Report on the human rights dimension: background, steps taken, remaining challenges*, septembre 2013 (page 11, point 1.3.), qui recommande au Gouvernement d'envisager d'abolir les peines d'emprisonnement pour l'ensemble des infractions administratives.

péremptoire⁶⁶. Lorsque les personnes détenues avaient accès à un avocat, celui-ci disposait uniquement de quelques minutes pour préparer le dossier et il était rare que la défense puisse présenter des éléments de preuve⁶⁷. Il reste à voir dans quelle mesure cette récente réforme parviendra à modifier ces pratiques.

39. Les Etats disposent d'une certaine latitude pour décider de la durée de la détention d'une personne avant qu'elle soit traduite devant un tribunal. Le 14 mai 2013, par exemple, l'Azerbaïdjan a adopté une nouvelle disposition législative qui étend la durée de la détention administrative – sans décision d'un juge – dans un large éventail d'infractions : l'organisation d'une manifestation non autorisée est désormais passible de 60 jours de détention et le refus d'obéissance à un agent des forces de l'ordre de 30 jours de détention (contre 15 jours auparavant dans les deux cas)⁶⁸.

4.2. La pratique dans les États membres

40. Les situations dans lesquelles la détention administrative est utilisée pour emprisonner les opposants politiques, les manifestants et les militants dans des périodes de tension politique, en particulier avant ou après les périodes électorales, sont loin d'être isolées. Ces pratiques ont été observées ces dernières années en Arménie⁶⁹, Azerbaïdjan⁷⁰, Géorgie⁷¹, République de Moldova⁷², Fédération de Russie⁷³, Ukraine⁷⁴ et Turquie⁷⁵.

41. La détention administrative fait souvent suite à des arrestations massives effectuées au cours de manifestations politiques⁷⁶. Elle est parfois mise en œuvre de manière préventive, avant même qu'une hypothétique infraction administrative puisse être commise, par exemple lorsque des personnes susceptibles de participer à une manifestation prévue sont arrêtées à leur domicile ou au cours de leur trajet en direction du lieu de la manifestation⁷⁷.

⁶⁶ Voir l'analyse, faite par l'Association géorgienne des jeunes avocats (*Georgian Young Lawyers' Association*), des personnes arrêtées après les manifestations de mai 2011, qui montre que l'examen judiciaire du dossier a parfois pris moins de cinq minutes, au maximum une demi-heure, et que le taux d'acquiescement a été de 0 %, contre 0,2 % en matière pénale. *Georgian Young Lawyers' Association, Legal Analysis of cases of criminal and administrative offences with alleged political motive*, 2012 ; Human Rights Watch a qualifié ce traitement des affaires de placement en détention administrative de technique du « copier-coller » ; voir Human Rights Watch, [Georgia reforms draconian administrative detention laws](#), 26 novembre 2014.

⁶⁷ Human Rights Watch, [World Report 2012 – Georgia](#), janvier 2012.

⁶⁸ Article 19, [Azerbaijan : New legislative amendments further erode rights to freedom of expression and peaceful assembly](#), 16 mai 2013.

⁶⁹ [Résolution 1374 \(2004\)](#), *Respect des obligations et engagements de l'Arménie*, et [Résolution 1532 \(2007\)](#), qui observe que la réforme constitutionnelle adoptée par l'Arménie a mis un terme à la pratique de la détention administrative.

⁷⁰ [Résolution 1917 \(2013\)](#) et rapport [Doc. 13084](#), *Le respect des obligations et engagements de l'Azerbaïdjan*, [Doc. 13079](#), *Le suivi de la question des prisonniers politiques en Azerbaïdjan*, 14 décembre 2012, rapporteur M. Strässer ; Article 19, [Azerbaijan : New legislative amendments further erode rights to freedom of expression and peaceful assembly](#), 16 mai 2013.

⁷¹ Human Rights Watch, [Administrative Error : Georgia's Flawed System for Administrative Detention](#), janvier 2012.

⁷² Rapport [Doc. 11878](#), *Le fonctionnement des institutions démocratiques en Moldova*, 28 avril 2009, corapporteurs Mme Durrieu et M. Vareikis.

