

# CERERE DE INTERVENȚIE ACCESORIE

## I. Motivul formulării cererii de intervenție

Prezenta cerere de intervenție are un caracter general, susținând aplicarea unor principii și garanții în materia drepturilor omului statuate la nivel internațional prin tratate care fac parte din dreptul intern, conform Constituției. Ea este formulată în cadrul procesual aferent unei plângeri formulată de către o persoană de interes pentru Asociația Serviciul Iezuiților pentru Refugiați (JRS), în limita mandatului organizației.

Drepturile fundamentale ale omului privesc orice persoană aflată sub jurisdicția statului parte la astfel de tratate, prin urmare și cetățenii străini și apatrizii aflați pe teritoriul României, inclusiv în cadrul procedurilor specifice de îndepărtare în situația unei șederi nereglementate, ilegale a unor străini care nu au cetățenia română.

Referințele au fost făcute către surse autoritative, atât în ceea ce privește normele de drept, cât și interpretarea lor, la nivelul Organizației Națiunilor Unite, Consiliului Europei sau al Comunității Europene. Fără a exclude contribuțiile organizațiilor neguvernamentale sau ale guvernelor diverselor țări care implementează măsuri similare, intervenția este bazată pe puncte de vedere « neutre » față de subiectul în cauză.

Un rol deosebit în acest sens îl prezintă Directiva 115/2008, care trebuie transpusă în dreptul intern de către statele membre până la data de 24.12.2010. Deși nu este încă transpusă, prevederile sale oferă un important cadru cu privire la orientările în materie la nivel european, precum și asupra standardelor comune/minime aplicabile în cazul returnării resortisanților țărilor terțe (străinilor, conform legislației române) aflați în situație de ședere ilegală.

Principiul de bază avut în vedere prin prezenta intervenție susține existența și posibilitatea aplicării noțiunii de alternativă la dispunerea măsurii de luare în custodie publică, într-un centru de cazare cu regim de centru închis, spre exemplu prin măsura de stabilire temporară a domiciliului ori a reședinței în anumite zone sau localități (vezi art. 138 O.U.G. 194/2002), asemănător prevederilor art. 17 (5) și (6) din Legea nr. 122/2006 privind azilul în România.

Conceptul de « alternativă » are în vedere o serie de elemente reliefate de aplicarea în mod practic a măsurilor de luare în custodie publică, în cadrul unui concept generic numit din limba engleză <<detention>> la nivel internațional. Astfel, se are în vedere utilizările testelor de necesitate și proporționalitate pentru fiecare caz în parte, scopul limitativ și caracterul excepțional și utilizarea sa în ultimă instanță, neaplicarea în cazul existenței indiciilor referitoare la imposibilitatea punerii în practică a îndepărtării de pe teritoriu, precum și faptul că ea ar fi justificată dacă aplicarea unor măsuri mai puțin coercitive nu ar fi suficientă.

În acest sens, JRS susține poziția reclamantului potrivit căreia măsura în sine ar fi putut fi aplicată doar în condiții excepționale, iar orice altă alternativă la custodia publică ar fi trebuit avută în considerare anterior.

## II. Obiect

### A. Concepte

Măsura de luare în custodie publică, așa cum este prevăzută în legislația română (O.U.G. 194/2002 privind regimul străinilor în România, republicată) face trimitere la restrângerea temporară a libertății de mișcare, concept diferit din punct de vedere juridic de măsura lipirii de libertate. La nivel internațional, terminologia întâlnită este diversă, dar termenul cel mai des utilizat este în limba engleză <<detention>>, corespondent în limba franceză pentru <<placer en rétention>>. Deoarece informațiile prezentate în continuare provin din traducerea unor poziții exprimate de organisme internaționale, vom încerca folosirea conceptelor în echivalența lor, prin menționarea traducerii termenului englezesc <<detention>> pentru ceea ce acoperă sfera custodiei publice întâlnită în dreptul intern. De fapt, chiar traducerea oficială la nivelul Comisiei Europene a Directivei europene nr. 115/2008<sup>1</sup> privind standardele și procedurile comune aplicabile în statele membre pentru returnarea resortisanților țărilor terțe aflați în situație de ședere ilegală a folosit cele trei noțiuni menționate anterior în română, respectiv engleză și franceză.

<sup>1</sup> Publicată în Jurnalul Oficial L 348, 24/12/2008 p. 0098 – 0107.

În explicarea conceptului de „lipsire de libertate”, Grupul de Lucru pe Detenție Arbitrară la nivelul ONU a reținut:

„Comisia [ONU, n.n.] pentru Drepturile Omului, în cadrul rezoluției 50/1997, a optat pentru termenul „lipsire de libertate - deprivation of liberty”, termen care elimină orice diferențiere în interpretarea terminologică. Aceasta a fost aleasă din moment ce obiectivul asumat de către Grup se referă la protecția persoanelor față de lipsirea arbitrară de libertate în toate formele sale, iar mandatul său se extinde la lipsirea de libertate fie anterior, pe perioada procesului (drept termen de încarcerare impus ca urmare a unei condamnări), precum și lipsirea de libertate în absența oricărui tip de proces (<<detenția>> administrativă). Grupul consideră drept forme de <<detention>> măsurile de arestare la domiciliu sau reabilitarea prin muncă, atunci când sunt însoțite de restricții serioase ale libertății de mișcare”<sup>2</sup>.

