

## La nouvelle Loi sur l'asile respecte-t-elle le droit international et la Constitution ?

Normalement, le Conseil fédéral vérifie si les projets de loi sont compatibles avec le droit européen et conformes à la Constitution et au droit international. Le résultat de cet examen est publié dans le message du Conseil fédéral qui accompagne un projet de loi.

En l'occurrence, il n'y a eu aucun message pour de nombreuses dispositions introduites après coup dans la nouvelle mouture de la loi sur l'asile. La compatibilité de plusieurs durcissements avec la Constitution, le droit international et le droit européen est controversée.

### 1 Non-entrée en matière pour cause d'absence de papiers

(art. 32 al. 2 let. a LAsi)

- Le durcissement du motif de non-entrée en matière que constitue l'absence de papiers viole la Convention sur le statut des réfugiés. Il est en outre disproportionné en regard des exigences du droit constitutionnel.
- L'expulsion de personnes persécutées bafoue la Constitution fédérale (Cst.), la Convention sur le statut des réfugiés, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et d'autres conventions internationales.
- Les procédures de non-entrée en matière ne sont pas euro-compatibles.

En principe, il ne doit désormais plus être entré en matière sur une demande d'asile si le requérant ne remet pas dans un délai de 48 heures après le dépôt de sa demande d'asile ses documents de voyage ou ses pièces d'identité. A titre exceptionnel, il est malgré tout entré en matière quand des motifs excusables justifient l'absence de papiers ou que la qualité de réfugié est immédiatement vraisemblable ou quand les autorités considèrent, sur la base de l'audition, que d'autres mesures d'instruction sont nécessaires.

Le motif de non-entrée en matière que constitue l'absence de papiers a été introduit dans la loi par un arrêté fédéral urgent, lors de la dernière révision de 1998. Le Parlement a relevé à ce moment que cette mesure était à la limite de ce que tolère le droit international. De l'avis de plusieurs experts, le durcissement de cette disposition viole le droit international, bafoue la Constitution et n'est pas euro-compatible:

- «*Du point de vue du droit des réfugiés*, cette disposition a pour effet que les catégories de réfugiés susmentionnées n'ont aucune chance d'être reconnus en tant que tels et sont donc *exclus du bénéfice des droits résultant de la Convention relative au statut des réfugiés*, s'ils ne peuvent pas réfuter immédiatement (c'est-à-dire déjà pendant l'audition) la présomption basée sur l'absence de papiers qu'ils ne jouissent pas de la qualité de réfugiés. Comme l'art. 1er de la

Weyermannsstrasse 10  
Postfach 8154  
CH-3001 Bern

Für Paketpost:  
Weyermannsstrasse 10  
CH-3008 Bern

T++41 31 370 75 75  
F++41 31 370 75 00

info@osar.ch  
www.osar.ch

PC-Konto  
30-16741-4  
Spendenkonto  
PC 30-1085-7



Convention relative au statut des réfugiés ne prévoit pas un tel motif d'exclusion, la disposition apparaît comme **contraire au droit international**, même dans sa version améliorée.»<sup>1</sup>

- **«Du point de vue du droit constitutionnel**, cette disposition est clairement **disproportionnée**, puisqu'elle est inutile dans le cas des catégories mentionnées de vrais réfugiés et qu'elle inclut par conséquent une catégorie de personnes pour qui l'exclusion de la procédure d'asile est injustifiable.»<sup>2</sup>
- Le **Conseil fédéral** était autrefois conscient du fait que les mesures contre les requérants d'asile sans papiers peuvent violer la Convention sur le statut des réfugiés: *«Toutefois signalons que ce sont justement les personnes qui ont indubitablement la qualité de réfugié qui sont souvent dépourvues de papiers d'identité. Les engagements de droit international qu'a contractés la Suisse seraient violés si précisément ces personnes étaient exclues de la procédure d'asile.»*<sup>3</sup>
- Le **Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés** s'inquiète de ce durcissement: *«UNHCR has reiterated numerous times its serious concerns relating in particular to the provisions that would restrict access to asylum for people who have no valid travel or identity documents. The 1951 Convention specifically acknowledges and provides for refugees who may have had to flee their country without being able to obtain valid travel or identity documents. We should not forget that people trying to enter a country without documentation may have valid reasons to do so. It is often not possible for people fleeing for their lives to obtain such documents. This provision is amongst the strictest in Europe.»*<sup>4</sup> (*«A plusieurs reprises, le HCR s'est dit sérieusement préoccupé en particulier par les dispositions restreignant l'accès à l'asile pour les personnes sans documents de voyage ou pièces d'identité valables. La Convention de 1951 reconnaît spécifiquement les réfugiés susceptibles d'avoir dû fuir leur pays sans avoir pu se procurer des documents de voyage ou des pièces d'identité valables et prévoit expressément ce cas. Nous ne devons pas oublier que les gens qui cherchent à entrer dans un pays sans documents peuvent avoir des raisons valables de le faire. Les personnes fuyant pour sauver leur vie n'ont souvent pas la possibilité d'obtenir de tels documents. Cette disposition figure parmi les plus strictes d'Europe.»*)
- Le **Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe** a critiqué en ces termes la pratique actuelle relative à la non-entrée en matière pour cause d'absence de papiers: *«Il s'ensuit que l'on ne saurait tirer, comme le fait la loi suisse, des conséquences négatives pour le demandeur d'asile de la simple absence ou de la non-présentation des documents d'identité du demandeur. Ni le droit international ni le bon sens ne permettent de tirer de l'existence de stratégies de non-présentation, largement répandues, la conclusion que la non-*

<sup>1</sup> Prof. Walter Kälin, remarques sur la demande du conseil fédéral du 25 août 2004 concernant l'absence de documents de voyage en tant que motif de non-entrée en matière, Berne, le 14 novembre 2004, ASYL 2005/no 2+3, p. 12 s.; voir aussi [http://www.osar.ch/2005/06/07/041114\\_kaelin\\_ga](http://www.osar.ch/2005/06/07/041114_kaelin_ga). Hervorheb. d.d.V.