⁷³ Voir le rapport [Doc. 13018](#), *Le respect des obligations et engagements de la Fédération de Russie*, 14 septembre 2012, corapporteurs M. Frunda et M. Gross, et Amnesty International, [Submission to the a Universal Periodic Review-Federation of Russia](#), février 2013.

⁷⁴ Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, [La FIDH et Viasna exigent l'abandon des charges contre les participants à la Marche de Tchernobyl](#), 2 mai 2013.

⁷⁵ Voir par exemple Ayla Aybarak, « [Turkish Police detain May day protesters in Istanbul](#) », Wall Street Journal, 1er mai 2015, et Amnesty International, « [End the Incommunicado detention of Istanbul protesters](#) », 16 juin 2013 ; « [Turkish police launch crackdown on protesters in Istanbul](#) », PressTV.com, 15 mars 2016.

⁷⁶ Ainsi, les manifestations pacifiques qui se sont tenues en décembre 2011 en Fédération de Russie pour contester le déroulement des élections législatives ont donné lieu à l'arrestation de plus de 1000 protestataires et à plus d'une centaine de condamnations à une peine de détention administrative. [Russian Federation, New laws lead to increased repression of fundamental rights, Amnesty International Submission to the UN Universal Periodic Review, 16th Session of the UPR Working Group](#), avril-mai 2013.

⁷⁷ Suite aux manifestations pacifiques qui se sont déroulées en Fédération de Russie le 4 décembre 2011, plusieurs membres de l'opposition ont été arrêtés à titre préventif à leur domicile ou alors qu'ils se rendaient aux manifestations. [Amnesty International, Russian Federation, New laws lead to increased repression of fundamental rights, Amnesty International Submission to the UN Universal Periodic Review, 16th Session of the UPR Working Group](#), avril-mai 2013.

42. La détention administrative a été utilisée pour arrêter toute personne considérée comme étant impliquée de manière directe ou indirecte dans ces manifestations : les organisateurs et participants⁷⁸ – y compris lorsque ces manifestations ont été dûment autorisées – mais également, les observateurs⁷⁹ de ces manifestations et les journalistes qui en assurent la couverture⁸⁰. La détention, au Bélarus, de 16 personnes qui participaient à une manifestation organisée pour l'anniversaire de la catastrophe de Tchernobyl en offre un exemple récent⁸¹.

43. La finalité du recours à la détention administrative dans ce type de cas est clairement politique : il s'agit de restreindre la liberté d'expression et de réunion en emprisonnant les militants et opposants sans leur donner les moyens de se défendre dont ils pourraient bénéficier dans le cadre d'une procédure pénale classique. Cette pratique a été sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme à maintes reprises, que ce soit directement sous l'angle de la privation de liberté en tant que telle (violation du droit à la liberté et à la sûreté garanti par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme) ou sur le plan de ses effets indirects (violation du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention, du principe, garanti par l'article 7 de la Convention, selon lequel il n'existe pas de peine sans loi et/ou de la liberté de réunion et d'association garantie par l'article 11 de la Convention)⁸².

44. Le rapporteur de l'Assemblée sur le suivi de la question des prisonniers politiques en Azerbaïdjan, Christoph Strässer (Allemagne/SOC), a observé un autre type de recours abusif à la détention administrative à cette fin⁸³ : certains opposants politiques sont tout d'abord placés en détention administrative⁸⁴, où ils subissent des pressions exercées pour leur faire avouer des infractions pénales plus graves. Au terme de la période maximale de détention administrative, ils sont à nouveau placés en détention, cette fois en détention provisoire dans l'attente de leur procès au pénal pour les infractions reconnues sous la pression pendant leur détention administrative.

5. La détention administrative fondée sur des raisons de sécurité

5.1. Introduction

45. La deuxième proposition de résolution déposée par M. Wold et d'autres membres de l'Assemblée (« Quand les droits de l'homme assurent la protection d'individus qui représentent une menace pour la sécurité nationale »)⁸⁵, que la commission a été invitée à prendre en considération pour l'élaboration du présent rapport, soulève un certain nombre de questions importantes.