Raportorul Special pentru grupuri specifice și indivizi – lucrătorii migranți, dna Gabriela Rodríguez Pizarro a notat în raportul său din 2002 către Comisia ONU pentru Drepturile Omului că, pentru scopul raportului:

„Termenul <<detention>> este folosit pentru a indica atât lipsirea de libertate de natură administrativă sau custodie, precum și pentru încarcerarea sau închisoarea rezultate din cercetarea penală sau condamnare. Raportorul Special consideră <<detention>> drept închidere într-un spațiu restrâns delimitat sau locație restricționată din care individul nu poate pleca. Alte măsuri restrictive precum limitarea cu privire la reședință nu intră în scopul raportului”<sup>3</sup>.

La rândul său, Înaltul Comisariat al Națiunilor Unite pentru Refugiați, UNHCR, a considerat, în cadrul îndrumărilor asupra criteriilor și standardelor aplicabile cu privire la <<detenția>> solicitanților de azil, în februarie 1999, drept:

„închidere într-un spațiu delimitat ori locație restrânsă, inclusiv închisori, centre/campuri închise, clădiri de detenție sau zone de tranzit ale aeroporturilor, unde libertatea de mișcare este în mod substanțial restrânsă și din care unica posibilitate de a părăsi această zonă limitată este aceea de a părăsi teritoriul. Există o diferență calitativă între <<detention>> și alte restricții ale libertății de mișcare. Persoanele care sunt supuse limitărilor la domiciliu [forțat n.n.] sau reședință nu sunt considerate în general a fi în detenție. Atunci când se ia în considerare dacă un solicitant de azil este în detenție, impactul cumulat al restricțiilor precum și gradul și intensitatea fiecăreia dintre ele trebuie să fie de asemenea evaluate”<sup>4</sup>.

La nivelul Consiliului Europei, în cadrul memorandumului explicativ făcut de către dna Ana Catarina Mendonça, în cuprinsul raportului său recent către Comitetul pe Migrație, Refugiați și Populație, se menționează:

„Raportorul consideră important să sublinieze de la început faptul că în acest raport ea a examinat <<detention>> ca o lipsire de libertate într-un spațiu închis. Acest lucru este semnificativ deoarece au fost unele discuții cu privire la ceea ce trebuie considerat a fi <<detention>>. Unele state fac trimitere la spații de detenție drept „case de oaspeți”, „hosteluri” sau „adăposturi”, în vederea distingerii față de situația custodiei în închisori sau arestul poliției. Alte state au argumentat că persoanele aflate în tranzit sau în zonele „internaționale” din aeroport „nu sunt lipsite de libertate” de vreme ce sunt libere să părăsească zona în orice moment prin intermediul unui zbor internațional sau la alegerea lor. În opinia raportorului, acestea sunt toate spații de <<detention>> *prima facie*. În evaluarea a ceea ce ar trebui considerat și ceea ce nu ar fi lipsire de libertate sau restricționare a libertății de mișcare, situația de fapt concretă trebuie analizată, inclusiv unele aspecte ale situației în sine, precum: tipul, durata, efectele și maniera de implementare a măsurilor de restricționare a libertății individului. Mai mult, raportorul subliniază că acolo unde statele membre au „externalizat” administrarea unor centre <<detention>> pe imigrare (închise sau deschise) către contractori privați, ele își mențin responsabilitățile în ceea ce privește respectarea drepturilor omului”<sup>5</sup>.

## B. Istoric al reglementării

Prima reglementare internă legată de măsura îndepărtării de pe teritoriu și impedimentele apărute în legătură cu aceasta, se regăsește în articolul 21 al Legii nr. 25/1969 privind regimul străinilor în România, în vigoare până în 2001, care prevedea:

<sup>2</sup> The Working Group on Arbitrary Detention - What is meant by “deprivation of liberty”?, Fact Sheet No. 26

<sup>3</sup> Nota nr. 2, Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2002/62

<sup>4</sup> UNHCR’s Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers, February 1999

<sup>5</sup> Parliamentary Assembly of the Council of Europe, The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe. Report, Committee on Migration, Refugees and Population, Rapporteur: Mrs Ana Catarina Mendonça, 11 January 2010, para 15-16.

“[...] În cazul când nu se conformează prevederilor alineatelor precedente [obligația de părăsire a țării, n.n.], străinul poate fi expulzat prin ordinul ministrului de interne. Dacă străinului nu i se permite accesul pe teritoriul statului în care urmează să intre sau prin care urmează să treacă, prin ordinul ministrului de interne i se va stabili obligația de ședere într-o localitate determinată, pînă când plecarea din țară va fi posibilă.

Străinul căruia i s-a stabilit obligația șederii într-o anumită localitate nu se poate deplasa în afara acesteia decît cu aprobarea organelor competente ale Ministerului de Interne”.

Prin H.G. nr. 476/2001 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 123/2001 privind regimul străinilor în România (care a abrogat prevederile Legii nr. 25/1969), s-a prevăzut pentru prima dată înființarea centrelor pentru cazarea străinilor la art. 67 (reglementarea acestor centre de cazare a fost făcută în cadrul Capitolului IV - art. 77-80 din același act normativ):

„Străinii care dispun de documente pentru trecerea frontierei de stat și pentru care nu sunt necesare alte formalități vor fi returnați de îndată. Străinii care nu posedă astfel de documente ori pentru a căror returnare se impune îndeplinirea unor formalități de durată sunt cazați în centre speciale.”

