



# Révision partielle de la loi sur l'asile

## Aperçu commenté

Jürg Schertenleib

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

Berne, le 12 janvier 2006



MEMBER OF THE EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES

## **Impressum**

**ÉDITEUR**

 Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR)  
Case postale 8154, 3001 Berne  
Tél. 031 / 370 75 75  
Fax 031 / 370 75 00  
e-mail: [INFO@osar.ch](mailto:INFO@osar.ch)  
Internet: [www.osar.ch](http://www.osar.ch)

Compte postal: 30-1085-7

**AUTEUR**

Jürg Schertenleib, chef du service juridique de l'OSAR

**TRADUCTION FRANÇAISE**

Sylvain Bauhofer

**VERSIONS**

allemand, français

**PRIX**

Gratuit

**COPYRIGHT**

© 2006  Organisation suisse d'aide aux réfugiés, Berne  
Copie et reproduction autorisées, sous réserve de mention de la source.

## Table des matières

Résumé .....	1
<b>1 Introduction .....</b>	<b>5</b>
<b>2 Accès à la procédure d'asile .....</b>	<b>5</b>
2.1 Non-entrée en matière en cas d'absence de papiers (art. 32 al. 2 let. a LAsi) .....	5
2.1.1 Qualité des documents .....	6
2.1.2 Protection des personnes persécutées .....	6
2.2 Règle de l'Etat tiers (art. 6a et art. 34 LAsi) .....	8
2.3 Emoluments pour demandes de réexamen ou deuxièmes demandes (art. 17b LAsi).....	9
<b>3 Procédure.....</b>	<b>9</b>
3.1 Nouvelle procédure de recours (art. 111 et 111a LAsi).....	9
3.2 Communication de données personnelles à l'Etat de provenance (art. 97 LAsi).....	9
3.3 Nouvelle procédure à l'aéroport (art. 22, 23, 108, 109 et 111 LAsi) .....	10
3.4 Saisie des données biométriques (art. 8 al. 1 let. e et 98b LAsi).....	10
3.5 Accès aux consultations juridiques (art. 17 al. 4 LAsi).....	11
3.6 Expertise visant à déterminer l'âge (art. 26 al. 2bis LAsi).....	11
3.7 Auditions menées par la Confédération (art. 29 LAsi).....	11
<b>4 Questions de statut.....</b>	<b>12</b>
4.1 Reconnaissance des persécutions non étatiques .....	12
4.2 Admission provisoire au lieu de l'admission humanitaire (art. 14a, 14b, 14c LSEE; art. 83 à 88 LEtr) .....	12
4.2.1 Critères d'admission provisoire .....	12
4.2.2 Statut juridique des personnes admises à titre provisoire .....	13
4.3 Examen des cas de rigueur par les cantons (art. 14 LAsi) .....	14
4.4 Procédure en cas d'apatridie (art. 6a LSEE; art. 31 LEtr) .....	15
<b>5 Conditions de séjour .....</b>	<b>15</b>
5.1 Fouilles dans des logements privés (art. 9 al. 1 LAsi) .....	15
5.2 Taxe spéciale en lieu et place des sûretés (art. 86 LAsi, art. 14c, al. 6 LSEE, art. 88 LEtr).....	15
5.3 Interdiction de travailler pour certains groupes (art. 43 al. 3 bis LAsi)...	16
5.4 Soins médicaux (art. 82a LAMal) .....	16
<b>6 Aide sociale et aide d'urgence .....</b>	<b>17</b>
6.1 Extension de l'exclusion de l'aide sociale (art. 82 al. 1 et 83a LAsi) .....	17
6.2 Aide d'urgence (art. 82 et 83a LAsi) .....	18
6.3 Forfaits globaux d'aide sociale (art. 88, 89, 91 et 92 LAsi; 14c al. 5 LSEE; art. 87 LEtr).....	18
<b>7 Mesures de contrainte .....</b>	<b>19</b>
7.1 Nouveaux motifs de détention .....	19
7.1.1 Détention en phase préparatoire (art. 13a LSEE; art. 75 LEtr) ..	19