<sup>2</sup> op. cit., FN 1.

<sup>3</sup> Message sur la révision totale de la Loi sur l'asile du 4 décembre 1995, 95.088, p. 30.

<sup>4</sup> Ron Redmond, porte-parole du HCR, information aux médias du 27 septembre 2005, Genève, <http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/news/opendoc.htm?tbl=NEWS&id=4339291211&page=news>

présentation de papiers d'identité révèle un manque de coopération du demandeur d'asile ou l'absence de fondement de sa demande. [...] C'est pourquoi, j'estime que le refus d'examiner le fond de la demande d'asile considérée comme abusive ou mal fondée au motif que le ressortissant étranger demandeur n'a pas présenté des documents d'identité à l'entrée du pays ou ensuite, dans les 48 heures qui lui ont été accordées pour ce faire, **risque de porter atteinte à l'exercice du droit d'asile tel que garanti par le droit international.**<sup>5</sup> Il propose d'abandonner complètement ce motif de non-entrée en matière: «[...] renoncer à frapper une personne d'une décision de NEM lorsque, 48 heures après y avoir été invitée, elle ne peut présenter des papiers d'identité, et prendre la décision sur le droit au séjour en Suisse toujours sur la base d'un faisceau d'indices cumulatifs et après un entretien individuel avec le demandeur pendant lequel celui-ci bénéficie d'une assistance juridique et linguistique.»<sup>6</sup>

- La **directive minimale de l'UE** relative à la procédure d'asile ne prévoit pas de procédure de non-entrée en matière. Les demandes manifestement infondées sont traitées dans le cadre d'une procédure d'asile accélérée.<sup>7</sup>
- Quand un pays expulse des personnes persécutées qui remplissent les critères définis par la Convention relative au statut des réfugiés et par la Loi sur l'asile, il enfreint notamment l'art. 25 Cst. (protection contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement), l'art. 33 de la Convention relative au statut des réfugiés (principe de non-refoulement), l'art. 3 CEDH (interdiction de la torture), l'art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (principe de non-refoulement), l'art. 3 de la Convention des Nations unies contre la torture (interdiction de la torture) et l'art. 5 de la loi sur l'asile (interdiction du refoulement).

## 2 Communication de données personnelles (art. 97 LAsi)

- La nouvelle réglementation implique un risque élevé de violation de la Convention relative au statut des réfugiés, de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Constitution.
- Elle n'est pas euro-compatible.

Les autorités pourront à l'avenir communiquer aux Etats d'origine des données personnelles sur les requérants d'asile dès la décision de première instance. Aujourd'hui, la communication de ces données n'est permise que lorsqu'il a été décidé de façon définitive que les intéressés ne sont pas des réfugiés. L'art. 97 al. 1 de la loi sur l'asile interdit de communiquer des données susceptibles de mettre des personnes en danger.

- Le **Conseil fédéral** a constaté que la communication prématurée de données peut violer la Convention relative au statut des réfugiés et la CEDH: «*En déposant une demande d'asile, le requérant cherche la protection de la Suisse contre*

<sup>5</sup> Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme, sur sa visite en Suisse 29 novembre – 3 décembre 2004 à l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire; S. 16. [http://www.coe.int/T/f/Commissaire\\_D.H/Unit%C3%A9\\_de\\_Communication/Documents/Par\\_pays/Suisse/index.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/T/f/Commissaire_D.H/Unit%C3%A9_de_Communication/Documents/Par_pays/Suisse/index.asp#TopOfPage)

<sup>6</sup> op. cit., FN 5, S. 49.

<sup>7</sup> Susanne Bolz, Wie EU-kompatibel ist das Schweizer Asylrecht?, ASYL 2005/Nr. 1, S. 8f.

*son Etat d'origine ou de provenance, dans lequel il est persécuté ou craint de l'être. Jusqu'à ce qu'il soit établi si le requérant satisfait aux critères de la qualité de réfugié, aucune donnée ne doit donc être communiquée sur lui ni sur ses proches restés dans le pays d'origine ou de provenance à l'Etat soupçonné de persécution, si de telles données peuvent représenter pour eux un danger. Dans le cas contraire, la Suisse violerait ses obligations de droit international public (convention de Genève, CEDH), et les motifs objectifs intervenant après la fuite du pays pourraient apparaître, entraînant l'admission provisoire de la personne concernée.»<sup>8</sup>*