Cu toate acestea, perioada pentru care o persoană putea fi cazată în centre era nedefinită, măsura avea caracter pur administrativ, fără un control judecătoresc efectiv, aspecte reglementate de către O.U.G. 194/2002<sup>6</sup>, care a abrogat Legea nr. 123/2001 și norma metodologică de aplicare, introducându-se conceptul de „luare în custodie publică a străinilor” care urmează a fi introduși în centre de cazare - art. 98 (1). Conform articolului 97 (1) din O.U.G. 194/2002:

“Luarea în custodie publică este o măsură de restrângere temporară a libertății de mișcare pe teritoriul statului român, dispusă de magistrat împotriva străinului care nu a putut fi îndepărtat sub escortă în termenul prevăzut de lege [...]”<sup>7</sup>.

Capitolul IX al O.U.G. 194/2002, referitor la contravenții și infracțiuni, face referire la art. 138 la infracțiunea de sustragere de la măsurile de îndepărtare de pe teritoriul României<sup>8</sup>, menționând: a) expulzarea; b) returnarea; c) dispunerea măsurii de interdicere a dreptului de a rămâne pe teritoriul țării sau d) *dispunerea măsurii de stabilire temporară a domiciliului ori a reședinței în anumite zone sau localități*”. Această ultimă măsură care poate fi dispusă, reprezintă de fapt o alternativă la <<detenție>>, însă ea nu se regăsește menționată nici în cadrul capitolului V referitor la regimul îndepărtării de pe teritoriul României și nici altundeva în O.U.G. nr. 194/2002.

Tot pe plan intern, merită menționate prevederile art. 17 din legea nr. 122/2006 privind azilul în România, care fac trimitere la alternativa stabilirii unui „loc de reședință” pe parcursul derulării procedurii de azil pentru două categorii de solicitanți<sup>9</sup>:

- a) cei care nu dispun de mijloace materiale
- b) chiar pentru cei care dispun de mijloace materiale necesare pentru întreținere, pentru motive justificate de interesul public, securitatea națională, ordinea, sănătatea și morala publică, protecția drepturilor și libertăților altor persoane, putând dispune și transportarea lui cu însoțitor în acel loc, la solicitarea autorităților competente.

Conform acquis-ului comunitar în vigoare, România ca stat membru are obligația implementării Directivei 2008/115/CE, care prevede în cadrul Capitolului IV standardele aplicabile în cazul luării în custodie publică în scopul îndepărtării. Astfel, la art. 15 - luarea în custodie publică, se prevede:

„(1) Cu excepția cazului în care se pot aplica în mod eficient alte măsuri suficiente dar mai puțin coercitive într-un caz concret, statele membre pot ține în custodie publică un resortisant al unei țări terțe care face obiectul unor proceduri de returnare doar în vederea pregătirii procesului de returnare și/sau în vederea desfășurării procesului de îndepărtare, în special în cazul în care:

- (a) există riscul de sustragere sau

<sup>6</sup> Guvernul României, Raport asupra progreselor înregistrate în pregătirea pentru aderarea la Uniunea Europeană în perioada septembrie 2002 - iunie 2003, - Iunie 2003 [http://www.mdrl.ro/documente/dialog\\_Ro UE/Editare%20RAPORT%20ANUAL%202003.pdf](http://www.mdrl.ro/documente/dialog_Ro UE/Editare%20RAPORT%20ANUAL%202003.pdf)

<sup>7</sup> Art. 88 O.U.G. 194/2002 - Procedura îndepărtării sub escortă (7) Când există indicii temeinice că îndepărtarea sub escortă nu poate fi efectuată în termen de 24 de ore, străinul va fi luat în custodie publică.

<sup>8</sup> Art. 138 - Sustragerea de la măsurile de îndepărtare de pe teritoriul României - Sustragerea cu rea-credință de la executarea obligațiilor instituite de autoritățile competente de către străinul față de care s-a dispus măsura expulzării, a returnării ori a fost dispusă una dintre măsurile de interdicere a dreptului de a rămâne pe teritoriul țării sau de stabilire temporară a domiciliului ori a reședinței în anumite zone sau localități constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani.

<sup>9</sup> Art. 17 paragrafele (5) și (6) din Legea nr. 122/2006 privind azilul în România.

(b) resortisantul în cauză al unei țări terțe evită sau împiedică pregătirea returnării sau procesul de îndepărtare.

Orice măsură de luare în custodie publică este pentru o perioadă cât mai scurtă cu putință și se menține numai pe durata desfășurării și executării, în mod adecvat, a dispozițiilor de îndepărtare”.

În abordarea conceptului de luare în custodie publică trebuie menționate și prevederile Convenției Europene pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, care la art. 5 face referire la dreptul la libertate și la siguranță, aplicabil oricărei persoane (inclusiv străinilor) aflați sub jurisdicția statelor semnatare:

„1. Orice persoană are dreptul la libertate și la siguranță. Nimeni nu poate fi lipsit de libertatea sa, cu excepția următoarelor cazuri și potrivit căilor legale : [...]

f. dacă este vorba despre arestarea sau detenția legală a unei persoane pentru a o împiedica să pătrundă în mod ilegal pe teritoriul sau împotriva căreia se află în curs o procedură de expulzare<sup>10</sup> ori de extrădare”.