7.1.2	Détention en vue du refoulement (art. 13b LSEE, art. 76 LEtr; art. 13f LSEE et art. 77 LEtr) .....	20
7.1.3	Détention pour insoumission (art. 13g LSEE; art. 78 LEtr) .....	21
7.2	Durée de détention (art. 13h LSEE; art. 79 LEtr) .....	21
7.3	Ordre de détention et examen (art. 13c et 13g, LSEE; art. 80 LEtr) .....	22
7.4	Rétention de courte durée (art. 3a LSEE; art. 73 LEtr) .....	22
7.5	Assignment à un lieu de résidence ou interdiction de pénétrer dans une région déterminée (art. 13e al. 1 LSEE; art. 74 LEtr) .....	23
<b>8</b>	<b>Mandats et compétences de la Confédération .....</b>	<b>23</b>
8.1	Coopération avec des Etats tiers et des organisations internationales (art. 41 al. 3 LAsi) .....	23
8.2	Prévention de la migration (art. 93 LAsi) .....	24
8.3	Partenariats dans le domaine des migrations (art. 25b LSEE; art. 100 LEtr) .....	24
	<b>ANNEXE: documentation, liste de liens .....</b>	<b>25</b>
	Textes de loi .....	25
	Autres documents .....	25

## Résumé

Le 16 décembre 2005, le Parlement a voté une série de modifications légales:

- La loi sur l'asile (LAsi) fait l'objet d'une révision partielle. Des modifications de la LSEE (qui devient la loi sur les étrangers) sont effectuées au passage. En outre, la révision de la LAsi entraîne des modifications de la loi sur l'assurance-maladie (LAMal) et de la LAVS.
- La LSEE subit une révision complète. Elle est remplacée par la nouvelle loi sur les étrangers (LEtr).

Points essentiels de la révision de la LAsi:

- **Le motif de non-entrée en matière que constitue l'absence de papiers sera durci.** Ainsi un permis de conduire ou un acte de naissance ne suffira plus pour entrer en matière, il faudra désormais un passeport ou une carte d'identité. Il n'y aura en outre plus d'entrée en matière lorsqu'il existe des «indices de persécution», mais uniquement si la qualité de réfugié est rendue vraisemblable ou démontrée, ou si les autorités jugent nécessaire, sur la base de l'audition, d'introduire d'autres mesures d'instruction.

→ *De l'avis des experts, la disposition viole la Convention sur le statut des réfugiés. En effet, les personnes persécutées ne possèdent bien souvent aucun document de voyage. Elles doivent donc s'attendre à une décision de non-entrée en matière au lieu d'obtenir l'asile.*

- Afin d'organiser le départ, les autorités suisses pourront à l'avenir prendre **contact avec les autorités du pays d'origine** dès qu'une décision négative a été rendue en première instance.

→ *A ce moment, la décision n'est pas encore définitive. Or la qualité de réfugié n'est souvent reconnue qu'après un recours. Les proches d'un réfugié qui restent au pays sont ainsi exposés à des rétorsions. En effet, quand un Etat persécuteur est informé de la fuite de sa victime à l'étranger, il s'en prend souvent à sa famille.*

- **Extension de l'exclusion de l'aide sociale:** jusqu'ici les personnes frappées d'une décision exécutoire de non-entrée en matière étaient exclues de l'aide sociale. A l'avenir, tous les requérants d'asile déboutés pourront être jetés à la rue. Aucune exception n'est prévue pour les personnes particulièrement vulnérables (familles avec enfants en bas âge, femmes enceintes, mineurs non accompagnés, personnes malades ou âgées). L'exclusion s'applique aussi rétroactivement aux requérants ayant déposé une demande d'asile ou ayant été déboutés sous l'empire de l'ancien droit. L'exclusion de l'aide sociale concerne même les personnes séjournant légalement en Suisse dans le cadre d'une procédure ouverte par une voie de droit extraordinaire.

→ *Cette mesure précipite de nombreuses personnes dans la misère, la dépendance de l'aide d'urgence et l'illégalité. Le nombre des sans-papiers va augmenter. Les personnes vulnérables risquent d'être victimes de violations de leurs droits fondamentaux. Villes et cantons paieront la facture de cette politique d'asile ratée.*

