

N° 6779⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2014-2015

PROJET DE LOI

1. relative à la protection internationale et à la protection temporaire;
2. modifiant
 - la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d’avocat,
 - la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l’immigration,
 - la loi du 28 mai 2009 concernant le Centre de rétention;
3. abrogeant la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d’asile et à des formes complémentaires de protection

* * *

AVIS DE LA COMMISSION CONSULTATIVE DES DROITS DE L’HOMME DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

(14.7.2015)

I. INTRODUCTION

La Commission consultative des Droits de l’Homme du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après, „la CCDH“) a été saisie par le Ministre de l’Immigration et de l’Asile en janvier 2015 pour donner son avis sur le projet de loi 6779.

Les dispositions en matière de protection internationale interpellent la CCDH, car le droit d’asile est un droit fondamental consacré par la Déclaration universelle des droits de l’Homme (art. 14) et la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (art. 18).

Le respect des droits fondamentaux des demandeurs d’asile (ci-après, „les DPI“) a été un sujet de préoccupation pour la CCDH depuis sa création et elle a rendu de nombreux avis à ce sujet au fil des ans¹.

La CCDH profite aussi de l’occasion pour réitérer certaines conclusions et propositions qu’elle a faites par rapport au projet de loi 6507 portant modification (1) de la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d’asile et à des formes complémentaires de protection; (2) de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l’immigration².

En premier lieu, la CCDH aimerait souligner certaines améliorations que le présent projet de loi crée par rapport au cadre légal existant en matière d’asile.

• Les points positifs

A l’article 10.3, l’obligation d’un examen approprié de la demande de protection internationale est étendue davantage, puisque le nouvel article prévoit que le ministre doit veiller à ce que les agents chargés d’examiner les demandes et de prendre les décisions, connaissent les normes applicables en matière d’asile et de droit des réfugiés et qu’ils aient la possibilité de demander conseil à des experts.

1 CCDH Avis 01/2003, Avis 03/2005, Avis 01/2007, Avis 02/2008, Avis 03/2009, Avis 02/2011, Avis 02/2013 disponibles sur le site www.ccdh.public.lu

2 CCDH avis 02/2013

La CCDH salue le fait que le demandeur de protection internationale soit maintenant autorisé à exposer son point de vue concernant l'application des motifs relatifs aux demandes irrecevables, avant que le ministre ne prenne une décision sur la recevabilité d'une demande (art. 13).

La CCDH est aussi satisfaite de voir que l'article 14.3 précise que la communication au cours de l'entretien sur le fond de la demande, aura lieu „dans la langue pour laquelle le demandeur a manifesté une préférence“, et plus généralement que de nouvelles garanties sont créées pour les DPI au cours de cet entretien.

Selon l'article 15.1 du projet, le demandeur aura la possibilité de fournir des éléments supplémentaires en cas de contradiction ou d'incohérence dans ses déclarations, ce qui constitue une avancée positive dans l'optique d'une instruction objective et impartiale de la demande.

Ensuite, l'article 16 prévoit la possibilité d'un examen médical pour relever d'éventuels signes de persécution, ce qui constitue un point positif par rapport à la loi actuelle où il n'existe aucune obligation de cette nature même si le demandeur mentionne l'existence de signes constatables de persécution.

Finalement, l'article 26 du projet de loi limite la procédure en première instance à une durée maximale de 21 mois. La loi actuellement en vigueur prévoit seulement que la procédure doit être menée à terme dans les meilleurs délais et n'impose aucune obligation quant au temps accordé, ce qui mène à des situations où certains demandeurs de protection internationale attendent des années avant d'avoir une réponse alors que d'autres l'ont en quelques semaines, voire jours.

La CCDH doit néanmoins constater que le projet de loi laisse encore beaucoup de questions en suspens et que de nombreuses dispositions présentent des incompatibilités avec les droits fondamentaux tels qu'ils sont proclamés et protégés par les textes européens et internationaux.

Le présent avis se concentre sur les principales préoccupations soulevées par le projet de loi 6779 relatif à la protection internationale et à la protection temporaire et déplore ne pas avoir disposé de suffisamment de temps et de moyens pour pouvoir se prononcer avant le 15 juillet 2015 sur le projet de loi 6775 relatif à l'accueil des demandeurs de protection internationale au Luxembourg, dont l'adoption ainsi que celle du texte sous avis, doivent intervenir avant cette date selon les directives que ces deux textes transposent.

*

II. ANALYSE DU PROJET DE LOI AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX DES DEMANDEURS DE PROTECTION INTERNATIONALE

1. Les définitions

L'article 2 du projet de loi reprend majoritairement les définitions figurant à l'article 2 de la directive 2013/32³. Or, dans un souci de clarté et de cohérence, la CCDH considère qu'il faudrait y inclure encore d'autres définitions, notamment celles de „la demande ultérieure“, de „l'administrateur ad hoc“ et du „mineur non émancipé“.

2. Le droit à l'information

La CCDH estime important de clairement définir à l'article 5 (2) les „conséquences procédurales pertinentes“ envisagées lorsqu'un DPI majeur à charge d'un autre DPI, renonce à son droit de déposer personnellement sa demande, celle-ci étant déposée par le demandeur „principal“, afin que la personne sache ce qu'elle accepte et à quoi elle renonce.

A l'article 5.4, il y a lieu de prévoir l'obligation d'informer le mineur non accompagné de son droit de présenter une demande soit en son nom soit par l'intermédiaire d'un représentant.

Par ailleurs, la CCDH estime important de prévoir la possibilité pour toute personne de recevoir, sur demande, une copie de son dossier.

³ Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)

3. L'accès à la procédure

L'accès à la procédure de protection internationale est réglé par les articles 4, 6 et 7 du projet de loi.