- L'art. 97 al. 1 de la loi sur l'asile interdit certes la communication de données susceptibles de mettre des personnes en danger. Mais beaucoup de réfugiés ne sont reconnus qu'au stade du recours, leur demande ayant d'abord été rejetée par l'Office fédéral des migrations. En pareil cas, l'Office fédéral considère que la communication des données ne pose aucun problème aussitôt qu'il a rendu sa décision négative – et quand bien même celle-ci est ultérieurement annulée par la Commission de recours en matière d'asile.
- D'après l'art. 13 al. 2 Cst., toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données la concernant. D'après l'art. 6 de la loi sur la protection des données, aucune donnée personnelle ne peut être communiquée à l'étranger si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence d'une protection des données équivalente à celle garantie en Suisse.
- L'Union européenne ne permet pas de communiquer les données des requérants d'asile en cours de procédure.<sup>9</sup>

### 3 Extension de la suppression de l'aide sociale (art. 82 al. 1 art. 83a LAsi)

- L'extension de la suppression de l'aide sociale à tous les requérants d'asile déboutés peut entraîner des violations de la Convention relative aux droits de l'enfant, de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Constitution (dignité humaine, droit à l'aide d'urgence).
- La suppression de l'aide sociale en cas de séjour légal dans la procédure extraordinaire est susceptible de violer le principe de l'égalité de traitement et celui de la proportionnalité, tous deux ancrés dans la Constitution.

A l'avenir, tous les requérants d'asile déboutés par une décision juridiquement valable peuvent être exclus de l'aide sociale et jetés à la rue. Même si les autorités légalisent à nouveau leur séjour jusqu'à la décision dans le cadre d'une procédure extraordinaire, la suppression de l'aide sociale est maintenue. Aucune exception n'est prévue pour les personnes particulièrement vulnérables (par exemple les familles avec enfants en bas âge, les mineurs non accompagnés, les femmes enceintes, les personnes âgées ou malades). Les personnes touchées

<sup>8</sup> Message du conseil fédéral sur la révision totale de la Loi sur l'asile du 4 décembre 1995, 95.088, p. 99.

<sup>9</sup> op. cit., FN 3, S. 11.

par la suppression de l'aide sociale peuvent demander une aide d'urgence dans le canton responsable pour la leur allouer.

- D'après l'art. 12 Cst., les personnes en situation de détresse ont droit à l'aide d'urgence. Dans la pratique, ce droit est à l'heure actuelle sans cesse restreint, comme en témoignent les expériences de personnes frappées d'une décision de non-entrée en matière exécutoire:
  - **Manque d'information sur le droit à l'aide d'urgence.** En vertu de l'art. 12 Cst., les autorités sont tenues d'informer les personnes exclues de l'aide sociale de leur droit à l'aide d'urgence.<sup>10</sup> Mais dans la pratique, il arrive sans cesse que les intéressés ne soient pas informés.<sup>11</sup>
  - **Délai de départ trop court.** Les intéressés sont souvent poussés dans la clandestinité à l'échéance d'un délai de départ irréaliste d'à peine 24 heures. Le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe recommande de fixer un délai de départ réaliste.<sup>12</sup> La question de la proportionnalité de la suppression de l'aide sociale se pose avec acuité lorsque la personne ne dispose pas d'un délai réaliste pour se conformer au droit.
  - **Nonaccès à l'aide d'urgence.** Dans deux cantons (SO, BE) il a fallu se battre en justice pour obtenir l'accès à l'aide d'urgence. Selon les dires de personnes concernées, il arrive sans cesse dans la pratique que l'aide d'urgence soit refusée, même après ces jugements.<sup>13</sup> Le refus de l'aide d'urgence viole l'art. 12 Cst. et peut même, le cas échéant, bafouer l'art. 3 CEDH. (Dans le cadre des débats parlementaires, la suppression ou la restriction de l'aide d'urgence a été réclamée en cas de violation de l'obligation de collaborer. Une telle clause aurait clairement violé la Constitution. Elle a finalement été rejetée.<sup>14</sup>)
  - **Aide d'urgence insuffisante.** L'aide d'urgence octroyée ne correspond pas toujours au minimum prescrit par le droit constitutionnel. Dans plusieurs cantons, aucun local chauffé n'est par exemple mis à disposition pendant la journée, même durant l'hiver.<sup>15</sup> Des jugements se font encore attendre à ce sujet. « *La garantie d'une existence digne est bafouée quand les intéressés se trouvent ainsi exposés à une menace de l'Etat.* »<sup>16</sup>
- Sur la base de l'art. 11 al. 1 Cst. et de l'art. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, le **soutien aux mineurs** doit être apporté sous une forme ap-

<sup>10</sup> Dr. iur. Katrin Amstutz, Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Sozialhilfe im Asylwesen, ASYL 2003/no 2, p. 28 ss.; recommandation no R (2000) 3 du comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres.

<sup>11</sup> Cf. Kathrin Buchmann, Silvana Kohler, Die Verschärfungen im Asyl- und Ausländerrecht vom 1. April 2004, Bilanz nach einem Jahr, SFH, 15. Juli 2005; [http://www.osar.ch/2005/08/09/050715\\_sfh\\_bericht](http://www.osar.ch/2005/08/09/050715_sfh_bericht).

<sup>12</sup> op. cit., FN 5, S. 49.

<sup>13</sup> op. cit., FN 11.

<sup>14</sup> Dr. iur. Prof. em. Jörg Paul Müller, expertise du 7 mars 2005 concernant la décision de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 13 janvier 2005 (révision partielle de la Loi sur l'asile) relative aux restrictions de l'aide d'urgence, sur mandat de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, ASYL 2005/Nr. 2/3, p. 3 ss. en allemand.

