

16 novembre 2017

SRSG Mig/Ref (2017)1

Avis sur le projet de loi du Monténégro relative aux étrangers

rendu par le Représentant spécial du Secrétaire Général sur les migrations et les réfugiés

sur la base des observations de

**Susie Alegre,
Elspeth Guild,
Katja Swider**

Le présent document a été préparé avec le concours financier d'un programme conjoint de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Les vues exprimées ne sauraient refléter la ligne officielle de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe et ne représentent pas nécessairement celles d'organisations auxquelles les expertes sont rattachées.

Horizontal Facility for Western Balkans and Turkey



<http://horizontal-facility-eu.coe.int>

Table des matières

I.	Introduction.....	4
II.	Observations préliminaires	4
III.	Conformité avec les normes du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme ...	5
	a. Accès au territoire.....	6
	b. Expulsion.....	8
	c. Privation de liberté et restrictions à la liberté de circulation	11
	d. Vie privée et familiale.....	15
	e. Groupes vulnérables.....	16
	f. Garanties procédurales.....	18
IV.	Analyse des dispositions relatives à l'apatridie	19
	a. Accès à la procédure de détermination du statut d'apatride	20
	b. Teneur de la procédure de détermination de l'apatridie	21
	c. Statut des personnes reconnues comme étant apatrides.....	24
V.	Conclusions et recommandations	27

I. Introduction

1. Le 3 août 2017, le ministère de l'Intérieur du Monténégro a demandé au Conseil de l'Europe un avis sur la conformité du projet de loi relative aux étrangers (« le projet de loi ») avec les valeurs et les principes du Conseil de l'Europe, notamment en matière de migrations.
2. Le Représentant spécial du Secrétaire Général sur les migrations et les réfugiés a invité Mmes Elspeth Guild, Susie Alegre et Katja Swider à faire part de leurs commentaires sur le projet de loi¹. Le présent avis fait fond sur ces commentaires.
3. Le présent document repose sur la traduction anglaise du projet de loi transmise par le ministère des Affaires étrangères du Monténégro par l'intermédiaire du Bureau du Conseil de l'Europe à Podgorica. C'est possible que la traduction ne soit pas en tous points fidèle à la version originale du projet de loi. Pour cette raison, certains problèmes soulevés pourraient être dus à la traduction plutôt qu'à la teneur des dispositions concernées.
4. Le Représentant spécial du Secrétaire Général demeure à la disposition des autorités monténégrines pour toute assistance complémentaire dont elles pourraient avoir besoin.

II. Observations préliminaires

5. Le Monténégro est devenu un État indépendant en mai 2006, après avoir fait sécession avec l'ancienne Communauté d'États de Serbie-et-Monténégro. Il est membre du Conseil de l'Europe depuis mai 2007 et candidat à l'adhésion à l'Union européenne et à l'OTAN. Le projet de loi doit remplacer le décret actuel de publication de la loi relative aux étrangers du 24 décembre 2014 (n° 01-1253/2).
6. Dans le domaine des migrations, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et la jurisprudence qui en découle revêtent une importance particulière, aussi bien que d'autres traités ratifiés par le Monténégro et des normes et des recommandations plus générales du Conseil de l'Europe et du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés dans le domaine des migrations. Le Monténégro a signé et ratifié la CEDH et ses protocoles². Il a également signé et ratifié la Charte sociale européenne révisée, la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et son Protocole additionnel, la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains et la Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels.
7. Le champ d'application du projet de loi concerne essentiellement les migrations. Outre quelques références aux personnes ayant droit à la protection internationale, le projet de loi ne contient aucune disposition sur l'asile. La législation sur l'asile n'a pas été fournie dans le

¹ Mmes Guild et Alegre sont expertes en législation sur l'immigration et en droits de l'homme ; Mme Swider est experte en apatridie.

² Protocoles n^{os} 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13 et 14.

cadre de ce processus d'examen. Le chapitre I du projet de loi donne des définitions générales ; les chapitres suivants portent respectivement sur l'accès au territoire, les visas, le droit de séjour (y compris la procédure de détermination de l'apatridie et le droit au travail), le séjour illégal et l'expulsion (y compris la rétention de migrants), la documentation, les dispositions spéciales pour les ressortissants des pays de l'UE et des pays tiers, et les contrôles et les pénalités.

8. La partie III du présent avis traite de la conformité du projet de loi avec les normes du Conseil de l'Europe relatives aux droits de l'homme dans le contexte des migrations, en mettant l'accent sur les aspects les plus importants de l'accès au territoire, de l'expulsion, de la privation de liberté, de la protection des groupes vulnérables et des garanties procédurales. La partie IV analyse les dispositions relatives à l'apatridie, par rapport aux normes internationales et aux bonnes pratiques appliquées dans d'autres États. La dernière partie de l'avis récapitule les conclusions et les recommandations.

9. D'après la Cour européenne des droits de l'homme, « le principe de sécurité juridique [...] est implicite dans la Convention et constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit »³. L'objectif de la sécurité juridique est de garantir que l'application de la loi n'est pas arbitraire⁴. Les personnes visées par la loi devraient être en mesure de comprendre les dispositions pour pouvoir régler leur conduite en conséquence⁵. Dans l'état actuel des choses, les dispositions du projet de loi ne permettent pas toujours de respecter ce principe. Le présent avis indique les points sur lesquels le texte n'est pas clair ou renvoie à d'autres lois d'une manière abstraite, et signale les incohérences terminologiques.

10. Pour que le cadre législatif soit jugé « conforme à la loi », la législation et la réglementation doivent être considérées dans leur ensemble. Le projet de loi relève de la législation ; son article 216 renvoie à la nécessité d'adopter des textes d'application dans les six mois suivant l'entrée en vigueur de la loi. Cela permet de maintenir la réglementation en vigueur dans l'intervalle, sauf si elle est contraire à la loi visée. La réglementation existante et le projet de réglementation n'a pas été communiquée dans le cadre de cet examen. En tout état de cause, le projet de loi devrait indiquer clairement si une réglementation est nécessaire pour l'application de dispositions particulières. Dans le projet actuel, il n'est pas clair s'il existe ou s'il existera, par exemple, une réglementation pour régir les aspects procéduraux de la prise de décisions.

III. Conformité avec les normes du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme

11. En règle générale, la Cour européenne des droits de l'homme accepte que le principe de souveraineté nationale permette aux États d'accepter des étrangers sur leur territoire ou

³ *Riad et Idiab c. Belgique* n^{os} 29787/03 et 29810/03, paragraphe 78, 24 janvier 2008.

⁴ *S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], n^{os} 30562/04 et 30566/04, CEDH 2008.

⁵ « Pour que l'on puisse la juger conforme à ces exigences, la législation nationale doit fournir une protection adéquate contre l'arbitraire et, en conséquence, définir avec une netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré aux autorités compétentes (*Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, paragraphes 66 à 68, série A n^o 82, *Rotaru c. Roumanie* [GC], n^o 28341/95, paragraphe 55, CEDH 2000-V, et *Amann c. Suisse* [GC], n^o 27798/95, paragraphe 56, CEDH 2000-II) ». *S. et Marper*, précité, paragraphe 95.

de les en exclure⁶. Ce n'est que dans certaines circonstances que l'exclusion du territoire ou le refus de la protection internationale enfreindrait des dispositions spécifiques de la CEDH et contraindrait par conséquent les États à admettre des étrangers.

12. Les non-ressortissants présents sur le territoire ou relevant de la juridiction d'un État partie bénéficient de la protection des droits énoncés dans la CEDH. Les ressortissants d'autres parties contractantes et, dans certains cas, tous les migrants peuvent entrer dans le champ d'application des dispositions de la Charte sociale européenne. La liberté de circulation est garantie par l'article 2 du Protocole n° 4 de la CEDH, qui énonce au deuxième paragraphe que « [t]oute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien ». L'article 18.4 de la Charte sociale européenne révisée reconnaît le droit de sortie des nationaux d'une Partie désireux d'exercer une activité lucrative sur le territoire des autres Parties. Cependant, ni la CEDH ni la Charte sociale européenne révisée ne garantissent le droit d'un non-ressortissant d'entrer ou de rester sur le territoire d'un État membre et ne garantissent pas non plus le droit d'asile.

a. Accès au territoire

13. L'article 8 (« Interdiction d'entrée »)⁷ du projet de loi permet à la police de décider d'empêcher l'entrée sur le territoire d'après une liste de motifs, et ce « sans entendre le ressortissant étranger en question ». Il serait souhaitable que le projet de loi prévoie explicitement que la décision soit dûment motivée et communiquée par écrit à l'intéressé. Une procédure permettant à l'intéressé d'être entendu constituerait également une garantie procédurale appréciable⁸.

14. L'article 9 du projet de loi définit « l'entrée illégale » notamment comme une entrée survenue avant l'expiration de l'interdiction d'entrée. L'article 8 du projet de loi ne contient cependant aucune disposition relative à la durée des interdictions d'entrée. Pour satisfaire aux exigences de « prévisibilité », le projet de loi devrait comporter des dispositions claires à cet égard. Pour les mêmes raisons, il devra probablement donner plus de détails sur les visas de transit (type B), qui font actuellement défaut (alors qu'il existe des dispositions détaillées pour d'autres types de visas)⁹.

15. Les articles 2 et 3 de la CEDH interdisent la prise de mesures d'éloignement susceptibles d'exposer à un risque d'atteinte à la vie, de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants, que l'intéressé se trouve à la frontière ou en un autre lieu relevant de la juridiction de l'État. Pour cette raison, le projet de loi pourrait utilement soumettre la police à l'obligation de déterminer si le refus d'entrée expose l'intéressé à un risque d'atteinte à sa vie ou de mauvais traitements en violation des articles 2 et 3 de la CEDH et de prévoir,

⁶ Voir, par exemple, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, paragraphe 135, 11 janvier 2007.

⁷ On ne sait pas clairement si un changement important a été apporté à la terminologie employée dans la loi actuelle relativement au « refus d'entrée » dans la traduction anglaise ou s'il s'agit simplement d'une divergence de la traduction.

