



# Assemblée générale

Distr. générale  
23 novembre 2018  
Français  
Original : anglais

---

## Conseil des droits de l'homme

### Trente-septième session

26 février-23 mars 2018

Point 3 de l'ordre du jour

**Promotion et protection de tous les droits de l'homme,  
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,  
y compris le droit au développement**

## **Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants**

### **Note du secrétariat\***

Le secrétariat a l'honneur de soumettre au Conseil des droits de l'homme le rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, établi conformément à la résolution 34/19 du Conseil.

---

\* Le présent document a été soumis tardivement aux services de conférence, sans la note explicative exigée par l'Assemblée générale au paragraphe 8 de la section B de sa résolution 53/208.



---

## Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Nils Melzer

### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Activités liées au mandat.....	3
II. Torture et mauvais traitements dans le contexte des migrations .....	3
A. Introduction .....	3
B. Cadre juridique .....	5
C. Détention liée à la migration.....	6
D. Trafic et traite des migrants .....	10
E. Non-refoulement.....	12
F. Implications en droit pénal international .....	18
III. Conclusions et recommandations .....	19
A. Conclusions .....	19
B. Recommandations.....	20

## I. Activités liées au mandat

1. En 2017, le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a participé à un certain nombre de consultations thématiques, d'ateliers et d'événements organisés sur les thèmes de la torture dans le contexte des migrations, des formes de détention adaptées aux personnes handicapées, de l'emploi de la force hors détention et des garanties procédurales contre la torture.
2. Du 28 au 30 août et du 4 au 6 septembre 2017, le Rapporteur spécial a tenu à Genève et à Mexico des consultations d'experts sur le thème traité dans le présent rapport, avec l'appui de l'Association pour la prévention de la torture et de l'Université ibéro-américaine. En outre, du 1<sup>er</sup> au 30 septembre 2017, toutes les personnes intéressées étaient invitées à soumettre des réponses à un questionnaire consacré à ce thème.
3. Le Rapporteur spécial a transmis 137 communications, qu'il a adressées personnellement ou conjointement avec d'autres titulaires de mandat, au nom de personnes ayant subi des actes de torture et des mauvais traitements.
4. Le Rapporteur spécial s'est rendu en Serbie et au Kosovo<sup>1</sup> du 13 au 24 novembre 2017<sup>2</sup>. Il présentera son rapport de mission à la quarantième session du Conseil des droits de l'homme.

## II. Torture et mauvais traitements dans le contexte des migrations<sup>3</sup>

### A. Introduction

5. Tout au long de l'histoire de l'humanité, des populations ont quitté leur pays en vue de trouver une protection, une vie meilleure et de nouveaux horizons dans d'autres régions du monde, apportant ainsi une contribution précieuse à la réalisation des aspirations humaines dans le domaine du développement économique, de la transformation sociale et des échanges culturels. Certains aspects de la migration internationale peuvent certes poser des problèmes considérables d'ordre logistique, humanitaire, démographique ou financier ainsi que dans le domaine de la sécurité mais, globalement, ce phénomène ne représente pas une « menace » appelant une réponse militaire ou la proclamation d'un « état d'urgence » mondial justifiant que l'on déroge aux cadres normatifs applicables. Il s'agit en réalité d'un problème de gouvernance mondiale, qui se pose depuis longtemps et qui devrait être réglé dans le plein respect des droits de l'homme et de l'état de droit.
6. Actuellement, environ 258 millions de personnes (soit quelque 3 % de la population mondiale) vivent ailleurs que dans leur pays d'origine ou de résidence habituelle et peuvent donc être qualifiées de migrants ou de migrants internationaux, indépendamment de leur statut individuel ou de leurs motivations personnelles<sup>4</sup>. Parmi elles, quelque 25 millions de personnes (soit environ 10 % du total) ont fui leur pays pour trouver refuge à l'étranger, tandis que 40 millions ont été déplacées à l'intérieur de leur pays et risquent fortement de

<sup>1</sup> Les références au Kosovo doivent être entendues dans le contexte de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité.

<sup>2</sup> Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), « Preliminary observations and recommendations of the United Nations Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Mr. Nils Melzer, on the official visit to Serbia and Kosovo, 13 to 24 November 2017 », communiqué de presse du 27 novembre 2017.

<sup>3</sup> Dans le présent rapport, le terme « mauvais traitements » désigne les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants autres que la torture.

<sup>4</sup> Département des affaires économiques et sociales de l'ONU, Division de la population, « International Migration Report [Highlights] » (New York, 2017). Voir également HCDH, « Principes et directives recommandés sur les droits de l'homme aux frontières internationales » (Genève, 2014).

devenir plus tard des migrants<sup>5</sup>. Étant donné que des facteurs politiques, sociaux, économiques et environnementaux continuent de chasser des personnes de chez eux, ces chiffres vont probablement augmenter avec le temps.

7. Si la grande majorité des migrants empruntent des itinéraires sûrs et réguliers, le caractère de plus en plus restrictif et dissuasif des lois, des politiques et de la pratique des États en matière de migration pousse un nombre croissant de migrants à renoncer aux procédures officielles d'immigration et d'admission et à opter pour des filières et des méthodes irrégulières souvent associées à une absence de transparence et de contrôle ainsi qu'à la corruption, à la violence et aux mauvais traitements. En réaction à l'arrivée à leurs frontières d'un nombre croissant de migrants « en situation irrégulière »<sup>6</sup>, de nombreux États ont adopté une attitude de répression et de dissuasion de plus en plus drastique visant à prévenir de nouveaux afflux, laquelle se manifeste notamment par l'incrimination de l'entrée illégale sur le territoire et le placement en détention de migrants en situation irrégulière, la séparation des membres d'une même famille, la précarité des conditions d'accueil, l'insuffisance des soins médicaux, le refus d'entamer une procédure de détermination du statut de réfugié ou d'*habeas corpus* ou la prolongation indue des procédures de ce type, et l'exécution expéditive de mesures de renvoi sans qu'aucune de ces procédures n'ait eu lieu. Nombre d'États ont même commencé à empêcher physiquement les nouveaux arrivants d'entrer sur leur territoire en fermant leurs frontières, en érigeant des clôtures et des murs ou en créant d'autres obstacles physiques, et en externalisant la protection de leurs frontières et l'application de leurs procédures ou la réalisation d'opérations extraterritoriales visant à refouler les migrants ou à les ramener à leur point de départ, qui sont souvent menées en coopération avec d'autres États, voire avec des acteurs non étatiques. Outre leurs incidences directes sur les droits et la sécurité des migrants en situation irrégulière, ces lois, politiques et pratiques ont favorisé un foisonnement pratiquement incontrôlé des pratiques abusives, qui sont le fait d'individus très divers cherchant à tirer un profit personnel des migrations irrégulières, dont des fonctionnaires véreux, des criminels et des particuliers sans scrupules.

8. En conséquence, pendant toute la durée de leur voyage et même à leur arrivée dans le pays de destination, les migrants en situation irrégulière sont de plus en plus souvent en proie à l'incertitude et à l'insécurité, et exposés à la violence et aux sévices, y compris à des actes de torture et des mauvais traitements infligés tant par des agents de l'État que par des acteurs non étatiques. Les personnes qui ont survécu à la torture souffrent non seulement de séquelles physiques, qui subsistent souvent jusqu'à la fin de leur vie, mais aussi, et surtout, de troubles post-traumatiques, d'anxiété, de dépression, de troubles dissociatifs, de perte des repères et de repli sur soi, avec de graves conséquences à long terme. D'après une étude à laquelle plus de 12 000 personnes ont participé, le pourcentage confirmé de victimes de la torture parmi les migrants en situation irrégulière atteint 76 % (selon le contexte), contre 27 % en moyenne<sup>7</sup>. Même si l'on tient compte du fait que la plupart des cas ne sont pas signalés et que seuls les réfugiés reconnus et les demandeurs d'asile sont pris en considération, on peut estimer à 7 millions le nombre de victimes de la torture, chiffre effarant qui soulève de graves questions quant à la compatibilité des lois, des politiques et des pratiques actuelles avec l'interdiction universelle de la torture et des mauvais traitements.

9. Le Rapporteur spécial se propose d'examiner cette évolution en commençant par un rappel de la vaste gamme d'obligations juridiques internationales découlant de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements ; il entend ensuite étudier les incidences juridiques de ces obligations sur certaines des lois, des politiques et des pratiques les plus courantes adoptées par les États en réaction au phénomène de la migration irrégulière ; enfin, il adresse aux États des recommandations visant à les aider à

<sup>5</sup> Voir [www.unhcr.org/globaltrends2016/](http://www.unhcr.org/globaltrends2016/). Voir également la résolution 71/1 de l'Assemblée générale, par. 20.

<sup>6</sup> Le terme « migrants en situation irrégulière » tel qu'il est employé dans le présent rapport renvoie à tous les migrants qui ne se conforment pas à la législation ordinaire relative à l'immigration de l'État de transit ou de destination dans lequel ils se trouvent.

<sup>7</sup> Sigvardsson *et al.*, « Prevalence of torture and other war-related traumatic events in forced migrants: A systematic review », *Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture*, vol. 26, n° 2 (2016), p. 41 à 73.

faire face à la migration irrégulière tout en respectant pleinement leurs obligations, en évitant les lacunes en matière de protection et en prévenant l'impunité des auteurs de violations. Étant donné que l'existence des politiques et des pratiques examinées dans le présent rapport est généralement bien attestée par des sources publiquement accessibles, et afin d'éviter de donner l'impression au lecteur que le contexte a orienté les conclusions de l'auteur, les renvois à la pratique et la jurisprudence de certains États servent uniquement à illustrer des points de droit et ne sont pas utilisés pour étayer des points de fait.

## B. Cadre juridique

10. L'interdiction absolue de la torture et des mauvais traitements, qui n'est pas susceptible de dérogation, a été codifiée dans toute une série d'instruments universels et régionaux et elle est désormais considérée comme faisant partie du droit international coutumier. En outre, cette interdiction et son applicabilité « en tout temps et en tout lieu »<sup>8</sup> découle directement d'un principe général du droit, à savoir « des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre »<sup>9</sup>. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, y compris lorsqu'elle est provoquée par un afflux massif et soudain de migrants, ne peut être invoquée pour justifier la torture ou les mauvais traitements<sup>10</sup>. Aujourd'hui, l'interdiction de la torture a le statut incontesté de norme impérative du droit international (*jus cogens*).