46. Afin d'éviter tout malentendu, j'aimerais débiter cette partie en faisant mienne la position solidement établie de l'Assemblée sur la question⁸⁶ : il est indispensable que les sociétés démocratiques « ne jettent pas le bébé avec l'eau du bain » en réagissant de manière excessive face à la menace du terrorisme, au point de sacrifier les droits et libertés fondamentaux au nom d'un renforcement souvent illusoire de la sécurité. Comme l'a déclaré l'ancien président et rapporteur de notre commission sur plusieurs questions connexes pertinentes lors d'une audition organisée par la commission le 18 mars 2015, ces réactions

⁷⁸ Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, [La FIDH et Viasna exigent l'abandon des charges contre les participants à la Marche de Tchernobyl](#), 2 mai 2013.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Voir [Amnesty International, Rapport annuel 2014/15, Bélarus, Liberté de réunion](#).

⁸² Voir *Vyerentsov c. Ukraine*, requête n°20372/11, arrêt du 11 avril 2013 (violation des articles 6, 7 et 11 de la Convention) ; *Kakabadze et autres c. Géorgie*, requête n° 1484/07, arrêt du 2 octobre 2012 (violation des articles 5, 6 et 11 de la Convention) ; *Hakobyan et autres c. Arménie*, requête n° 34320/04, arrêt du 10 avril 2012 (violation des articles 5 et 6 de la Convention) et *Makhmudov c. Russie*, requête n° 35082/04, arrêt du 26 juillet 2007 (violation des articles 5 et 11 de la Convention) ; *Shvydka c. Ukraine*, requête n° 17888/12, arrêt du 30 octobre 2014, paragraphes 42, 55 (violation de l'article 10) ; *Navalny et Yashin c. Russie*, requête n° 26205/11, arrêt du 4 décembre 2014 (violation des articles 3, 5, 6, 11 et 13) ; voir également les affaires mentionnées plus haut au point 2.2.1.

⁸³ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=19217&lang=fr>.

⁸⁴ Par exemple MM. Tural Abbasli et Movsum Samedov :

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=19217&lang=fr>, respectivement paragraphes 45 et 96.

⁸⁵ Voir plus haut note 4.

⁸⁶ Voir [Doc. 11302](#) du 11 juin 2007, « *Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l'Europe : second rapport* » et [Doc. 10957](#) du 12 juin 2006, « *Allégations de détentions secrètes et de transferts interrétatiques illégaux de détenus concernant des Etats membres du Conseil de l'Europe* » (rapporteur des deux textes : Dick Marty, Suisse/ADLE) ; [Doc. 12712](#) du 16 septembre 2011, « *Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme* », rapporteur : Lord John Tomlinson (Royaume-Uni/SOC), [Doc. 13731](#) du 16 mars 2015, « *Drones et exécutions ciblées : la nécessité de veiller au respect des droits de l'homme et du droit international* », rapporteur : Arcadio Diaz Tejera (Espagne/SOC).

excessives font le jeu des terroristes, dont l'objectif est précisément de détruire nos sociétés libres. Les exécutions extrajudiciaires, les enlèvements, les détentions secrètes, les actes de torture et autres violations des droits de l'homme commis dans le cadre de la guerre contre le terrorisme sont autant d'arguments invoqués par les groupes terroristes pour recruter de nouveaux membres, comme on peut le constater très directement dans la région du Nord Caucase, en Fédération de Russie⁸⁷.

47. En parallèle, la démocratie doit avoir la volonté et la capacité de se défendre contre ses ennemis. En Allemagne, cette notion (*wehrhafte Demokratie*), qui découle des enseignements tirés de l'échec de la République de Weimar, a été adoptée par les auteurs de la Loi fondamentale de 1949 et constamment réaffirmée par la Cour constitutionnelle fédérale. Selon moi, la défense de la démocratie et de l'état de droit contre leurs ennemis demeure une nécessité face à Al Qaïda et à cet « Etat islamique » autoproclamé. Mais cette action doit être entreprise sans que nous renoncions nous-mêmes à la démocratie et à l'état de droit.