L'article 4.1 prévoit que „*lorsqu'une personne présente une demande de protection internationale au ministre, l'enregistrement a lieu au plus tard trois jours ouvrables après la présentation de la demande*“, mais précise ensuite que cet enregistrement peut être porté à dix jours.

Ensuite, selon l'article 6, après l'enregistrement, le demandeur est convoqué „*dans les meilleurs délais pour introduire sa demande*“ sans que ce délai ne soit plus défini, ce qui laisse théoriquement la possibilité de suspendre ainsi sans limite l'accès du DPI à la procédure. De plus, le texte prévoit que la demande est réputée introduite „*à partir du moment où le demandeur présente le formulaire prévu à cette fin, dûment rempli*“. Il n'y a pas non plus de précisions concernant ce formulaire. La CCDH se demande de quel formulaire il s'agit et à qui celui-ci est à remettre.

Finalement, dans un délai de trois jours à compter de cette dernière étape, le DPI reçoit son attestation (art. 7).

Il n'est ainsi pas du tout clair combien de temps cette procédure peut prendre („*dans les meilleurs délais*“) et quand exactement cette demande est réputée introduite.

Les auteurs du texte rendent non seulement très compliqué un système, relativement simple actuellement, mais ils laissent les DPI en situation irrégulière pendant une période de temps non définie. La CCDH ne perçoit pas les raisons d'un tel changement, si ce n'est de laisser plus de flexibilité à l'autorité administrative en cas „d'afflux massif“ de DPI. Même dans ces situations, la CCDH estime qu'il est fondamental de fixer des limites au vu des très graves risques d'atteintes au droit fondamental de demander l'asile.

Par ailleurs, il y a lieu de relever le lien qui existe entre ces dispositions et le projet de loi 6775 relatif à l'accueil des demandeurs de protection internationale.⁴

Ainsi, selon l'article 4 du projet de loi relatif à l'accueil, le demandeur bénéficie seulement d'un accueil de base pendant la période se situant entre l'introduction de la demande de protection internationale et la présentation de l'attestation du statut de demandeur ce qui est fort critiquable. Pour aggraver la chose, le demandeur reste même sans accueil de base, donc sans aucune ressource avant l'introduction de la demande.

Finalement, il ne faut pas non plus oublier que ces différentes étapes de la procédure ont aussi un impact sur les personnes vulnérables.

La CCDH est indignée par cette nouvelle procédure qui non seulement laisse les demandeurs dans une situation d'incertitude susceptible de porter gravement atteinte à leurs droits fondamentaux, mais qui crée encore un risque d'arbitraire.

La CCDH exhorte les auteurs d'imposer un délai fixe dans lequel le DPI est convoqué pour introduire sa demande et de préciser les modalités et la formalisation de celles-ci. Elle invite les auteurs à simplifier au maximum l'accès à la procédure et à renoncer à des étapes inutiles et dangereuses pour les droits fondamentaux des DPI.

L'article 13.3 prévoit que „*lorsqu'une personne a introduit une demande de protection internationale au nom des personnes à sa charge, chaque personne majeure à charge a la possibilité de participer à un entretien personnel*“.

Or, lorsque le chef de famille introduit une demande de protection internationale pour toute personne à sa charge, à savoir sa femme/sa compagne et ses enfants, des informations sont regroupées dans un seul dossier „*famille*“.

C'est dans ce dossier que disparaît souvent le vécu des membres, en particulier les traumatismes dont les femmes ont pu être victimes (viols, violences domestiques, pressions systématiques etc.).

La CCDH estime que chaque membre de famille doit avoir le droit, et pas seulement la possibilité, à l'ouverture d'un dossier personnel et à un entretien personnel.

⁴ Projet de loi 6775 relatif à l'accueil des demandeurs de protection internationale au Luxembourg

4. Droit à l'assistance judiciaire

L'exposé des motifs ainsi que le commentaire de l'article 17 pourraient laisser croire que la nouvelle législation en matière d'assistance juridique des DPI dont les ressources sont insuffisantes, serait généreuse, en ce qu'elle serait le résultat d'une transposition des dispositions de la directive les plus favorables parmi celles que le législateur européen proposait aux Etats membres. On peut également y lire que le système actuel n'aurait pas changé en ce que le DPI aurait le droit „de bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite tout au long de la procédure, néanmoins sous certaines conditions“.

La CCDH estime cependant que les conditions en question sont loin d'être anodines et qu'elles entraîneront une perte très significative de droits pour les DPI qui n'auraient plus qu'un accès de „seconde classe“ à la justice.

Ainsi, si un demandeur pourra continuer à être gratuitement assisté par un avocat pendant la procédure non contentieuse, en particulier pendant l'entretien, et représenté devant les juridictions pour contester certaines décisions, le deuxième paragraphe de l'article 11 du projet prévoit étonnamment que la consultation de cet avocat à tout stade de la procédure devra se faire „à ses frais“. La CCDH est certaine que l'économie que l'Etat réaliserait en s'exonérant du paiement de ces consultations, serait bien faible par rapport à l'ampleur de l'amputation dans le droit d'accès à la justice qu'elle entraînerait pour les demandeurs de protection internationale. Ces personnes seraient ainsi les seuls justiciables éligibles à l'assistance judiciaire qui devraient néanmoins payer les consultations de leur avocat. Comme la très grande majorité d'entre elles n'en auront certainement pas les moyens, il est tout aussi certain que ces consultations n'auront jamais lieu et la CCDH estime que les conséquences en termes d'atteintes à leur droit d'accès à un tribunal, seront très sérieuses et dommageables.