11. Afin de donner concrètement effet à l'interdiction de la torture, le droit international impose aux États un certain nombre d'obligations aussi bien positives que négatives. En vertu de leur obligation positive (le « devoir de garantir »), les États sont tenus d'agir en amont, en adoptant des mesures législatives, administratives, judiciaires ou autres mesures efficaces en vue d'éviter que des actes de torture et des mauvais traitements ne soient commis dans un territoire placé sous leur juridiction ainsi que dans tout contexte où ils exercent, directement ou indirectement, de fait ou de droit, un contrôle sur une personne, où que ce soit dans le monde<sup>11</sup>. Ainsi, les États ont non seulement le devoir de prévenir les violations commises par leurs agents, mais aussi l'obligation bien établie d'exercer la diligence voulue afin de prévenir les mauvais traitements infligés par des acteurs privés ou des organes d'autres États opérant sur un territoire relevant de leur juridiction<sup>12</sup>.

12. En vertu de leur obligation négative (le « devoir de respecter »), les États sont tenus de s'abstenir de se livrer ou de contribuer sciemment à la commission d'actes de torture ou de mauvais traitements, activement ou passivement, dans tous les contextes où ils exercent leurs pouvoirs et leur compétence, y compris chaque fois qu'ils placent une personne sous leur juridiction en exerçant un contrôle ou une influence sur un lieu, une personne ou un processus se trouvant en dehors de leur territoire. En outre, en droit coutumier comme en droit conventionnel, les États ont l'obligation absolue et non susceptible de dérogation de n'expulser, ne refouler ni extradier quiconque vers un autre État ou un territoire où il y a des motifs sérieux de croire que l'intéressé risque de subir des actes de torture ou des mauvais traitements, indépendamment des possibilités offertes à cette personne de demander le statut de réfugié ou une protection subsidiaire (principe de non-refoulement). S'agissant de l'application extraterritoriale de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements en général, le Rapporteur spécial rappelle les conclusions du précédent titulaire du mandat, qu'il fait siennes (voir A/70/303).

<sup>8</sup> Article 3 commun aux Conventions de Genève (1949).

<sup>9</sup> Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), fond, arrêt, *Recueil C. I. J. 1986*, p. 14.

<sup>10</sup> Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 2 (par. 2).

<sup>11</sup> Convention contre la torture, art. 2 (par. 1). Voir aussi Comité contre la torture, observation générale n° 2 (2007) sur l'application de l'article 2 par les États parties, par. 3 et 16, et CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 10.

<sup>12</sup> Comité contre la torture, observation générale n° 2, par. 17 à 19.

13. En ce qui concerne le contexte de la migration, il convient de souligner que les États sont tenus de respecter et de garantir le droit de ne pas être soumis à la torture ni aux mauvais traitements sans aucune discrimination<sup>13</sup> et que le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës « pour tout [...] motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit », dont le statut migratoire, constitue par définition un acte de torture, que ces douleurs ou souffrances soient infligées par un agent de la fonction publique ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite.

14. En outre, dans toutes leurs décisions, actions et omissions, les États doivent interpréter et remplir leurs obligations internationales de bonne foi<sup>14</sup>, à savoir, dans le respect de la lettre et de l'esprit de la loi. S'agissant du droit absolu et non susceptible de dérogation des migrants de ne pas être soumis à la torture et aux mauvais traitements, les États ne sont pas censés engager une collaboration ou conclure des accords avec des États ou des acteurs non étatiques lorsque les conséquences prévisibles de cette collaboration ou ces accords pourraient compromettre et réduire à néant l'objet et le but mêmes de ce droit ou de l'un quelconque des droits annexes destinés à lui donner effet dans la pratique, dont le droit de toute personne de quitter un pays ou un territoire, de demander l'asile et de le recevoir, de ne pas être détenu arbitrairement et de voir ses droits et devoirs individuels établis dans le cadre d'une procédure régulière<sup>15</sup>.

15. Lorsqu'ils ont à faire face aux conséquences de la torture et des mauvais traitements, les États doivent garantir aux personnes qui ont survécu à ces actes le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisées équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à leur réadaptation la plus complète possible<sup>16</sup>. Lorsqu'ils reçoivent des allégations ou ont des motifs raisonnables de croire que des actes de torture ou des mauvais traitements ont été infligés à une personne sur un territoire sous leur juridiction, les États sont tenus d'ouvrir une enquête, d'entamer des poursuites contre les suspects et de punir ceux qui sont reconnus coupables de ces actes<sup>17</sup>. Lorsque des violations « graves » (à savoir « flagrantes ou systématiques ») de l'interdiction impérative de la torture sont commises dans un État, tous les autres États sont non seulement habilités mais aussi tenus par la loi de coopérer en vue de mettre fin à ces violations par tous les moyens juridiques et judiciaires à leur disposition, de ne pas reconnaître comme étant légale une situation créée par ces violations et de ne pas prêter leur concours ou leur assistance au maintien de la situation en question<sup>18</sup>. Suivant le contexte, la commission d'actes de torture ou de mauvais traitements et la participation à ces actes peuvent aussi être considérées comme des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité et, à ce titre, elles relèvent de la compétence universelle et ne sont pas frappées de prescription.

### C. Détention liée à la migration

16. Dans de nombreuses régions du monde, les États recourent de plus en plus à l'incrimination de la migration irrégulière et à la privation de liberté, qui est systématique, voire obligatoire (A/HRC/17/33, par. 12 et 19)<sup>19</sup>. Les États imposent aux migrants un régime de détention aussi bien pénal qu'administratif, en appliquant les dispositions incriminant et réprimant les violations de la législation sur l'immigration ou des procédures administratives relatives à l'entrée sur le territoire, à l'asile, au dépassement de la durée du séjour, au séjour ou au renvoi.

<sup>13</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 26. Voir aussi Comité contre la torture, observation générale n° 2, par. 7 et 20.

<sup>14</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 26 et 31 (par. 1).

<sup>15</sup> Voir Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 8 à 10, 13 (par. 2) et 14 (par. 1). Voir aussi Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 9, 12 (par. 2), 13 et 14.

<sup>16</sup> Convention contre la torture, art. 14.

<sup>17</sup> Ibid., art. 4 à 9 et 12 et 13.

<sup>18</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, supplément n° 10 (A/56/10)*, art. 40. (par. 2) et 41 (par. 1 et 2). Voir la résolution 60/1 de l'Assemblée générale, par. 138 et 139.

<sup>19</sup> Voir également la stratégie mondiale du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) intitulée « Au-delà de la détention 2014 – 2019 » (Genève, août 2016).

## 1. Privation de liberté

17. De manière générale, les termes « privation de liberté » et « détention » renvoient au placement d'un individu dans un établissement fermé, public ou privé, que l'intéressé n'est pas autorisé à quitter librement<sup>20</sup>. Dans la pratique, la privation de liberté peut avoir lieu notamment dans des prisons ou des centres de détention construits à cette fin, des centres de rétention ou d'accueil, des foyers, des pensions ou des camps fermés, ainsi que dans des locaux temporaires, des navires et des résidences privées. Quel que soit le nom donné à un établissement ou à un centre d'accueil particulier et sa qualification en droit interne, le critère décisif permettant de considérer un établissement comme un lieu de privation de liberté est la question de savoir si les migrants qui y vivent sont libres ou non de quitter l'établissement en question. Dans la pratique, la liberté de quitter un lieu ne saurait se résumer à une possibilité purement théorique dont on fera éventuellement usage un jour ; cette option doit pouvoir se concrétiser et être disponible à tout moment. Par exemple, le fait de détenir des migrants à la frontière entre deux ou plusieurs États, dans un centre extraterritorial ou dans une zone de transit d'un aéroport, et de leur refuser l'autorisation d'immigrer tout en leur accordant le droit théorique de se rendre dans tout autre pays ou territoire de leur choix constitue une forme de privation de liberté pendant toute la durée de la détention des intéressés, ce qui leur confère le droit de bénéficier de la pleine protection accordée par le droit international aux personnes privées de liberté.

## 2. Traitement et conditions de détention

18. Lorsqu'ils sont détenus, les migrants sont censés être placés « dans des locaux appropriés et salubres ne donnant pas un caractère punitif à la rétention », qui ne doit pas avoir lieu dans une prison<sup>21</sup> ; or, dans les faits, c'est souvent l'inverse qui est la règle. De nombreux articles de presse et rapports de parties prenantes décrivent les conditions matérielles et sanitaires épouvantables dans lesquelles les migrants sont détenus dans toutes les régions du monde, notamment dans les centres de transit extraterritoriaux. Selon le contexte, les problèmes peuvent aller du surpeuplement extrême au maintien prolongé à l'isolement et de l'accès insuffisant à la nourriture, à l'eau et aux soins médicaux aux violences infligées délibérément par des fonctionnaires, des gardiens engagés par des sociétés privées ou des codétenus. Il est fait état notamment d'actes de torture et de mauvais traitements, d'extorsion systématique, d'atteintes sexuelles et même de cas de réduction en esclavage. Il a été signalé que les enfants migrants étaient eux aussi victimes d'actes de torture et de mauvais traitements généralisés, notamment de diverses formes de violence sexuelle et de pratiques consistant à les attacher, les bâillonner, les rouer de coups de bâton, les brûler avec des cigarettes, leur envoyer des décharges électriques ou les placer à l'isolement, ce qui leur causerait de graves troubles anxieux et mentaux (A/HRC/28/68, par. 60).

19. Tout régime de détention qui, en raison d'une politique délibérée ou du fait de la négligence, la complaisance ou l'impunité des responsables, soumet ou expose des migrants à un traitement ou à des conditions de détention qui sont en contradiction flagrante avec les normes relatives aux droits de l'homme universellement reconnues, dont l'Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela), est incompatible avec l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, quelle que soit la situation économique et budgétaire du pays concerné<sup>22</sup>. Le seuil de gravité à partir duquel on peut considérer qu'il y a violation de l'interdiction des mauvais traitements est généralement atteint plus rapidement lorsque les détenus sont des migrants en situation irrégulière ou particulièrement vulnérables en raison d'autres

<sup>20</sup> Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture, art. 4.