<sup>15</sup> Silvana Kohler, «Kältekart», SFH, 10.12.2005; <http://www.osar.ch/2005/12/02/nothilfe-sit-dez05>.

<sup>16</sup> op. cit., FN 14, S. 11.

propriée.<sup>17</sup> Dans des cas particuliers, il devrait dépasser l'aide d'urgence minimale. Des mesures de tutelle devraient être prises jusqu'au départ, pour les mineurs non accompagnés. Or, à bien des endroits, ces conditions ne sont pas remplies. La Convention relative aux droits de l'enfant, la Constitution et le Code civil s'en trouvent bafoués.

- L'exclusion de l'aide sociale jusqu'à la clôture d'une **procédure extraordinaire** est problématique sous l'angle du principe de l'égalité de traitement ancré dans la Constitution: les personnes concernées séjournent légalement en Suisse, avec le consentement des autorités. Elles sont néanmoins contraintes de vivre dans une situation de détresse. Aucun motif objectif ne justifie cette **inégalité de traitement**. L'Etat a au contraire la tâche d'empêcher l'apparition de situations de détresse. La mesure paraît **disproportionnée** en regard des exigences de la Constitution car l'aide d'urgence n'assure que le strict minimum. Or, l'expérience montre que les procédures extraordinaires durent souvent longtemps. Le Tribunal fédéral a souligné que les autorités ne sont nullement tenues d'octroyer un effet suspensif en cas de recours abusif à une voie de droit extraordinaire.<sup>18</sup> Des moyens plus modérés que la suppression de l'aide sociale sont ainsi à disposition pour lutter contre les abus.
- Le **Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe** craint que la suppression de l'aide sociale n'entraîne des violations de l'art. 3 CEDH: «*Je considère que ce mécanisme conduit à plonger un certain nombre de ressortissants étrangers, qui se trouvent en territoire suisse, dans une situation de misère et d'avilissement à leurs propres yeux et à ceux d'autrui qui peut poser un problème de compatibilité avec l'interdiction de traitements inhumains ou dégradants inscrite à l'article 3 de la CEDH. Comme l'a indiqué la Cour, l'intention de causer la souffrance n'est pas déterminante pour conclure à l'existence d'un traitement inhumain ou dégradant, qui est prohibé en termes absolus, quels que soient les agissements de la victime. Les instruments internationaux de protection de droits de l'homme contiennent des interdictions absolues de mettre en danger la santé physique et mentale des êtres humains et, a fortiori, leur vie, dont la garantie peut imposer à l'Etat des obligations positives. Le droit expressément reconnu à l'assistance sociale et médicale figure à l'article 13, par. 1, de la Charte sociale européenne au bénéfice de toute personne ne disposant pas des ressources suffisantes et qui n'est pas en mesure de se procurer celles-ci par ses propres moyens ou de les recevoir d'une autre source. La Suisse, il est vrai, n'est pas partie à la Charte sociale européenne.*»<sup>19</sup> Le Commissaire aux Droits de l'Homme recommande ainsi d'octroyer l'aide sociale même aux personnes qui font l'objet d'une décision de non-entrée en matière.
- Le **Comité des Nations unies contre la torture** se dit préoccupé de la suppression de l'aide sociale: «*The Committee is also concerned that in cases of non-entry decisions (décision de non-entrée en matière) the social benefits of asylum seekers are being curtailed significantly*». Il recommande de **s'assurer du plein**

<sup>17</sup> Département fédéral de Justice et police, expertise juridique relative aux exigences de la Convention relative aux droits de l'enfant quant à la forme de l'aide en situation de détresse (art. 12 Cst.), le 25 février 2005, [http://www.bfm.admin.ch/fileadmin/user\\_upload/Themen\\_deutsch/Asyl/Fuersorge/Gutachten\\_BFM\\_Version\\_03\\_160205.pdf](http://www.bfm.admin.ch/fileadmin/user_upload/Themen_deutsch/Asyl/Fuersorge/Gutachten_BFM_Version_03_160205.pdf).

<sup>18</sup> ATF du 9 février 2005 (2A.692/2004).

<sup>19</sup> op. cit., FN 5, p. 22.

**respect du droit des requérants d'asile** à une audition loyale, à des soins effectifs et à la jouissance des **droits économiques et sociaux** durant toutes les procédures fondées sur la nouvelle loi sur l'asile: *«Ensure that asylum seekers are granted full respect of their right to a fair hearing, to an effective remedy and to social and economic rights during all procedures established by the revised law on asylum.»*<sup>20</sup>

- **La Commission fédérale contre le racisme** craint que la suppression de l'aide sociale, en vigueur depuis le 1er avril 2004 pour les requérants d'asile frappés d'une non-entrée en matière, ainsi que plusieurs propositions du Conseil des Etats et de la Commission des institutions politiques du Conseil national intégrées à l'actuelle révision du droit d'asile **ne mettent en grand danger la dignité humaine des intéressés, ainsi que les droits humains fondamentaux garantis par la Constitution.**<sup>21</sup>

## 4 Protection juridique (art. 17 al. 4 LAsi; art. 108 al. 2 LAsi)

- L'absence de garantie de l'accès à une aide juridique, liée à la brièveté des délais de recours, peut violer la CEDH et la Cst., notamment si elle est assortie d'une restriction de la liberté.