Ce droit se voit également gravement menacé par les nouvelles dispositions de l'article 17. En effet, le projet entend limiter le droit de recours des demandeurs de protection internationale à certaines décisions. Sont ainsi implicitement exclues, par exemple, la décision qui refuserait de reconnaître à un demandeur la qualité de demandeur nécessitant des garanties procédurales spéciales en raison de son état de vulnérabilité, ou encore toute décision en matière d'accueil des demandeurs et en particulier les décisions de retrait de ces conditions d'accueil. Le texte exclut par ailleurs formellement d'accorder l'assistance juridique au demandeur qui ne serait plus sur le territoire après avoir déposé une demande ultérieure déclarée irrecevable. La CCDH estime que ces restrictions ne sont pas acceptables. Elle rappelle que le droit de demander asile est un droit fondamental et considère qu'il n'est pas possible de restreindre l'accès au tribunal de ceux qui l'exercent.

Enfin, le deuxième paragraphe *in fine* de l'article 17 du projet met également en danger le droit d'accès au Tribunal des demandeurs en laissant la possibilité de leur refuser l'assistance juridique gratuite pour un recours qui serait „considéré comme n'ayant pas de perspectives tangibles de succès“. La CCDH tient ici à rappeler très fermement un des principes dégagés par la CEDH dans son arrêt AERTS c/ Belgique du 30 juillet 1998 (61/1997/845/1051) selon lequel il n'est pas possible, sans porter atteinte à la substance même du droit d'accès au tribunal, qu'une instance chargée d'accorder le bénéfice de l'assistance juridique gratuite se substitue à la juridiction compétente pour toiser du bien-fondé d'une action, en appréciant au préalable les chances de succès de cette action et en décidant que la prétention ne paraîtrait pas juste pour refuser l'octroi de l'assistance juridique. La CCDH ne voit par ailleurs pas comment cette instance serait en mesure de se prononcer en temps utile sur les perspectives tangibles de succès d'un recours contre certaines décisions au vu des délais dans lesquels le demandeur sera contraint de les attaquer.

La CCDH se trouve extrêmement préoccupée par le net recul que représente le projet par rapport à la situation actuelle en matière d'assistance et d'accès au tribunal des demandeurs de protection internationale et s'oppose à celui-ci.

La CCDH exhorte le Gouvernement à retirer les trois mots „à ses frais“ du deuxième paragraphe de l'article 11 du projet. Elle lui conseille vivement de revoir le texte de l'actuel article 17, en abandonnant d'une part ses deuxième et troisième paragraphes et en modifiant d'autre part son premier par la réaffirmation formelle du principe du droit à l'assistance juridique gratuite pour le demandeur de protection internationale qui n'aurait pas les ressources nécessaires suffisantes. Dans cette perspective, il sera également nécessaire de renoncer à la modification projetée de l'article 37-1 de la loi sur la profession d'avocat. Par ailleurs, afin de ne pas imposer une restriction au droit des seuls DPI d'être assistés, qui ne le serait pas aux autres administrés, la CCDH estime nécessaire de rajouter à la dernière phrase de l'article 13.2 du projet, les termes „sans préjudice quant à l'article 10 du règlement grand-

ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes“.

5. Le droit à la traduction

L'article 10(5) dispose ainsi que „*tout document remis au ministre rédigé dans une autre langue que l'allemand, le français ou l'anglais doit être accompagné d'une traduction dans une de ces langues, afin d'être pris en compte dans l'examen de la demande de protection internationale*“. La CCDH doit constater qu'en pratique une distinction sera faite entre les demandeurs qui sont assistés par un avocat et ceux qui ne le seront pas. Pour les premiers, les traductions des documents seront demandées par leur avocat et prises en charge soit par eux, soit par l'assistance judiciaire alors que les autres demandeurs devront assumer ces démarches seuls. Afin d'éviter une différence de traitement, la CCDH estime nécessaire que le texte prévoit que le ministre soit chargé sans distinction des traductions des documents, cette mission relevant de son devoir d'instruction de la demande.

6. Le droit à un interprète

La CCDH salue le fait que le projet de loi prévoit dans son article 11.2 le droit à un interprète gratuit pour le DPI. Cependant, elle estime qu'il faudra veiller très scrupuleusement à la mise en oeuvre effective de ce droit.

La CCDH approuve la teneur de l'article 11.2 qui prévoit que „*le demandeur bénéficie, en tant que de besoin, des services d'un interprète à titre gratuit pour présenter ses arguments durant la procédure d'examen et durant les procédures de recours.*“ Cependant, elle se questionne sur le statut des interprètes: seront-ils assermentés et seront-ils liés par le secret professionnel et/ou par un code éthique? Qu'en seront les conséquences en termes de confidentialité? Comment et par qui les interprètes seront-ils recrutés et selon quels critères? Le ministère aura-t-il recours aux interprètes figurant sur la liste du Parquet?

En fonction de l'histoire du DPI et de ses traumatismes, la CCDH estime nécessaire que le ministre puisse accéder à la requête d'un demandeur, avec les mêmes réserves que celles formulées aux points b et c de l'article 14.3, à un interprète pour des raisons liées à la race, à la couleur, à la langue, à la religion, aux opinions politiques ou à toutes autres opinions, à l'origine nationale ou sociale, à l'appartenance à une minorité nationale, à la fortune, à la naissance ou à toute autre situation.

7. Les DPI mineurs

La CCDH estime également important de laisser la possibilité à tout mineur, y compris un mineur non émancipé, de présenter une demande de protection internationale en son propre nom.