<sup>21</sup> Comité des droits de l'homme, observation générale n° 35 (2014) sur la liberté et la sécurité de la personne, par. 18.

<sup>22</sup> Voir aussi Cour européenne des droits de l'homme, *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, requête n° 30696/09, arrêt du 21 janvier 2011, par. 233 ; Comité des droits de l'homme, *Mukong c. Cameroun* (CCPR/C/51/D/458/1991), par. 9.3 ; et Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Suárez-Rosero v. Ecuador*, arrêt du 12 novembre 1997, par. 91.

facteurs<sup>23</sup>. En outre, les mauvais traitements et des conditions de détention extrêmement précaires peuvent même être considérés comme relevant de la torture lorsqu'ils sont sciemment imposés, encouragés ou tolérés par l'État pour des motifs liés à une forme de discrimination, dont la discrimination fondée sur le statut migratoire<sup>24</sup>, et que ces mesures ont pour but de dissuader, d'intimider ou de punir des migrants ou des membres de leur famille, de les contraindre à retirer leur demande d'asile ou de protection subsidiaire ou toute autre demande d'autorisation de séjour, de les pousser à accepter de retourner « volontairement » dans leur pays, de communiquer des informations ou de donner leurs empreintes digitales, ou lorsque l'objectif de cette détention est d'extorquer des fonds ou d'obtenir des faveurs sexuelles de ces personnes.

### 3. Détention prolongée ou illimitée

20. Le Rapporteur spécial est également préoccupé par le recours à des procédures qui, par leur nature ou leur finalité délibérée, rendent la durée de la détention des migrants potentiellement illimitée afin de créer un sentiment maximal d'incertitude, d'imprévisibilité et de frustration ou de pousser les migrants à retirer leur demande d'asile ou de protection subsidiaire ou toute autre demande d'autorisation de séjour, et d'accepter de retourner « volontairement » dans leur pays en échange de leur remise en liberté. Lorsque des migrants sont privés de liberté en vertu d'un régime de détention administrative qui ne relève pas de la justice pénale, ils ne bénéficient généralement pas des garanties procédurales fondamentales telles que celles assurant l'accès à un interprète ou à un conseil, ni du droit à un recours utile et à un réexamen périodique de la légalité de la détention ; en conséquence, ces migrants sont souvent délibérément maintenus dans des « limbes » juridiques et n'ont aucune perspective concrète d'être remis en liberté ou de bénéficier de mesures de substitution, ni de moyens tangibles d'influer sur la procédure ou sur sa durée. Dans d'autres contextes, lorsque l'entrée non autorisée sur le territoire constitue une infraction pénale, le placement et le maintien en détention avant jugement jusqu'à la fin de la procédure judiciaire sont souvent systématiques, ce qui donne régulièrement lieu à une détention prolongée, voire illimitée. Dans l'un ou l'autre cas, lorsque des migrants sont accompagnés par des membres de leur famille, ils sont souvent séparés de leur conjoint, voire de leurs enfants, généralement sous prétexte que des normes administratives l'exigent, ce qui fait que le retrait de leur demande et leur retour « volontaire » deviennent la seule perspective réaliste de remise en liberté et de regroupement familial. En outre, dans nombre de pays, les enfants migrants sont systématiquement détenus, qu'ils soient seuls ou accompagnés de leur famille. Une forme particulièrement traumatisante de détention liée à la migration qui réunit tous ces éléments est la détention de longue durée sur des îles isolées ou dans des enclaves extraterritoriales.

### 4. Caractère arbitraire de la détention fondée exclusivement sur le statut migratoire

21. Comme toutes les autres formes de privation de liberté, chaque détention de migrants doit être justifiée au regard de la loi et être nécessaire et proportionnée aux circonstances. En outre, si la personne est placée en détention administrative ou provisoire, la mesure privative de liberté doit être régulièrement réexaminée au fur et à mesure qu'elle est prolongée<sup>25</sup>. À condition que ces principes fondamentaux soient respectés dans chaque cas, les demandeurs d'asile qui entrent illégalement sur le territoire d'un État partie peuvent être placés en détention pendant une brève période initiale, le temps de vérifier leur entrée, d'enregistrer leurs griefs et de déterminer leur identité si elle est douteuse. Les maintenir en détention pendant que leur demande est examinée serait arbitraire en l'absence de raisons particulières propres à l'individu, comme un risque de fuite de l'intéressé, le danger d'atteinte à autrui ou un risque d'acte contre la sécurité nationale. Il faut tenir compte des éléments utiles au cas par cas et ne pas fonder la décision sur une règle obligatoire

<sup>23</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Tarakhel c. Suisse*, requête n° 29217/12, arrêt du 4 novembre 2014, par. 118 et 119.

<sup>24</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Hode and Abdi v. The United Kingdom*, requête n° 22341/09, arrêt du 6 novembre 2012, par. 56.

<sup>25</sup> Comité contre la torture, observation générale n° 4 (2017) sur l'application de l'article 3 de la Convention dans le contexte de l'article 22, par. 12.



applicable à une vaste catégorie de personnes ; il faut tenir compte de moyens moins drastiques d'obtenir le même résultat, comme l'obligation de se présenter à une autorité, le versement d'une caution ou d'autres moyens d'empêcher le demandeur de passer dans la clandestinité ; il faut en outre que la décision fasse d'objet d'un réexamen périodique et d'un contrôle juridictionnel. Le fait qu'un État partie ne peut pas procéder à l'expulsion ne justifie pas que l'intéressé soit maintenu indéfiniment en détention<sup>26</sup>.

22. S'agissant du problème particulier de la détention d'enfants liée à la migration, il convient de noter que les infractions concernant une entrée ou un séjour irréguliers ne peuvent avoir des conséquences semblables à celles découlant de la commission d'un crime. Par conséquent, la possibilité de placer des enfants en détention en tant que mesure de dernier ressort, qui peut s'appliquer dans des contextes tels que celui de la justice pénale pour mineurs, n'est pas applicable dans les procédures relatives à l'immigration parce qu'elle entrerait en conflit avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et avec le droit au développement<sup>27</sup>. En conséquence, des sources faisant autorité ont considéré qu'une détention d'enfants fondée exclusivement sur le fait qu'eux-mêmes ou leurs parents étaient en situation irrégulière au regard de la législation relative à l'immigration était arbitraire (A/HRC/39/45, annexe, par. 40)<sup>28</sup>.

23. Plus généralement, les violations de la législation relative à l'immigration sont fondamentalement de nature administrative et ne constituent pas des atteintes aux personnes, aux biens ou à la sécurité nationale qui justifieraient ou appelleraient des sanctions telles que la privation de liberté<sup>29</sup>. De plus, la Convention relative au statut des réfugiés interdit même expressément le fait de punir les demandeurs d'asile qui ont violé les dispositions de la législation relative à l'immigration pour être en mesure de demander une protection à l'État territorial.

24. En somme, les possibilités de placer une personne en détention pour des motifs liés à la migration sont passablement limitées en ce qui concerne la justification de cette mesure du point de vue du fond et de sa durée, et le simple fait qu'une détention est autorisée par le droit interne ne signifie pas que cette mesure ne peut pas être considérée comme arbitraire au regard du droit international. Selon le Rapporteur spécial, la détention pénale ou administrative fondée exclusivement sur le statut migratoire outrepassé les limites du droit des États de protéger leur territoire et de contrôler la migration irrégulière et devrait être considérée comme arbitraire (A/HRC/39/45, annexe, par. 10).

## **5. Relation entre le caractère arbitraire de la détention et la torture ou les mauvais traitements**

25. Tous les cas de détention arbitraire ne sauraient être automatiquement considérés comme relevant de la torture ou des mauvais traitements, mais il existe indéniablement un lien entre l'interdiction de la détention arbitraire et celle de la torture et des mauvais traitements. Il y a plus de trente ans déjà, la Cour internationale de Justice a considéré dans l'arrêt qu'elle a rendu le 24 mai 1980 en l'affaire *États-Unis d'Amérique c. Iran* que « [l]e fait de priver abusivement de leur liberté des êtres humains et de les soumettre dans des conditions pénibles à une contrainte physique [était] manifestement incompatible avec les principes de la Charte des Nations Unies et avec les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ». En outre, l'expérience montre que toute détention arbitraire expose les migrants à des risques accrus de torture et de mauvais traitements.

<sup>26</sup> Comité des droits de l'homme, observation générale n° 35, par. 18.

<sup>27</sup> Observation générale conjointe n° 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, par. 10.

<sup>28</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif OC-21/14 du 19 août 2014, par. 154.

<sup>29</sup> Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, observation générale n° 2 (2013) sur les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière et des membres de leur famille, par. 5 et 24 ; voir également A/HRC/23/46, par. 47.

26. Le Comité des droits de l'homme a souligné à maintes reprises que, lorsqu'une détention est arbitraire et qu'à cela s'ajoute le fait que sa durée est prolongée et/ou indéterminée, qu'on refuse de communiquer des informations aux détenus et de les laisser exercer leur droit à un procès équitable, et que cela se conjugue avec des conditions pénibles de détention, l'accumulation de tous ces facteurs provoque de graves troubles psychologiques chez les intéressés et constitue un traitement contraire à l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>30</sup>. En effet, il a été démontré que le fait d'être soumis à une mesure privative de liberté qui n'est ni nécessaire ni proportionnée, en particulier lorsque sa durée est prolongée et potentiellement illimitée et qu'il n'existe aucune voie de recours utile, représente une source de stress psychologique et émotionnel qui fragilise encore davantage la situation déjà extrêmement précaire des migrants en situation irrégulière, ce qui serait à l'origine des nombreux cas signalés d'automutilation, de troubles post-traumatiques, d'anxiété et de dépression. Ainsi, même des mesures qui ne sont pas nécessairement assimilables à des mauvais traitements lorsqu'elles sont appliquées ponctuellement et que leur durée est très brève – comme la détention injustifiée, l'accès différé aux droits procéduraux ou un inconfort physique modéré – peuvent dépasser le seuil critique si elles sont imposées toutes en même temps et/ou pendant une période prolongée ou illimitée.