En cas de décisions de non-entrée en matière, le délai de recours se réduit d'ores et déjà à cinq jours ouvrables au lieu des 30 habituellement accordés. Dans le cadre de la procédure à l'aéroport, il est prolongé de 24 heures à cinq jours ouvrables. Selon la nouvelle formulation, il faut «régler» et non pas «garantir» l'accès à une consultation et à une représentation juridiques dans les centres d'enregistrement et les aéroports. Le séjour en centre d'enregistrement et à l'aéroport se caractérise d'ores et déjà par des restrictions de la liberté que la révision durcit encore: prolongation à 60 jours du séjour à l'aéroport et dans les centres d'enregistrement, détention en cas de notification d'une décision de non-entrée en matière au centre d'enregistrement, nouvelles formes de détention supplémentaires, prolongation de la durée de détention, autorisation écrite pour quitter le centre d'enregistrement, rétention de courte durée, assignation, exclusion, etc..

- L'art. 13 CEDH prévoit un **droit à un recours effectif**, quand un droit conventionnel pourrait être violé. Les décisions prises dans la procédure d'asile portent régulièrement sur de potentielles graves atteintes à l'interdiction de la torture inscrite à l'art. 3 CEDH. D'après l'art. 29a qu'il est prévu d'introduire dans la Cst., toute personne a droit à un jugement par une autorité judiciaire en cas de litiges. Quant à l'art. 29 al. 3 Cst., il précise que toute personne ne disposant pas de ressources suffisantes a **droit**, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à **l'assistance judiciaire gratuite** dans la mesure où la sauvegarde de ses droits l'exige.
- Le Prof. Jörg Paul Müller relève que *«la disposition de l'art. 1 al. 4 du projet de révision et celle de l'art. 22 relatif à l'assistance judiciaire (al. 3/al. 4 E loi sur l'asile) paraissent particulièrement problématiques sous l'aspect de la protection*

<sup>20</sup> CAT/C/CO/34/CHE Committee against Torture 34th session, Empfehlungen betreffend die Schweiz. [http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/AdvanceVersions/CAT\\_C.CO.34.CHE.pdf](http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/AdvanceVersions/CAT_C.CO.34.CHE.pdf).

<sup>21</sup> Prise de position de la CFR sur les durcissements dans le domaine de l'asile: [http://www.edi.admin.ch/ekr/dokumentation/00112/ekr\\_presse\\_stellungnahme\\_ekr\\_nee\\_de.pdf](http://www.edi.admin.ch/ekr/dokumentation/00112/ekr_presse_stellungnahme_ekr_nee_de.pdf).

juridique. [...] Toute personne privée de sa liberté doit être mise en état de faire valoir ses droits fondamentaux sur le plan matériel et sous l'angle de la procédure (article 31, al. 2 et 4, Cst.). »<sup>22</sup>

- Le **Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe** recommande à la Suisse de prolonger le délai de recours ou de prévoir une représentation juridique d'office: «*Afin de s'assurer que les conditions de recours contre les décisions de NEM respectent le droit fondamental, garanti entre autres à l'article 13 de la CEDH, je recommande aux autorités suisses de prolonger le délai de recours contre les décisions de NEM ou de fournir une assistance juridique d'office aux requérants dès que ceux-ci reçoivent une notification de décision de NEM, et de leur octroyer l'aide d'un traducteur, selon les besoins.*»<sup>23</sup>
- La prolongation du délai de recours accordé dans le cadre de la procédure à l'aéroport et la réglementation annoncée de l'accès à une consultation et à une représentation juridiques sont des étapes vers une procédure d'asile conforme au droit international et à la Constitution. Il y a néanmoins lieu de douter que les brefs délais de recours répondent aux exigences de la CEDH. La question de savoir si sont réunies les conditions nécessaires à la garantie du droit à un recours effectif prévu à l'art. 13 CEDH et aux art. 29a et 29 Cst. dépend de la forme concrète de l'accès à une représentation juridique.

## 5 Détention préparatoire (art. 13a LSEE, art. 75 LEtr)

- La détention en cas de non observation «d'autres prescriptions dans le cadre de la procédure d'asile» n'est pas couverte d'office par la CEDH.
- La détention pendant le traitement d'une demande d'asile non abusive paraît disproportionnée et donc non conforme à la Constitution ou au droit international.

A l'avenir, la détention préparatoire doit aussi être possible quand les requérants d'asile «n'observent pas d'autres prescriptions des autorités». Les requérants d'asile peuvent être mis en détention préparatoire, s'ils séjournent clandestinement en Suisse et déposent une demande d'asile dans le seul but d'empêcher leur renvoi. On présume qu'une demande d'asile poursuit un tel but quand il aurait été possible et exigible de la présenter plus tôt et qu'elle a été déposée en lien étroit avec une peine ou une décision de renvoi.

- Le nouveau motif de détention que constitue la non-observation d'autres instructions des autorités dans le domaine de l'asile est problématique dans la mesure où la détention ne sert pas à assurer l'exécution et ne tend donc pas à un objectif autorisé par la CEDH, mais revêt plutôt le caractère d'une sanction.
- A l'avenir, la détention préparatoire sera autorisée, en cas de non-entrée en matière pour dépôt tardif et abusif d'une demande d'asile. Contrairement à ce motif de non-entrée en matière, le nouveau motif de détention ne tient toutefois pas compte des raisons justifiant un traitement matériel: en effet, une décision de non-entrée en matière ne peut pas être prise en présence d'indices de per-

<sup>22</sup> A.a.O., FN 14, S. 10.