En ce qui concerne l'entretien personnel, l'article 13.3 du projet de loi prévoit que „*lorsqu'une personne a introduit une demande de protection internationale au nom des personnes à sa charge, chaque personne majeure à charge a la possibilité de participer à un entretien personnel*“. La CCDH estime nécessaire de prévoir aussi cette possibilité d'un entretien personnel pour les mineurs, d'autant plus que la directive le prévoit.⁵

L'article 20.1 prévoit dans son premier paragraphe qu'„*afin de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant, le mineur non accompagné se voit désigner, dès que possible un représentant, à savoir une personne ou une organisation désignée par le juge des tutelles en tant qu'administrateur ad hoc afin de l'assister et de le représenter au cours des procédures relatives à sa demande de protection internationale et, le cas échéant, d'accomplir des actes juridiques en son nom. Lorsqu'une organisation est désignée comme représentant, elle désigne une personne chargée de s'acquitter des obligations de représentation à l'égard du mineur non accompagné*“.

Le rôle de l'administrateur ad hoc semble ainsi toujours limité à une fonction d'assistance au niveau de la procédure d'examen de la demande de protection internationale.

Aux yeux de la CCDH, il importe de faire ici le lien avec le projet de loi relatif à l'accueil des DPI, qui lui, dans son article 27, prévoit que „*le mineur non accompagné se voit désigner, dès que possible,*

⁵ Article 14 § 4 de la directive: „*Les Etats membres peuvent déterminer dans leur droit national dans quels cas un mineur se verra offrir la possibilité d'un entretien personnel*“.

un représentant tel que défini à l'article 20 de la loi du jmmaaaa relative à la protection internationale et à la protection temporaire qui lui permet de bénéficier des droits et de respecter les obligations liées à l'accueil". Elle se réfère au commentaire de cet article qui explique que „(...) l'article 24 de la directive „accueil“ prévoit que le mineur non accompagné peut se voir attribuer un représentant chargé de veiller à son bien-être général. Ses missions consistent notamment à expliquer au mineur les décisions prises à son sujet, à exercer les voies de recours lorsqu'il estime que les décisions prises vis-à-vis du mineur ne sont pas conformes à son intérêt, à veiller à ce que le mineur bénéficie d'une scolarité, d'un soutien psychologique, des soins médicaux nécessaires, d'un hébergement adéquat, de l'aide des pouvoirs publics, ainsi qu'à assister le mineur dans toutes les procédures le concernant et participer aux auditions".

La CCDH constate que certaines de ces missions décrites relèvent d'ores et déjà de la compétence du tuteur. Ainsi formulé, le texte risque donc de créer une confusion et un conflit des mandats respectifs du tuteur et de l'administrateur ad hoc. La CCDH insiste sur l'importance de garder l'institution du tuteur et elle demande simplement aux auteurs du texte de clarifier davantage le rôle de l'administrateur ad hoc par rapport à celui de l'avocat et à celui du tuteur.

La CCDH estime en conséquence que le mineur non accompagné doit bénéficier d'un soutien par un représentant désigné par le juge des tutelles au cours des procédures relatives à sa demande de protection internationale et pendant l'accueil. Ainsi, la CCDH regrette de constater que l'article 20.2 prévoit que „l'administrateur ad hoc **ou** l'avocat assiste à l'entretien et peut poser des questions et faire des observations". L'administrateur ad hoc doit assister le mineur non accompagné dans le cadre de la procédure de demande de protection internationale et donc de l'entretien, étape cruciale de la procédure.

La CCDH estime que le rôle de l'administrateur ad hoc n'étant à l'heure actuelle pas défini, il n'est pas possible d'exclure celui-ci ou l'avocat lors de l'entretien du mineur sous prétexte que l'autre serait présent.

Il faut d'ailleurs souligner que la loi actuelle prévoit que l'administrateur ad hoc est autorisé à assister à cet entretien et à poser des questions, tout comme l'avocat, et que la directive 2013/32/UE „Procédure“ donne aussi la possibilité à „un représentant **et/ou** un conseiller juridique“ d'assister à cet entretien (art. 25.1 b)).

Finalement, la CCDH estime aussi important d'inclure le tuteur, comme troisième acteur accompagnant le mineur dans le cadre de cette procédure de protection internationale, dans ce processus.

L'article 20.3 du projet de loi dispose que „le ministre peut s'abstenir à faire désigner un administrateur ad hoc au mineur non accompagné qui atteindra selon toute vraisemblance, l'âge de 18 ans avant qu'une décision ne soit prise par le ministre. Dans ce cas, le mineur non accompagné peut introduire la demande en son nom".

La CCDH ne peut pas accepter ce paragraphe qu'elle estime dangereux en termes de risque d'arbitraire, sachant que la procédure d'examen d'une demande de protection internationale, telle que prévue par le projet de loi, pourra, dans des situations exceptionnelles, prendre au maximum 21 mois. Le ministre pourrait ainsi refuser l'assistance d'un administrateur ad hoc à un mineur âgé de 16 ans. La CCDH souligne que toute personne âgée de moins de dix-huit ans est à considérer comme un mineur et elle considère inacceptable de limiter les droits des mineurs en fonction de leur âge.

La CCDH insiste par ailleurs sur le fait que, dans l'intérêt supérieur du mineur non accompagné, il convient de nommer *de suite* un administrateur ad hoc, respectivement un tuteur, même si l'âge du DPI n'a pas encore pu être évalué.

La CCDH se félicite des dispositions plus favorables concernant la détermination de l'âge du mineur non accompagné (art. 20.4), en ce qu'elles précisent que „le ministre peut ordonner des examens médicaux afin de déterminer l'âge du mineur non accompagné lorsqu'il a des doutes à ce sujet après avoir pris connaissance de déclarations générales ou de tout autre élément pertinent.”