27. Plus une situation de détention arbitraire et de maintien dans des conditions déplorable de détention perdure, moins les personnes concernées sont en mesure de réagir pour améliorer leur situation, et plus leur souffrance psychologique et émotionnelle s'intensifie et les probabilités de violation de l'interdiction des mauvais traitements sont fortes. Selon les circonstances, ce seuil peut être atteint très rapidement, si ce n'est immédiatement, dans le cas des migrants particulièrement vulnérables, notamment des enfants, des femmes, des personnes âgées, des personnes handicapées, des malades, des personnes présentant des séquelles de torture ou des personnes appartenant à une minorité ethnique ou sociale telles que les lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres ou intersexués. En particulier, la privation de liberté des enfants migrants fondée uniquement sur leur statut migratoire ou sur celui de leurs parents n'est jamais dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ne répond pas aux critères de nécessité et de proportionnalité et, même s'il s'agit d'une détention de courte durée, peut constituer un mauvais traitement (A/HRC/28/68, par. 80)<sup>31</sup>.

28. La détention fondée uniquement sur le statut migratoire en tant que tel peut même être considérée comme de la torture, en particulier lorsqu'elle est intentionnellement imposée ou prolongée afin notamment de dissuader, d'intimider ou de punir des migrants en situation irrégulière ou leur famille, de les pousser à retirer leur demande d'asile ou de protection subsidiaire ou toute autre demande d'autorisation de séjour, d'accepter un rapatriement volontaire, de communiquer des informations ou de donner leurs empreintes digitales, ou lorsque l'objectif de la détention est d'extorquer de l'argent ou d'obtenir des faveurs sexuelles, ou que le motif de la détention est une forme de discrimination quelle qu'elle soit, dont la discrimination fondée sur le statut migratoire<sup>32</sup>.

#### D. Trafic et traite des migrants

29. Il y aurait beaucoup à dire sur les conditions de vie souvent pénibles et éprouvantes des millions de migrants qui se trouvent dans des États de transit et de destination partout dans le monde, en particulier ceux en situation irrégulière. Parmi les difficultés et les périls auxquels doit faire face ce groupe de population particulièrement vulnérable et défavorisé, on peut notamment citer les législations discriminatoires, les obstacles d'ordre administratif, le manque d'accès aux services publics et aux ressources, la corruption, les menaces, la violence ou l'indifférence dont les migrants sont victimes lorsqu'ils ont affaire à des fonctionnaires, les actes de harcèlement et les agressions commis par la population locale, et les mauvais traitements et l'exploitation systématiques qu'ils subissent lorsqu'ils sont aux mains de groupes criminels, lesquels sont souvent de mèche avec des

<sup>30</sup> *F. J. et consorts c. Australie* (CCPR/C/116/D/2233/2013), par. 10.6.

<sup>31</sup> Voir Cour européenne des droits de l'homme, *S. F. and others v. Bulgaria*, requête n° 8138/16, arrêt du 7 décembre 2017.

<sup>32</sup> Comité contre la torture, observation générale n° 4, art. 3, par. 14.

fonctionnaires. Aux fins du présent rapport, le Rapporteur spécial examine ci-après deux cas de figure qui revêtent une importance concrète particulièrement cruciale pour l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, à savoir les actes de torture et les mauvais traitements qui se produisent dans le contexte des activités des réseaux de trafiquants, et les actes de torture et les mauvais traitements infligés dans le contexte de la traite des personnes, y compris de l'exploitation en vue de l'obtention d'une rançon.

## 1. Torture et mauvais traitements liés aux réseaux de trafiquants

30. Dans le cadre de ses consultations et de ses visites de pays, le Rapporteur spécial a reçu de nombreuses allégations montrant que les migrants étaient victimes d'extorsion et de violence de la part de gardes frontière et de criminels dans toutes les régions du monde. En particulier, lorsqu'ils ne peuvent pas emprunter un itinéraire sûr et régulier, les migrants recourent de plus en plus souvent aux réseaux de passeurs, dont beaucoup bénéficient de la complicité de gardes frontière. Le mode opératoire le plus fréquemment signalé est le suivant : les gardes frontière ferment les yeux sur les entrées clandestines et, en échange, ils reçoivent une partie de l'argent que les migrants ont versé aux passeurs. Dans le cadre de ce système commercial, les migrants qui souhaitent passer la frontière sans conclure d'accord avec les trafiquants sont soit refoulés, soit, s'ils sont capturés alors qu'ils tentent de franchir la frontière illégalement, passés à tabac, dépouillés de leurs biens et ramenés de l'autre côté de la frontière sans que leurs besoins en matière de protection n'aient été évalués. Ceux qui ont payé des passeurs parviennent généralement à passer clandestinement la frontière, mais nombre d'entre eux sont ensuite arrêtés par des patrouilles de police qui les attendent plus loin, à des « points de rencontre » dont elles ont convenu avec les réseaux de passeurs, pour être finalement reconduits à la frontière en vue de leur expulsion immédiate et, là aussi, aucune évaluation de leurs besoins en matière de protection n'est effectuée.

## 2. Traite des personnes, y compris exploitation en vue de l'obtention d'une rançon

31. L'un des risques majeurs que courent les migrants, en particulier les enfants non accompagnés, les femmes célibataires et les hommes vulnérables, est de devenir victimes de la traite des personnes. Ils peuvent tomber aux mains des trafiquants à n'importe quel stade de leur voyage et cette traite peut avoir des objectifs très divers tels que le travail forcé, l'esclavage ou la servitude, ainsi que toutes les formes possibles d'exploitation sexuelle, l'adoption forcée, l'utilisation des enfants comme soldats, la mendicité forcée, les activités criminelles et, manifestement, l'exploitation en vue de l'obtention d'une rançon. Les enfants représentent environ 28 % des victimes de la traite à l'échelle mondiale ; les enfants migrants sont particulièrement exposés à la violence, aux mauvais traitements et à la réduction en esclavage<sup>33</sup>.

32. Les femmes et les filles migrantes sont fréquemment victimes d'atteintes sexuelles, en particulier lorsqu'elles voyagent seules. Dans certains contextes, la probabilité pour les femmes et les filles migrantes seules d'être victimes d'atteintes sexuelles est de 75 %. Ces atteintes vont des actes sexuels exigés pour « payer » un passage ou en échange de nourriture, d'eau ou d'un hébergement, aux viols collectifs, à l'esclavage sexuel et à la prostitution forcée (A/HRC/31/57, par. 31). Les lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres et intersexués sont également particulièrement exposés à la discrimination, à la violence, aux atteintes sexuelles et aux humiliations. Dans de nombreux contextes, des migrants en situation irrégulière sont enlevés en vue de l'obtention d'une rançon. Leurs ravisseurs les privent de nourriture, d'eau ou de sommeil ou les soumettent au travail forcé, à des violences sexuelles ou à la torture jusqu'à ce que les membres de leur famille leur versent une rançon importante, souvent après les avoir contraints d'assister par téléphone aux violences infligées à leurs proches<sup>34</sup>. Dans le contexte de la traite, ces sévices sont infligés systématiquement à des fins d'exploitation, y compris d'exploitation en vue de l'obtention d'une rançon. Les migrants sont aussi souvent victimes de la traite à des fins de

<sup>33</sup> Fonds des Nations Unies pour l'enfance et Organisation internationale pour les migrations, *Harrowing Journeys: Children and youth on the move across the Mediterranean Sea, at risk of trafficking-and-exploitation*, septembre 2017, p. 9 et 21.

<sup>34</sup> Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, Vienne, p. 62.

prélèvements d'organes en vue de transplantations médicales. Le trafic d'organes humains et la traite des personnes à des fins de prélèvement d'organes ont pour finalité d'alimenter un marché noir mondial contrôlé par des réseaux criminels transnationaux avec lesquels collaborent des professionnels de la santé ainsi que des hôpitaux et des laboratoires locaux spécialisés dans la transplantation d'organes, qui peuvent être soit des établissements publics complices de ces infractions, soit des établissements privés faisant partie d'un réseau de trafiquants, qui ont des liens étroits avec la police ou le crime organisé<sup>35</sup>.

33. Les diverses formes que prennent les activités liées à la traite impliquent l'infliction intentionnelle d'une douleur ou de souffrances mentales ou physiques. Bien que l'objectif principal de la traite soit l'exploitation, les actes provoquant une douleur et des souffrances sont toujours utilisés pour atteindre des objectifs intermédiaires tels que la contrainte, l'intimidation, la punition ou la discrimination, qui sont tous des éléments constitutifs de la torture. Même si l'un de ces éléments fait défaut, la traite des personnes est généralement suffisamment grave pour être considérée comme relevant des mauvais traitements. Par conséquent, lorsque la traite est organisée par des agents de l'État ou à leur instigation ou avec leur consentement exprès ou tacite, elle constitue une forme de torture et de mauvais traitements tels qu'ils sont définis dans le droit des droits de l'homme<sup>36</sup>. Dans la pratique, les personnes qui torturent et maltraitent les migrants sont non seulement les passeurs et les trafiquants, mais aussi les gardes frontière et les membres des patrouilles et des forces de l'ordre. Dans plusieurs contextes, l'existence de la corruption au sein des organes publics et d'une collusion entre des fonctionnaires et des trafiquants a été démontrée.

### 3. Liens avec les politiques publiques de dissuasion et d'incrimination

34. Les systèmes commerciaux mis en place par les réseaux de trafiquants et de passeurs qui exploitent les migrants vont de pair avec une augmentation considérable du degré de la violence à laquelle sont exposés les migrants dans toutes les régions du monde. Le Rapporteur spécial ne saurait trop insister sur le fait que cette tendance est une conséquence directe des lois, des politiques et des pratiques de plus en plus restrictives, punitives et dissuasives que les États ont adoptées pour faire face aux migrations, dont l'effet a été de priver des millions de migrants de la possibilité d'emprunter des itinéraires sûrs et réguliers et de les contraindre à passer dans la clandestinité, ce qui les empêche concrètement de signaler les violences dont ils sont victimes aux organes de la force publique et de demander une protection.