⁸ La Cour européenne des droits de l'homme a établi clairement que les principes de légalité et de prééminence de droit applicables dans une société démocratique exigent que toute mesure touchant les droits fondamentaux de la personne puisse être soumise à une forme de procédure contradictoire devant un organe indépendant compétent pour examiner les motifs de la décision en question et les preuves pertinentes : *Al-Nashif c. Bulgarie*, n° 50963/99, paragraphe 123, 20 juin 2002.

⁹ Voir les articles 16 à 19 du projet de loi.

conformément à l'article 13 de la CEDH, un recours de plein droit suspensif dans de tels cas¹⁰.

16. S'agissant des décisions fondées sur des motifs de sécurité nationale et/ou intérieure, il importe de noter que l'exécutif ne peut exercer de pouvoir d'appréciation sans limites et ne peut étendre la notion de sécurité nationale au-delà de sa signification naturelle ni invoquer ce motif sans autre explication ou examen¹¹. Les recours contre de telles décisions devraient être examinés dans le cadre d'une procédure contradictoire devant un organe indépendant compétent pour analyser les motifs de la décision et les éléments de preuve pertinents, au besoin dans les limites procédurales adaptées à l'utilisation d'informations classifiées. L'autorité indépendante doit pouvoir réagir lorsque la « sécurité nationale » est invoquée sans fondement raisonnable dans les faits ou lorsque l'interprétation de la notion est arbitraire, contraire à la loi ou au bon sens¹². Pour cette raison, il peut être nécessaire que le projet de loi prévoit une procédure différente et qu'une autorité autre que le ministère examine les recours relatifs au refus d'entrée et aux griefs tirés du risque de mauvais traitements.

17. L'article 10, paragraphe 6, du projet de loi dispose qu'un séjour dans la zone de transit d'un aéroport ou dans une zone d'ancrage portuaire ou à quai ne constitue pas une entrée au Monténégro. Cette disposition n'empêche cependant pas l'application de la CEDH aux intéressés puisque ceux-ci relèvent de la juridiction du Monténégro¹³.

18. L'article 10, paragraphe 4, du projet de loi semble permettre l'admission des personnes demandant une protection internationale¹⁴. Les articles 28 et 53 du projet de loi semblent aller dans le même sens, en prévoyant des exceptions aux conditions générales de délivrance, respectivement, de visas et de permis de séjour temporaires pour des raisons humanitaires. Il serait souhaitable d'explicitier les exceptions pour savoir qui peut en bénéficier et d'ajouter à l'article 8 du projet de loi une référence à ces exceptions.

19. L'article 53 du projet de loi énonce trois catégories de bénéficiaires de permis de séjour temporaires pour raisons humanitaires : les victimes de la traite et de la violence domestique ou communautaire, les mineurs non accompagnés (victimes ou non de traite et d'exploitation) et d'autres personnes pour « des raisons humanitaires particulièrement justifiées ». Le projet de loi fait référence à ce type de raisons dans de nombreuses autres dispositions. Il serait souhaitable de préciser ce que le projet de loi entend par « raisons humanitaires ».

¹⁰ Voir *Diallo c. République tchèque*, n° 20493/07, paragraphe 74, 23 juin 2011.

¹¹ *C.G. et autres c. Bulgarie*, n° 1365/07, paragraphes 42-47, 24 avril 2008 ; *M. et autres c. Bulgarie*, n° 41416/08, paragraphe 102, 26 juillet 2011.

¹² *Al-Nashif c. Bulgarie*, cité précédemment, paragraphe 121 ; *Liu c. Russie*, n° 42086/05, paragraphe 59, 6 décembre 2007.

¹³ Voir *Nolan et K. c. Russie*, n° 2512/04, paragraphe 95, 12 février 2009.

¹⁴ « Une personne de nationalité étrangère que le Monténégro est tenu d'accueillir en vertu d'une obligation découlant d'un traité international [...] peut entrer au Monténégro ».

b. Expulsion

20. Les dispositions relatives au retour et à l'expulsion figurent au chapitre VI du projet de loi, intitulé « Séjour illégal ». Aux fins du projet de loi, on entend par séjour illégal la présence sur le territoire d'une personne qui ne remplit pas les conditions d'entrée et de séjour. La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance a recommandé aux États membres du Conseil de l'Europe d'éviter un langage d'incrimination de la migration¹⁵.

21. L'article 106 du projet de loi prévoit une obligation générale des particuliers et des entités privées d'informer les autorités de la présence d'étrangers en situation irrégulière. La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance a encouragé les États membres du Conseil de l'Europe à veiller à ce qu'aucun organisme public ou privé fournissant des services dans les domaines de l'éducation, de la santé, du logement, de la sécurité et de l'assistance sociales, de la protection au travail et de la justice ne soit soumis à une obligation de dénonciation à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application¹⁶. Les dispositions actuelles du projet de loi auraient un « effet dissuasif » sur les étrangers, qui les empêcherait d'accéder à ces services. Il est donc recommandé de supprimer cette disposition du projet de loi.

22. Conformément à l'article 107 du projet de loi, le séjour illégal entraîne automatiquement une décision de retour. Cependant, les décisions de retour sont exclues dans une série de cas précis où il sera plutôt procédé à un éloignement forcé. Cela vaut pour un large éventail de motifs, notamment les condamnations pénales mineures, le franchissement « illégal » de frontières¹⁷ et pour un motif particulièrement opaque de mesure de sécurité ou d'expulsion du territoire du Monténégro comme mesure de protection. Les garanties procédurales qui précèdent les éloignements forcés au titre de l'article 107 ne sont pas claires ; une décision motivée et écrite devrait être prise avant tout éloignement forcé du territoire.

Si une personne ne se conforme pas à la décision de retour, une procédure d'expulsion (c'est-à-dire un éloignement forcé) est engagée en vertu des articles 111 et 115 à l'expiration du délai de départ. L'article 111 permet aussi à la police de recourir immédiatement à l'expulsion dans dix cas, à savoir le franchissement illégal de la frontière, la violation de la réglementation relative à l'emploi de ressortissants étrangers, l'aide à l'entrée au transit ou au séjour irréguliers, le mariage de complaisance, la prévention de la violence lors de manifestations sportives (troubles à l'ordre public, possession d'armes et abus de stupéfiants), le non-respect des obligations fiscales, la commission d'une infraction poursuivie d'office, une décision judiciaire pour un crime grave commis dans un autre pays, la commission répétée d'actes délictueux ou un seul acte délictueux commis avec violence.

23. Les motifs de retour et d'expulsion sont très larges et ils devraient, pour répondre aux normes de prévisibilité, être précisés (par exemple, pour clarifier si un jugement est

¹⁵ L'ECRI a adopté, le 16 mars 2016, sa Recommandation de politique générale n° 16 sur la protection des migrants en situation irrégulière contre la discrimination.

¹⁶ Idem, paragraphe 11.

¹⁷ Sachant que le projet de loi définit l'entrée illégale et non le franchissement illégal de frontières.

nécessaire pour constater l'entrée ou le séjour illégal d'une personne ou des actes de violence commis lors d'événements sportifs).

24. Le projet de loi énonce à l'article 117 les motifs d'interdiction de l'éloignement forcé et de l'expulsion (non-refoulement) en cas de risque d'atteinte à la vie, de mauvais traitements ou de peine de mort. Le même article semble indiquer que seuls les enfants seraient protégés contre l'éloignement forcé et l'expulsion, où cette mesure constituerait une violation de la CEDH et de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Le projet de loi devrait préciser que les autorités doivent rechercher, pour *toutes* les personnes, si l'expulsion les exposerait à des violations de leurs droits en vertu de la CEDH, notamment des articles 2, 3, 5, 6 et 8, et que dans ce cas l'expulsion serait interdite. En ce qui concerne l'article 8 de la Convention, il serait utile d'inclure une liste non exhaustive de facteurs pertinents et de faire référence à l'exercice de mise en balance nécessaire pour apprécier la compatibilité d'une expulsion proposée avec le respect de la vie privée ou familiale¹⁸.

25. Conformément à l'article 117 du projet de loi, l'éloignement forcé des mineurs non accompagnés vers un pays où un membre de leur famille, un tuteur ou une institution les accueille n'exige pas expressément que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en compte. Cette disposition doit être modifiée pour clarifier les procédures applicables et que l'intérêt supérieur des mineurs doit être dûment pris en considération dans le processus¹⁹.

26. Par ailleurs, le texte actuel n'explique pas comment un examen des motifs de non-refoulement fonctionnerait dans la pratique. Il n'explique pas quelle est la portée, à l'article 121 du projet de loi, de l'expression « soins ou protection spéciaux » lorsque des décisions de retour concernent certaines catégories vulnérables. Il est par ailleurs difficile de discerner le lien qui devrait exister entre les décisions d'expulsion (articles 107, 111 et 115), les motifs de non-refoulement (article 117) et les dispositions de protection spéciale (article 121).

Dans ce sens, il est fortement recommandé d'explicitier, dans le projet de loi, le lien entre ces aspects et d'intégrer l'obligation des autorités d'inclure dans leurs décisions une appréciation des motifs empêchant l'éloignement forcé et l'expulsion, et de la vulnérabilité des intéressés. L'absence de motivation pourrait empêcher une personne de contester efficacement la décision, ce qui soulève des questions au regard de l'article 13 de la CEDH.

27. Les procédures de recours prévues à l'article 108 du projet de loi ne sont pas claires. Le Monténégro est lié par le Protocole n° 7 à la CEDH qui interdit l'expulsion d'une personne, qu'en exécution d'une décision prise en conformité avec la loi. Comme il est indiqué plus haut, aux fins de la CEDH, l'expression « en conformité avec la loi » se réfère à une loi suffisamment précise et détaillée pour que l'intéressé puisse comprendre la nature de l'obligation. Par ailleurs, le ressortissant étranger doit avoir la possibilité de faire valoir des

¹⁸ Voir, par exemple, *Üner c. Pays-Bas* [GC], n° 46410/99, CEDH 2006-XII.