Si, par la suite, des doutes sur l'âge du demandeur persistent, il est présumé que le demandeur est un mineur.“

Elle tient cependant à souligner que le test osseux, qui reste l'outil le plus utilisé au Luxembourg pour statuer sur la minorité, respectivement la majorité du DPI, est très critiqué par de nombreuses organisations, dont notamment le Parlement européen qui dans son rapport sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne (2012/2263(INI)) „déploie le caractère inadapté et invasif des techniques médicales utilisées pour la détermination de l'âge dans certains Etats membres, parce

qu'elles peuvent occasionner des traumatismes, et parce que certaines de ces méthodes, basées sur l'âge osseux ou sur la minéralisation dentaire, restent controversées et présentent de grandes marges d'erreur."

La CCDH s'oppose par ailleurs à l'idée de placer des mineurs en rétention administrative et elle regrette que l'article 22 du projet prévoit la possibilité (même si subordonnée à certaines restrictions) de placer des mineurs, y compris des mineurs non accompagnés, en rétention. La CCDH exhorte les auteurs d'exclure cette possibilité de la loi. La CCDH souligne que, conformément à l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale et elle estime que le Gouvernement doit veiller à ce que les enfants soient traités avant tout comme des enfants. Le placement de mineurs en rétention est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et constitue une violation manifeste de leurs droits.

A cet égard, elle renvoie au rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe „Les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants“ du 15 septembre 2014⁶, ainsi qu'à sa résolution 1707 (2010) „Rétention administratives des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe“⁷.

8. La rétention des demandeurs de protection internationale

La CCDH tient à réitérer sa position sur le principe du placement du demandeur de protection internationale dans une structure fermée. Comme elle l'a déjà fait à plusieurs reprises dans le passé, elle tient à souligner l'incompatibilité de certains cas de rétention avec l'article 5.1 de la CEDH⁸.

La CCDH salue le fait que le projet de loi prévoit dans son article 22.1 que les personnes retenues sont hébergées dans le centre spécialement conçu pour la rétention liée à l'immigration (Centre de rétention).

En ce qui concerne les motifs de la rétention, l'article 22.2 du projet de loi reprend les motifs énumérés dans l'article 8.3 de la directive 2013/33. La CCDH note avec satisfaction que ces motifs sont rédigés de façon plus claire par rapport à la loi précédente.

Il y a lieu de rappeler que conformément aux principes et instruments juridiques internationaux, européens et nationaux, la mesure de rétention doit être considérée comme une mesure de dernier ressort et ne doit être appliquée, que si d'autres mesures, moins coercitives se révèlent inefficaces dans un cas particulier. La décision doit être prise après une évaluation individuelle de la situation (et non pas seulement sur base d'un dossier administratif).

La CCDH note avec satisfaction que l'article 22.3 du projet de loi prévoit d'introduire d'autres mesures moins coercitives que la rétention, comme notamment l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités et de remettre les documents d'identité, l'assignation à résidence dans les lieux fixés par le ministère qui peut être assortie d'une mesure de surveillance électronique ou de déposer une garantie financière d'un montant de cinq mille euros.

La CCDH est satisfaite de constater que les auteurs du texte aient choisi de transposer littéralement la directive 2013/33/UE „Accueil“ (voir art. 8.4) et d'inclure plusieurs alternatives à la rétention, telles

6 Dans ce rapport l'Assemblée parlementaire a noté que la rétention, même de très courte durée et dans des conditions relativement humaines, „peut avoir des conséquences graves à plus ou moins long terme sur la santé physique et mentale des enfants. Les enfants migrants placés en rétention sont particulièrement exposés aux effets négatifs du placement en rétention et peuvent être gravement traumatisés“. Elle a souligné que cette pratique est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et constitue une violation manifeste de ses droits. Elle a encore ajouté que „les mineurs non accompagnés ne devraient jamais être placés en rétention“.

7 Point 9.1.9 de cette résolution prévoit qu'„en règle générale, les personnes vulnérables ne sont pas placées en rétention, et en particulier les mineurs non accompagnés ne sont jamais retenus“.

8 L'article 5.1 de la CEDH prévoit que „Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales:

(...) f. s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

Dans l'avis 03/2005 sur le projet de loi 5437 relatif au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection et l'avis 01/2007 sur le projet de loi n° 5654 relatif à la création d'un Centre de Rétention, la CCDH a fait remarquer que pour satisfaire aux exigences de l'article 5.1. précité, le projet de loi devrait se limiter à donner la possibilité au ministre compétent de placer le demandeur dans une structure fermée et donc de porter atteinte à sa liberté individuelle, dans la seule hypothèse où il ferait l'objet d'une procédure d'expulsion ou d'extradition (tout en insistant sur le fait que l'article 5. f aborde le cas des étrangers en général et non des demandeurs de protection internationale en particulier).

que déjà prévues par la directive 2008/115/CE et recommandées par la CCDH dans son avis 02/2011 sur le projet de loi 6218.

Cependant, selon la CCDH, il est critiquable de confier la mise en oeuvre du dispositif technique permettant le contrôle à distance proprement dit à une personne de droit privé sans prévoir les garanties et précisions supplémentaires quant aux obligations de cette personne. Il s'agit ici d'une intrusion importante dans la vie privée des DPI.

En ce qui concerne le dépôt la garantie financière d'un montant de cinq mille euros, la CCDH estime que cette mesure est difficilement réalisable en pratique et elle invite les auteurs du projet à la reconsidérer, voire à la supprimer. En outre, le projet de loi prévoit que cette somme n'est pas restituée au DPI en cas „d'éloignement par contrainte“. La CCDH estime cela inacceptable, puisqu'ainsi toute personne qui ne rentrerait pas volontairement, perdrait cette garantie financière.