35. S'ils veulent mettre un terme aux souffrances engendrées par la traite des migrants et par les violences commises par les trafiquants, les États ne doivent pas se contenter de poursuivre la lutte contre la corruption et le crime, qui peuvent être un symptôme du problème fondamental, mais qui ne sont pas sa cause profonde. Selon le Rapporteur spécial, le seul moyen radical de démanteler les réseaux qui se livrent à la traite des migrants et au trafic accompagné de violences serait d'offrir la possibilité aux migrants d'utiliser des itinéraires de migration sûrs et réguliers et de protéger effectivement leurs droits fondamentaux, non seulement en théorie mais aussi dans la pratique.

## E. Non-refoulement

36. En droit coutumier comme en droit conventionnel, l'interdiction de la torture et des mauvais traitements s'exprime de manière plus concrète par le principe de non-refoulement, qui interdit aux États d'« expulser »<sup>37</sup> toute personne vers le territoire relevant de la juridiction d'un autre État ou tout autre territoire où il y a des motifs sérieux de croire

<sup>35</sup> ONUDC, *Assessment Toolkit: Trafficking in Persons for the Purpose of Organ Removal*, Vienne, 2015, p. 30 à 37.

<sup>36</sup> Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, *Trafficking in Human Beings Amounting to Torture and other Forms of Ill-treatment*, Vienne, 2013, p. 20 à 27 ; voir aussi A/HRC/7/3, par. 56 à 58.

<sup>37</sup> Le terme « expulsion » désigne ici tout éloignement d'une personne du territoire d'un État, sans son consentement véritable, pleinement éclairé et valable, qu'il s'agisse d'expulsion, d'extradition, de retour forcé, de transfert forcé, de remise, de rétention, de refoulement ou de tout autre acte similaire. Voir Comité contre la torture, observation générale n° 4, art. 3, par. 4.

qu'elle risque d'être soumise à la torture ou aux mauvais traitements<sup>38</sup>. Le caractère illicite du refoulement tient à ce que l'État expulsant a pris des mesures dont il « savait ou aurait dû savoir »<sup>39</sup> qu'elles exposeraient la personne en question à un risque « prévisible, personnel, présent et réel » de torture ou de mauvais traitements sur un territoire et par des auteurs échappant à son contrôle, que ces derniers soient des fonctionnaires d'un autre État ou des acteurs non étatiques<sup>40</sup>.

37. La protection offerte par le principe de non-refoulement, en particulier contre le risque de torture et de mauvais traitements, est absolue et ne peut faire l'objet d'aucune dérogation. Elle s'applique dans toutes les situations, y compris les guerres et les états d'urgence, à tous les êtres humains sans discrimination et, en particulier, indépendamment de leur droit au statut de réfugié. Si la protection au titre du principe de non-refoulement en vertu du droit des réfugiés ne s'étend qu'aux personnes ayant droit au statut de réfugié et prévoit des exceptions fondées sur des considérations de sécurité nationale ou publique, aucune limitation ou exception de ce type n'est admissible lorsque l'expulsion expose réellement une personne à un risque de torture ou de mauvais traitements. En tant que composante intrinsèque de l'interdiction impérative de la torture, l'interdiction du refoulement l'emporte non seulement sur les lois nationales en matière d'immigration mais aussi sur les obligations internationales, telles que celles découlant des traités d'extradition<sup>41</sup>.

38. En conséquence, les États doivent informer les migrants concernés de tout projet d'expulsion en temps utile et leur permettre de comparaître en personne devant un organe judiciaire ou administratif compétent, impartial et indépendant pour qu'ils puissent contester la décision d'expulsion et demander une « protection internationale »<sup>42</sup> avant l'expulsion envisagée, dans le cadre d'une procédure individualisée, rapide et transparente assortie de services d'interprétation et toutes autres garanties de procédure essentielles, dont l'effet suspensif d'un recours<sup>43</sup>. Les expulsions collectives sans examen individuel sont incompatibles avec l'interdiction du refoulement<sup>44</sup>. Il en va de même pour les contrôles « accélérés » effectués par des gardes frontière non spécialisés au point d'interception, sur terre ou en mer, et sans la présence d'un avocat ni la possibilité d'un recours effectif.

39. Pour déterminer s'il existe réellement un risque de torture ou de mauvais traitements dans un cas particulier, les autorités compétentes doivent tenir compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence dans l'État concerné d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives<sup>45</sup>. Ainsi, avant d'expulser une personne, les États doivent examiner tous les éléments de preuve disponibles et procéder à une évaluation individuelle, en tenant compte à la fois d'un éventail plus large de facteurs personnels et de la situation générale des droits de l'homme dans l'État ou le territoire de destination. Aux fins du non-refoulement, tout acte de torture et tout mauvais traitement auxquels la personne concernée ou sa famille ont

<sup>38</sup> Convention contre la torture, art. 3, par. 1 ; voir aussi Comité contre la torture, observation générale n° 4, art. 3 ; Comité des droits de l'homme, observations générales n° 20 (1992) sur l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, par. 9, et n° 31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, par. 12.

<sup>39</sup> Voir *Agiza c. Suède* (CAT/C/34/D/233/2003), par. 13.4 ; voir également Cour européenne des droits de l'homme, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, requête n° 27765/09, arrêt du 23 février 2012, par. 131.

<sup>40</sup> Comité contre la torture, observation générale n° 4, art. 3, par. 11 et 30. Voir Cour européenne des droits de l'homme, *J. K. et autres c. Suède*, requête n° 59166/12, arrêt du 23 août 2016, par. 80.

<sup>41</sup> Comité contre la torture, observation générale n° 4, art. 3, par. 25.

<sup>42</sup> La notion de « protection internationale » renvoie ici non seulement au droit des réfugiés, mais aussi au droit des droits de l'homme et, le cas échéant, au droit international humanitaire.

<sup>43</sup> Comité contre la torture, observation générale n° 4, art. 3, par. 13 ; voir aussi *Alzery c. Suède* (CCPR/C/88/D/1416/2005), par. 11.8.

<sup>44</sup> Comité contre la torture, observation générale n° 4, art. 3, par. 13. Voir HCDH, « Expulsions of aliens in international human rights law » (L'expulsion des étrangers en droit international des droits de l'homme), document de travail, septembre 2006 (disponible à l'adresse [www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/Discussion-paper-expulsions.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/Discussion-paper-expulsions.pdf)), p. 15, et Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 4.

<sup>45</sup> Convention contre la torture, art. 3.2.

été exposées dans le passé ou auxquels elles seraient exposées en cas d'expulsion constitue une indication que la personne risque d'être soumise à la torture<sup>46</sup>.

40. Pour que l'évaluation des risques requise soit efficace, elle doit tenir compte des vulnérabilités, en particulier des traumatismes psychologiques préexistants qui peuvent affecter la capacité d'une personne à suivre efficacement les procédures ordinaires. Cela est particulièrement pertinent lorsque les procédures d'asile et évaluations de risques similaires reposent sur des évaluations de la crédibilité dont il a été démontré qu'elles aboutissent à des conclusions négatives infondées dans le cas de personnes ayant subi un traumatisme psychologique. Chaque fois que le demandeur présente un cas de torture défendable, l'État doit examiner l'allégation conformément aux normes médico-légales reconnues, telles que celles prévues dans le Manuel pour enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (le Protocole d'Istanbul).

41. La simple existence de lois nationales ou la ratification de traités relatifs aux droits de l'homme ne signifient pas l'absence de risque individuel de torture ou de mauvais traitements<sup>47</sup> ; au contraire, les critères décisifs pour détecter un tel risque seront toujours les circonstances particulières et les perspectives de l'individu concerné. Cela ne signifie pas que la source du risque soit nécessairement individualisée, comme en cas de stigmatisation personnelle ou d'appartenance à un parti politique, à un groupe ethnique ou à une minorité sociale, car elle peut aussi se trouver dans une situation générale de violence qui expose réellement une personne à un risque de mauvais traitements<sup>48</sup>. De même, il a été constaté que les carences systémiques entraînent un risque de refoulement « indirect » (également appelé « refoulement en chaîne ») c'est-à-dire que l'État d'accueil risque d'expulser l'intéressé vers un autre État ou territoire sans une évaluation suffisante du risque existant à la destination finale<sup>49</sup>.

42. Les États doivent interpréter et appliquer le principe de non-refoulement de bonne foi ; ils ne peuvent donc pas adopter de lois ou règlements, mettre en œuvre des politiques ou des pratiques ou conclure avec d'autres États ou des acteurs non étatiques des accords qui porteraient atteinte à ce principe ou iraient à l'encontre de son objet et de son but, qui est de garantir que les États s'abstiennent de tout comportement ou arrangement dont ils savent, ou devraient savoir dans les circonstances considérées, qu'il exposerait les migrants aux actes ou risques de torture ou de mauvais traitements par des auteurs ne relevant ni de la juridiction, ni de l'autorité des États concernés (A/HRC/25/60, par. 40 à 58). Si l'interdiction du refoulement est claire et simple, plusieurs pratiques introduites par les États dans le cadre des politiques migratoires récentes portent à croire que les États concernés respectent de moins en moins de bonne foi, et ce de manière délibérée, ce principe pourtant fondamental pour la protection contre la torture et les mauvais traitements.

## 1. Des conditions d'accueil délibérément difficiles

43. Les États soumettent de plus en plus souvent les migrants à des conditions d'accueil inutiles, disproportionnées et délibérément difficiles, destinées à les contraindre à retourner « volontairement » dans leur pays d'origine, quel que soit leur besoin de protection au titre du principe de non-refoulement. Ces conditions résultent de pratiques telles que la criminalisation, l'isolement et la détention des migrants en situation irrégulière, la privation de soins médicaux, de services publics et de conditions de vie adéquates, la séparation délibérée des membres de la famille et l'impossibilité d'engager des procédures de détermination du statut ou de déposer des requêtes en *habeas corpus* ou la prolongation excessive de ces procédures. De telles pratiques délibérées peuvent constituer un « refoulement déguisé » et sont incompatibles avec le principe de bonne foi.

<sup>46</sup> Comité contre la torture, observation générale n° 4, art. 3, par. 28 et 29.

<sup>47</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, requête n° 27765/09, arrêt du 23 février 2012, par. 128.