¹⁹ La Cour européenne des droits de l'homme fait constamment référence au consensus international autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer – voir, par exemple, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, paragraphe 135, CEDH 2010 ; *Popov c. France*, n°s 39472/07 et 39474/07, paragraphe 140, 19 janvier 2012.

raisons qui s'opposent à l'expulsion, ce qui présuppose qu'il a été informé des motifs détaillés de la décision (par écrit).

28. Les articles 108 et 111 semblent exclure un recours de plein droit suspensif contre une décision de retour et d'expulsion, respectivement. Cela n'est conforme ni à l'article 13 de la CEDH, s'il existe des griefs défendables en vertu des articles 2 et 3 de la CEDH,²⁰ ni à l'article 1 du Protocole n° 7 à la CEDH, qui prévoit des recours de plein droit suspensif avec deux exceptions : si l'expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale.

29. Le recours administratif visé à l'article 108 du projet de loi risque de ne pas satisfaire aux exigences d'indépendance nécessaires à un recours effectif au sens de l'article 13 de la CEDH. Le libellé indique que le ministère statuera sur le recours administratif, même si la décision initiale a été prise par l'une de ses subdivisions²¹.

30. L'article 114 du projet de loi fait référence à l'aide judiciaire dans les procédures devant le tribunal administratif qui concernent une décision d'expulsion, bien que le projet de loi ne semble pas comprendre de disposition sur le droit de recours devant un tribunal administratif (les dispositions relatives aux recours concernent uniquement les recours devant le ministère), à l'exception des décisions de rétention (articles 128 et 129 du projet de loi). Il serait souhaitable que le projet de loi clarifie les recours disponibles en matière de retour forcé et d'expulsion.

31. À cet égard, il est noté que l'article 114 du projet de loi dispose que la décision d'accorder ou non une aide juridictionnelle pour contester une décision de la police ou du ministère doit être prise par la police ou par le ministère. Cela ne semble pas approprié, d'autant que, d'après le projet de loi, la police elle-même prendra en charge les coûts de l'aide juridictionnelle. Dans ces conditions, ni la police ni le ministère ne peuvent être considérés comme impartiaux et objectifs. Par ailleurs, le projet de loi autorise une personne à bénéficier d'une aide juridictionnelle si ses ressources sont limitées et si sa demande n'est pas jugée infondée. Il n'y a aucune information sur la façon dont cet examen est mené ni sur le seuil requis. Par ailleurs, la possibilité de rejeter une demande d'aide judiciaire sur la base d'une conclusion que la demande est infondée va à l'encontre de l'objectif de cette aide. Il est fortement recommandé que le projet de loi ou une réglementation prévoit un cadre clair assorti de suffisamment de garanties effectives d'aide juridictionnelle.

32. L'article 108 du projet de loi indique qu'un recours (devant le ministère) doit être formé dans un délai de trois jours et que la décision sera prise dans un délai de huit jours. Le délai de trois jours risque de ne pas être raisonnable pour un ressortissant étranger qui doit se faire représenter et assister par un avocat pour accomplir les formalités requises. Le délai de huit jours pour statuer sur le recours risque aussi d'être déraisonnablement court et de soulever des questions quant à la rigueur de l'examen du recours²².

²⁰ *De Souza Ribeiro c. France* [GC], n° 22689/07, paragraphe 82, CEDH 2012.

²¹ Dans l'affaire *Al-Nashif c. Bulgarie* précitée, paragraphe 138, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'un recours devant le ministère de l'Intérieur n'apportait pas les garanties procédurales requises ni ne prévoyait un examen indépendant, même en cas d'allégation de menace pour la sécurité nationale.

²² *Conka et autres c. Belgique*, n° 51564/99, 5 février 2002.

33. L'article 116 du projet de loi autorise l'éloignement forcé pour un certain nombre de motifs, y compris la violation dudit projet, lorsqu'il existe des soupçons qu'une personne a commis ou prévoit de commettre une infraction grave et lorsqu'une décision d'expulsion a été prise contre une personne dans un État membre de l'UE. Le libellé de ces motifs est très large et on ne voit pas clairement quelles procédures sont en place pour contester une décision qui repose sur une décision d'expulsion de l'UE. Il serait souhaitable de clarifier cette disposition et de prévoir des garanties procédurales adaptées, conformément aux articles 2, 3, 8 et 13 de la CEDH, en particulier²³.

34. Des dispositions distinctes figurent à l'article 175 du projet de loi concernant l'expulsion des ressortissants de l'UE, de l'EEE, de la Suisse et des membres de leur famille qui englobent les motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique de l'UE. Elles renvoient aux articles 107 et 111 du projet de loi pour lesquels des commentaires ont déjà été formulés. L'article 177 du projet de loi fait référence aux interdictions d'entrée qui s'appliquent aux ressortissants de l'UE et aux membres de leur famille. Ces dispositions visent à assurer une plus grande convergence de la législation monténégrine relative aux ressortissants étrangers avec le droit de l'UE sur la libre circulation des citoyens européens. Toutefois, les règles sont inutilement complexes par rapport aux règles de l'UE relatives à la liberté de circulation. Il est recommandé de revoir ces dispositions afin de clarifier les différents traitements applicables à ce groupe et de prévoir des garanties procédurales adaptées.

c. Privation de liberté et restrictions à la liberté de circulation

35. Le projet de loi mentionne aux articles 11 et 126 des restrictions ou une interdiction de la liberté de circulation. L'article 11 du projet de loi permet de restreindre ou d'interdire la liberté de circulation pour des raisons de sécurité nationale et/ou intérieure ou de santé publique, « conformément à la loi ». Le projet de loi ne contient aucune autre mention de cette mesure et ne dit rien de la procédure d'application ou de recours. Il n'est pas clair si ces éléments manquants se retrouvent dans une autre loi (d'où la référence à « conformément à la loi »). Dans l'affirmatif, la loi pertinente devrait être citée directement dans le projet de loi et devrait elle-même être suffisamment claire pour satisfaire à l'exigence de légalité. En cas contraire, cette disposition doit être modifiée pour clarifier le cadre procédural et la base de toute restriction prévue par cette disposition.

36. De plus, bien qu'il semble que l'article 11 du projet de loi fasse référence à la liberté de circulation au sens de l'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH, la différence entre privation et restriction de liberté n'est qu'une de degré ou d'intensité et non de nature ou d'essence²⁴. C'est pourquoi le projet de loi devrait prévoir les garanties procédurales spéciales requises par cet article quand le degré et l'intensité de la restriction équivalent à une privation de liberté au sens de l'article 5 de la CEDH.

²³ Voir, par exemple, *De Souza Ribeiro c. France*, cité précédemment, paragraphes 78 à 83, et les autres références citées.

²⁴ *Creangă c. Roumanie* [GC], n° 29226/03, paragraphe 91, 23 février 2012 ; *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], n°s 39692/09, 40713/09 et 41008/09, paragraphe 57, CEDH 2012.

37. Dans le contexte de la liberté de circulation, il convient de noter qu'en vertu du projet de loi, les ressortissants étrangers titulaires d'un titre de séjour permanent n'ont pas librement accès à l'ensemble du territoire du Monténégro, car ils sont tenus d'enregistrer tout séjour de plus de trois jours dans une partie du territoire autre que leur lieu de résidence (article 97 du projet de loi). Le projet de loi ne précise pas les sanctions auxquelles les ressortissants étrangers pourraient être exposés s'ils n'enregistrent pas leur séjour (par exemple, si cela rend leur séjour illégal). Il n'est également pas clair si les autorités peuvent refuser l'enregistrement pour quelque raison que ce soit et, le cas échéant, quels recours sont possibles en tel cas. Il serait souhaitable de préciser la procédure et les effets de l'enregistrement du séjour. À cette fin, le projet de loi doit garantir que toute ingérence poursuive un ou plusieurs des buts légitimes énoncés au paragraphe 3 de l'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH et soit « nécessaire dans une société démocratique » ou si la restriction s'applique seulement à certaines zones déterminées, soit « justifiée par l'intérêt public dans une société démocratique », selon les termes du paragraphe 4, sachant que des procédures trop lourdes peuvent entraîner une violation du droit à la liberté de circulation²⁵.

38. L'article 126 du projet de loi « Restrictions à la liberté aux fins d'expulsion » semble en effet régir la privation de liberté, au sens de l'article 5 de la CEDH, pendant 24 heures pour garantir la présence et pendant un maximum de 48 heures aux fins d'expulsion ou d'éloignement forcé. Le texte impose l'obligation de donner des raisons mais pas spécifiquement par écrit ; une disposition expresse à cet effet devrait être insérée dans le texte. Le projet de loi ne prévoit aucune autre garantie procédurale, en termes de recours contre de telles décisions. Il devrait être modifié pour assurer la conformité avec l'article 5, paragraphe 4 de la CEDH, qui exige que les personnes placées en rétention aient la possibilité de faire examiner rapidement la légalité de leur rétention par un tribunal ayant le pouvoir d'ordonner la libération.

39. L'article 127 du projet de loi « Placement dans des structures d'accueil » fait référence à des restrictions de la liberté de circulation. Il semble toutefois prévoir effectivement la rétention. Les dispositions limitant la rétention aux cas dans lesquels il existe un risque de fuite ou à ceux dans lesquels l'intéressé rend l'éloignement forcé difficile sont les bienvenues, sachant qu'il serait utile de préciser la méthode d'évaluation des circonstances justifiant une hypothèse de risque de fuite. Le projet de loi pourrait spécifier qu'un examen complet de toutes les circonstances personnelles doit être effectué, sans qu'un facteur unique soit nécessairement suffisant en soi pour justifier la rétention. Dans la mesure où l'article 127 semble autoriser la rétention des personnes dont l'éloignement n'est pas possible²⁶, il est incompatible avec l'article 5, paragraphe 1 f) : la jurisprudence indique clairement que la rétention ne sera justifiée pour ce motif que si des procédures d'expulsion sont en cours et tant que durent ces procédures²⁷.