- Les requérants d'asile pourront faire l'objet de **fouilles** même dans un logement privé, cela sans qu'un mandat de perquisition ait été délivré par un juge. Les fouilles pourront viser non seulement les documents d'identité, mais aussi les valeurs patrimoniales et la présence de drogues.  
→ *Un soupçon généralisé pèsera sur les requérants d'asile. La protection du logement privé, inscrite dans la Constitution, sera abolie puisque les garanties aménagées par le droit pénal ne vaudront plus pour les requérants.*
- L'**examen des cas de rigueur** (au lieu de l'exécution du renvoi, octroi exceptionnel d'un permis en cas d'intégration particulièrement réussie) sera désormais du ressort des cantons. Un cas de détresse personnelle grave ne sera plus examiné d'office par les autorités. Les autorités cantonales seront tenues d'examiner de manière approfondie la situation des étrangers admis provisoirement en Suisse depuis plus de cinq ans.  
→ *La modification entraînera d'importantes inégalités de traitement entre les cantons, ce qui est très discutable sur le plan constitutionnel.*
- L'**admission humanitaire** telle que la proposait le Conseil fédéral **ne sera pas introduite**. Le statut des personnes admises provisoirement sera certes légèrement amélioré par rapport à aujourd'hui. La possibilité du regroupement familial sera prévue au plus tôt trois ans après le prononcé de l'admission provisoire. Les cantons pourront autoriser ces personnes à exercer une activité lucrative indépendamment de la situation économique.  
→ *Ces améliorations restent modestes. Les personnes fuyant les guerres ne peuvent attendre des années pour mettre en sécurité leur conjoint et leurs enfants. Quant à l'amélioration des possibilités de travailler, elle est déjà introduite par voie d'ordonnance; la modification de la loi n'est pas nécessaire à cet effet.*
- La **Commission de recours en matière d'asile (CRA) statuera dans une composition de deux juges** sur les recours manifestement fondés ou infondés. Les décisions correspondantes seront motivées de façon sommaire.  
→ *La qualité de la procédure et la sécurité du droit en pâtiront. L'Accord de Dublin étend à l'ensemble de l'Europe les effets des décisions de la CRA. Dans ce contexte, on ne saurait se contenter de décisions motivées à la va-vite.*
- La **procédure à l'aéroport** sera modifiée. La durée maximale du séjour en transit passera à 60 jours.  
→ *La durée du séjour est disproportionnée. Elle atteint au maximum 30 jours dans les pays membres de l'Union européenne.*
- La **règle de l'Etat tiers** prévoit une décision de non-entrée en matière lorsqu'un requérant d'asile a séjourné dans un Etat tiers sûr où il peut retourner.  
→ *Le concept de base correspond à l'initiative UDC sur l'asile rejetée par le peuple. La Suisse n'examinera plus que les demandes d'asile dont aucun autre Etat ne peut être rendu responsable. L'Accord de Dublin diminue toutefois la portée de la règle de l'Etat tiers.*

- La Confédération définit les modalités d'accès à des consultations juridiques dans les centres d'enregistrement et les aéroports.  
→ *Il importe que l'accès à des consultations juridiques soit non seulement réglé, mais aussi garanti car les personnes concernées voient leur liberté de mouvement restreinte, voire supprimée pendant le délai de recours, qui n'est souvent que de cinq jours. La procédure est inéquitable.*
- La Confédération indemniserà les coûts de l'aide sociale ou de l'aide d'urgence sur la base d'un nouveau système d'indemnités forfaitaires.  
→ *Les incitations financières prévues amènent les cantons à exclure de l'aide sociale les requérants déboutés. Plus les forfaits sont bas, plus les cantons restreignent leurs efforts d'encadrement et d'intégration.*
- Les requérants d'asile seront tenus de collaborer à la saisie de leurs données biométriques.  
→ *L'habilitation générale à saisir et enregistrer des données biométriques est contraire à la Constitution. Cette disposition est problématique du point de vue de la protection des données et de la personnalité.*
- En cas de doute sur l'âge indiqué, les centres d'enregistrement ordonnent des expertises visant à déterminer l'âge.  
→ *La fiabilité de telles expertises est controversée. L'âge osseux est moins important pour la procédure d'asile que la maturité psychique.*

Les mesures de contrainte inscrites dans la loi sur les étrangers seront aggravées:

- La détention pour insoumission viendra s'ajouter à la détention en phase préparatoire et à la détention en vue du refoulement. Elle pourra durer 18 mois pour les adultes et douze mois pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans.  
→ *La détention pour insoumission est problématique à l'égard des droits fondamentaux. Sa durée est disproportionnée, en particulier pour les jeunes.*
- A l'avenir, la détention en vue du refoulement pourra également être ordonnée lorsqu'une décision de non-entrée en matière est notifiée au centre d'enregistrement (durée maximale de 20 jours, notification par l'ODM, contrôle par la CRA) ou lorsque les autorités ont dû se procurer elles-mêmes les documents de voyage d'une personne (durée maximale de 60 jours).  
→ *Ces formes de détention ont en partie le caractère de sanctions. En outre, la compétence attribuée ici aux autorités d'asile – et non cantonales – est problématique.*
- La durée maximale des diverses formes de détention cumulées passera à 24 mois pour les adultes et à douze mois pour les personnes mineures.  
→ *La durée de détention est disproportionnée. Or la détention coûte cher. Vérification faite, la durée moyenne de détention est de 23 jours, tandis que d'autres mesures incitent davantage au retour.*