## C. Elemente de analizat

### 1. Aplicarea măsurii de restrângere a libertății de mișcare în cadrul îndepărtării de pe teritoriu

La nivel internațional, pentru procedurile de returnare se consideră preferabil a se avea în vedere returnarea voluntară, înainte de aplicarea oricăror măsuri de forțare a părăsirii teritoriului. Astfel, în preambulul la Directiva 115/2008, text care urmează a fi transpus în dreptul intern potrivit normelor comunitare, se face trimitere la:

„În cazul în care nu există motive să se creadă că returnarea voluntară ar submina scopului unei proceduri de returnare, aceasta ar trebui să fie preferată returnării forțate și ar trebui acordată o perioadă de timp pentru plecarea voluntară. Ar trebui prevăzută o extindere a perioadei acordate pentru plecarea voluntară atunci când se apreciază că acest lucru este necesar din motive specifice ale unui caz individual”<sup>11</sup>.

Evaluarea nu trebuie făcută printr-un mecanism automat, ci tocmai prin individualizarea pentru fiecare caz în parte, inclusiv prin extinderea perioadei pusă la dispoziție pentru plecarea voluntară. Un criteriu esențial aici este dat buna credință a străinului în cauză, fiind remarcată tendința de sancționare a încălcărilor precederilor legate de imigrație, dar, mai ales, de severitatea măsurilor luate în vederea combaterii și descurajării migrației ilegale. Reținând faptul că migranții sunt în mod particulari vulnerabili în ceea ce privește lipsirea de libertate, că măsurile administrative referitoare la migrația ilegală, precum lipsirea de libertate, sunt derulate fără o analizare a istoricului individual al migranților și că un număr mare de țări apelează la <<detenții administrative>> pentru imigranții cu o ședere ilegală (“irregular migrants”) aflați în procedură de îndepărtare de pe teritoriul, Raportorul ONU pentru Grupul de Lucru pe detenția Arbitrară a menționat în 2002 următoarele concluzii<sup>12</sup>:

“Migranții sunt de asemenea supuși <<detenției>> administrative în legătură cu încălcările legislației privind imigrația, inclusiv șederea după expirarea permisului aferent, lipsa documentelor de identificare, folosirea documentelor de călătorie ale altor persoane, nepărăsirea țării la expirarea perioadei prevăzute etc. Obiectivul <<detenției>> administrative este acela de a garanta că o altă măsură, precum îndepărtarea sau expulzarea, poate fi implementată. Potrivit legislației din unele țări, <<detenția>> administrativă este admisă, de asemenea, pe motive de securitate sau ordine publică, printre altele” (para. 19).

“Fenomenul migrației ilegale trebuie să fie abordat printr-un nou concept de management al migrației din care drepturile omului să facă parte integrantă. Managementul migrației reprezintă de fapt o serie de procese extrem de complexe care merg dincolo de măsurile unilaterale punitive și de control” (para. 65).

În cadrul aceluiași Grup de Lucru la nivelul ONU, în 2009, un alt raportor a reținut faptul că statelor trebuie să li se reamintească faptul că <<detenția>> ar trebui să fie de ultim resort și permisă doar pentru o scurtă perioadă de timp, iar alternativele la aceasta ar trebui avute în vedere de fiecare dată când este posibil<sup>13</sup>:

Ar trebui incluse prevederi care să stipuleze faptul că <<detenția>> este nelegală dacă un impediment în identificarea imigranților într-o situație nelegală sau derularea procedurilor de îndepărtare nu intră în sfera

<sup>10</sup> În înțelesul general de îndepărtare de pe teritoriu.

<sup>11</sup> Preambulul la Directiva 2008/115/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 decembrie 2008 privind standardele și procedurile comune aplicabile în statele membre pentru returnarea resortisanților țărilor terțe aflați în situație de ședere ilegală, *Jurnalul Oficial L 348*, 24/12/2008 p. 0098 – 0107, pct. (10).

<sup>12</sup> UN, Economic and Social Council. Commission On Human Rights, 30 December 2002, Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro.

<sup>13</sup> UN General Assembly, Human Rights Council, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Chairperson-Rapporteur: Manuela Carmena Castrillo, A/HRC/10/21, 16 February 2009, D. Detention of immigrants in irregular situations.

acesteia, spre exemplu atunci când reprezentanța consulară din țara de origine nu cooperează sau considerente de ordin juridic – precum principiul nereturnării (non-refoulement) care împiedică îndepărtarea dacă există un risc de tortură sau <<detenția>> arbitrară în țara de destinație – sau obstacole de fapt – precum lipsa mijloacelor de transport – fac îndepărtarea imposibilă (para 67).

În același timp, măsura de luare în custodie publică, date fiind efectele sale, se recomandă a fi aplicată cu precauție, limitativ, urmând a fi trecută prin testele de necesitate și proporționalitate. UNHCR, în cadrul recomandărilor legate de îndepărtarea foștilor solicitanți de azil respinși irevocabil<sup>14</sup>, a susținut importanța politicilor statale atunci când se optează între <<detenție>> și alte restricții ale libertății de mișcare.