48. Comme je l'ai déjà indiqué, mon intention n'est pas de traiter ici de la détention, pourtant également à des fins de sécurité, dans une situation de conflit armé, comme celui qui oppose Israël et les autorités palestiniennes. Cela vaut tout autant pour les conflits que connaissent l'Afghanistan, l'Irak, la Somalie, la Syrie et d'autres pays ou régions situés hors de l'espace territorial du Conseil de l'Europe. Les situations les plus proches d'un conflit armé en Europe sont celles de la région du Caucase du Nord en Fédération de Russie et de l'est de l'Ukraine. Les questions des droits de l'homme dans ces deux régions font actuellement l'objet des mandats distincts de deux rapporteurs, Michael McNamara (le Caucase du Nord) et Marieluise Beck (l'est de l'Ukraine, y compris la Crimée). J'espère que nos deux collègues aborderont toutes les questions relatives aux droits de l'homme, y compris l'éventuel recours abusif à la détention administrative. Le rapport sur le Caucase du Nord adopté par la commission le 18 avril 2016 comporte d'ailleurs de nombreuses mentions de cas de détention arbitraire survenus dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

5.2. Le principe : illégalité de la détention préventive au regard de l'article 5 de la Convention européenne

49. Lors de l'audition à laquelle a procédé la commission en mars dernier, tous les experts étaient d'accord sur le fait que l'interprétation de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme retenue par la Cour européenne des droits de l'homme excluait, en principe, le recours à la détention administrative à des fins de prévention du terrorisme. À première vue, cette interprétation est un peu surprenante, puisque l'article 5 (1) (c) mentionne expressément qu'un individu peut être placé en détention « lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction **ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction** » [l'emploi des caractères gras ne figure pas dans le texte original]. La Cour a, dans plusieurs arrêts de Grande Chambre, interprété ce passage de manière restrictive. Stefan Trechsel, l'un des experts de la commission, observe que « [l]a Cour a conclu que toute personne détenue au titre du paragraphe 5 (1) (c) devait au bout du compte être traduite devant un tribunal. Cela n'a de sens que si l'intéressé est soupçonné d'avoir effectivement commis une infraction. Compte tenu de la première possibilité, la deuxième devient superflue »⁸⁸. Mais M. Trechsel a également expliqué au cours de l'audience, de manière convaincante à mon avis, pourquoi cette interprétation était la bonne : si l'on part du principe généralement admis que le but premier de l'article 5 est de prévenir la détention arbitraire, il existe, pour toutes les exceptions au droit à la liberté prévues à l'article 5 (1) (a) to (f)

« des moyens avérés et éprouvés de vérifier si les conditions qui justifient l'arrestation et la détention d'une personne précise sont réunies ou non [...]. L'alinéa (c) prévoit une exception, dans laquelle la justification essentielle repose sur le soupçon. Par définition, le bien-fondé d'un soupçon n'est pas, ou pas encore, démontré. La détention provisoire reste certes provisoire et, plus important encore, contrôlée par une autorité judiciaire. Mais, à ma connaissance, il n'existe aucun moyen fiable de démontrer qu'une personne est dangereuse. Le soupçon se vérifie rétrospectivement et doit au bout du compte être démontré pour se justifier. S'il est impossible de prouver son bien-fondé, le suspect doit être remis en liberté. La dangerosité d'un individu représente, pour ainsi dire, un soupçon qui porte sur l'avenir. Le seul élément qui permette de démontrer qu'il se justifiait apparaît lorsque le danger se concrétise. Or, c'est précisément ce que la détention vise à prévenir »⁸⁹.

⁸⁷ Voir [Doc. 12276](#) du 4 juin 2010, « Recours juridiques en cas de violations des droits de l'homme dans la région du Caucase du Nord », rapporteur : Dick Marty (Suisse/ADLE). La commission a adopté le 18 avril 2016 un rapport de suivi de Michael McNamara (Irlande/SOC) sur cette question, voir AS/JUR (2016) 12 (15 avril 2016).

⁸⁸ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, page 427.

⁸⁹ Intervention de Stefan Trechsel lors de l'audition du 7 mars 2016, disponible auprès du Secrétariat.

Le fait de retenir une interprétation contraire équivaldrait à s'engager sur un terrain glissant, qui nous conduirait infailliblement à un « Guantanamo européen », où les individus potentiellement « dangereux » seraient placés en détention pendant une durée indéterminée, ce qui ne serait pas compatible avec le droit à la liberté consacré par la Convention.