- L'**assignation à un lieu de résidence** ou l'**interdiction de pénétrer dans une région déterminée** pourront être ordonnées à l'égard de tous les requérants déboutés n'ayant pas respecté le délai de départ imparti.  
→ *Cette mesure entraînera des entraves inutiles à la liberté.*
- Une faculté de **rétenion** sera introduite pour notifier une décision ou établir l'identité dont la régularité ne pourra être contrôlée qu'a posteriori.  
→ *La compatibilité de cette mesure avec le respect des droits fondamentaux est controversée. En outre, comme elle pourra être ordonnée pendant le délai de recours, elle affaiblira la protection juridique des personnes visées.*

## 1 Introduction

La loi sur l'asile (LAsi) subit depuis des années des tours de vis drastiques. La révision actuelle a débuté sous l'égide de la Conseillère fédérale Metzler en 1999, sous forme de contre-projet à l'initiative sur l'asile de l'UDC. Il s'agit de la septième révision depuis la promulgation de la première loi sur l'asile en 1979.

Cette révision est essentiellement marquée par les propositions de durcissement soumises en été 2004 par le ministre de la justice Blocher. Or ces compléments n'ont fait l'objet d'aucun message du Conseil fédéral. La question de leur compatibilité avec la Constitution, le droit international public et les normes européennes est d'ailleurs controversée.<sup>1</sup>

Le Parlement a discuté les nouvelles mesures de contrainte (par exemple la détention pour insoumission) ainsi que d'autres durcissements sous le titre de la loi sur l'asile. En réalité il s'agit de modifications de la LSEE, qui figurent en annexe de la révision de la loi sur l'asile. A la fin des débats, ces modifications ont été directement intégrées dans la nouvelle loi sur les étrangers (LEtr). Autrement dit, même si la LAsi était refusée en votation populaire, les durcissements entreraient en vigueur dans le cadre de la LEtr. Cette stratégie est choquante d'un point de vue démocratique.

D'autres modifications concernent la loi sur l'assurance-maladie et la loi sur l'AVS.

Diverses organisations et des partis politiques ont saisi le référendum contre la loi sur l'asile ainsi que contre la loi sur les étrangers.<sup>2</sup> L'aperçu qui suit vise avant tout à présenter et à expliquer les principales modifications du projet de révision de la loi sur l'asile. Ces critiques et l'évaluation qui en est donnée ne prétendent donc pas à l'exhaustivité.

## 2 Accès à la procédure d'asile

### 2.1 Non-entrée en matière en cas d'absence de papiers

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

En principe il ne sera plus entré en matière sur la demande d'asile si le requérant ne remet pas ses documents de voyage ou ses pièces d'identité dans un délai de 48 heures. Le motif actuel de non-entrée en matière sera durci à plus d'un titre.

<sup>1</sup> Voir la documentation de l'OSAR du 10 janvier 2006: «La nouvelle loi sur l'asile respecte-t-elle le droit international et la Constitution?».

<sup>2</sup> L'OSAR participe au référendum contre la loi sur l'asile dans le cadre d'une vaste coalition pour une Suisse humanitaire – formée d'associations de défense des droits de l'homme, des Eglises, d'associations féminines, d'organisations de la jeunesse et de diverses ONG.

### 2.1.1 Qualité des documents

- Il suffit aujourd'hui, pour qu'il y ait entrée en matière sur une demande d'asile, de remettre des documents de voyage ou d'autres documents permettant une identification. Cette formulation avait été introduite dans la dernière révision de la LAsi suite à une expertise du professeur Walter Kälin. Le Parlement avait relevé que les exigences ne doivent pas être trop sévères et qu'un extrait d'acte de naissance, un permis de conduire ou des documents militaires font l'affaire.
- A l'avenir des documents de voyage ou des pièces d'identité seront exigés. Autrement dit, pour avoir libre accès à la procédure d'asile il faudra déposer des papiers permettant un refoulement.

### 2.1.2 Protection des personnes persécutées

- Aujourd'hui, les demandes d'asile des sans-papiers font l'objet d'un examen matériel dès le moment où *il existe des indices de persécution qui ne sont pas manifestement infondés*. Un examen est effectué à titre préalable pour savoir s'il existe des indices de persécution qui ne sont pas reconnaissables à première vue comme invraisemblables. Il y a non-entrée en matière seulement si les demandes sont manifestement infondées.
- Selon la nouvelle loi, il ne sera entré en matière sur une demande que si la qualité de réfugié peut être démontrée ou rendue vraisemblable. Seules auront accès à la procédure matérielle d'asile les personnes dont la qualité de réfugié aura été reconnue aussitôt après le premier bref interrogatoire. Les autorités examineront également la demande sur le plan matériel si «l'audition fait apparaître la nécessité d'introduire d'autres mesures d'instruction».