Quant au risque de fuite qui permet de placer un DPI en rétention, la CCDH estime que l'article 22.2 d) constitue un avancement par rapport à la législation actuelle en ce qu'il donne une définition claire du risque de fuite, qui doit être „basé sur un faisceau de circonstances établissant que le demandeur a l'intention de se soustraire aux autorités dans le seul but de faire obstacle à une mesure d'éloignement“. Elle relève cependant une contradiction dans le texte qui ne manquera pas de poser problème quant à son interprétation et son application. En effet, l'article 22.2 d) prévoit que le placement en rétention du DPI est possible si le risque de fuite peut être établi. Or, selon l'article 22.3, il faut d'abord voir, avant de placer un DPI en rétention, si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées. Parmi celles-ci, l'assignation à résidence prévue à l'article 22.3 b) qui prévoit la possibilité de l'assignation à résidence „si le demandeur présente des garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque de fuite“.

La CCDH s'interroge également sur l'utilité de placer le demandeur de la protection internationale en rétention pour établir ou vérifier son identité ou sa nationalité. Selon la résolution 1707 (2010) susmentionnée, la rétention est appliquée uniquement quand elle est nécessaire et proportionnée à l'objectif visé. La CCDH est d'avis que ce motif de la rétention ne remplit pas lesdites exigences.

L'article 22.5 prévoit en outre le contrôle juridictionnel des décisions de placement en rétention. Cependant, il ne dispose pas que les décisions concernant la rétention sont examinées automatiquement à intervalles raisonnables, ce qui est prévu à l'article 9.5 de la directive 2013/33/UE „Accueil“ et recommandé par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa résolution susmentionnée (point 9.2.10). La CCDH préconise donc d'insérer cette obligation dans la loi.

9. L'entretien personnel

La CCDH estime nécessaire de définir „les efforts raisonnables“ qui sont déployés pour permettre au demandeur de fournir davantage d'informations si aucun entretien n'a été mené pour un DPI qui n'est pas en mesure d'être interrogé en raison de circonstances durables indépendantes de sa volonté (art. 13.5) et de faire le lien avec les personnes ayant besoin de garanties procédurales spéciales.

Elle regrette aussi de constater que l'article 15.4 prévoit un délai de 8 jours en cas d'enregistrement de l'entretien personnel alors que l'article 15.2 ne prévoit pas de délai pour fournir encore des explications ou expliquer des incohérences après l'entretien qui n'est pas enregistré oralement.

La CCDH estime qu'il n'y pas de raisons valables pour faire cette différenciation.

Finalement, les moyens techniques le permettant et pour des raisons évidentes, la CCDH recommande vivement l'enregistrement systématique de tous les entretiens personnels, même si un agent retranscrit les déclarations du DPI au cours de cet entretien, enregistrement qui serait disponible au dossier, afin de faciliter la preuve en cas de litige.

10. La formation

La CCDH est satisfaite de constater que le projet de loi crée une obligation de formation pour les agents ministériels (art. 3.2), mais elle estime indispensable de définir avec plus de précision les formations minimales ainsi que leur fréquence.

En plus, elle souligne l'importance de formations spécifiques pour tous les professionnels intervenant dans la procédure de demande d'asile, notamment les traducteurs/interprètes et les professionnels de santé.

11. Les personnes ayant besoin de garanties procédurales spéciales

La CCDH estime que la procédure de détection des personnes ayant besoin de garanties procédurales spéciales, régie par l'article 19, est trop vague et risque de dépendre beaucoup de sa mise en oeuvre pratique.

Sachant que la procédure en première instance peut durer jusqu'à 21 mois, il est inacceptable de prévoir que le ministre doit faire cette évaluation „dans les meilleurs délais“ et seulement avant qu'une décision ne soit prise en première instance. Selon la CCDH, l'évaluation des garanties procédurales spéciales devrait absolument se faire avant tout autre entretien.

La CCDH salue le fait que le ministre puisse demander conseil à un professionnel de santé pour faire cette évaluation, mais elle regrette l'absence de garantie et de précision quant aux conséquences sur le secret médical.

La CCDH se permet encore d'insister sur l'importance d'un personnel de santé ayant l'expérience et les compétences nécessaires pour évaluer la vulnérabilité des DPI.

12. L'examen médical

La CCDH se félicite que le projet de loi prévoit dans le cadre de l'évaluation de la demande, la possibilité pour le demandeur d'être soumis à un examen médical portant sur des signes de persécutions ou d'atteintes graves subies dans son passé. Elle déplore cependant que l'article 16.1 donne un pouvoir d'appréciation trop important au ministre sans les garanties qui devraient l'accompagner. Si celui-ci estime l'examen médical pertinent, il sera réalisé aux frais de l'Etat. Or, si l'examen médical n'est pas réalisé dans ce cadre, le demandeur pourra de sa propre initiative et à ses frais, se soumettre à un examen médical (16.2.).

La CCDH regrette cette situation tout comme elle regrette que le projet ne prévoit pas la possibilité pour le DPI de contester ni la décision du ministre concernant l'opportunité de l'examen médical, ni les conclusions du médecin.