40. La durée initiale maximale de rétention est de six mois. La rétention peut être prolongée de douze mois lorsque l'intéressé ne coopère pas ou lorsque des documents de

²⁵ *Denizci et autres c. Chypre*, n°s 25316-25321/94 et 27207/95, paragraphes 346-347 et 403-404, CEDH 2001-V ; *Bolat c. Russie*, n° 14139/03, paragraphe 67, 5 octobre 2006 ; *Tatichvili c. Russie*, n° 1509/02, paragraphes 47-54, 22 février 2007.

²⁶ La traduction anglaise est ambiguë.

²⁷ *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, paragraphe 113, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V.

voyage doivent être délivrés par un autre pays. La décision ordonnant et prolongeant la rétention est prise par la police ; dans les deux cas, un recours est possible devant le tribunal administratif dans les cinq jours (articles 128 et 129 du projet de loi). Bien qu'il semble que le projet de loi cherche à harmoniser ses dispositions avec celles de la Directive Retour de l'UE 2008/115, il n'offre pas les garanties prévues à l'article 15 de la Directive.

41. Il est fortement recommandé que le projet de loi ne laisse aucun doute sur le fait que la légalité de la rétention ne peut être examinée que par une autorité judiciaire habilitée à passer en revue les questions de procédure et de fond relatives à la rétention, et à ordonner la libération des personnes concernées.

42. L'article 137 du projet de loi semble faire référence à des alternatives à la rétention. Il serait donc utile que la procédure prévue à l'article 127 du projet de loi tienne compte explicitement de la nécessité d'envisager toutes les alternatives possibles avant qu'une décision de placement en rétention ne soit prise. Il serait également souhaitable que le projet de loi précise que la rétention ne devrait être imposée qu'en dernier recours, après examen de tous les faits pertinents concernant l'individu, y compris sa vulnérabilité, après un examen attentif de la nécessité et de la proportionnalité de la rétention dans chaque cas particulier, après un examen complet de toutes les alternatives suffisantes, mais moins coercitives, et pour la durée la plus courte possible. Il pourrait aussi être utile que le projet de loi précise que les décisions concernant la rétention doivent être prises sur une base individuelle et que les décisions collectives sont à proscrire²⁸.

43. En matière de garanties procédurales, le projet de loi doit prévoir explicitement que les intéressés se voient notifier la décision de placement en rétention et soient informés des raisons de leur privation de liberté et de leur droit de contester la légalité de la rétention et les conditions de rétention, tant par voie orale qu'écrite, dans une langue qu'ils comprennent ou que l'on peut raisonnablement supposer qu'ils comprennent²⁹. Le projet de loi devrait aussi prévoir un contrôle de la légalité continue de la rétention, à des intervalles raisonnables, soit sur demande de l'intéressé, soit d'office par une autorité judiciaire compétente d'examiner, dans le cadre d'une procédure contradictoire, les conditions procédurales et de fond de privation de liberté et ayant le pouvoir d'ordonner la libération de l'intéressé et/ou l'application des alternatives à la rétention³⁰.

44. Le projet de loi ne prévoit actuellement aucune possibilité de contester les conditions dans les structures d'accueil. À supposer que le placement dans ces lieux représente une privation de liberté³¹, il est suggéré qu'un mécanisme de plainte soit expressément prévu pour les plaintes relatives aux conditions de rétention, à l'accès aux soins de santé et aux limitations des droits associés à la rétention administrative. Le recours ne doit pas nécessairement être judiciaire : dans certaines circonstances, les voies de nature administrative se sont avérées efficaces concernant les conditions de rétention si l'autorité chargée de traiter la plainte a pour mandat de vérifier les allégations de violation et est en

²⁸ Pour ce qui concerne la rétention de mineurs, voir au paragraphe 61 ci-après.

²⁹ *Khlaifia et autres c. Italie* [GC], n° 16483/12, paragraphes 117-122, 15 décembre 2016.

³⁰ Article 5, paragraphe 4 de la CEDH ; *Chahal*, précité, paragraphe 130 ; *R. U. c. Grèce*, n° 2237/08, paragraphes 99-106, 7 juin 2011.

³¹ Voir paragraphe 39 ci-avant.

mesure d'ordonner le redressement ou le transfert vers une structure avec des conditions adaptées³².

45. L'article 114 du projet de loi fait référence à l'aide judiciaire en cas de décision d'expulsion portée devant le tribunal administratif, ce qui ne semble pas couvrir les placements contestés dans des structures d'accueil (bien que, comme il est indiqué plus haut, le projet de loi ne semble pas prévoir d'autres recours devant un tribunal). Il est fortement recommandé de faire en sorte que le projet de loi prévoie expressément que les personnes placées en rétention administrative ont droit à une assistance et à une représentation juridiques et que l'autorité compétente doit leur fournir tous les moyens nécessaires pour accéder à ces services, y compris l'aide judiciaire dans une langue qu'elles comprennent ou que l'on peut raisonnablement supposer qu'elles comprennent.

46. L'article 133 du projet de loi prévoit des mesures de surveillance des personnes placées dans les structures d'accueil pour diverses raisons, y compris l'impolitesse vis-à-vis de policiers ou d'autres employés. Ce point est très subjectif, d'autant que les décisions de renforcement de la surveillance sont prises par la police. Le projet de loi doit indiquer clairement les mesures de contrôle plus strictes qui sont envisagées (l'article 133 du projet de loi indique uniquement qu'elles comprennent des restrictions à la liberté de mouvement dans la structure d'accueil) et prévoir des garanties pour que les sanctions soient proportionnées aux écarts de conduite allégués et n'incluent pas l'isolement, qui ne semble pas approprié dans le contexte de la rétention administrative³³. Des recours permettant de contester ces mesures devraient aussi être prévus.

47. L'article 135 permet une surveillance plus stricte des mineurs s'ils sont accompagnés d'un parent ou d'un représentant légal. Comme dans le cas de l'article 133, il convient de définir plus clairement les procédures et les motifs pour lesquels des mesures de contrôle plus strictes sont imposées ainsi que les points particuliers à prendre en compte en ce qui concerne les mineurs ou d'autres groupes vulnérables.

48. Dans ce contexte, le projet de loi devrait prévoir que les plaintes déposées par des personnes placées en rétention administrative au sujet de mauvais traitements ou de sévices, y compris la torture ou d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants infligés par des membres du personnel de la structure d'accueil ou d'autres personnes placées en rétention donneront lieu à des enquêtes menées rapidement et efficacement par une autorité indépendante et à des recours effectifs, et que des procédures seront mises en place à cette fin, comme l'exige l'article 3 de la CEDH. L'autorité compétente devrait ouvrir une enquête de sa propre initiative dès lors que des signalements ou des indications de mauvais traitements ou de sévices sont portés à sa connaissance alors même qu'aucune plainte n'a été déposée. La victime doit être informée du déroulement de l'enquête et doit être en mesure d'y participer.

³² Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours internes, adopté par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 18 septembre 2013, p. 25. Voir également *Torreggiani et autres c. Italie*, n^{os} 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10, paragraphe 51, 8 janvier 2013 ; et *Norbert Sikorski c. Pologne*, n^o 17599/05, paragraphe 111, 22 octobre 2009.

³³ Sur l'impact négatif de l'isolement, voir entre autres *Iorgov c. Bulgarie*, n^o 40653/98, paragraphes 83-84, 11 mars 2004.

d. *Vie privée et familiale*

49. La vie privée et familiale peut être concernée à la fois en termes de droit au regroupement familial (droit des membres de la famille qui sont non ressortissants de rejoindre une personne dans l'État dans lequel elle se trouve) et d'expulsion potentielle de non-ressortissants d'un État dans lequel ils ont des liens de nature familiale ou privée.

50. En ce qui concerne l'expulsion, des commentaires sur l'obligation d'examiner les demandes au titre de l'article 8 de la CEDH sont formulés au paragraphe 24 ci-avant.

51. Les articles 45 et 46 du projet de loi prévoient un droit de séjour temporaire, à des fins de regroupement familial, de tous les membres de la famille immédiate des étrangers titulaires d'un permis de séjour temporaire ou permanent au Monténégro. Il s'agit là d'un élément positif. Le permis de séjour permanent fait suite à cinq années de séjour temporaire si les conditions sont remplies (articles 87 et 88 du projet de loi). Il est appréciable en outre que l'article 45 accorde aux autorités un pouvoir d'appréciation pour l'admission des membres de la famille ne relevant pas de la catégorie définie lorsqu'il existe des raisons personnelles ou humanitaires distinctes. Toutefois, les dispositions ne fournissent aucun détail sur la procédure à suivre, notamment sur les délais applicables pour les autorités ou sur les pièces justificatives requises pour les demandes de regroupement familial³⁴. Il serait utile d'énoncer la procédure applicable dans cette loi ou dans la réglementation.

52. L'article 47 du projet de loi sur les mariages de complaisance pourrait être revu concernant la liste des circonstances susceptibles d'indiquer qu'il y a eu un tel type de mariage. Il importe que le projet de loi prévienne un processus décisionnel, en particulier une procédure d'appel, qui soit équitable et permette aux intéressés de faire valoir pleinement leurs droits³⁵.

53. L'article 155 du projet de loi prévoit le regroupement familial pour les ressortissants de l'UE, de l'EEE et de la Suisse. Il ne définit cependant pas la catégorie des membres de la famille autorisés à rejoindre le membre principal. Puisque cette disposition vise vraisemblablement à refléter le droit de l'UE et que ce dernier peut prévoir une catégorie de bénéficiaires plus étendue que celle indiquée à l'article 45 concernant les ressortissants étrangers, une définition des membres de la famille visés serait utile. Il peut être utile également de préciser que l'article 45 s'applique uniquement aux non-ressortissants de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse (si tel est effectivement le cas).