### Commentaire

- Le durcissement de la disposition relative aux sans-papiers entravera l'accès à l'examen de la demande d'asile de quiconque ne peut être refoulé grâce aux documents de voyage présentés. Car le critère d'examen d'une demande d'asile sera la «possibilité de refoulement» et non le besoin de protection!
- Comme dans le passé, les papiers devront être présentés 48 heures après le dépôt de la demande. Le délai est en tout cas trop court pour se procurer des documents du pays d'origine. Même des Suisses ne parviendraient pas à se faire envoyer des papiers dans un délai aussi court. En outre, les requérants ont l'interdiction de prendre contact avec les autorités de leur pays d'origine pendant la procédure d'asile. Ils n'obtiendront plus l'asile s'ils remettent leurs documents plus tard seulement, ou s'ils ne parviennent à rendre vraisemblable leur persécution qu'au stade du recours.
- La LAsi laisse entendre que quiconque ne remet pas des documents de voyage ou d'identité, ou ne parvient pas à en justifier l'absence de façon vraisemblable dans les 48 heures, n'a pas la qualité de réfugié. **Or les personnes persécutées sont bien souvent dépourvues de papiers:** *«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.»* (message du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 concernant la révision totale de la loi sur l'asile, 95.088, p. 30).



## 2.2 Règle de l'Etat tiers (art. 6a et art. 34 LAsi)

Le Conseil fédéral devra établir à l'avenir une liste des Etats tiers sûrs. Si les requérants d'asile ont séjourné dans un tel pays avant de déposer leur demande en Suisse et auraient la possibilité d'y retourner, il ne sera pas entré en matière sur leur demande. Celle-ci ne sera examinée par la Suisse que si des personnes avec lesquelles le requérant entretient des liens étroits ou de proches parents vivent déjà en Suisse, s'il a manifestement la qualité de réfugié ou si des indices montrent que l'Etat tiers n'est pas sûr. En outre, indépendamment de cette liste, le principe de la sécurité de l'Etat tiers permettra au Conseil fédéral de ne pas entrer en matière sur un cas de demande d'asile dès le moment où il existe une protection effective contre le refoulement. En pareil cas, les autorités ont le devoir de prouver que la sécurité des personnes en question n'est pas menacée.

### Commentaire

Le concept de base de l'Etat tiers vise le même but que l'initiative UDC sur l'asile. Les requérants devront s'attendre à une décision de non-entrée en matière s'ils ont séjourné dans un tel pays au cours de leur exil. Et comme l'asile en Suisse par voie terrestre amène inévitablement à traverser un Etat tiers sûr, presque tous les requérants d'asile sont potentiellement concernés.

Ainsi la Suisse déclare qu'au fond elle n'a pas la compétence pour l'examen des demandes d'asile. A la différence de l'initiative rejetée, quelques exceptions à ce principe sont toutefois prévues:

- La règle de la non-entrée en matière sur la demande d'asile ne vaut que si les Etats tiers concernés acceptent de reprendre les personnes.
- L'accès à la procédure est garanti si des personnes avec lesquelles le requérant entretient des liens étroits ou de proches parents vivent déjà en Suisse.
- Si les requérants d'asile ont manifestement la qualité de réfugié, ils auront également accès à la procédure d'asile. Or ce n'est le cas dans la pratique que pour les réfugiés déjà reconnus sur le plan international. Dans les cas usuels, la procédure d'asile est nécessaire pour vérifier l'existence d'une persécution.

Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2004, la Suisse reconnaît déjà unilatéralement les décisions rendues par les Etats membres de l'UE et de l'EEE. Concrètement, les requérants ayant fait l'objet d'une décision négative dans l'un de ces Etats doivent s'attendre à une décision négative en Suisse. Il n'est prévu d'exception qu'au cas où des événements ayant un impact sur la qualité de réfugié se seraient produits entre-temps.

La Suisse accédera aux Accords de Schengen et Dublin. Par conséquent, la collaboration avec les Etats membres sera régie par l'Accord de Dublin sur les pays de premier asile. Quant aux autres Etats tiers, il incombe à la Suisse de reprendre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

### **2.3 Emoluments pour demandes de réexamen ou deuxièmes demandes** (art. 17b LAsi)

Les demandes de réexamen seront dorénavant soumises à la perception d'un émolument. Une dispense peut entrer en ligne de compte si la demande n'apparaît pas d'emblée vouée à l'échec et si la personne qui l'a déposée est indigente, ou lorsqu'il s'agit de mineurs non accompagnés. Un émolument est également dû si le requérant n'est pas retourné entre-temps dans son Etat de provenance.