<sup>23</sup> A.a.O., FN 5, S. 19.

sécution et les demandes d'asile doivent alors faire l'objet d'un examen matériel. Le Prof. Walter Kälin observe à ce propos: « *en cas de demande d'asile non abusive devant faire l'objet d'un examen matériel et ayant au moins une chance d'aboutir, la détention préparatoire ne sert pas l'intérêt légitime de combattre les abus. Elle est donc **disproportionnée** et non exigible puisqu'elle ne répond à aucune nécessité* ». <sup>24</sup>

- Le Prof. Jörg Paul Müller fait observer que, « *sur le plan de la procédure pénale, il est inadmissible de travailler avec des 'présomptions' au détriment de l'individu. Or, c'est ce que prévoit par exemple l'article 13a let. f du projet de révision de la LSEE.* » <sup>25</sup>

## 6 Détention en vue de l'expulsion (art. 13b al. 1 let. e, art. 13i LSEE, art. 76 ch. 5, art. 77 LEtr)

- La détention en cas de notification d'une décision de non-entrée en matière au centre d'enregistrement pose problème sous l'angle de la CEDH si elle ne sert pas exclusivement à assurer l'exécution du renvoi.
- La détention pendant que les autorités établissent des documents de voyage peut revêtir le caractère d'une sanction au lieu de servir à l'exécution du renvoi. Dans ce cas, elle n'est pas conforme à la CEDH.

L'ODM peut désormais ordonner jusqu'à 20 jours de détention en vue de l'expulsion si une décision de non-entrée en matière est notifiée dans un centre d'enregistrement et que l'exécution du renvoi est prévisible. Jusqu'à 60 jours de détention sont autorisés si les autorités ont dû se procurer elles-mêmes les documents de voyage.

- D'après le Prof. Walter Kälin, la détention en cas de décisions de non-entrée en matière est admissible « *si, dans le cas particulier, des indices que l'intéressé va se soustraire à l'exécution du renvoi et plonger dans la clandestinité découlent du comportement à l'origine de la décision de non-entrée en matière. On peut généralement présumer que c'est le cas quand il y a véritablement tromperie sur l'identité et non-observation grossière de l'obligation de collaborer. Il y a toutefois lieu de douter que l'on puisse vraiment conclure automatiquement à un risque de disparition dans la clandestinité à chaque décision de non-entrée en matière. Ce raccourci est hautement problématique.* » <sup>26</sup> Cette appréciation concernait certes la notification de décisions de non-entrée en matière telle qu'introduite en tant que motif général de détention avec le programme d'allègement 2003. Mais l'argumentation pourrait aussi s'appliquer au nouveau motif de détention qu'est la notification de décisions de non-entrée en matière au centre d'enregistrement. Il faut en outre tenir compte du fait que le refus d'une autorisation de sortir constitue une mesure justement praticable au centre d'enregistrement qui est plus modérée que la mise en détention.

<sup>24</sup> Prof. Walter Kälin, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der geplanten Revision des Asylgesetzes, ASYL 2001/Nr. 4, S. 15.

<sup>25</sup> A. a. O., FN 14, S. 10.

<sup>26</sup> Prof. Walter Kälin, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der geplanten Revision des Asylgesetzes, ASYL 2001/Nr. 4, S. 15.

- D'après le Prof. Walter Kälin, la détention pendant que les autorités se procurent des papiers ne se justifie «*qu'en présence d'un véritable refus de la personne, pouvant être considéré comme un indice de non-coopération à l'expulsion.*»

## 7 «Détention pour insoumission» (contrainte par corps)

(art. 13g LSEE; art. 78 LETr)

- La nouvelle détention soulève des interrogations sur sa compatibilité avec la Constitution, la CEDH et la Convention relative aux droits de l'enfant.
- Les nouvelles formes de détention contredisent la tendance actuelle au sein de l'Union européenne.

Si l'impossibilité d'exécuter le renvoi est due au manque de coopération de l'étranger en cause et que la détention en vue de l'expulsion ou un autre moyen plus modéré ne sont pas admis, une détention pour insoumission pouvant aller jusqu'à 18 mois pour les adultes et jusqu'à neuf mois pour les jeunes de 15 à 18 ans peut être ordonnée.

- Suivant sa durée, la détention pour insoumission pourrait violer le **principe de proportionnalité de la Constitution et de la CEDH**.<sup>27</sup> La CEDH autorise certes la privation de liberté pour forcer la personne à remplir une obligation légale (art. 5, al. 1, let. b CEDH). Mais à ce jour, la Cour européenne des droits de l'homme n'a eu à juger que des incarcérations de courte durée. Le Conseil fédéral avait rejeté l'introduction de cette forme de détention.
- La **Convention relative aux droits de l'enfant** autorise la privation de liberté en dernier ressort et pour une durée aussi brève que possible (art. 37 let. b). La question de la proportionnalité de la durée de la privation de liberté se pose donc tout particulièrement chez les mineurs. La Convention relative aux droits de l'enfant réclame en outre une séparation entre adolescents et adultes en détention (art. 37 let. c). La Suisse ayant émis une réserve à ce propos, la séparation n'est pas garantie.
- Le Prof. Jörg Paul Müller est d'avis que «*toute forme de contrainte par corps confine dangereusement à la torture.*»<sup>28</sup>
- Le **projet de directive de l'Union européenne** prévoit comme mesure la plus stricte une garde à vue de six mois au maximum, si les moyens plus modérés tels que l'obligation de signer ont tous échoué.
- La frontière entre la détention prolongée en vue du refoulement et la détention pour insoumission n'est pas claire.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> cf. Prof. Walter Kälin im Beobachter 2005/Nr. 5.