54. L'article 180 prévoit que le regroupement familial des ressortissants monténégrins et des membres de leur famille ressortissants de pays tiers se fera dans les mêmes conditions que le regroupement des ressortissants de l'UE, de l'EEE et de la Suisse. Il sera ainsi évité le délicat problème de la discrimination à rebours à l'encontre des ressortissants de certains États membres de l'UE, notamment le Royaume-Uni et les Pays-Bas, où les ressortissants de l'Union européenne qui y vivent et y travaillent bénéficient de meilleurs droits au regroupement familial que leurs propres ressortissants, qui sont soumis à des lois plus

³⁴ Voir, par exemple, *Tanda-Muzinga c. France*, n° 2260/10, paragraphes 68-69 et 76-82, 10 juillet 2014.

³⁵ *Schembri c. Malte* (dec.), n° 66297/13, 19 septembre 2017.

restrictives³⁶. Toutefois, étant donné que les droits au regroupement familial des ressortissants monténégrins sont aussi couverts par les dispositions potentiellement plus limitées de l'article 45, il serait souhaitable de revoir la relation entre ces deux dispositions et d'y apporter les clarifications nécessaires.

55. Le projet de loi garantit la protection des données à caractère personnel conformément à la « loi sur la protection des données à caractère personnel » (article 3). Il est peu clair s'il s'agit d'une référence à une loi spécifique qui a été promulguée ou d'une référence générale aux dispositions juridiques relatives à la protection des données, que ce soit dans le projet de loi ou dans d'autres lois, voire les deux. Le projet de loi contient des dispositions détaillées sur le stockage et l'utilisation des données (articles 207 et 208) et autorise les autorités à fouiller des étrangers, à relever leurs empreintes digitales et à les photographier sans leur autorisation ou leur consentement (article 131). Toutes les dispositions juridiques applicables à la protection des données devraient être claires et précises afin de répondre aux exigences de l'article 8 de la CEDH³⁷. Lorsqu'elles apparaissent dans différents documents, il ne devrait y avoir aucune ambiguïté sur celles qui prévalent en cas de conflit ou d'incohérence entre des dispositions.

e. Groupes vulnérables

56. Le projet de loi identifie plusieurs catégories de personnes vulnérables et prévoit à différentes occasions des exceptions à certaines exigences administratives et des différentes formes de protection. Par exemple, les victimes de la traite et de la violence domestique et les mineurs non accompagnés ont droit à un permis de séjour temporaire pour raisons humanitaires (article 53) ; dans certains cas, les mineurs sont protégés contre l'éloignement (article 56) et les victimes de violence n'ont pas besoin d'enregistrer leur séjour en structure d'accueil (article 104).

57. Le projet de loi ne prévoit pas de procédure pour évaluer si une personne se trouve ou non en situation de vulnérabilité, par exemple au moment de l'adoption d'une décision de retour ou d'expulsion, ou d'une décision de placer la personne en rétention à cette fin. Il serait souhaitable qu'une telle évaluation ait lieu avant qu'une décision ou une ordonnance de rétention ne soit prise et à intervalles réguliers et raisonnables tout au long de la rétention. Des mesures de protection appropriées s'imposent lorsqu'une personne est considérée comme se trouvant dans une situation de vulnérabilité.

58. L'article 55 du projet de loi laisse aux victimes de la traite un délai de réflexion de 90 jours pour décider si elles souhaitent ou non coopérer avec les autorités dans le cadre des poursuites engagées contre les trafiquants. Bien que cette disposition cadre avec les dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains³⁸, le projet de loi devra préciser ce qui se passe à l'issue de la période de 90 jours et ce qui doit être fait pour protéger les droits des victimes et leur apporter un soutien adéquat dans l'intervalle, notamment un hébergement adapté, une aide psychologique et

³⁶ Walter, Anne. *Reverse discrimination and family reunification*, Wolf Legal Publishers, 2008.

³⁷ *S. et Marper c. Royaume-Uni*, cité précédemment.

³⁸ Article 13 – Délai de rétablissement et de réflexion.

matérielle, l'accès à des soins médicaux d'urgence et des conseils et des informations, en particulier sur leurs droits et les services mis à leur disposition.

59. Le projet de loi pourrait introduire utilement une obligation, pour tous les acteurs concernés, de prendre des mesures visant à identifier les victimes de la traite parmi les personnes pour lesquelles un placement est envisagé ou qui sont déjà placées en rétention administrative³⁹. Lorsque les victimes de la traite sont ainsi identifiées, elles devraient être libérées et bénéficier d'un délai de rétablissement et de réflexion, ainsi que des droits particuliers décrits précédemment au paragraphe 58. À l'issue de cette période, si leur placement en rétention continue d'être envisagé, leur situation doit être réexaminée afin de s'assurer que toute rétention, y compris ses conditions, n'est pas incompatible avec les exigences des articles 3 et 5 de la CEDH⁴⁰.

60. L'article 56 du projet de loi fait référence à la protection des témoins visant les personnes qui ont obtenu un permis de séjour temporaire pour des raisons humanitaires. Le projet de loi pourrait devoir préciser les modalités de cette protection. La même disposition traite du retour de mineurs « incontestablement victimes de l'infraction pénale de traite des êtres humains », mais ne précise pas la procédure à suivre pour établir un tel fait ni le niveau de preuve requis.

61. L'article 135 du projet de loi porte sur la rétention de mineurs si l'éloignement forcé ne peut être assuré d'aucune autre manière. Il devrait être indiqué explicitement que la rétention de mineurs dans le contexte de la migration ne constitue qu'une mesure de dernier recours ; dans le cas contraire, la rétention peut entraîner une violation de l'article 5 paragraphe 1 de la CEDH⁴¹. Le projet de loi n'est pas clair sur le processus permettant de décider quand la rétention d'un mineur peut être appropriée. Il devrait disposer que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte avant de décider d'un placement en rétention. Lorsque à titre exceptionnel des enfants sont placés en rétention administrative avec leurs parents, la privation de liberté devrait être pour la durée la plus brève possible et après avoir établi que le placement en rétention administrative constitue une mesure de dernier recours sans que l'application d'une alternative soit possible. Tout devrait être mis en œuvre pour libérer les enfants placés en rétention et les placer dans des structures adaptées aux enfants.

Le projet de loi doit aussi tenir compte de la jurisprudence relative à l'article 3 de la CEDH. En particulier, la Cour a constaté à plusieurs reprises une violation de l'article 3 de la CEDH du fait du placement de mineurs accompagnés⁴² et de mineurs non accompagnés⁴³ dans des centres de rétention pour migrants. Dans les affaires concernant le placement de

³⁹ Conformément aux obligations de l'article 4 de la CEDH telles qu'indiquées dans *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, paragraphes 286-287, CEDH 2010.

⁴⁰ Voir *Aden Ahmed c. Malte*, n° 55352/12, paragraphe 97, 23 juillet 2013 ; et *Kim c. Russie*, n° 44260/13, paragraphe 49, 17 juillet 2014.

⁴¹ Contrairement à la rétention d'adultes migrants, la rétention de mineurs migrants doit être nécessaire pour être conforme à l'article 5, paragraphe 1 (f) : *Popov*, cité précédemment ; et *A.B. et autres c. France*, n° 11593/12, arrêt du 12 juillet 2016.

⁴² Voir *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, n° 41442/07, 19 janvier 2010 ; *Kanagaratnam c. Belgique*, n° 15297/09, 13 décembre 2011 ; et *Popov*, cité précédemment.

⁴³ Voir *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, CEDH 2006-XI ; et *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08, 5 avril 2011.

mineurs étrangers accompagnés, elle a constaté une violation de l'article 3 notamment en raison de la conjonction de trois facteurs : le bas âge des enfants, la durée de leur rétention et le caractère inadapté des locaux à la présence d'enfants⁴⁴.

62. Bien que le projet de loi fasse référence aux mineurs, notamment non accompagnés dans différents lieux, il est fortement recommandé de traiter leur situation vulnérable et leur intérêt supérieur de manière plus globale. Le projet de loi pourrait aussi devoir préciser que la désignation d'un tuteur compétent pour les mineurs non accompagnés doit intervenir rapidement après l'identification et, dans tous les cas, avant qu'une décision d'application de la loi relative aux migrations ou à l'asile ne soit prise, afin de garantir la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et la préservation de son bien-être général.

f. Garanties procédurales

63. Bien que des dispositions sur les décisions et les recours administratifs figurent dans la loi, elles sont loin d'être transparentes. Par exemple, en ce qui concerne les demandes de titre de séjour temporaire (article 63), les titres de séjour permanents (article 91) et les décisions de retour (article 107), le projet de loi ne stipule pas que les décisions doivent être formulées par écrit. Il n'indique en outre pas que la décision doit être motivée et ne précise pas les voies de recours disponibles. Si, dans certains cas, il existe un droit de recours (en cas de refus de permis de séjour temporaire), il n'existe apparemment pas de tel droit en cas de rejet d'une demande de séjour permanent, ce qui ne fait référence qu'à une voie administrative⁴⁵. Les délais de porter recours (lorsqu'ils existent) sont courts et rien n'est dit sur le tribunal auquel l'intéressé doit s'adresser. Comme indiqué précédemment, il est problématique également que les droits de recours contre les refus de visa ou d'entrée soient non suspensifs.

64. Il serait souhaitable de centraliser et d'harmoniser les dispositions relatives à la forme des décisions et aux droits de recours, par exemple, en ajoutant une disposition générale indiquant qu'en cas de décision négative des autorités, l'intéressé est informé, par une décision dûment motivée, par écrit.

65. Pour que les recours contre diverses décisions prévues dans le projet de loi soient considérés comme des recours effectifs, il faut prévoir un délai raisonnable pour présenter des preuves et des arguments⁴⁶. Le projet de loi pourrait également prévoir explicitement des garanties procédurales telles que l'accès à l'information sur la procédure appliquée aux étrangers et sur l'assistance juridique disponible⁴⁷. Il convient de mener une réflexion approfondie sur l'autorité compétente pour statuer sur les recours, afin de répondre aux exigences d'indépendance et d'impartialité.

66. Lorsqu'il s'agit d'un grief selon lequel l'expulsion de l'intéressé l'exposerait à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3 de la CEDH, l'effectivité d'un recours

⁴⁴ *A.B. et autres*, cité précédemment, paragraphe 109.