Legalitatea sau orice alte condiții legate de astfel de măsuri vor depinde de îndeplinirea testelor de necesitate și proporționalitate pentru fiecare caz în parte. <<Detenția>> persoanelor supuse ordinelor de îndepărtare poate fi sau ar putea deveni arbitrară în funcție de circumstanțe, spre exemplu, dacă o persoană este reținută peste o limită rezonabilă sau o perioadă nedefinită sau dacă <<detenția>> continuă după ce a devenit evident că îndepărtarea nu mai poate fi efectuată. În mod similar, restricțiile impuse în vigoare sau pe o perioadă nedefinită asupra libertății de mișcare sau restricțiile care au depășit perioadele de timp extinse (spre exemplu cerințele excesive de raportare/control după mai mulți ani) pot de asemenea să devină nelegale și vor solicita o monitorizare constantă precum și o revizuire periodică a acestora. Rezultatele acestui studiu indică faptul că <<detenția>> și restricționările aduse libertății de mișcare nu sunt întotdeauna necesare în vederea asigurării posibilităților de îndepărtare de pe teritoriu.

Despre aplicarea principiului proporționalității în cazul luării în custodie publică, face referire și Uniunea Europeană în cuprinsul Directivei specifice<sup>15</sup>:

Folosirea luării în custodie publică în scopul îndepărtării ar trebui limitată și ar trebui să facă obiectul aplicării principiului proporționalității în privința mijloacelor utilizate și a obiectivelor urmărite. Luarea în custodie publică este justificată numai pentru pregătirea returnării sau în efectuarea procesului de îndepărtare, și dacă aplicarea unor măsuri mai puțin coercitive nu ar fi suficientă (paragraful 16).

## 2. Considerente avute în vedere în cazul dispunerii măsurii de luare în custodie

Politica Uniunii Europene în privința măsurii de luare în custodie publică urmează a fi implementată la nivel național pe baza Directivei 115/2008. Standardele stabilite în această Directivă pot fi avute în vedere în considerarea abordărilor la nivel comunitar, mai ales din perspectiva considerării caracterului excepțional al acestei măsuri. Conform articolului 15 din Directivă (alin. (1) și (5)) scopul luării în custodie este dat limitativ (“doar în vederea”) pentru: a) pregătirea procesului de returnare și/sau în vederea desfășurării procesului de îndepărtare și b) în măsura în care este necesar pentru a asigura punerea în aplicare cu succes a măsurii de îndepărtare<sup>16</sup>.

Același text menționează două situații speciale în care ar trebui aplicată măsura luării în custodie publică: când există riscul de sustragere sau atunci când resortisantul unei țări terțe evită sau împiedică pregătirea returnării sau procesul de îndepărtare. "Riscul sustragerii" este definit de același text prin faptul că înseamnă existența unor motive într-un caz particular care se bazează pe criterii obiective, definite prin legislație, care justifică presupunerea că un resortisant al unei țări terțe care face obiectul unei proceduri de returnare se poate sustrage acesteia (articolul 3, pct. 7).

Într-un raport al Grupului de Lucru pe Detenție Arbitrară din 2008, s-a reamintit statelor faptul că imigranții ilegali plasați în <<detenție>> administrativă nu sunt infractori sau suspecti. Prin urmare, <<detenția>> trebuie să fie excepțională, iar nu aplicată ca regulă (para. 51).

« În timp ce <<detenția>> administrativă a solicitanților de azil și imigranților ilegali nu este interzisă *a priori* de către dreptul internațional al drepturilor omului, aceasta poate conduce la <<detenție>>

<sup>14</sup> UNHCR's Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers, February 1999, pct. 142.

<sup>15</sup> *Preambulul la* Directiva 2008/115/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 decembrie 2008 privind standardele și procedurile comune aplicabile în statele membre pentru returnarea resortisanților țărilor terțe aflați în situație de ședere ilegală

<sup>16</sup> Articolul 15 Luarea în custodie publică - (1) Cu excepția cazului în care se pot aplica în mod eficient alte măsuri suficiente dar mai puțin coercitive într-un caz concret, statele membre pot ține în custodie publică un resortisant al unei țări terțe care face obiectul unor proceduri de returnare doar în vederea pregătirii procesului de returnare și/sau în vederea desfășurării procesului de îndepărtare, în special în cazul în care:

(a) există riscul de sustragere sau

(b) resortisantul în cauză al unei țări terțe evită sau împiedică pregătirea returnării sau procesul de îndepărtare.

(5) Luarea în custodie publică se menține pe toată durata în care se îndeplinesc condițiile stabilite la alineatul (1) și în măsura în care este necesar pentru a asigura punerea în aplicare cu succes a măsurii de îndepărtare. Fiecare stat membru stabilește o perioadă limitată de custodie publică, care nu poate depăși șase luni.

arbitrară dacă nu este necesară în toate circumstanțele cazului. Mai mult, <<detenția>> pe perioada în care au loc încercări de stabilire a identității sau pentru asigurarea îndepărtării de pe teritoriul a acestora nu poate fi considerată în mod uzual o soluție efectivă. Procedurile de îndepărtare impun cooperarea cu țara de origine a persoanei în cauză. Lipsa de interes sau inabilitatea țării de origine de a coopera în mod efectiv cu țara gazdă împiedică adeseori îndeplinirea unor astfel de proceduri sau conduce la întâzieri prelungite (para. 46).

Cazuri de custodie administrativă excesivă a imigranților ilegali pot apare chiar în țări cu garanții puternice împotriva <<detenției>> arbitrare, îndeosebi dacă îndepărtarea unui imigrant ilegal nu poate fi efectuată pentru motive de ordin legal, logistic sau altele; spre exemplu, dacă îndepărtarea ar încălca principiul nereturnării (non-refoulement) sau dacă mijloacele de transport în țara de origine nu ar fi pur și simplu disponibile (para 47) »<sup>17</sup>.