<sup>48</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Ergashev c. Russie*, requête n° 49747/11, arrêt du 16 octobre 2012, et *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 8319/07 et 11449/07, arrêt du 28 juin 2011, par. 217.

<sup>49</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, requête n° 30696/09, arrêt du 21 janvier 2011, par. 357 à 359. Voir également Comité contre la torture, observation générale n° 4, art. 3, par. 12, et Comité des droits de l'homme, observation générale n° 31, par. 12.

## 2. Accords de réadmission

44. Les accords de réadmission sont des accords bilatéraux qui permettent aux États de renvoyer les migrants dans un pays « sûr » qui, à son tour, est tenu d'accepter (de réadmettre) les personnes renvoyées. Les accords de réadmission établissent à l'avance une procédure permettant l'expulsion des migrants sans évaluation individualisée des risques en fonction des circonstances du moment. Par définition, les accords de réadmission contournent donc le droit à une procédure régulière et ne respectent pas les précautions procédurales que les États devraient prendre pour garantir que les personnes renvoyées ne seront pas exposées à la torture ou à des mauvais traitements. En outre, dans la pratique, les États procèdent souvent à des évaluations générales irréalistes, notamment lorsqu'ils assimilent automatiquement les pays démocratiques à des pays « sûrs » ou concluent des accords de réadmission avec des États connus pour pratiquer le refoulement en chaîne ou même la torture et les mauvais traitements. En l'absence d'une évaluation individualisée des risques pour chaque migrant, les décisions d'expulsion prises sur la base d'accords de réadmission équivalent à une expulsion collective, ce qui est incompatible avec l'interdiction du refoulement.

## 3. Assurances diplomatiques

45. Les assurances diplomatiques sont des instruments de politique bilatérale par lesquels un État expulsant obtient de l'État d'accueil l'assurance que les personnes expulsées ne seront pas soumises à la torture ou à des mauvais traitements ni transférées dans un autre pays où elles risquent de subir de telles violences. Les assurances diplomatiques prennent généralement la forme de mémorandums d'accord non contraignants. Même lorsque ces assurances sont contraignantes et confèrent à l'État expulsant des droits de contrôle et de vérification, l'intérêt principal de l'État expulsant est normalement de poursuivre les expulsions à l'avenir, ce qui rend extrêmement improbable la constatation des violations ou les mesures d'exécution. Dans la pratique, le caractère exécutoire ou contraignant des assurances diplomatiques dépend entièrement des intérêts mutuels des États concernés, compte tenu des relations politiques, économiques ou militaires qu'ils entretiennent entre eux.

46. Les assurances diplomatiques ont été largement critiquées au motif qu'elles sont utilisées comme une échappatoire affaiblissant la force du principe de non-refoulement, notamment par le précédent titulaire du mandat (voir A/70/303, par. 69), le Comité contre la torture<sup>50</sup> et la société civile<sup>51</sup>, et elles sont très contestables du point de vue juridique comme politique. Premièrement, les assurances diplomatiques ne peuvent dispenser l'État expulsant de procéder à une évaluation rigoureuse et individualisée des risques. Cette procédure doit tenir compte du fait que, dans la pratique, les assurances diplomatiques sont surtout utilisées lorsque l'État expulsant craint déjà sérieusement que l'État d'accueil ne respecte pas l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, ce qui est précisément le critère décisif pour interdire absolument toute expulsion vers cet État. Par conséquent, le simple fait que le recours aux assurances diplomatiques soit envisagé dans un cas particulier devrait permettre de mettre en cause la licéité de l'expulsion et rend pratiquement impossible pour l'État expulsant de réfuter de manière concluante l'allégation de « risque réel » de torture ou de mauvais traitements.

47. Deuxièmement, même si les assurances diplomatiques devaient être fidèlement mises en œuvre par l'État d'accueil, elles montrent que l'on s'attend à ce que celui-ci ne respecte que de manière sélective l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, et que l'État expulsant y consent, ce qui met gravement en péril une des normes les plus fondamentales du droit international et va carrément à l'encontre des buts et principes de l'Organisation des Nations Unies. Dans le meilleur des cas, cette pratique pourrait aboutir à un système à deux niveaux de protection contre la torture et les mauvais traitements, où seul un petit nombre bénéficieraient d'une protection de facto « renforcée » en vertu

<sup>50</sup> Voir *Agiza c. Suède* (CAT/C/34/D/233/2003), par. 13.4, et Comité contre la torture, observation générale n° 4, art. 3, par. 20.

<sup>51</sup> Voir Amnesty International, *Dangerous Deals: Europe's Reliance on "diplomatic Assurances" against Torture*, Londres, 2010, et Human Rights Watch, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, 2005.

d'assurances diplomatiques obéissant à des motivations politiques, économiques ou militaires, tandis que la protection de la grande majorité en vertu du droit conventionnel et du *jus cogens* applicables deviendrait de plus en plus facultative, avec pour résultat un affaiblissement considérable de l'interdiction universelle de la torture et des mauvais traitements, voire de l'état de droit.

48. En résumé, le Rapporteur spécial constate avec une vive inquiétude que le recours aux assurances diplomatiques traduit une certaine complaisance et un acquiescement implicite à l'égard d'une application purement sélective de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements. En outre, lorsqu'il y a des motifs sérieux de croire qu'une personne risque d'être soumise à la torture ou à des mauvais traitements à son retour, les assurances diplomatiques, même associées à des mécanismes de suivi après retour, sont intrinsèquement insuffisantes pour assurer la protection requise.

#### 4. Prévention directe des arrivées : « refoulements » et fermetures des frontières

49. Les mesures de prévention directe des arrivées sont appliquées directement par l'État de destination et peuvent avoir un caractère actif (« refoulement ») ou passif (fermeture des frontières). Les refoulements sont des opérations préventives visant à empêcher physiquement les migrants d'atteindre le territoire de l'État de destination, d'y entrer ou d'y rester en exerçant directement ou indirectement un contrôle effectif sur leurs déplacements. En mer, les refoulements supposent essentiellement l'interception de navires transportant des migrants à l'intérieur ou à l'extérieur des eaux territoriales, suivie d'un rapatriement immédiat vers leur port d'origine sans contrôle à bord ou avec seulement un contrôle sommaire aux fins de la protection. Sur terre, les refoulements sont plus susceptibles d'avoir lieu à une frontière internationale ou à proximité et supposent généralement la menace ou l'emploi effectif de la force par les gardes frontière pour empêcher les migrants d'approcher ou de traverser la frontière et pour intimider les personnes l'ayant franchie avec succès avant de les renvoyer dans le pays de départ. Ici aussi, le recensement des besoins de protection est sommaire ou inexistant.

50. Le même objectif, quoique par des moyens passifs, est visé par les fermetures de frontière qui empêchent tout passage non autorisé au moyen d'obstacles physiques, tels que clôtures, murs ou tranchées, sans portes ou autres voies d'accès raisonnablement praticables. Les fermetures de frontière devraient être distinguées des opérations ou installations visant à gérer les migrants qui arrivent ou à les guider vers des voies, des zones ou des points de passage frontaliers spécifiques et à leur garantir une prise en charge sûre, ordonnée et régulière, sans porter atteinte à leurs droits fondamentaux. Dans la pratique, la fermeture des frontières n'est pas un moyen efficace de prévenir les arrivées et elle tend à encourager le trafic illicite, la criminalité et la corruption policière et à exposer les migrants en situation irrégulière à l'extorsion, à la violence, aux sévices sexuels et au risque de traite.

51. Les frontières internationales ne sont pas des zones d'exclusion ou d'exemption des obligations relatives aux droits de l'homme. En particulier, en vertu du droit des réfugiés comme du droit des droits de l'homme, le principe du non-refoulement s'applique à tout moment, même lorsque les États mènent des activités ou détiennent des personnes hors de leur territoire, notamment en haute mer<sup>52</sup>, et il interdit les renvois à la frontière ainsi que toute autre mesure qui obligerait une personne à retourner ou à rester dans un territoire où sa vie, son intégrité physique ou sa liberté serait menacée<sup>53</sup>. Étant donné que les refoulements et fermetures de frontière visent à exercer un contrôle effectif sur les mouvements physiques des migrants, ne serait-ce qu'en empêchant directement ces mouvements dans une certaine direction, de telles mesures pourraient bien placer les migrants concernés sous la juridiction de l'État exerçant ce contrôle aux fins de l'interdiction du refoulement.

<sup>52</sup> HCR, « Avis consultatif sur l'application extraterritoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole facultatif de 1967 », 26 janvier 2007, par. 43. Voir CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 10 et 12.

<sup>53</sup> Convention de l'Organisation de l'Unité africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, art. II 3). Voir également Comité contre la torture, observation générale n° 4, art. 3, par. 4.



52. Tant les refoulements que les fermetures de frontière constituent des mesures collectives conçues pour ou de nature à priver les migrants de leur droit de demander une protection internationale et de voir leur cas examiné dans le cadre d'une procédure régulière individualisée et sont donc incompatibles avec l'interdiction du refoulement. Preuve d'une indifférence totale à l'égard des risques graves auxquels certains des migrants concernés peuvent être exposés, les refoulements et les fermetures de frontière reviennent à nier ouvertement la dignité humaine des intéressés d'une manière qui devrait être considérée comme dégradante en soi.

53. Enfin et surtout, les refoulements impliquent souvent des périodes de détention de courte durée, pendant lesquelles les migrants se retrouvent sous le contrôle physique des gardes frontière qui leur infligent des actes de torture ou des mauvais traitements et cherchent à les dissuader par la sanction, l'intimidation, la contrainte ou la discrimination. Le Rapporteur spécial a reçu de nombreuses informations faisant état de refoulements accompagnés de coups, d'attaques de chiens et d'arrosages à l'eau froide par des températures inférieures à zéro. Même en l'absence de détention physique, les refoulements sont couramment assortis de menaces ou de recours à la force inutile, excessif ou arbitraire. Le recours à la force dans le seul but de dissuader ou d'empêcher des personnes d'entrer sur le territoire d'un État ne peut généralement pas être considéré comme licite, nécessaire ou proportionné et peut donc constituer un mauvais traitement, voire un acte de torture (A/72/178, par. 62 c)).