L'article 16 prévoit aussi que l'examen médical prendra en compte le „Manuel pour enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants“ arrêté par le Protocole d'Istanbul en 1999. La CCDH insiste sur l'importance de veiller au respect de ce protocole. Elle attire particulièrement l'attention sur

- son article 66 qui préconise que „*les professionnels de la santé ont des obligations doubles: l'obligation primordiale d'agir au mieux de l'intérêt de leur patient et l'obligation générale de veiller au nom de la société au respect de la justice et des droits de l'homme.*“,
- son article 261 qui précise que „*L'évaluateur devrait établir un rapport détaillé sur les antécédents du sujet, procéder à un examen de son état mental, évaluer son fonctionnement social et rédiger une synthèse de ses propres impressions cliniques. Il devrait également poser un diagnostic psychiatrique lorsqu'il y a lieu. Compte tenu de la fréquence très importante de symptômes psychologiques chez les victimes de la torture, toute enquête sur des allégations de torture devrait inclure une évaluation psychologique*“,
- son article 90 qui préconise que „*(...) L'enquêteur responsable devrait avoir une formation ou une expérience des investigations sur les cas de torture et du travail avec les victimes de traumatismes, y compris la torture. Si l'enquêteur désigné ne possède pas de formation ou d'expérience dans ces domaines, il devra s'informer aussi complètement que possible sur la torture et les conséquences physiques et psychologiques avant de s'entretenir avec la victime. Pour ce faire, il pourra recourir à différentes sources, au nombre desquelles le présent manuel, diverses publications spécialisées, des cours de formation et des conférences professionnelles (...)*“. La CCDH estime que les professionnels en charge de ces évaluations devraient absolument disposer d'une formation psychologique et/ou psychiatrique, ainsi que de connaissances spécifiques et approfondies dans la prise en charge des personnes traumatisées, cette considération valant tant pour les adultes que pour les enfants, éventuelles victimes directes ou indirectes de traumatismes,
- son article 310 qui précise que „*Chez les enfants, la torture peut avoir un impact direct ou indirect, selon qu'ils ont eux-mêmes subi la torture ou la détention, que leurs parents ou d'autres proches en ont été les victimes, ou qu'ils ont été les témoins d'actes de torture ou d'autres formes de violence.*“

Quand des proches d'un enfant sont torturés, il en sera forcément affecté, même indirectement, car de tels actes ont des répercussions sur toute la famille et tout le groupe social de la victime“,

- son article 312 qui prévoit que „dans la mesure du possible, tout enfant victime de violences physiques ou sexuelles devrait être examiné par une personne spécialisée dans la maltraitance infantile“.

13. La coopération entre le ministère et l'OLAI

Concernant la demande en obtention de l'accueil, l'article 5 du projet de loi relatif à l'accueil prévoit que celle-ci est introduite par écrit auprès du directeur. Le commentaire précise que cette demande d'accueil est faite par un formulaire qui doit être rempli et signé par le demandeur en présence d'un assistant social de l'OLAI. La CCDH estime qu'un gain de temps et de moyens pourrait être réalisé si la demande était faite auprès du ministre, dès la présentation de la demande de protection internationale (actuellement première étape de l'accès à la procédure). La demande pourrait alors être directement transmise par le ministre au directeur de l'OLAI auprès duquel le DPI n'aurait qu'à la formaliser. C'est la pratique qui semble exister sous l'actuelle législation et la CCDH invite donc les auteurs à la légaliser.

En ce qui concerne l'évaluation des garanties procédurales spéciales pour certains demandeurs, les compétences du ministère et de l'OLAI se recoupent. Selon l'article 19, le ministre est chargé de cette évaluation mais elle peut également se faire par l'OLAI dans le cadre de l'examen de vulnérabilité en matière d'accueil.

Or, cet examen peut intervenir à un stade beaucoup plus avancé de la procédure privant ainsi les demandeurs ayant besoin de garanties procédurales spéciales de leurs droits spéciaux. Selon la CCDH, il ne faut pas mêler les deux procédures; l'une concerne la procédure administrative d'examen d'une demande de protection internationale et l'autre concerne la procédure en matière d'accueil.

14. La procédure accélérée

L'article 27 prévoit les cas dans lesquels une procédure accélérée est possible et la CCDH peut se satisfaire de constater que les cas d'ouverture ont été réduits de 14 à 10.

Il y a lieu de noter que le point g) de l'article 20 actuel est remplacé par le point e) de l'article 27 du projet de loi, qui est formulé de manière plus précise que son antécédent. Or, la CCDH attire l'attention sur le fait que des déclarations considérées comme „manifestement incohérentes et contradictoires, manifestement fausses ou peu plausibles“ sont souvent liées à un traumatisme des personnes concernées. Il est donc essentiel d'assurer une identification précoce des personnes ayant besoin de garanties procédurales spéciales, et définitivement avant l'entretien avec le ministre.

La CCDH est surprise de voir que l'article 27.1 ait introduit aussi un nouveau cas qui prévoit la possibilité d'appliquer la procédure accélérée si „le demandeur a présenté une demande ultérieure de protection internationale qui n'est pas irrecevable en vertu de l'article 32“. Or, si une demande de protection internationale n'a pas été déclarée irrecevable, quel serait l'intérêt de la soumettre ensuite à une procédure accélérée? Comme la directive européenne ne crée pas d'obligation, mais prévoit simplement la possibilité pour les Etats membres d'introduire ce cas d'ouverture, la CCDH recommande aux auteurs du texte de l'abandonner.

Surtout, la CCDH estime inacceptable de prévoir au paragraphe 2 de l'article 27 un délai de deux mois dans lesquels le ministre doit prendre sa décision, qui peut pourtant être dépassé „lorsque cela est nécessaire pour assurer un examen approprié et exhaustif de la demande de protection internationale“. La CCDH considère que cette disposition accorde ainsi au ministre une marge de manoeuvre injustifiée et dangereuse qui ne se justifie en aucun cas. Lorsqu'une demande nécessite „un examen approprié et exhaustif“ qui ne peut être réalisé dans un délai de deux mois, le ministre doit alors le faire dans le cadre de la procédure „normale“ avec toutes les garanties qu'elle implique.