În septembrie 2005, la nivelul Consiliului Europei au fost realizate douăzeci de recomandări în ceea ce privește returnarea forțată, ținându-se cont de prevederile Convenției Europene:

„Garanțiile oferite de articolul 5 din C.E.D.O. includ faptul ca <<detenția>> unei persoane ar trebui să fie limitată la anumite circumstanțe specifice unde există motive obiective să se considere că aceasta nu ar respecta decizia de returnare, spre exemplu dacă termenul limită pentru părăsirea teritoriului a trecut și străinul și-a schimbat locul de reședință fără notificarea prealabilă a autorităților cu privire la acest lucru, dacă nu a respectat măsurile luate pentru a se asigura autoritățile că nu el nu se sustrage, dacă anterior a scăpat în cadrul procedurii de returnare. <<Detenția>> trebuie să fie aplicată doar acolo unde alte măsuri au eșuat sau dacă există motive serioase să se considere că nu vor reuși. Aceste măsuri pot include predarea pașaportului sau a altor documente de identitate către autorități, obligația de a locui într-un anumit loc sau într-o anumită zonă, o obligație de a raporta la intervale regulate către autorități, spre exemplu cea mai apropiată circă de poliție, cauțiunea sau garanții. De vreme ce aceste măsuri constituie restricționări ale dreptului de a se mișca liber și de a-și alege reședința sau de a respecta viața privată, ele vor trebui să respecte condițiile definite în articolul 2 (4) al Protocolului nr. 4 la C.E.D.O. și ale art. 8(2) din C.E.D.O.»<sup>18</sup> (para 3).

<<Detenția>> nu ar trebui să continue după ce a fost luată o decizie pozitivă în sensul că persoana nu poate fi îndepărtată. Bazele fundamentale ale imigrării în vederea îndepărtării au fost mutate spre un concept de recunoașterea unui drept internațional de a nu fi îndepărtat. La nivel incipient, aceasta împiedică <<detenția>> pe parcursul procedurii de îndepărtare de pe teritoriul. Dacă îndepărtarea nu poate fi efectuată, atunci <<detenția>>, care este dependentă de aplicarea măsurii de îndepărtare, nu poate reprezenta un argument de bază pentru lipsirea de libertate<sup>19</sup>.

Revenind la punctul de vedere al organismelor europene, Directiva nr. 115/2008 statuează la articolul 15 (4) că:

„În cazul în care există indicii conform cărora nu mai există posibilitatea rezonabilă a îndepărtării din motive legale sau de altă natură sau există indicii privind încetarea condițiilor stabilite la alineatul (1), luarea în custodie publică nu mai este justificată și persoana în cauză este eliberată imediat”.

Curtea Europeană de Justiție, în Marea Cameră, fiind sesizată cu privire la cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare venită din Bulgaria în noiembrie 2009<sup>20</sup>, a declarat că:

„Articolul 15 alineatul (4) din Directiva 2008/115 trebuie interpretat în sensul că numai o posibilitate reală ca măsura îndepărtării să fie pusă în aplicare cu succes în termenele stabilite la alineatele (5) și (6) ale aceluiași articol corespunde unei posibilități rezonabile a îndepărtării, iar aceasta nu există atunci când pare puțin probabil ca persoana interesată să fie primită într-o țară terță, având în vedere termenele menționate”.

Pentru a concluziona în acest sens, Curtea a reținut:

<sup>17</sup> UN General Assembly, Human Rights Council Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Chairperson-Rapporteur: Leïla Zerrouguia, HRC/7/4 10 January 2008

<sup>18</sup> Council of Europe, Twenty Guidelines on Forced Return, September 2005, para 3

<sup>19</sup> Keynote presentation by Mr. Nicholas Blake, Barrister, Queen's Counsel, Matrix Chambers, 2<sup>nd</sup> Colloquy on the European Convention on Human Rights and protection of refugees, asylum-seekers and displaced persons, Strasbourg, 19-20 May 2000, pg. 85.

<sup>20</sup> Hotărârea Curții (Marea Cameră) din 30 noiembrie 2009 (cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Administrativen sad Sofia-grad — Bulgaria) — Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)(Cauza C-357/09 PPU)

Astfel cum reiese din articolul 15 alineatele (1) și (5) din Directiva 2008/115, măsura luării în custodie publică a unei persoane în scopul îndepărtării se poate menține numai pe durata desfășurării și a executării, în mod adecvat, a dispozițiilor de îndepărtare, în măsura în care este necesar pentru a asigura punerea în aplicare cu succes a măsurii de îndepărtare (para 64).

De asemenea, este necesar ca, la momentul reexaminării legalității măsurii de luare în custodie publică de către o instanță națională, să rezulte că există o posibilitate reală de punere în aplicare cu succes a măsurii de îndepărtare, având în vedere termenele stabilite la articolul 15 alineatele (5) și (6) din Directiva 2008/115, pentru a se putea considera că mai există o „posibilitate rezonabilă a îndepărtării” în sensul articolului 15 alineatul (4) din această directivă (para 65).

Astfel, nu există o posibilitate rezonabilă a îndepărtării atunci când pare puțin probabil ca persoana interesată să fie primită într-o țară terță, având în vedere termenele menționate (para 66).