⁴⁵ Il peut s'agir d'un problème de traduction.

⁴⁶ *I.M. c. France*, n° 9152/09, paragraphe 150, 2 février 2012, en référence au délai de 48 heures pour former un recours contre une décision d'expulsion.

⁴⁷ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, paragraphes 301-320, CEDH 2011.

au sens de l'article 13 demande impérativement un contrôle attentif par une autorité nationale, un examen indépendant et rigoureux du grief selon lequel il existe des motifs sérieux de croire à un risque réel de traitement contraire à l'article 3 de la CEDH et une célérité particulière. Dans ce cas, l'effectivité requiert également que l'intéressé dispose d'un recours de plein droit suspensif. Les mêmes principes s'appliquent lorsque l'expulsion expose le requérant à un risque réel d'atteinte à son droit à la vie, protégé par l'article 2 de la CEDH. Enfin, l'exigence d'un recours de plein droit suspensif a été confirmée pour les griefs tirés de l'article 4 du Protocole n° 4 à la CEDH dans des cas où un grief défendable relatif à un risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique est établi⁴⁸.

En revanche, s'agissant d'éloignement d'étrangers contestés sur la base d'une atteinte alléguée à la vie privée et familiale, l'effectivité ne requiert pas que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif. Il n'en demeure pas moins qu'en matière d'immigration, lorsqu'il existe un grief défendable selon lequel une expulsion risque de porter atteinte au droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, l'article 13 combiné avec l'article 8 de la CEDH exige que l'État fournisse à la personne concernée la possibilité effective de contester la décision d'expulsion ou le refus d'un permis de séjour et d'obtenir un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates des questions pertinentes par une instance interne compétente présentant des gages suffisants d'indépendance et d'impartialité⁴⁹.

IV. Analyse des dispositions relatives à l'apatridie

67. Le projet de loi propose de déterminer l'apatridie lors d'une procédure de délivrance d'un document de voyage aux apatrides au Monténégro. L'article 60 du projet de loi institue dans le système juridique monténégrin une procédure permettant aux apatrides d'établir formellement leur apatridie, reconnaissant ainsi généralement l'importance de l'établissement de ce fait juridique. Cela étant, le contenu de l'article soulève un certain nombre de questions mettant en doute l'efficacité de son objectif de reconnaître formellement l'apatridie. Il est peut-être encore plus préoccupant que des éléments fassent défaut dans le texte et ne soient réglementés nulle part ailleurs dans la législation.

68. Avant d'entrer dans les détails, il importe de clarifier plusieurs définitions. Aux fins de l'article 2 du projet de loi, le terme « apatride » désigne « un étranger qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation ». Ce point est en grande partie conforme à la Convention de 1954 relative au statut des apatrides, où le terme « apatride » désigne une « *personne* qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation » [italique ajouté]⁵⁰. L'emploi du terme « étranger » au lieu du mot « personne » comme dans la Convention de 1954 prête à confusion en anglais, car elle implique que la personne possède une nationalité étrangère et contredit de fait le reste de la définition. Il peut s'agir d'une simple question de traduction, mais si tel n'est pas le cas, il serait souhaitable de remplacer le terme « étranger » par « personne » dans la définition de l'apatride.

⁴⁸ *Khlaifia et autres c. Italie* [GC], cité précédemment, paragraphes 275-279.

⁴⁹ *De Souza Ribeiro c. France*, cité précédemment, paragraphe 83.

⁵⁰ Convention relative au statut des apatrides, New York, 28 septembre 1954 (« Convention de 1954 ») Article 1.

69. L'article 2 dispose que le terme « étranger » désigne un « ressortissant d'un pays étranger ou apatride ». Comme il est indiqué précédemment, il est déroutant que cette expression englobe les apatrides. Il peut sembler plus juste de citer à la fois les ressortissants étrangers (c'est-à-dire les personnes qui possèdent la nationalité d'un autre État) et les apatrides dans toutes les dispositions applicables aux deux groupes. À l'article 60, le terme « étranger » devrait être remplacé par « personnes » pour cadrer avec la définition proposée au paragraphe 68 ci-avant.

a. *Accès à la procédure de détermination du statut d'apatride*

70. Bien que l'article 60 du projet de loi autorise les apatrides titulaires de documents de voyage pour apatrides et de permis de séjour temporaires à résider au Monténégro, cet article ne contient aucune disposition régissant le séjour des personnes dont le processus d'établissement du statut d'apatride et le traitement de la demande de permis de séjour sont en cours. Cela soulève des préoccupations quant à savoir si une personne qui a demandé la détermination du statut d'apatride peut rester au Monténégro, sachant qu'elle n'a pas encore été déclarée apatride, ni reçu de document de voyage ni encore obtenu de permis de séjour temporaire.

71. L'absence d'autorisation explicite de rester sur le territoire peut donner lieu à une rétention en vue d'un éloignement du territoire. Le chapitre VI du projet de loi qui régit le séjour non autorisé des non-ressortissants, leur éloignement et leur rétention ne tient compte ni de besoins spécifiques ni de la vulnérabilité des personnes sans nationalité et ne dispense pas de la rétention les personnes en attente de détermination de leur apatridie. Dans l'affaire *Kim c. Russie*, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la « situation particulièrement vulnérable » du requérant apatride placé en détention administrative et a estimé que la détention en instance d'expulsion, en dépit de l'absence de perspective réaliste d'exécution de l'expulsion, et combinée avec le manque de diligence des autorités dans la conduite de la procédure, constituait une violation de l'article 5 de la CEDH⁵¹.

72. Le fait d'entrer en contact avec les autorités nationales sans garanties procédurales contre la rétention, au moins pendant la durée de détermination du statut, peut être très risqué et entraver ainsi l'accès à la procédure pour les apatrides qui résident au Monténégro sans autorisation valable.

73. Pour permettre un accès pratique à la procédure de détermination de l'apatridie et empêcher la rétention arbitraire d'apatrides, il serait souhaitable d'autoriser le séjour temporaire aux personnes qui ont fait une demande de document de voyage pour apatrides ou de s'abstenir d'éloigner du territoire un demandeur en attendant l'issue du processus de détermination⁵². Il importe en outre de garantir par la législation un ensemble de droits

⁵¹ *Kim c. Russie*, cité précédemment, paragraphes 54-56.

⁵² HCR « Statelessness Determination Procedure. Identifying and Protecting Stateless Persons » 2014. Un certain nombre d'États dotés d'une procédure de détermination de l'apatridie régularisent explicitement le séjour des demandeurs dans ce type de procédure et/ou garantissent au moins la protection contre l'expulsion pendant la durée de la procédure : European Network on Statelessness (ENS), Guide de bonnes pratiques sur la détermination de l'apatridie et le statut de protection des apatrides, (« Good Practice Guide on Statelessness Determination and the Protection Status of Stateless Persons »), 2013.

fondamentaux aux personnes en attente de détermination de leur statut d'apatride, de préférence analogue aux droits accordés aux personnes en attente de décisions concernant leurs demandes d'asile⁵³.

74. L'article 60 du projet de loi dispose que la demande de détermination de l'apatridie peut être présentée « au ministère du lieu de résidence ». Il n'est pas clair si ce point est suffisamment précis pour qu'un demandeur sache exactement où déposer sa demande et qui est chargé précisément d'en examiner le bien-fondé. La clarification de ces questions peut nécessiter la mise en œuvre d'une réglementation.

L'article fait aussi référence à un « format requis », mais aucune explication n'est donnée sur ce que ce « format » implique. Le format spécifique d'une demande, en fonction précisément de la marche à suivre, peut devenir problématique si les informations sur le format ne sont pas facilement accessibles, si le formulaire est trop complexe pour que les demandeurs puissent le déposer sans aide judiciaire ou si la langue est inaccessible pour la plupart des apatrides. Si des formulaires, des modèles ou des questionnaires sont utilisés dans le cadre de la demande de détermination du statut d'apatride, il est essentiel qu'ils soient accessibles en pratique et faciles à utiliser par les demandeurs potentiels.

Ces détails peuvent avoir leur importance pour savoir si une procédure sera efficace et si les droits procéduraux du demandeur seraient violés. Il importe également de veiller à ce que l'autorité compétente possède suffisamment de connaissances ou reçoive une formation adaptée sur les questions d'apatridie et les normes internationales applicables, et soit capable de développer une expertise pertinente⁵⁴.

75. L'article 60 du projet de loi évoque le dépôt en personne de la demande. En fonction de l'accessibilité géographique du ou des lieux où la demande doit être déposée, cela peut poser problème à certains demandeurs et il peut être nécessaire d'introduire la possibilité de dépôt par voie postale ou électronique.

76. La disponibilité de l'aide juridictionnelle peut être un facteur important au regard de la possibilité d'accès à la procédure de détermination de l'apatridie. Le projet de loi ne mentionne pas explicitement la possibilité de recevoir des conseils juridiques gratuits pendant la détermination du statut d'apatride et tout recours ultérieur.

b. Teneur de la procédure de détermination de l'apatridie

77. Conformément à l'article 60 du projet de loi, le ministère est autorisé à enquêter sur la question de l'apatridie du demandeur en échangeant des informations avec d'autres acteurs étatiques et non étatiques. Le projet de loi devrait préciser que cela n'est possible que si le demandeur n'a pas de demande d'asile en cours. Dans le cas contraire, le

⁵³ Manuel du HCR sur la protection des apatrides, paragraphes 144-146.

⁵⁴ Voir également le Manuel du HCR sur la protection des apatrides, paragraphe 62 ; ENS Good Practice Guide 2013, pp. 9-10.

demandeur doit se soumettre à la procédure d'asile et la procédure de détermination de l'apatridie doit être suspendue jusqu'à ce que la demande d'asile soit traitée⁵⁵.

Pour éviter le risque de diffusion des informations sur les demandeurs d'asile auprès d'autorités étrangères, en violation des dispositions nationales et internationales, le projet de loi ou une autre loi devrait régir explicitement les interactions entre les procédures de détermination de l'apatridie et la procédure d'asile au Monténégro⁵⁶.