5.3. Une exception envisageable : la détention préventive légale de courte durée en cas de danger imminent

50. Selon notre expert norvégien, le professeur Jon Petter Rui, l'interdiction de la détention préventive n'est pas absolue. Il a premièrement souligné qu'il pouvait être dérogé à l'article 5, en vertu de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation ». Le seuil fixé par l'article 15 est élevé, mais une campagne soutenue de graves attentats terroristes peut justifier cette dérogation, comme cela a été le cas au plus fort de la série d'attentats à la bombe de l'IRA et, plus récemment en France, à la suite des attentats de Paris.

51. M. Rui estime, en se fondant sur un arrêt de Grande Chambre de la Cour de Strasbourg et sur les opinions séparées de deux juges, qu'une détention préventive de courte durée est également possible dans les cas extrêmes, en l'absence de dérogation. Dans l'arrêt *Ostendorf c. Allemagne* (voir plus haut note *), la Cour a d'ailleurs considéré que la détention provisoire pendant quatre heures, sans mise en accusation, d'un supporter de football soupçonné de hooliganisme n'était pas contraire à l'article 5. M. Rui a également souligné que la réglementation policière de plusieurs Länder allemands permettait la détention de personnes pendant une durée maximale de deux semaines en cas de danger évident actuel pour la sûreté publique⁹⁰.

52. Personnellement, il ne me paraît pas sage de remettre en question la jurisprudence bien établie de la cour européenne des droits de l'homme. Une détention de quatre heures, tolérée par la Cour dans l'affaire *Ostendorf*, voire de deux semaines, comme le prévoit la réglementation de certains Länder allemands, n'offre pas véritablement de solution durable aux difficultés présentées par certaines situations, comme celle du mollah Krekar en Norvège. La solution adoptée par l'Europe ne doit en aucun cas équivaloir à un nouveau Guantanamo.

5.4. Les défaillances de la détention préventive au Royaume-Uni

53. Au Royaume-Uni, la détention en Irlande du Nord pendant une durée indéterminée de personnes soupçonnées d'activités terroristes, sans qu'elles aient été jugées, au titre (des dispositions provisoires) de la loi relative à la prévention du terrorisme de 1984 a fini par s'avérer un choix malheureux. La Cour européenne des droits de l'homme a conclu sans surprise que cette pratique emportait violation de l'article 5 (3) de la Convention européenne des droits de l'homme⁹¹. Le Gouvernement a réagi en dérogeant à l'article 5(3) sur le fondement de l'article 15 de la Convention. L'internement ultérieur de près de 2000 hommes, principalement catholiques, a provoqué des troubles civils plus importants et a été qualifié par un ancien chef de l'IRA de « meilleur instrument de recrutement dont l'IRA ait jamais disposé »⁹². La loi relative à la prévention du terrorisme (et la dérogation à l'article 5(3)) a été utilisée jusqu'à l'expiration de sa validité, puis remplacée en 2000 par la loi relative au terrorisme, qui a considérablement restreint la possibilité de détenir des personnes soupçonnées d'activités terroristes sans mise en accusation. La durée maximale de cette détention « pré-inculpation » a été par la suite étendue à nouveau, puisqu'elle est passée de 7 à 14 jours dans la loi relative à la justice pénale de 2003 et de 14 à 28 jours dans la loi relative au terrorisme de 2006. Une nouvelle extension à 42 jours a été adoptée de justesse, après bien des doutes sur sa compatibilité avec les obligations du Royaume-Uni en matière de droits de l'homme⁹³. Cette détention « pré-inculpation » de personnes soupçonnées d'activités terroristes pose cependant problème, y compris sur le plan de son efficacité à des fins de détention. Même une période de 42 jours finit par arriver à son terme et il faut alors, soit mettre en accusation l'intéressé, soit le remettre en liberté.

⁹⁰ Par exemple *Polizeigesetz Baden-Württemberg*, la détention doit être confirmée par un juge avant la fin du premier jour qui suit l'arrestation ; le juge doit également en indiquer la durée maximale (qui ne peut excéder 14 jours).

⁹¹ Voir *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, requêtes n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85, arrêt du 29 novembre 1988 (première).

⁹² Déclaration de l'ancien commandant de l'IRA, Jim McVeigh, cité dans un article de la Bibliothèque de droit du Congrès, « [Pre-charge detention for Terrorist Suspects: United Kingdom](#) », note 6.