#### **Commentaire**

Il deviendra encore plus difficile de faire examiner sa demande. Aujourd'hui déjà, le dépôt d'une demande de réexamen n'est possible qu'à titre exceptionnel, notamment si la situation du pays d'origine a radicalement changé ou si de nouveaux moyens de preuve ont été réunis. Dans de tels cas, le dépôt d'une demande de réexamen est l'unique possibilité de corriger les décisions rendues. Or au lieu de procéder d'office à de telles corrections, les autorités exigent souvent d'office le dépôt de demandes de réexamen. C'est ainsi qu'à l'heure actuelle, des requérants irakiens déboutés ne peuvent bénéficier de l'admission provisoire qu'après le dépôt d'une demande en réexamen. Les autorités subiront des hausses de coûts par rapport à aujourd'hui, parce qu'elles devront évaluer d'avance les perspectives de succès d'une demande. La procédure sera de ce fait plus longue et plus compliquée.

## **3 Procédure**

### **3.1 Nouvelle procédure de recours** (art. 111 et 111a LAsi)

Les recours manifestement fondés ou infondés ne seront plus examinés que dans une composition de deux juges. Les décisions correspondantes seront motivées de façon sommaire.

#### **Commentaire**

La procédure de recours régressera sur les plans de la qualité et de la sécurité. L'Accord de Dublin étend à l'ensemble de l'Europe les effets des décisions de la Commission suisse de recours en matière d'asile. Dans ces conditions, la qualité est primordiale. Les décisions devront dans tous les cas être dûment motivées et compréhensibles, pour permettre à la pratique juridique de se développer.

### **3.2 Communication de données personnelles à l'Etat de provenance** (art. 97 LAsi)

Les autorités suisse pourront à l'avenir prendre contact avec le pays de provenance des requérants dès qu'une décision a été rendue en première instance afin d'organiser l'exécution du renvoi. Or à ce moment la procédure n'est pas encore achevée, et l'on a donc pas encore définitivement établi si les personnes concernées sont persécutées ou non. L'art. 97 al. 1 LAsi stipule pourtant qu'il est interdit

de communiquer les données personnelles lorsque cette communication mettrait en danger l'intéressé ou ses proches.

### Commentaire

Cette disposition met en péril les proches de réfugiés restés au pays et aboutira à de nouvelles persécutions, comme le relevait à juste titre le Conseil fédéral: «*En déposant une demande d'asile, le requérant cherche la protection de la Suisse contre 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 des motifs objectifs intervenant après la fuite du pays pourraient apparaître, entraînant l'admission provisoire de la personne concernée.*» (message du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 concernant la révision totale de la LAsi, 95.088, p. 99). Si l'office rejette une demande d'asile, il part de l'idée que la communication de données n'est pas un facteur de danger. Or près d'une personne sur trois reconnue comme réfugié obtient ce statut sur recours.

### **3.3 Nouvelle procédure à l'aéroport**

(art. 22, 23, 108, 109 et 111 LAsi)

La procédure à l'aéroport durera désormais 60 jours au lieu de 23, et le délai de recours sera de cinq jours ouvrables. Les auditions avec des représentants des œuvres d'entraide auront désormais lieu lors de la procédure à l'aéroport.

### Commentaire

L'amélioration de la procédure à l'aéroport mérite d'être saluée. En revanche, le système actuel du renvoi préventif dans un Etat tiers est incohérent et aurait besoin d'être révisé. Ainsi le séjour en transit, dont la durée peut être de 60 jours, est trop long. Les directives minimales de l'UE admettent un séjour de 30 jours au maximum à l'aéroport. Comme les personnes concernées ne peuvent quitter la zone de transit, l'accès à des consultations juridiques est particulièrement important, d'autant plus qu'à l'avenir les décisions matérielles se prendront toujours plus dans le cadre d'une procédure rapide comportant des délais de recours de cinq jours ouvrables seulement. Or la nouvelle loi se contente de régler la protection juridique, sans la garantir. Le recours aux représentants des œuvres d'entraide aura sans doute un impact positif sur la qualité de l'audition. Ceux-ci ne sauraient toutefois remplacer les consultations juridiques. Car en vertu de la loi, les représentants des œuvres d'entraide n'ont pas les droits reconnus à la partie.