<sup>28</sup> op. cit., FN 14, S. 10.

<sup>29</sup> Anwendung und Wirkung der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates auf der Grundlage einer Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle vom 24. August 2005, <http://www.parlament.ch/ed-pa-gpk-auslaenderrecht.pdf>.

## 8 Durée de la détention (art. 13h LSEE; art. 79 LEtr)

- La nouvelle durée maximale de la détention pose le problème de la proportionnalité de l'atteinte à la liberté personnelle, qui est garantie par la Constitution.

Une détention d'une durée maximale de 24 mois (détention préparatoire, détention en vue du refoulement et détention pour insoumission) est autorisée pour les adultes. Pour les jeunes entre 15 et 18 ans, la durée maximale de détention est de 12 mois.

Selon la durée ordonnée, la détention pourrait violer le **principe de proportionnalité ancré dans la Constitution**.

## 9 Rétenion de courte durée (art. 3 LSEE; art. 73 LEtr)

- La rétenion de courte durée soulève des problèmes de compatibilité avec la CEDH et la Constitution.

Les autorités fédérales ou cantonales peuvent retenir une personne étrangère jusqu'à trois jours pour notifier une disposition relative au permis de séjour ou pour établir son identité ou sa nationalité. La légitimité de cette forme de détention ne peut être contrôlée qu'après coup, sur demande expresse.

- La rétenion de courte durée a été discutée par un groupe d'experts en lien avec le projet de loi sur l'usage de la contrainte. Elle a finalement été intégrée à la révision de la loi sur l'asile. Sa conformité avec la CEDH et la Constitution est controversée: *«Le groupe d'experts s'est aussi interrogé sur la conformité d'une rétenion de trois jours avec notamment, l'article 31 alinéa 4 de la Constitution fédérale et l'article 5 chiffre 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Dans leur majorité, les experts sont parvenus à la conclusion que, compte tenu de l'objectif relativement précis qui est poursuivi (c'est à dire l'établissement de l'identité), la prolongation, dans une loi formelle, de la rétenion à trois jours au maximum n'est contraire ni à la Constitution suisse ni à la CEDH. Par ailleurs, le groupe d'experts a d'emblée renoncé à inscrire expressément dans la loi une voie de recours. De fait, l'autorité judiciaire ne serait guère en mesure de rendre une décision susceptible de produire l'effet escompté, car, d'une part, elle ne disposerait que d'un court délai (trois jours au maximum), d'autre part, le juge verrait sa marge d'appréciation considérablement réduite si la rétenion n'était ordonnée que pour l'un des motifs prévus dans la loi (établissement de l'identité). Néanmoins, les membres du groupe n'ignorent pas que la privation de la liberté pour une courte durée est un sujet délicat, qui appelle un débat plus approfondi. Dans le cadre de l'examen ultérieur du projet, il s'agit en particulier d'examiner d'encore plus près les questions soulevées, en les considérant dans une optique plus large.»*<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Introduction de la rétenion de courte durée, proposition no 11 du Conseil fédéral du 25 août 2004 à la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats.  
[http://www.bfm.admin.ch/fileadmin/user\\_upload/Themen\\_deutsch/Rechtsgrundlagen/laufede\\_Revisionen/Teilrevision\\_Asvlgesetz/Einfuehrung\\_kurzfristigen\\_Festhaltung.pdf](http://www.bfm.admin.ch/fileadmin/user_upload/Themen_deutsch/Rechtsgrundlagen/laufede_Revisionen/Teilrevision_Asvlgesetz/Einfuehrung_kurzfristigen_Festhaltung.pdf)

## 10 Fouille de requérants d'asile dans des logements privés (art. 9 LAsi)

- La fouille de requérants d'asile dans des logements privés sans autorisation judiciaire est problématique sous l'angle de la Constitution et de la CEDH. Elle risque d'entraîner des atteintes injustifiées et disproportionnées au droit fondamental du respect du domicile et de la sphère privée; il est douteux qu'elle respecte le principe de l'égalité de traitement et peut donner lieu à des violations de l'art. 3 CEDH et de l'art. 7 Cst., qui s'opposent à tout traitement humiliant.

L'autorité compétente peut fouiller sans mandat de perquisition un requérant hébergé dans un logement privé pour rechercher des documents de voyage, des pièces d'identité ou des objets dangereux, des drogues ou des valeurs patrimoniales de provenance douteuse.