⁹³ Voir [Résolution 1634 \(2008\)](#) de l'Assemblée et [Doc. 11725](#) du 30 septembre 2008, « *Proposition d'une détention « pré-inculpation » de 42 jours au Royaume-Uni* », rapport de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme, rapporteur : M. Klaas de Vries, Pays-Bas, Groupe socialiste.

5.5. Les autres solutions

5.5.1. La procédure de huis clos documentaire au Royaume-Uni

54. Dans bien des cas, cette situation pose également un autre problème, sous-jacent celui-là : il peut arriver que des éléments de preuve aient été bel et bien réunis, mais qu'ils ne puissent, du fait de leur nature, être divulgués au cours d'une audience publique sans dévoiler les méthodes de travail des autorités compétentes ou leurs sources (en particulier l'identité des informateurs). Pour prévenir ce genre de préjudice durable, les autorités britanniques ont préféré à plusieurs reprises ne pas mettre des suspects en accusation et les remettre en liberté, alors même qu'elles savaient qu'ils avaient commis de graves infractions terroristes⁹⁴. La loi relative à la justice et à la sécurité de 2013 a tenté de trancher ce dilemme en mettant en place la procédure de huis clos documentaire (« closed material procedure » - CMP)⁹⁵. Cette loi prévoit un certain nombre de garanties pour éviter tout glissement vers des « procès secrets » de personnes soupçonnées d'activités terroristes, mais elle repose sur l'essentiel sur la culture ancienne et bien ancrée d'indépendance et de regard critique à l'égard des autorités de l'exécutif, qui prévaut parmi les juges britanniques. Je ne souhaite pas me livrer à des spéculations sur la capacité de ce système à fonctionner de manière satisfaisante dans les pays dont la magistrature n'a pas le même « état de service » ou présente des traditions différentes. Mais si cette attitude fondamentale était adoptée, elle contribuerait pour beaucoup selon moi à rendre cette pratique acceptable – comme l'a laissé entendre le professeur Trechsel lors de l'audition de mars dernier.

5.5.2. La mise en résidence forcée, de M. Guzzardi au mollah Krekar

55. Il reste cependant à déterminer – notamment au vu de la proposition de M. Wold et d'autres membres de l'Assemblée que j'ai été invité à prendre en considération – ce qu'il convient de faire lorsqu'une personne représente une menace pour la sécurité nationale sans avoir – encore – commis d'infraction pénale ou après avoir purgé une peine d'emprisonnement. M. Wold m'a très aimablement fourni quelques informations sur une affaire qui s'est produite en Norvège et qui l'a amené à prendre cette initiative. Comme nous l'avons indiqué plus haut (aux paragraphes 13* à 15*), un mollah radical originaire d'Irak, qui prêche la haine des infidèles dans sa mosquée d'Oslo et est allé jusqu'à proférer des menaces de mort contre le Premier ministre norvégien, ne peut être expulsé de Norvège, essentiellement parce que l'Irak refuse de garantir qu'il ne sera pas condamné à la peine de mort et qu'aucun autre pays n'accepte de l'accueillir. Ce genre de problème ne concerne évidemment pas seulement la Norvège. L'audition organisée au mois de mars avait pour but de recenser les solutions envisageables, y compris celles qui ne relèvent pas du champ d'application de la détention administrative. Plus précisément, je songe aux mesures restrictives qui se situent en deçà du seuil de la détention, laquelle suppose une privation complète de liberté de circulation. La méthode employée par la Norvège, qui a interdit de séjour à Oslo le mollah Krekar en le réinstallant à Kyrksæterøra, une ville éloignée du centre de la Norvège où on peut supposer qu'il représentera une moindre menace pour la sécurité nationale, pourrait être un exemple de ce type de mesure⁹⁶.