### **3.4 Saisie des données biométriques** (art. 8 al. 1 let. e et 98b LAsi)

Le devoir de collaboration des requérants d'asile s'étendra désormais à la saisie des données biométriques. Tout refus de collaborer aura des conséquences graves (non-entrée en matière, détention en phase préparatoire, détention en vue du refoulement, etc.). Or la saisie des données biométriques est controversée, pour des rai-

sons liées à la protection de la personnalité et des données. Son usage n'a d'ailleurs pas été généralisé dans la législation suisse. En effet, la Constitution ne confère pas l'autorisation générale de saisir (et d'enregistrer) les données biométriques.<sup>3</sup>

### **3.5 Accès aux consultations juridiques**

(art. 17 al. 4 LAsi)

Il incombera à la Confédération de définir l'accès à un conseiller juridique ou à un représentant légal dans les centres d'enregistrement et aux aéroports.

#### **Commentaire**

On ignore encore à quoi une telle réglementation ressemblerait. Le Parlement a rejeté une proposition visant à *garantir* l'accès à un représentant légal. Il n'est pas prévu non plus d'assurer le financement des consultations juridiques, qui dépend aujourd'hui des dons. Compte tenu des diverses mesures privatives de liberté et limitatrices qui s'appliquent pendant les délais de recours actuels, ainsi que de la brièveté desdits délais, la protection juridique n'est pas réglée aujourd'hui de façon satisfaisante. En effet, les requérants peuvent souvent être mis en détention pendant les cinq jours que dure le délai de recours. Or il ne leur est généralement pas possible, faute des connaissances juridiques et linguistiques nécessaires, de déposer un recours juridiquement valable dans une langue officielle dans le délai prévu de cinq jours ouvrables.

### **3.6 Expertise visant à déterminer l'âge** (art. 26 al. 2bis LAsi)

Si des indices laissent supposer qu'un étranger prétendu mineur a atteint l'âge de la majorité, le centre d'enregistrement ordonne une expertise visant à déterminer son âge. Les centres d'enregistrement sont compétents dans tous les cas relevant du droit des étrangers ou du droit pénal.

#### **Commentaire**

La fiabilité de telles expertises suscite des doutes et passe pour limitée. En cas de doute, il serait bon de partir du principe que la personne est mineure. La maturité psychique est beaucoup plus importante que l'âge osseux pour la procédure d'asile.

### **3.7 Auditions menées par la Confédération** (art. 29 LAsi)

Les auditions de requérants seront généralement menées à l'avenir par l'Office fédéral des migrations. Les cantons n'en seront plus chargés qu'à titre exceptionnel, lorsque cette mesure permet d'accélérer sensiblement la procédure.

---

<sup>3</sup> Dr. iur. Prof. em. Jörg Paul Müller, Gutachten über die Einschränkung der Nothilfe, ASYL 2005/2+3 p. 10.

### Commentaire

Cette proposition mérite un bon accueil. L'autorité décisionnelle ne se prononcera pas uniquement sur la base des dossiers, et la procédure gagnera en rapidité.

## 4 Questions de statut

### 4.1 Reconnaissance des persécutions non étatiques

L'enjeu est ici la manière de juger les persécutions commises par des tiers dans un Etat incapable d'assurer la protection de ses ressortissants.<sup>4</sup> A l'exception de la Suisse, tous les Etats européens reconnaissent comme réfugiés les personnes victimes de persécutions non étatiques. Le Conseil fédéral entend donc modifier la pratique de la Suisse. Les bases légales sont là, ce n'est plus qu'une question d'interprétation de la Convention sur les réfugiés et de la loi sur l'asile. Le Parlement a donné son accord dans l'intervalle. Mais le Conseiller fédéral Blocher ne veut adapter la pratique qu'une fois que la nouvelle LAsi sera en vigueur.

### Commentaire

La pratique de la Suisse viole la Convention sur les réfugiés. Les victimes de persécutions non étatiques ne seront pas reconnues comme réfugiés et obtiendront au mieux l'admission provisoire au lieu de l'asile. Rien ne justifie matériellement de retarder la modification de la pratique jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi, et il s'agit d'un moyen de pression illicite contre le référendum.