- La fouille corporelle de requérants d'asile représente une atteinte à la personnalité de l'intéressé. La formulation ouverte des motifs de la fouille peut provoquer des atteintes disproportionnées et un traitement humiliant tel qu'interdit par l'article 3 CEDH ou par l'article 7 Cst..
- L'inégalité de traitement des requérants d'asile par rapport à d'autres personnes ne se justifie pas objectivement et est donc problématique en regard de l'interdiction de la discrimination. L'effacement des limites de l'Etat de droit est aussi délicat: les fouilles pour rechercher des drogues ou des valeurs patrimoniales de provenance douteuse relèvent en principe de la compétence des autorités pénales et doivent se dérouler selon les règles de la procédure pénale.
- La fouille de requérants d'asile dans des logements privés peut aussi constituer une atteinte injustifiée ou disproportionnée au droit du respect de la propriété et de la sphère privée ancrés à l'art. 13, al. 1, Cst. ou à l'art. 8 ch. 1 CEDH. Cette clause concerne directement les requérants d'asile, mais touche aussi indirectement les Suisses ou d'autres personnes étrangères qui hébergent des requérants d'asile.
- Pas plus la Cst. que la CEDH ne réclament expressément l'autorisation d'une autorité judiciaire pour les perquisitions de domicile; mais: *«Au vu de la gravité de l'atteinte au domaine de protection de l'art. 8 [CEDH] qui aboutit à une perquisition de domicile, de nombreux arguments plaident, du point de vue de la proportionnalité, pour qu'il soit en tout cas réclamé par principe un mandat de perquisition judiciaire.»*<sup>31</sup> et: *«La principale cautèle [garantie] que le droit fondamental déploie contre les perquisitions de domicile illégitimes est l'approbation préalable du juge.»*<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, Kehl, Strassburg, Arlington, S360.

<sup>32</sup> Prof. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 127.

## 11 Données biométriques (art. 8 al. 1 let. e LAsi)

- L'habilitation générale à saisir les données biométriques est contraire à la Constitution. Plusieurs questions juridiques ne sont pas clarifiées du point de vue de la protection des données. Des atteintes disproportionnées aux droits fondamentaux sont à craindre en lien avec l'obligation de collaborer.

Les requérants d'asile sont tenus de collaborer à la saisie des données biométriques. Les autorités compétentes peuvent traiter ces données. La violation de l'obligation de collaborer a de nombreuses conséquences telles que la non-entrée en matière sur une demande d'asile, la détention préparatoire et la détention en vue de l'expulsion.

- D'après le Prof. Jörg Paul Müller, *la protection des données à laquelle tout être humain a droit n'est pas suffisante dans le présent projet. Une habilitation générale à saisir (et à enregistrer) des données biométriques, telle qu'elle est prévue à plusieurs reprises dans le projet maintenant disponible, ne résiste pas face à la Constitution.*<sup>33</sup>

## 12 Procédure cantonale pour les cas de rigueur

(art. 14 LAsi)

- La non-obligation d'examiner les cas de rigueur entraîne des décisions arbitraires et des inégalités de traitement. La réglementation est problématique à l'égard du respect de la Constitution.

A l'avenir, les cantons seront libres de décider de l'attribution d'un permis de séjour à l'année à des requérants d'asile ayant séjourné cinq ans en Suisse. Les cantons ne seront tenus d'examiner de manière approfondie la situation des requérants que si ceux-ci sont déjà titulaires d'une admission provisoire et séjournent en Suisse depuis cinq ans.

- Déjà sous l'ancienne loi sur l'asile, les cantons étaient responsables de l'examen des cas de rigueur, ce qui, d'après le **Conseil fédéral**, conduisait à des inégalités de traitement: «*La réglementation actuelle entraînait aussi une inégalité de traitement, dans la mesure où certains cantons sont plus enclins que d'autres à accorder des autorisations de séjour humanitaires sur la base de cette disposition, à condition de ne plus devoir respecter le plafond imposé par l'article 13, lettre f, OLE.*»<sup>34</sup> La révision en cours réintroduit cette erreur qui avait été corrigée lors de la révision précédente.
- La non-obligation d'examiner les cas de rigueur et l'impossibilité dans laquelle se trouve l'instance judiciaire d'effectuer un contrôle peuvent entraîner des décisions arbitraires. La **protection contre l'arbitraire inscrite à l'art. 9 Cst.** n'est donc plus assurée.

<sup>33</sup> A.a.O., FN 14, S. 10.

<sup>34</sup> Message du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 sur la révision de la Loi sur l'asile, 95.088; p. 63.

## 13 Choix restreint du fournisseur de prestations médicales (art. 82 LAMal)

- Pour être conforme à la Constitution, la restriction du choix du fournisseur de prestations nécessite des conditions-cadres claires.

A l'avenir, les cantons se verront accorder la compétence de restreindre le choix de l'assureur et du fournisseur de prestations pour les requérants d'asile, les personnes à protéger sans permis de séjour et les titulaires d'une admission provisoire. Cette possibilité est déjà existante sur la base d'une ordonnance.

- Le juriste Pascal Coullery relève à ce propos que « *la restriction du libre choix du fournisseur de prestations représente une atteinte au droit fondamental de la liberté personnelle qui s'applique aussi aux personnes du domaine de l'asile. Cette atteinte n'est conforme à la Constitution que si elle a pour but de maintenir ou de promouvoir la santé individuelle et collective, ce qui présuppose que l'accès à des prestations médicales de qualité adéquate soit garanti.*»<sup>35</sup> Les conditions-cadres pour une mise en oeuvre conforme à la Constitution devraient notamment être prévues au niveau de l'ordonnance (par exemple: prise en considération de spécialistes habitués à soigner des gens du domaine de la migration, compréhension linguistique, etc.).

\*\*\*\*\*

Jürg Schertenleib, responsable du Service juridique de l'OSAR / 10 janvier 2006

<sup>35</sup> Dr. iur. Pascal Coullery, Asyl und Krankenversicherung: Die Einschränkung der Wahl des Leistungserbringers aus grundrechtlicher Sicht, ASYL 2003/Nr. 3, S. 6 ff.