56. L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Guzzardi c. Italie⁹⁷ constitue un important précédent dans ce domaine. M. Guzzardi, soupçonné d'être membre de la mafia, a été « mis en résidence forcée » avec d'autres personnes soupçonnées d'appartenir à la mafia, sur la petite île d'Asinara, au large de la Sardaigne, pendant plus d'un an après expiration de la période de détention provisoire, avant d'être finalement jugé et condamné pour entente criminelle et complicité. La Cour a pris grand soin d'établir l'existence d'une « privation » de liberté au sens de l'article 5 de la Convention, qu'il convient de distinguer de la simple « restriction » de liberté, que l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention autorise plus facilement. Au vu des circonstances de l'espèce (par exemple la petite dimension de l'île, et notamment la partie accessible aux membres supposés de la mafia sous la surveillance de la police ; l'absence de moyen d'accès autre que celui d'un bateau de la police, la limitation stricte des droits de visite et des communications), la Cour a conclu que cette « mise en résidence forcée » s'apparentait à une

⁹⁴ Voir Lord Wallace of Tankerness, intervention dans le débat sur l'extension de la procédure de huis clos documentaire au nom du Gouvernement, « [Secret courts plan in chaos: Lords reject closed hearings by crushing majority](#) », 21 novembre 2012.

⁹⁵ Voir la présentation sur le site Web du ministère britannique de la Justice, « [PART 82 – CLOSED MATERIAL PROCEDURE](#) », disponible sur : <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part-82-closed-material-procedure> ; et le rapport du Gouvernement sur l'utilisation de la procédure de huis clos documentaire de juin 2013 à juin 2014, disponible sur : <https://www.gov.uk/government/publications/report-on-use-of-closed-material-procedure-june-2013-to-june-2014>.

⁹⁶ Voir « [Krekar avoids banishment, but not confinement](#) », NEWSinENGLISH.no, 23 mars 2015, disponible sur : <http://www.newsinenglish.no/2015/03/23/krekar-avoids-banishment-but-not-confinement/> ; l'arrêté de mise en résidence forcée pris par le ministère de Justice a été annulé par une juridiction norvégienne le 20 mars 2015.

⁹⁷ Requête n° 7367/76, arrêt du 6 novembre 1980 (plénière).

« privation » de liberté, qui ne correspondait pas à l'une des exceptions énumérées à l'article 5. M. Guzzardi a ensuite été mis en résidence forcée dans une ville isolée du centre de l'Italie, sur le continent. Sa requête contre cette nouvelle mesure a été rejetée par la Commission européenne des droits de l'homme – présidée par notre expert M. Trechsel, qui l'a jugée irrecevable au motif qu'il s'agissait d'une simple restriction de la liberté de circulation de M. Guzzardi⁹⁸.

57. Au vu des explications données par notre expert norvégien, M. Rui, je dirais que la mise en résidence forcée du mollah Krekar à Kyrksæterøra est effectivement comparable à celle de M. Guzzardi, non pas la première fois sur l'île d'Asinara, mais la seconde fois, dans cette ville isolée de l'Italie continentale. Je considère, comme M. Rui, que cette mise en résidence forcée devrait être compatible avec la Convention, pour autant qu'elle se fonde correctement sur une disposition de la législation nationale, qui doit être suffisamment précise, accessible et non discriminatoire. Une disposition légale autorisant la mise en résidence forcée de personnes potentiellement dangereuses ne doit pas être uniquement applicable aux ressortissants étrangers ; c'est ce qui semble poser aujourd'hui problème en Norvège.

5.5.3. Mesures restrictives, mesures de prévention et d'investigation du terrorisme et mesures d'éloignement pour comportement antisocial

58. Le Royaume-Uni disposait de mesures similaires, sous la forme des « mesures restrictives » (Control Orders) prévues par la loi relative à la prévention du terrorisme de 2005, qui ont été remplacées en 2011 par les « mesures de prévention et d'investigation du terrorisme » (Terrorism Prevention and Investigation Measures – TPIM's)⁹⁹. En résumé, le ministre de l'Intérieur a le pouvoir d'imposer certaines restrictions aux personnes soupçonnées de représenter une menace pour la sécurité nationale, y compris sous forme d'interdiction de se rendre à certains endroits, de rencontrer certaines personnes, d'utiliser internet, ainsi qu'au moyen d'autres mesures, pendant une période maximale de deux ans. Ces mesures, qui ne privent pas totalement une personne de sa liberté en la plaçant en état d'arrestation et peuvent être appliquées par l'intermédiaire d'une surveillance électronique, permettent d'affecter à d'autres tâches les effectifs policiers qui auraient été nécessaires à sa surveillance permanente.