##### 5. Prévention des départs/prévention indirecte des arrivées (« rétention »)

54. Les opérations de « rétention » visent à empêcher physiquement les migrants de quitter le territoire de leur État d'origine ou d'un État de transit (État de rétention), ou à les renvoyer de force sur ce territoire avant qu'ils puissent atteindre le territoire de leur État de destination. Ces opérations sont effectuées par des États de rétention ou des groupes armés locaux, soit dans l'intérêt de régimes dictatoriaux qui tentent d'empêcher les habitants de s'échapper (prévention des départs), soit à la demande et pour le compte d'États de destination qui souhaitent empêcher l'arrivée de migrants sans avoir à engager leurs propres autorités frontalières dans des opérations illégales de rétention (prévention indirecte des arrivées).

55. De par leur nature même, les opérations de rétention empêchent les migrants d'exercer leur droit de quitter tout pays ou territoire, de ne pas être détenus arbitrairement, de demander l'asile et d'en bénéficier et de voir leurs droits et obligations individuels déterminés dans le cadre d'une procédure régulière. En outre, lorsque ces opérations retiennent de force des migrants dans des situations où ils sont réellement exposés à un risque de torture ou de mauvais traitements, toute participation, tout encouragement et toute assistance des États de destination serait inconciliable avec une interprétation et une application de bonne foi de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, notamment du principe du non refoulement<sup>54</sup>. Au titre du *jus cogens*, ces dispositions fondamentales l'emportent sur tous les motifs pouvant être imaginés pour justifier la prévention du départ et de l'arrivée au regard du droit national ou international, y compris du droit de la mer. En particulier, alors que les États de rétention et les États de destination qui les soutiennent présentent souvent ces opérations comme des opérations humanitaires visant à « sauver » les migrants en détresse qui se trouvent à bord d'embarcations surpeuplées et peu sûres en mer, à les empêcher de se lancer dans de tels « voyages dangereux » ou à « faire échec au modèle commercial des passeurs et trafiquants », la réalité bien établie est que les migrants interceptés sont généralement renvoyés vers leur port de départ, où ils sont régulièrement détenus ou renvoyés dans un État tiers dangereux et, dans les deux cas, exposés à un risque important de torture et de mauvais traitements, voire à la mort, sans avoir accès à une évaluation de leurs besoins de protection ni à une quelconque autre voie de recours.

<sup>54</sup> Voir Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 26 et 31 (par. 1). Voir aussi Charte des Nations Unies, Art. 1 (par. 3), 2 (par. 1), et Nora Markard, « The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries », *European Journal of International Law*, vol. 27, n° 3, (août 2016), p. 596 et 597, 606 et 607, 614 à 616.

56. Les États sont responsables des faits ou omissions internationalement illicites qui leur sont légalement imputables, que ce soit par imputation directe, par mise en jeu d'une responsabilité conjointe ou par établissement d'une complicité, et indépendamment de la licéité de ces faits ou omissions au regard du droit interne. Ainsi, les États sont responsables non seulement des violations territoriales et extraterritoriales commises par leurs propres agents ou par des contractants et d'autres acteurs non étatiques sur leurs instructions et sous leur contrôle, mais aussi s'ils ont sciemment aidé, assisté, dirigé, contrôlé ou contraint d'autres États aux fins de la commission de faits internationalement illicites<sup>55</sup>. En particulier, les États qui fournissent sciemment des instructions, des directives, du matériel, une formation, du personnel, une aide financière ou des renseignements à l'appui d'opérations illégales de dissuasion ou de prévention menées par des États tiers contre les migrations engagent leur responsabilité juridique pour de telles violations. Il en va de même si ces opérations sont menées par des acteurs non étatiques agissant sur leurs instructions et sous leur contrôle.

57. En résumé, les États de destination ne peuvent pas contourner leurs propres obligations internationales en externalisant leurs pratiques de contrôle des migrations ou en les déléguant à d'autres États ou à des acteurs non étatiques échappant à leur contrôle juridictionnel ; au contraire, toute instigation, tout soutien et toute participation de leur part lors d'opérations de rétention illégales donnant lieu à des violations des droits de l'homme, notamment des actes de torture et des mauvais traitements, peuvent être assimilés à une complicité ou mettre en jeu une responsabilité conjointe.

## F. Implications en droit pénal international

58. Partout dans le monde, les migrants sont victimes de violations graves et généralisées des droits de l'homme, c'est-à-dire non seulement d'actes de torture, mais aussi de meurtre, d'esclavage, d'expulsion et de transfert forcé, de détention arbitraire, de viol, d'esclavage sexuel, de prostitution forcée et d'autres formes de violence sexuelle, de persécution, de disparition forcée, d'apartheid et d'autres actes tout aussi inhumains. Dans de nombreux contextes, ces violations sont le résultat direct ou indirect de politiques et pratiques adoptées par les États en vue d'empêcher, de punir ou de contrôler la migration irrégulière. Dans d'autres contextes, elles sont commises par des groupes criminels ou par une partie de la population locale qui se livre à des actes d'agression. Dans la plupart des cas, ces violations suivent un schéma programmatique que l'on peut qualifier de systématique.

59. Compte tenu de l'ampleur et de la gravité de ces violations et de leur lien de causalité avec les politiques, pratiques et échecs des États, il convient de rappeler que les violations généralisées ou systématiques des droits de l'homme les plus fondamentaux engagent non seulement la responsabilité juridique des États mais peuvent également donner lieu à une responsabilité pénale individuelle pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre devant les tribunaux internationaux et nationaux. Ces crimes sont bien définis en droit international coutumier, dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et dans de nombreux systèmes juridiques nationaux<sup>56</sup>.

60. Il importe de noter que, pour qu'il y ait « intention » criminelle il n'est pas nécessaire que la torture et les mauvais traitements soient le but ou le résultat souhaité d'une loi, d'une politique ou d'une pratique. Selon l'article 30 du Statut de Rome, l'intention est déjà établie lorsque les auteurs sont conscients que, « dans le cours normal des événements », leur comportement ou leurs omissions exposeront des personnes à la torture et aux mauvais traitements, alors qu'en droit international coutumier, ce seuil est encore plus bas et il suffit que les auteurs sachent qu'il y a « une forte probabilité » que la

<sup>55</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, art. 1 à 11 et 16 à 19.

<sup>56</sup> Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 7 (par. 1) et 8. Pour une base de données sur la législation et la jurisprudence nationales pertinentes, voir [www.legal-tools.org/](http://www.legal-tools.org/).

torture ou les mauvais traitements seront le résultat de leur comportement<sup>57</sup>. En outre, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre peuvent être commis non seulement personnellement, mais aussi par diverses formes de participation au comportement d'autrui, telles que la coperpétration, la complicité, l'incitation, l'engagement de la responsabilité pénale conjointe et de la responsabilité du supérieur hiérarchique<sup>58</sup>. Lorsque des personnes ont l'obligation légale de prévenir la torture et les mauvais traitements dans leur sphère d'influence, l'abstention fautive peut engager la responsabilité pénale par omission. Enfin et surtout, ni la qualité officielle<sup>59</sup> ni les ordres d'un supérieur<sup>60</sup> n'offrent l'immunité de poursuites et tant les crimes de guerre que les crimes contre l'humanité relèvent de la compétence universelle et sont imprescriptibles<sup>61</sup>.

61. Ces observations font entrer dans le champ de la responsabilité pénale universelle non seulement les fonctionnaires, employés, entrepreneurs ou particuliers qui infligent directement des actes de torture et des mauvais traitements, mais aussi, potentiellement, les législateurs, les responsables politiques, les magistrats, les supérieurs hiérarchiques militaires et civils et les dirigeants d'entreprises qui élaborent, organisent, appuient, promeuvent et mettent en œuvre les lois, politiques et pratiques, et concluent des arrangements avec d'autres États et acteurs non étatiques qui créent ou entretiennent sciemment les circonstances dans lesquelles ces violations sont commises. Cela suppose également qu'il y a omission fautive lorsque des supérieurs hiérarchiques, militaires, civils ou d'entreprise, ne prennent pas toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir et punir des crimes dont ils savaient, ou auraient dû savoir, qu'ils étaient en train d'être commis ou susceptibles d'être commis par leurs subordonnés, pour enquêter sur ces crimes et pour en poursuivre les auteurs.

### III. Conclusions et recommandations

#### A. Conclusions

62. **Sur la base des observations et considérations qui précèdent et s'appuyant sur les larges consultations qu'il a tenues avec des parties prenantes, le Rapporteur spécial, au meilleur de son jugement et de sa conviction personnelle, parvient aux conclusions exposées ci-après.**

63. **Dans un passé récent, les violations généralisées et de plus en plus systématiques des droits de l'homme commises contre des migrants par des agents de l'État, des criminels et des particuliers sont devenues non seulement un défi majeur pour la gouvernance mondiale, mais aussi l'une des plus grandes tragédies humaines de notre temps.**

64. **Le Rapporteur spécial salue le large éventail d'efforts individuels et collectifs consentis par des États, des organisations internationales, la société civile et des particuliers dans le monde entier pour protéger les droits de l'homme et la dignité des migrants et atténuer leurs souffrances, sans discrimination.**

<sup>57</sup> Voir Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, *Le Procureur c. Kaing Guek Eav alias Duch*, n° 001/18-07-2007-ECCC/TC, jugement du 26 juillet 2010, par. 481 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Nahimana et consorts*, affaire ICTR-99-52-A, arrêt du 28 novembre 2007, par. 479 ; et Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Le Procureur c. Brima et consorts*, affaire n° SCSL-2004-16-A, arrêt du 22 février 2008, par. 242 à 247.

<sup>58</sup> Voir Statut de Rome, art. 25 et 28, et Comité contre la torture, observation générale n° 2 (2007) sur l'application de l'article 2, par. 26.

<sup>59</sup> Statut de Rome, art. 27.

<sup>60</sup> Voir *ibid.*, art. 33 ; Convention contre la torture, art. 2 (par. 3) ; et Comité contre la torture, observation générale n° 2, par. 26.

<sup>61</sup> Voir Statut de Rome, art. 29 ; Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre et Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Comité international de la Croix-Rouge (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2005), règle 160.