### 3. Alternative la detenție

Poziția Uniunii Europene față de măsura luării în custodie publică în vederea îndepărtării de pe teritoriu ține cont de câteva condiții esențiale, prezentate în cadrul punctului 16 din preambulul la Directiva 115/2008<sup>21</sup>, coroborat cu art. 15 alin. (1) din același text<sup>22</sup>:

- se aplică în mod excepțional;
- se aplică individual, pentru fiecare caz concret;
- ar trebui limitată;
- ar trebui să facă obiectul aplicării principiului proporționalității în privința mijloacelor utilizate și a obiectivelor urmărite;
- este justificată numai pentru pregătirea returnării sau în efectuarea procesului de îndepărtare (cu menționarea îndeosebi a două cazuri: riscul de sustragere sau evitarea/împiedicarea îndepărtării)
- este justificată dacă aplicarea unor măsuri mai puțin coercitive nu ar fi suficientă.

Evaluarea alternativelor de ordin tehnic sau juridic pentru <<detenție>>, care să fie eficiente în mod eficient egale, a fost solicitată de către Comisia Europeană încă din 2002, în cadrul unui document pregătit pentru Directiva 115/2008, în care se menționa faptul că „toate măsurile coercitive reprezintă o atingere semnificativă a libertății personale a celor vizați”<sup>23</sup>.

Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei a reținut raportul formulat de către Ed van Thijn în 2006, care puncta regula generală potrivit căreia „<<detenția>> trebuie să fie necesară și aplicată migranților ilegali doar în ultimă instanță”. Totodată, se arăta că „pot exista situații în care în mod clar nu este nevoie să reții o persoană de vreme ce nu există riscul sustragerii sau există măsuri alternative (garanții, depozite etc.) care pot fi luate”<sup>24</sup>.

Recent, a fost prezentat un raport cu privire la <<detenția>> solicitanților de azil și a migranților ilegali tot către Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei, în care se reține raritatea aplicării alternativelor la <<detenție>>, mai ales în contextul în care condițiile și garanțiile acordate imigranților reținuți, care nu au comis o infracțiune, sunt deseori mai rele decât cele pe care le au deținuții în regimul penitenciar, putând conduce la deteriorarea sănătății mentale și fizice a individului (pct. 4 și 6). Raportorul, dna Mendoca, a prezentat în cadrul memorandumului explicativ că<sup>25</sup>:

„Folosirea automată a <<detenției>> dă naștere unei liste lungi de probleme serioase, inclusiv faptul că prea frecvent <<detenția>> este folosită ca primă opțiune și nu ca ultima, sancționând solicitanții de azil, nu este aplicată de la caz la caz, este deseori aplicată într-un mod care este nelegal sau arbitrar (spre exemplu, invocând o autoritate care nu există sau eșuând în aplicarea unei astfel de autorități în mod corect), poate fi prelungită, în mod deosebit acolo unde nu există posibilitate practică sau iminentă de îndepărtare, condițiile sunt adeseori dificile și regimul este neadecvat (pct. 5)”.

Raportorul a mai notat că „diverse studii au concluzionat că <<detenția>> în vederea îndepărtării este atât inefectivă ca mijloc de control al imigrației cât și extrem de vătămătoare pentru cei supuși acesteia. Guvernele au fost criticate deoarece privesc <<detenția>> drept un „remediu universal față de provocările controlului imigrației”. În vreme ce marea majoritate a <<detenției>> în vederea îndepărtării este realizată cu scopul returnării – rapoartele au

<sup>21</sup> (16) Folosirea luării în custodie publică în scopul îndepărtării ar trebui limitată și ar trebui să facă obiectul aplicării principiului proporționalității în privința mijloacelor utilizate și a obiectivelor urmărite. Luarea în custodie publică este justificată numai pentru pregătirea returnării sau în efectuarea procesului de îndepărtare, și dacă aplicarea unor măsuri mai puțin coercitive nu ar fi suficientă.

<sup>22</sup> Vezi nota 16.

<sup>23</sup> Commission of the European Communities - Green Paper On A Community Return Policy On Illegal Residents, 2002

<sup>24</sup> Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Doc. 10924, 4 May 2006, Human rights of irregular migrants, Report, Committee on Migration, Refugees and Population, Rapporteur: Mr Ed van Thijn, Pct. 89.

<sup>25</sup> Council of Europe - The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe - Explanatory memorandum by Mrs Mendonça, rapporteur

descoperit faptul că doar o minoritate a celor reținuți sunt de fapt îndepărtați de pe teritoriu” (para 35). Alternativele care pot fi reținute în legătură cu <<detenția>> pot fi grupate în alternative bazate pe comunitate, care permit libertatea de mișcare (precum libertatea pe bază de înregistrare, conectarea (la comunitate, n.n.) și altele sunt forme care restricționează libertatea de mișcare (în special așezăminte/centre deschise, monitorizarea, gruparea etc.) – para 41.

Într-un studiu efectuat de către UNHCR în 2006, Ophelia Field a reținut faptul că pentru persoanele care au fost găsite a nu fi în nevoie de protecție internațională și care nu pot fi returnate în țara lor de origine, cerințele de raportare („reporting requirements”) sunt folosite cu succes într-un număr de state drept o alternativă la prospectul inuman și nelegal al <<detenției>> pe termen nedefinit, iar din punct de vedere al costurilor sunt mult mai eficiente<sup>26</sup>.