78. L'article 60 du projet de loi énonce un certain nombre de motifs de rejet d'une demande de document de voyage pour apatrides et de détermination du statut d'apatride.

Le premier motif est le suivant : « la procédure menée a permis de déterminer que le demandeur n'est pas apatride ». Il est raisonnable de rejeter une demande de détermination du statut d'apatride s'il a été décidé que le demandeur n'est pas apatride. Or, la formulation actuelle laisse place à l'arbitraire. Selon la définition de l'apatridie, une personne n'est pas apatride si elle est ressortissante d'un État. Un motif plus adapté de rejet d'une demande serait qu'« il a été constaté que le demandeur est ressortissant d'un État spécifique ». Cela imposerait une certaine norme à justifier que le demandeur n'est pas apatride, par le moyen de déterminer sa nationalité réelle. Le problème de l'insécurité juridique dans laquelle se trouve le demandeur n'est pas réglé si celui-ci n'est pas certain d'être reconnu comme apatride ou comme ressortissant d'un pays donné.

Le deuxième motif est le suivant : « le demandeur n'a pas réglé tout différend lié à des biens par une décision de justice définitive ». Ce motif de rejet de la reconnaissance de l'apatridie est contraire à la définition de ce statut énoncée à l'article 1 de la Convention de 1954 et va par conséquent à l'encontre des obligations que le Monténégro a contractées au titre de cette convention. La question de la responsabilité liée aux biens n'entre pas en ligne de compte dans la détermination de l'apatridie.

Il est par ailleurs possible que cette disposition ait un certain caractère punitif, sans avoir les garanties procédurales appropriées qui accompagnent les mesures punitives. Elle est discriminatoire à l'égard des personnes potentiellement apatrides, car elle impose des conditions plus lourdes au regard des différends liés à des biens par rapport aux personnes qui n'ont pas besoin de demander la détermination du statut d'apatride et qui ne rencontreront pas cet obstacle. Les mesures punitives devraient être régies par une législation qui traite de ces questions et gérées par des autorités compétentes. Dans la mesure où ce motif de rejet d'une demande de statut d'apatride peut viser de manière disproportionnée une minorité ethnique ou religieuse ou toute autre minorité vulnérable, il peut également constituer une forme de discrimination indirecte.

Le troisième motif prévoit qu'une demande peut être rejetée « si elle est requise par un engagement international contracté par le Monténégro ». Le fait d'identifier les apatrides et de leur fournir un document d'identité a pour but de garantir leurs droits de l'homme. Un engagement international ne saurait justifier la violation d'engagements relatifs aux droits de

⁵⁵ Une procédure standard est décrite dans le Manuel du HCR sur la protection des apatrides 2014, paragraphe 79.

⁵⁶ Pour des exemples de bonnes pratiques, voir le Guide de bonnes pratiques de l'ENS, pp. 10-12.

l'homme pris au titre d'un traité international, en l'occurrence la Convention de 1954. Si le Monténégro a contracté des obligations contradictoires au titre d'un instrument juridique international différent, cela ne l'exempte pas des obligations qui sont les siennes en vertu de la Convention de 1954, conformément à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 relative au droit des traités à laquelle il est partie.

79. L'article 60 du projet de loi prévoit la possibilité d'un recours administratif devant le ministère contre une décision de rejet d'une demande de statut d'apatride. Pour que le recours soit effectif, la loi ou la réglementation régissant la détermination du statut d'apatride doit énoncer certaines garanties procédurales (voir au paragraphe suivant), y compris des règles sur la manière d'apprécier les éléments de preuve. L'autorité responsable devrait être tenue clairement, par la loi, de fournir des motifs dans ses décisions concernant le statut d'apatride, pour que ces motifs puissent être examinées en recours.

80. Les autorités monténégrines sont fortement encouragées à réglementer les aspects ci-après dans la loi établissant une procédure de détermination de l'apatridie⁵⁷ :

- a. la communication d'informations sur les critères d'éligibilité, sur la procédure de détermination et sur les droits associés à la reconnaissance de l'apatridie, qui devraient être largement diffusées par les autorités dans plusieurs langues ; l'offre à tous les candidats, dans une langue qu'ils comprennent, d'une assistance sur les procédures à suivre ;
- b. le droit du demandeur d'être entendu lors d'un entretien avec un responsable ;
- c. les demandes sont soumises par écrit et les demandeurs peuvent bénéficier pour cela d'une assistance si nécessaire ;
- d. la mise à disposition de services de traduction et d'interprétation pour les demandes écrites et les entretiens ;
- e. le droit de chaque membre de la famille de faire une demande individuelle;
- f. le droit d'un adulte de présenter une demande au nom d'un enfant à sa charge et l'existence de garanties de procédure particulières pour les enfants non accompagnés ;
- g. le droit d'un enfant d'être entendu lorsqu'il a la capacité de former et d'exprimer une opinion;
- h. le droit des demandeurs d'avoir accès à un conseil juridique ; lorsqu'il existe une assistance juridique gratuite, elle doit être proposée aux demandeurs dépourvus de moyens financiers ;
- i. les déterminations sont faites sur le fond de la demande individuelle au regard des informations sur la législation et la pratique en matière de nationalité dans les États concernés, y compris les informations sur la législation et la pratique en vigueur durant les périodes passées qui ont une pertinence pour le cas examiné ; les pays avec lesquels le demandeur n'a pas de lien pertinent ne devraient pas faire l'objet d'une enquête visant à exclure les nationalités possibles du demandeur dans la procédure de détermination de l'apatridie ;

⁵⁷ Manuel du HCR sur la protection des apatrides 2014, paragraphe 71.

- j. si la détermination a lieu dans un cadre judiciaire, elle est conduite selon une procédure contradictoire ;
- k. le niveau de preuve requis, qui ne devrait pas être trop élevé, comme dans le cas de la procédure d'asile, mais « dans une mesure raisonnable » ;
- l. la répartition de la charge de la preuve entre les autorités et le demandeur ; la responsabilité de fournir des preuves écrites de l'apatridie ne devrait pas incomber entièrement au demandeur ;
- m. outre les documents délivrés par l'État, l'admissibilité d'une grande variété de moyens de preuve, notamment les certificats scolaires et médicaux, les témoignages personnels ;
- n. les décisions sont communiquées par écrit et sont motivées ;
- o. les décisions sont prises et communiquées dans un délai raisonnable ;
- p. les délais dans lesquels les décisions doivent être prises et la possibilité de les prolonger dans les cas particulièrement complexes ;
- q. l'accès garanti au HCR.

81. Sans ces éléments, la procédure de détermination du statut d'apatride n'est pas établie de façon pleine et entière. Le projet de loi actuel ne donne pas suffisamment de précisions sur la manière dont les décisions concernant l'apatridie potentielle des demandeurs seront prises. Ces problèmes ne peuvent être simplement réglés par référence à des normes générales concernant la procédure administrative, car ils sont propres à la question de l'apatridie et doivent être régis dans le cadre d'une procédure établie de détermination de ce statut particulier.

c. Statut des personnes reconnues comme étant apatrides

82. Dès lors qu'il a été établi qu'une personne est apatride, il importe de fournir à celle-ci un document qu'elle peut utiliser pour prouver son identité ainsi que son apatridie. L'article 60 mentionne uniquement un document de voyage pour apatrides. Il y a lieu de se demander si un document de voyage, par opposition à un document d'identité intérieur, constitue un document souhaitable par défaut⁵⁸. Il serait bon d'indiquer dans le projet de loi que les apatrides peuvent aussi obtenir des documents d'identité.

83. Conformément aux articles 44 et 61 du projet de loi, un apatride peut se voir délivrer un permis de séjour temporaire dans certaines conditions⁵⁹. En d'autres termes, une personne reconnue apatride au Monténégro n'acquiert pas automatiquement le droit de séjour, mais doit se conformer à un certain nombre de conditions potentiellement rédhibitoires. Il importe de noter qu'à ce jour, tous les pays dotés d'un mécanisme spécifique

⁵⁸L'article 27 de la Convention de 1954 dispose que les apatrides conservent le droit de posséder un document d'identité.

⁵⁹Toutefois, l'article 40 du projet de loi dispose que, dans les cas prévus à l'article 39, qui englobent le séjour d'apatrides, un visa de séjour temporaire « est » délivré. On ne sait pas clairement si « visa » dans ce contexte est différent de « permis » ou si la différence de terminologie est une simple erreur de traduction. On ne sait pas non plus comment cet article est lié à l'article 61.

de détermination de l'apatridie prévoient un droit de séjour pour les personnes reconnues apatrides⁶⁰.

84. Le fait d'imposer des conditions d'accès au droit de séjour constitue une mesure beaucoup plus lourde pour les apatrides que pour les ressortissants d'États étrangers. Contrairement aux ressortissants étrangers, les apatrides n'ont pas la nationalité d'un État par défaut dans lequel ils peuvent se rendre s'ils ne répondent pas aux conditions de séjour.

85. Dans le projet de loi actuel, les apatrides non seulement n'ont pas accès automatiquement au droit de séjour, mais doivent aussi satisfaire aux mêmes exigences que les ressortissants étrangers énoncées à l'article 44, ainsi qu'aux conditions supplémentaires prévues à l'article 61. L'imposition de conditions supplémentaires aux apatrides n'est pas compatible avec la Convention de 1954⁶¹. Le fait de traiter les apatrides différemment des ressortissants étrangers en fixant des conditions d'accès supplémentaires au droit de séjour risque d'avoir des répercussions disproportionnées sur une minorité ethnique ou religieuse donnée au Monténégro, ce qui, sans justification valable, reviendrait à de la discrimination.

86. Il serait particulièrement souhaitable que le projet de loi accorde aux personnes reconnues apatrides le droit de séjourner au Monténégro sans avoir à remplir d'autres conditions.