15. Le premier pays d'asile, le pays d'origine sûr et l'Etat membre responsable

L'article 29 définit les conditions pour qu'un pays puisse être considéré comme premier pays d'asile et l'une des conditions est que le demandeur jouisse d'une protection suffisante dans ce pays.

Or, dans son avis de 2012⁹, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ci-après „HCR“) note que la directive „Procédure“ ne définit pas le terme „protection suffisante“ et que la possibilité existe que cette terminologie ne constitue pas une garantie suffisante ou ne fixe pas un critère lorsqu’il faut déterminer si un demandeur d’asile ou un réfugié peut être éloigné en toute sécurité vers un premier pays d’asile. Il souligne que la protection doit être efficace et disponible dans la pratique, ce qui correspond aussi à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme.

La CCDH se rallie à l’avis du HCR et recommande d’utiliser le terme „protection efficace“ dans la législation luxembourgeoise.

En ce qui concerne le pays d’origine sûr, la CCDH regrette le degré de disparité qui existe entre les listes de pays d’origine sûr des différents Etats membres de l’Union européenne, facilitant par ailleurs le „forum shopping“ tant redouté.

Enfin, en ce qui concerne le transfert du DPI vers l’Etat membre responsable sur la base du règlement (UE) n° 604/2013 (Dublin III), prévu à l’article 28.1 du projet de loi, la CCDH tient à souligner que ce transfert ne peut pas être automatique. En effet, le DPI ne saurait être transféré vers un Etat membre où il serait exposé à un risque de traitement contraire à la Convention européenne des droits de l’homme¹⁰.

16. Les conditions auxquelles sont soumises les décisions du ministre et les voies de recours

La CCDH estime qu’il n’est pas suffisant de prévoir à l’article 34 que les décisions du ministre sont communiquées par écrit au demandeur „dans un délai raisonnable“ et propose de fixer un délai fixe, comme par exemple une semaine.

Recommandations de la CCDH

1. La CCDH recommande de définir précisément les délais et de ne pas utiliser des expressions vagues telles que „les efforts raisonnables“, „dans les meilleurs délais“, „les conséquences procédurales pertinentes“. Elle demande aussi de préciser ce qu’est „l’administrateur ad hoc“ et le „mineur non-émancipé“.
2. La CCDH recommande de définir les différentes étapes de la procédure d’introduction d’une demande de protection internationale de telle manière que les DPI ne soient pas laissés en situation irrégulière pendant une période de temps non définie au cours de laquelle ils seront démunis de toute condition d’accueil, même les personnes les plus vulnérables que le projet est pourtant censé protéger. La CCDH insiste par ailleurs à ce que le droit, et pas seulement la possibilité, soit reconnu à tout membre de famille de voir ouvert un dossier personnel.
3. La CCDH estime fondamental d’accorder le droit à l’assistance judiciaire gratuite tout au long de la procédure pour les demandeurs de protection internationale qui n’auraient pas les ressources suffisantes comme c’est le cas actuellement. Il est nécessaire de protéger ainsi efficacement le droit à la procédure d’asile et de garantir l’égalité des DPI avec tout autre administré ou justiciable au Luxembourg.
4. La CCDH estime que le choix, le statut et le mandat des interprètes doivent être clarifiés et clairement définis, notamment par rapport à la confidentialité et au secret professionnel. Elle considère que le choix de l’interprète doit respecter les besoins spécifiques du DPI, au-delà de ceux relatifs à la langue. Elle estime aussi nécessaire que le ministère prenne en charge les traductions.
5. La CCDH pense qu’il faut laisser à tout mineur, y compris le mineur non émancipé, la possibilité de présenter une demande de protection internationale en son nom et la possibilité d’un entretien personnel. Les rôles et les mandats du tuteur et de l’administrateur ad hoc nommés pour le mineur non accompagné se doivent d’être précisément définis. Le mineur non accompagné doit être accom-

⁹ Avis du HCR relatif à l’application des concepts de „pays de résidence habituelle“ ou „alternative réelle d’établissement“ dans le cadre de l’examen de demandes d’asile de personnes qui ont une nationalité mais qui ont ou qui pourraient avoir obtenu une protection dans un autre pays, mai 2012.

¹⁰ Voir les arrêts de la CEDH; M.S.S./Belgique et Grèce du 21 janvier 2011 (n° 30696/09) et Tarakhel/Suisse, du 4 novembre 2014 (n° 29217/12).

pagné par un représentant désigné par le Juge des tutelles au cours des procédures relatives à sa demande et pendant l'accueil.

Les mineurs ne doivent en aucun cas être placés en rétention.

6. De façon générale la CCDH réitère sa position sur le principe du placement du demandeur de protection internationale dans une structure fermée. Elle souligne l'incompatibilité de certains cas de rétention avec l'article 5.1 de la CEDH. La CCDH est également d'avis que la possibilité de placer le DPI en rétention pour établir ou vérifier son identité ou sa nationalité devrait être supprimée. Elle insiste par ailleurs sur une clarification de certaines incohérences.
7. La CCDH recommande l'enregistrement systématique de tous les entretiens personnels afin de faciliter les preuves en cas de litige.
8. La CCDH estime que les professionnels de santé en charge des évaluations devraient absolument disposer d'une formation psychologique et/ou psychiatrique, ainsi que de connaissances spécifiques et approfondies dans la prise en charge des personnes traumatisées.
9. La CCDH s'oppose à ce qu'une demande de protection internationale qui nécessite un examen approprié et exhaustif qui ne pourrait être réalisé en deux mois, soit examinée dans le cadre de la procédure accélérée, et estime qu'une telle demande doit impérativement être instruite dans le cadre de la procédure normale avec toutes les garanties qui y sont attachées.