65. Tout en reconnaissant que les États ont la prérogative et le devoir d'exercer leur juridiction sur leurs frontières internationales, le Rapporteur spécial rappelle qu'ils doivent le faire dans le plein respect du droit des droits de l'homme, notamment l'interdiction absolue et non susceptible de dérogation de la torture et des mauvais traitements.

66. La cause première de la maltraitance massive subie par des migrants dans toutes les régions du monde, y compris la torture, le viol, l'esclavage, la traite et le meurtre, n'est ni la migration elle-même, ni le crime organisé, ni la corruption de certains fonctionnaires, mais la tendance croissante des États à fonder leurs politiques et pratiques migratoires officielles sur la dissuasion, la criminalisation et la discrimination plutôt que sur la protection, les droits de l'homme et la non-discrimination.

67. Les lois, politiques et pratiques en matière de migration qui, sciemment ou délibérément, soumettent ou exposent les migrants à des actes ou à des risques prévisibles de torture ou de mauvais traitements, ou qui les empêchent sciemment ou délibérément d'exercer des droits annexes destinés à les protéger contre de tels sévices, sont incontestablement illégales et engagent la responsabilité de l'État pour les préjudices qui en découlent, indépendamment du fait que ces actes ou mauvais traitements soient directement attribuables à leurs auteurs. En outre, chaque fois que les États n'exercent pas la diligence voulue pour protéger les migrants contre les violations commises par des acteurs privés, pour en punir les auteurs ou pour offrir des recours aux victimes, ils consentent à la torture ou aux mauvais traitements ou s'en font complices.

68. L'implication personnelle des responsables politiques et autres, des dirigeants d'entreprises et des particuliers dans la conception, la promotion et la mise en œuvre de ces politiques et pratiques peut équivaloir à la coperpétration, à la complicité ou à toute autre forme de participation à des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre et peut donc donner lieu à une responsabilité pénale universelle au regard du coutumier et conventionnel applicable.

69. Les recommandations ci-après visent à aider les États à prévenir la torture et les mauvais traitements dans le contexte des migrations et à garantir l'accès des victimes à la protection, à la réparation et à la réadaptation, mais les problèmes de gouvernance mondiale posés par les mouvements migratoires importants et complexes ne peuvent être résolus par les seuls États et nécessitent une coopération multilatérale garantissant la paix et la sécurité internationales, les droits de l'homme, le développement durable, la protection de l'environnement et la primauté du droit, conformément aux objectifs de développement durable. Les travaux actuellement en cours en vue de l'élaboration de deux pactes mondiaux sur les réfugiés et en faveur d'une migration sûre, ordonnée et régulière représentent pour la communauté internationale une occasion importante et bienvenue de faire un grand pas dans cette direction.

## B. Recommandations

70. Outre les recommandations générales formulées par le titulaire du mandat<sup>62</sup> et sachant qu'il est impossible de donner des orientations détaillées sur tous les aspects pertinents de la politique migratoire, le Rapporteur spécial formule les recommandations ci-après qui ont pour but d'assurer le respect de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, d'éviter les lacunes en matière de protection et de prévenir l'impunité des violations commises dans le contexte des migrations.

71. Afin de protéger les migrants contre l'exploitation et les mauvais traitements, notamment de la part de criminels, de fonctionnaires corrompus et de particuliers, les États devraient s'abstenir de fonder leurs lois, politiques et pratiques en matière de migration, leur communication publique et leurs accords avec d'autres États ou des

<sup>62</sup> Voir [www.ohchr.org/Documents/Issues/SRTorture/recommendations.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRTorture/recommendations.pdf).

acteurs non étatiques, y compris des entreprises, sur la dissuasion, la criminalisation et la discrimination. Au lieu de cela, les États devraient s'attacher à mettre au point des itinéraires durables pour une migration sûre, ordonnée et régulière fondée sur la protection, les droits de l'homme et la non-discrimination.

72. En ce qui concerne l'obligation de respecter et de garantir, les États devraient prendre toutes les mesures législatives, administratives, judiciaires et autres nécessaires pour que leurs lois, politiques, pratiques ou omissions n'aient pas pour résultat de soumettre ou d'exposer les migrants à des actes ou des risques de torture ou de mauvais traitements, ou de les empêcher d'exercer des droits annexes destinés à les protéger contre de tels sévices, comme le droit de quitter tout pays ou territoire, de demander l'asile et d'autres formes de protection internationale et de ne pas être détenus arbitrairement ainsi que de voir leurs droits et devoirs individuels déterminés dans le cadre d'une procédure régulière.

73. Les États devraient s'abstenir de toute politique de détention des migrants obligatoire, prolongée ou illimitée. Toute détention liée à la migration devrait rester une mesure exceptionnelle et devrait se dérouler dans des locaux distincts de ceux relevant du système de justice pénale. Les migrants, en particulier les enfants, ne devraient jamais être détenus uniquement parce qu'ils sont dans une situation irrégulière au regard des lois sur l'immigration ou parce qu'ils ne peuvent être expulsés. La détention des migrants ne devrait jamais être utilisée comme un moyen de dissuasion, d'intimidation, de coercition ou de discrimination mais, dans les limites fixées par le droit des droits de l'homme, devrait être subordonnée aux mêmes critères que ceux applicables aux nationaux, notamment les exigences de légalité, de nécessité et de proportionnalité et, dans les cas exceptionnels nécessitant une détention administrative ou préventive, l'obligation d'effectuer un réexamen périodique. En outre, les conditions de détention et le traitement en détention devraient toujours être conformes aux normes internationales, en particulier à l'Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela), compte dûment tenu de toute vulnérabilité personnelle due à des facteurs tels que le statut migratoire, l'âge, le sexe, le handicap, l'état médical, un traumatisme antérieur ou l'appartenance à une minorité. Les mécanismes de surveillance indépendants nationaux, internationaux et non gouvernementaux, notamment la société civile, les mécanismes nationaux de prévention, le Sous-Comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le Rapporteur spécial et, en cas de conflit armé, le Comité international de la Croix-Rouge, devraient avoir pleinement accès à tous les lieux où des migrants peuvent être détenus ou hébergés, notamment les navires hors des eaux territoriales, les installations extraterritoriales et les zones de transit.

74. En ce qui concerne le droit à une procédure régulière, les États devraient permettre aux migrants de demander une protection internationale et de contester toute décision relative à leur détention, leur traitement ou leur expulsion devant un organe judiciaire ou administratif compétent, impartial et indépendant et dans le cadre d'une procédure individualisée, rapide et transparente assortie des garanties essentielles, notamment de services d'interprétation de qualité, fiables et objectifs.

75. Les États devraient veiller à ce que les migrants ayant subi des tortures ou des mauvais traitements soient repérés le plus tôt possible grâce à un dépistage adéquat, puissent obtenir une évaluation médicale et psychologique indépendante de leurs allégations de traumatisme antérieur, conformément au Manuel pour enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Protocole d'Istanbul), aient accès à des procédures de détermination de leur statut adaptées, compte tenu du traumatisme psychologique dont ils souffrent, reçoivent réparation, y compris sous la forme d'une réadaptation aussi complète que possible, et ne soient pas expulsés vers un État ou un territoire où des services de réadaptation adéquats ne sont pas disponibles ou garantis. La réadaptation peut nécessiter la recherche des membres de la famille et le regroupement familial, en particulier pour les enfants non accompagnés ou séparés et les autres personnes particulièrement vulnérables.

76. Les États et les autres parties prenantes travaillant avec les migrants devraient mettre au point des systèmes fiables de collecte de données représentatives en vue de favoriser une meilleure compréhension de l'ampleur du problème de la torture et des mauvais traitements dans les populations migrantes, des causes et circonstances de ces sévices, des besoins spécifiques des victimes et de ce qu'elles vivent à leur retour. Les États devraient mettre en place des systèmes qui protègent efficacement les droits de la personne, tels que des pare-feu entre les données recueillies à des fins d'identification et de protection et les données recueillies à des fins de maintien de l'ordre et de justice pénale.

77. Les fonctionnaires et autres personnes chargés de déterminer le statut de réfugié ou le droit à une protection internationale subsidiaire devraient recevoir une formation appropriée sur la conduite des évaluations pertinentes, l'identification des signes de torture et de mauvais traitements et les moyens d'établir la réalité des faits, et devraient être conscients que la protection contre le non-refoulement, qui concerne en particulier le risque de torture et de mauvais traitements, est absolue, ne peut faire l'objet de dérogation et concerne tous les migrants, indépendamment de leur droit au statut de réfugié ou de considérations de sécurité nationale ou publique.

78. Les États devraient s'abstenir d'expulser, de transférer ou de refouler des migrants, individuellement ou collectivement, notamment au moyen d'accords d'extradition ou de réadmission, d'assurances diplomatiques, de fermetures de frontières ou d'opérations de refoulement, sans avoir procédé à une évaluation individualisée des risques. De même, ils devraient s'abstenir d'inciter ou d'encourager d'autres États ou des acteurs non étatiques à mener des opérations de rétention, d'appuyer ou de faciliter d'une quelconque autre manière ces opérations, qui constituent une violation du droit des migrants de demander une protection internationale, ou encore d'y participer.

79. En ce qui concerne l'obligation de prévenir, d'enquêter et de poursuivre, les États devraient prendre des mesures législatives, administratives, judiciaires ou autres efficaces pour prévenir, sur tout territoire relevant de leur juridiction, tout acte de torture et tout mauvais traitement, y compris dans le contexte du trafic de migrants, que les auteurs en soient des fonctionnaires, des criminels ou les deux. À cet effet, les États devraient enquêter sur tout acte de torture ou mauvais traitement, y compris toute tentative, complicité ou autre forme de participation, poursuivre et punir les auteurs de tels actes, et coopérer avec les autres États et les mécanismes et organisations internationaux compétents.

80. Plus particulièrement, les États et le Procureur de la Cour pénale internationale devraient déterminer si des enquêtes sur les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre sont justifiées compte tenu de l'ampleur, de la gravité et du caractère de plus en plus systématique des actes de torture, des mauvais traitements et autres violations graves des droits de l'homme dont sont victimes des millions de migrants dans toutes les régions du monde en raison de la corruption et de la criminalité mais aussi comme conséquence directe ou indirecte des politiques et pratiques délibérées des États fondées sur la dissuasion, la criminalisation, la prévention des arrivées et les refoulements.