87. L'article 65 mentionne la présentation d'un document de voyage ou d'un document d'identité étranger délivré par un autre pays pour obtenir la prolongation du droit de séjour. Cet article ne semble pas tenir compte de la situation des apatrides qui n'ont pas de document de voyage étrangers, mais un document de voyage monténégrin destiné aux apatrides. Il serait bon d'adapter le libellé de l'article en conséquence et de ne laisser aucun doute sur le fait que les apatrides peuvent demander le renouvellement de leur droit de séjour sur la base de leur document de voyage monténégrin.

88. Le libellé de l'article 89, qui dispose qu'une personne doit posséder un document de voyage étranger pour obtenir un permis de séjour permanent, pose un problème similaire. Cette exigence empêche potentiellement les apatrides de pouvoir accéder au titre de séjour permanent. Il est recommandé d'étendre aux apatrides l'exception prévue au dernier paragraphe du même article pour les réfugiés. Une autre solution consisterait à reformuler l'expression « document étranger » d'une manière qui ne laisse aucun doute sur le fait que le document de voyage d'une personne apatride délivré par le Monténégro est également inclus.

89. L'incapacité d'obtenir le statut de résident permanent peut empêcher les apatrides de s'installer, de s'intégrer et au final d'obtenir une nationalité⁶². Il serait souhaitable que le

⁶⁰ Guide de bonnes pratiques de l'ENS, p. 36 ; Manuel du HCR, paragraphes 147-148.

⁶¹ L'article 7 de la Convention de 1954 réserve le même traitement aux apatrides et aux étrangers en général, sauf si des dispositions plus favorables s'appliquent.

⁶² Bien que la législation du Monténégro relative à la nationalité n'exige pas d'un candidat à la naturalisation qu'il soit titulaire d'un permis de séjour permanent, la durée de séjour requise est de dix ans, ce qui est plus facile à obtenir avec un permis de séjour permanent qu'avec un renouvellement annuel de séjour temporaire. La naturalisation est quelque peu facilitée pour les apatrides ; voir la loi monténégrine de 2008 relative à la nationalité, telle que modifiée en dernier lieu en 2011, articles 8 et 14.

statut de résident permanent soit sans ambiguïté et au moins aussi accessible aux apatrides qu'aux ressortissants étrangers d'une manière générale. Il serait en outre bon que le projet de loi facilite l'accès des apatrides au séjour permanent en les soustrayant de tout ou partie des exigences applicables aux étrangers en général. Cela serait conforme à la Convention de 1954⁶³ et aux autres obligations du Monténégro visant à éviter l'apatridie et à réduire le nombre d'apatrides, en particulier l'article 4b de la Convention européenne du Conseil de l'Europe sur la nationalité⁶⁴.

90. D'après le projet de loi actuel, les apatrides semblent exposés à un risque élevé de séjour sans autorisation au Monténégro et peuvent rencontrer des obstacles significatifs en vue de l'obtention d'un titre de séjour pendant et après la procédure de détermination de leur apatridie. De plus, les articles qui régissent généralement l'autorisation de séjour ne semblent pas tenir compte de la situation particulière des apatrides. Il serait souhaitable que le projet de loi (par exemple, l'article 10) soit modifié pour couvrir sans ambiguïté la situation des apatrides titulaires d'un document de voyage pour apatrides délivré par le Monténégro.

91. Les apatrides sans autorisation de séjour parce que leur statut n'est toujours pas déterminé ou parce qu'ils ne sont pas parvenus à remplir les conditions très contraignantes d'obtention du permis de séjour pour les apatrides sont contraints, en principe, de quitter le Monténégro (article 105). D'après le projet de loi, diverses procédures d'éloignement forcé peuvent être engagées contre eux, y compris la rétention en instance d'expulsion.

92. En raison de leur apatridie, les personnes concernées ont beaucoup moins de chances de pouvoir entrer dans un autre État et seront donc juridiquement et concrètement dans l'incapacité de se conformer à un ordre de quitter le pays.

93. L'article 124 autorise la police à imposer des restrictions à la liberté de circulation des ressortissants étrangers dont l'éloignement forcé est impossible. Les apatrides, en particulier, risquent de relever de différents motifs de rétention en instance d'expulsion, sans qu'aucune faute ne leur soit imputable, simplement en raison de leur statut. Le projet de loi devrait prévoir une protection contre la rétention arbitraire⁶⁵, à laquelle les apatrides sans autorisation de séjour sont susceptibles d'être confrontés, car les tentatives d'expulsion sont souvent vaines et entraînent des cycles de rétention prolongés, inutiles et de fait arbitraires.

94. Pour éviter que les apatrides ne soient victimes de cycles de rétention arbitraire, le projet de loi devrait autoriser le séjour des apatrides et des candidats aux procédures de détermination de l'apatridie. De plus, il convient de citer les personnes apatrides comme groupe particulièrement vulnérable dans le contexte de la rétention en instance d'expulsion, et d'établir des garanties ciblées qui empêcheraient la rétention illégitime des apatrides lorsqu'il n'y a pas de perspectives réalistes d'exécution rapide de l'éloignement.

⁶³ L'article 32 de la Convention de 1954 dispose que les États parties « faciliteront, dans toute la mesure du possible, l'assimilation et la naturalisation des apatrides ».

⁶⁴ Entrée en vigueur au Monténégro le 1^{er} octobre 2010.

⁶⁵ Manuel du HCR sur la protection des apatrides 2014, paragraphe 146.

V. Conclusions et recommandations

95. Le projet de loi énonce des règles détaillées sur l'entrée, le séjour et l'éloignement du territoire des ressortissants étrangers. L'intégration de dispositions sur le non-refoulement, les soins et la protection spéciaux de certains groupes vulnérables est bienvenue. Pour améliorer encore le texte, il faut accorder plus d'attention aux principes de sécurité juridique et de qualité de la loi, qui exigent que cette dernière soit accessible, prévisible, précise et claire.

96. En ce sens, il est recommandé de clarifier et d'harmoniser l'utilisation de termes tels que « sécurité nationale », « raisons humanitaires », « séjour illégal » et « franchissement illégal de la frontière ». Le libellé des motifs d'éloignement et d'expulsion ne devrait pas non plus laisser de la place à différentes interprétations.

97. En termes de rédaction juridique, le lien entre différentes dispositions, par exemple celles énonçant certaines exigences et les dispositions prévoyant des exceptions à ces exigences, devrait être plus explicite. Dans le libellé actuel, le processus décisionnel n'inclut pas d'analyse claire des exceptions. Ce point est particulièrement important en ce qui concerne les décisions d'expulsion, qui devraient déterminer explicitement les motifs de non-refoulement et la vulnérabilité des personnes concernées.

98. Il est recommandé en outre que le processus décisionnel prévu par la loi incorpore expressément l'obligation de déterminer les griefs au titre des articles 2, 3, 5, 6 et 8 de la CEDH, de motiver les décisions et de les communiquer par écrit à l'intéressé dans une langue qu'il comprend ou que l'on peut raisonnablement supposer qu'il comprend.

99. Il est recommandé en particulier de revoir les dispositions sur les recours et les ordonnances de placement en rétention dans le projet de loi afin de préciser :

- a. l'autorité indépendante (et, en ce qui concerne les privations de liberté, l'autorité judiciaire) chargée d'examiner les recours ;
- b. les recours de plein droit suspensif s'il existe des griefs défendables en vertu des articles 2 et 3 de la CEDH ;
- c. les circonstances dans lesquelles la rétention peut être ordonnée et l'obligation d'envisager des alternatives à la rétention, notamment en vertu de l'article 5, paragraphe 1 de la CEDH dans le cas des mineurs ;
- d. les garanties procédurales de contrôle de la légalité de la rétention requises par l'article 5, paragraphe 4 de la CEDH (par une autorité judiciaire compétente pour examiner les motifs de rétention et ordonner la libération dans une procédure contradictoire, avec accès à une aide juridictionnelle) ;
- e. le délai de dépôt et d'examen des recours, qui doit être raisonnable ;
- f. les conditions dans lesquelles l'aide juridictionnelle est disponible et les procédures auxquelles elle s'applique.

100. Il est recommandé également que le projet de loi prévoie des voies de recours conformes aux articles 3 et 8 de la CEDH en ce qui concerne les griefs relatives aux

conditions de rétention, y compris les allégations de mauvais traitements infligés par le personnel ou d'autres personnes placées en rétention, et l'imposition de mesures de surveillance plus strictes.

101. Le projet de loi devrait comprendre des dispositions plus claires garantissant que l'article 8 de la CEDH est pleinement respecté dans le contexte de l'autorisation d'entrée, du regroupement familial et de l'expulsion et que les décisions prises dans ces domaines tiennent pleinement compte de la situation personnelle de chacun.

102. Une plus grande clarté et davantage de détails sont nécessaires sur les garanties procédurales et la protection des personnes vulnérables, en particulier les victimes de la traite et les mineurs accompagnés et non accompagnés. L'admission pour des raisons humanitaires doit être clairement indiquée comme exception au contrôle des frontières.

103. Le projet de loi offre les bases d'une procédure de détermination du statut d'apatride, mais ne donne pas suffisamment de détails pour en faire une procédure pleinement développée. De nombreux aspects doivent être réglementés pour que la procédure de détermination de l'apatridie fonctionne correctement, que ce soit dans le projet de loi ou dans la réglementation.

104. Les principaux problèmes concernant la situation des apatrides dans le projet de loi actuel sont l'absence de procédures claires pour la détermination du statut d'apatride, l'accès très restreint aux droits de séjour et le risque de rétention arbitraire pour les apatrides.

105. Les recommandations les plus urgentes concernant les procédures de détermination de l'apatridie sont les suivantes :

- a. une procédure de détermination du statut des apatrides devrait être élaborée en détail, conformément au Manuel du HCR sur la protection des apatrides et au Guide de bonnes pratiques de l'ENS ;
- b. les apatrides et les demandeurs en attente de la détermination de leur statut d'apatrides devraient avoir accès au séjour autorisé ;
- c. les règles régissant la rétention de migrants devraient mentionner spécifiquement les apatrides comme catégorie vulnérable, et des garanties devraient être prévues contre le placement en rétention de personnes apatrides de manière arbitraire et sans perspective claire d'expulsion vers un pays donné.