59. Ces mesures peuvent être imposées par voie administrative, selon une procédure appliquée par le ministère de l'Intérieur ; mais il existe un autre instrument, la mesure d'éloignement pour comportement antisocial (anti-social behaviour order – ASBO)¹⁰⁰, qui présente l'avantage, sur le plan du respect de l'état de droit, de devoir être ordonnée par un juge. Elle est utilisée à titre préventif pour maintenir une personne violente à distance de son conjoint ou pour tenir un individu condamné pour conduite en état d'ivresse et récidiviste éloigné du pub où il a ses habitudes. Il convient de se demander si le discours de haine décrit par M. Wold dans sa proposition de résolution ne pourrait pas être qualifié de « comportement antisocial » lui aussi. Notons que le non-respect de cette mesure d'éloignement est constitutif d'une infraction pénale passible de sanctions pénales, y compris d'une peine d'emprisonnement.

5.5.4. En dernier ressort, l'extension du droit pénal positif

60. Enfin, comme l'a indiqué M. Trechsel lors de l'audition de mars dernier, la détention (provisoire ou après condamnation) de personnes soupçonnées d'activités terroristes peut également être facilitée par l'extension prudente des limites du droit pénal positif. L'une des directions à suivre pourrait consister à incriminer spécifiquement les actes de préparation des actes terroristes ou qui visent à les faciliter, en dépassant le champ d'application classique de la « complicité » d'une infraction précise. On pourrait également imaginer de créer de nouvelles infractions pénales pour lesquelles la preuve d'une participation à leur commission pourrait être apportée plus aisément, comme le fait d'être membre d'un groupe terroriste. Dans les situations extrêmes, la propagande à caractère haineux peut être en soi une infraction pénale, surtout si elle s'accompagne d'incitation à la violence. Selon moi, le cas évoqué en Norvège peut parfaitement se rattacher à cette catégorie. À ce propos, il convient de prendre en compte la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (STCE 196) et son Protocole additionnel de 2015¹⁰¹, qui prévoient l'incrimination par les États parties d'un certain nombre d'actes accessoires liés au terrorisme, comme certains actes préparatoires, le recrutement et la propagande.

⁹⁸ Requête n° 23046/93, non publiée.

⁹⁹ Voir BBC, [Q & A: Control Orders](#), 3 janvier 2011, et les rapports annuels de l'Observateur britannique indépendant de la législation relative à la lutte contre le terrorisme sur [les mesures de prévention et d'investigation du terrorisme et les mesures restrictives](#) ; pour une évaluation critique, voir l'article consacré par LIBERTY aux [mesures de prévention et d'investigation du terrorisme](#).

¹⁰⁰ Mise en place par la [loi de 1998 relative à la criminalité et aux troubles à l'ordre public](#).

¹⁰¹ Voir l'[Avis sur le Projet de Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme](#), [Doc. 13763](#) du 21 avril 2015, rapporteur : Lord John Tomlinson, Royaume-Uni/SOC.

61. Je préconiserais, en accord avec l'ensemble de nos experts, de faire preuve de prudence dans l'extension du droit pénal, dont la clarté, la prévisibilité et la proportionnalité ne doivent pas souffrir d'une réaction à brûle-pourpoint du législateur face à un attentat terroriste tout récent.

6. Conclusion

62. Comme nous l'avons vu, la détention administrative demeure une pratique répandue dans les Etats membres. Sa légalité fait l'objet d'un certain nombre de garanties, dont la violation porte atteinte au droit international et européen des droits de l'homme.

63. Si les défis auxquels se trouvent confrontés les Etats membres, notamment en matière de contrôle des flux migratoires et de sécurité nationale, ne doivent pas être sous-estimés, il n'en demeure pas moins que la gestion de ces défis, aussi problématique soit-elle, ne saurait justifier de porter atteinte à l'état de droit et au respect des droits de l'homme, qui constituent les fondements mêmes de nos sociétés démocratiques. Comme nous l'avons vu plus haut, il existe d'autres solutions qu'un recours à la détention préventive préjudiciable à la protection du droit à la liberté et à la sûreté. Le projet de résolution qui précède le présent rapport synthétise ces conclusions.