În același sens, Grupul de Lucru pe <<Detenția>> Arbitrară la nivelul O.N.U. a recomandat în 2002 ca „măsurile alternative și non-custodiale, precum cerințele de raportare să fie avute întotdeauna în vedere înainte de a se recurge la <<detenție>>. Legislațiile câtorva state prevăd alternative la <<detenția>> administrativă, precum eliberarea pe cauțiune, eliberarea condiționată, arestul la domiciliu, semi-libertatea, plata unei anumite sume drept garanție, supervizarea poliției, interzicerea părăsirii țării, obligația de rezidență la o anumită adresă cu raportarea periodică la autorități, retragerea pașaportului (para 39). În anul 2008, Grupul de Lucru „solicita statelor să folosească <<detenția>> solicitanților de azil și a imigranților ilegali doar în ultimă instanță și le încuraja să acorde atenție alternativelor la <<detenție>>, precum eliberarea supervizată, eliberarea pe cauțiune, reședința desemnată sau raportarea în mod regulat către autorități<sup>27</sup>.

Raportorul special al Comisiei ONU pentru Drepturile Omului a făcut mai multe recomandări, dintre care două merită menționate ca fiind relevante: <<detenția>> migranților pe motivul statutului lor ilegal nu ar trebui în nicio circumstanță să aibă caracter punitiv, iar guvernele ar trebui să ia în considerare posibilitatea ca în mod progresiv să desființeze toate formele de <<detenție>> administrativă<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> UN High Commissioner for Refugees, Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees, April 2006, POLAS/2006/03,

<sup>27</sup> UN General Assembly, Human Rights Council, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Chairperson-Rapporteur, 10 January 2008, para. 80

<sup>28</sup> Pct. 73 și 74 Economic and Social Council. Commission On Human Rights, E/CN.4/2003/85, 30 December 2002, Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro

## Referințe:

- Directiva 2008/115/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 decembrie 2008 privind standardele și procedurile comune aplicabile în statele membre pentru returnarea resortisanților țărilor terțe aflați în situație de ședere ilegală, Jurnalul Oficial L 348 , 24/12/2008 p. 0098 – 0107  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:01:RO:HTML>
- Hotărârea Curții (Marea Cameră) din 30 noiembrie 2009 (cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Administrativen sad Sofia-grad — Bulgaria) Cauza C-357/09 PPU), JO C 267, 7.11.2009, Reclamant: Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)  
<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=en&lng1=en.ro&lng2=bg.cs.da.de.el.en.es.et.fi.fr.hu.it.lt.lv.mt.nl.pl.pt.ro.sk.sl.sv.&val=504805.cs&page=1&hwords>
- Commission Of The European Communities, Green Paper On A Community Return Policy On Illegal Residents, Brussels, 10.04.2002  
<http://idc.rfbf.com.au/wp-content/uploads/2009/06/ec-return-policy.pdf>
- Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Human rights of irregular migrants, Report, Committee on Migration, Refugees and Population, Rapporteur: Mr Ed van Thijn, Explanatory memorandum, Doc. 10924, 4 May 2006  
<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc06/EDOC10924.htm>
- Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1509 (2006)<sup>1</sup>, Human rights of irregular migrants, Text adopted by the Assembly on 27 June 2006 (18th Sitting)  
<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta06/eres1509.htm>
- Council of Europe, The Human Rights of Irregular Migrants in Europe, CommDH/IssuePaper(2007)1  
<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1237553&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679>
- Council of Europe, Parliamentary Assembly, The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe, Report, Committee on Migration, Refugees and Population, Rapporteur: Mrs Ana Catarina Mendonça, Explanatory memorandum, Doc.12105, 11 January 2010  
<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc10/EDOC12105.htm>
- Council of Europe Twenty Guidelines On Forced Return, September 2005  
<http://idc.rfbf.com.au/wp-content/uploads/2009/06/cm-returns-doc.pdf>
- UNHCR's Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers, February 1999  
<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3c2b3f844.html>
- UN High Commissioner for Refugees, Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees, April 2006, POLAS/2006/03  
<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4472e8b84.html>
- UNHCR, Council of Europe, 2<sup>nd</sup> Colloquy on the European Convention on Human Rights and protection of refugees, asylum-seekers and displaced persons, Strasbourg, 19-20 May 2000  
[http://www.coe.int/T/E/Human\\_rights/asylumcolleng.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_rights/asylumcolleng.pdf)
- UN, The Working Group on Arbitrary Detention, Fact Sheet No. 26  
<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet26en.pdf>
- UN General Assembly, Human Rights Council, Promotion And Protection Of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social And Cultural Rights, Including The Right To Development, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Chairperson-Rapporteur: Manuela Carmena Castrillo, A/HRC/10/21, 16 February 2009, Tenth session  
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/110/43/PDF/G0911043.pdf?OpenElement>
- UN General Assembly, Human Rights Council, Promotion and protection of all human rights, civil, Political, economic, social and cultural rights, Including the right to development, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Chairperson-Rapporteur: Leïla Zerrougui, A/HRC/7/4 10 January 2008 Seventh session  
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/100/91/PDF/G0810091.pdf?OpenElement>
- UN, Economic and Social Council, Commission On Human Rights, Specific Groups And Individuals, Migrant Workers, Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2002/62, E/CN.4/2003/85, 30 December 2002  
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/162/55/PDF/G0216255.pdf?OpenElement>