### 4.2 Admission provisoire au lieu de l'admission humanitaire

(art. 14a, 14b, 14c LSEE; art. 83 à 88 LEtr)

En introduisant l'«admission humanitaire», le Conseil fédéral visait à améliorer le statut juridique des réfugiés issus de pays en guerre civile et d'autres personnes à protéger. Il y a d'ailleurs dans l'UE une tendance à mettre sur pied d'égalité les formes de protection subsidiaire et le statut de réfugié. Le nouveau concept n'a toutefois pas convaincu le Parlement. L'ancien statut d'«admission provisoire» sera toutefois modifié sur divers points:

#### 4.2.1 Critères d'admission provisoire

##### ***Inexigibilité de l'exécution du renvoi***

(art. 14a al. 3 LSEE; art. 83 al. 4 LEtr)

Des discussions houleuses ont eu lieu au Parlement sur la modification des conditions de l'admission provisoire du fait de l'inexigibilité du renvoi. Comme dans le passé, une «mise en danger concrète» suffira pour que soit accordée l'admission

<sup>4</sup> A titre d'exemple, on peut citer les fillettes somaliennes, menacées de mutilations génitales par leurs proches.

provisoire. Le débat a porté sur la «mise en danger de l'existence», notion qui aurait sérieusement restreint l'étendue de la protection. Le Parlement a reçu la promesse que malgré les légères modifications apportées au texte de la loi, il n'est prévu d'apporter aucun changement à la pratique.

#### ***Cas de détresse personnelle grave (abrogation de l'art. 44 al. 3 à 5 LAsi)***

Aujourd'hui les autorités d'asile examinent d'office si un renvoi mettrait les personnes concernées dans une détresse personnelle grave, du fait de leur intégration. Encore faut-il que la procédure d'asile soit en suspens depuis au moins quatre ans et que l'intégration ait atteint un degré particulièrement poussé. Sur la base de cet article, le Conseil fédéral avait admis provisoirement plus de 14 000 personnes dans le cadre de l'«Action humanitaire 2000». Or ces articles seront abrogés. L'examen des cas de rigueur relèvera désormais de la compétence des cantons (voir plus bas, chapitre 4.3).

#### **4.2.2 Statut juridique des personnes admises à titre provisoire**

Le Parlement a décidé d'améliorer légèrement le statut des personnes admises provisoirement<sup>5</sup>:

- Le regroupement familial pourra être autorisé trois ans après l'octroi de l'admission provisoire, à condition que la famille ne dépende pas de l'aide sociale et qu'elle dispose d'un appartement suffisamment grand. (Aujourd'hui le regroupement familial est en principe exclu.)
- L'accès au marché du travail doit être amélioré pour les personnes admises provisoirement. Les cantons pourront délivrer des autorisations de travail indépendamment de la situation économique et du marché de l'emploi.

A l'avenir il sera également possible de mettre fin, sur proposition des cantons ou de l'Office fédéral de la police, à l'admission provisoire due à l'inexigibilité ou à l'impossibilité du renvoi.

Or la modification du statut n'est toujours pas automatique. Les cantons seront toutefois tenus d'examiner d'office, au bout de cinq ans de séjour (dès l'entrée en Suisse), la question de l'octroi d'une autorisation de séjour annuelle.

Enfin, les personnes admises provisoirement resteront soumises à une taxe spéciale ainsi qu'à la possibilité de saisie des valeurs patrimoniales.

#### **Commentaire**

Comme la pratique diffère considérablement entre les cantons, il restera matériellement impossible d'exercer une activité lucrative et donc de bénéficier du regroupement familial dans un canton restrictif. Quant au délai d'attente de trois ans à partir de l'obtention de l'admission provisoire, il mettra dans une situation difficile les réfugiés des guerres civiles, alors qu'il faudrait qu'ils puissent sauver sur-le-champ et sans conditions leurs enfants ou leur conjoint des territoires en conflit. Rien ne justi-

---

<sup>5</sup> Ces améliorations concernent en premier lieu la situation des étrangers mis au bénéfice de l'admission provisoire. En effet, les règles spéciales concernant les réfugiés admis à titre provisoire restent maintenues.

fié, en situation de conflit, de subordonner le regroupement familial à la situation financière d'une famille – au contraire des inégalités de traitement injustifiées sont à prévoir. Selon les données dont dispose l'ODM, 90 % des personnes admises provisoirement en Suisse y restent définitivement. Dans une perspective d'intégration, il serait donc indiqué que les enfants bénéficient au plus tôt du regroupement, comme la loi sur les étrangers l'exigera à l'avenir. L'OSAR préconisait l'admission humanitaire. Cette solution aurait permis le regroupement familial sans délai d'attente, tout en instaurant l'égalité de traitement avec les bénéficiaires d'une autorisation de séjour annuelle. L'accès facilité au marché du travail sera déjà introduit au 1<sup>er</sup> avril 2006, indépendamment de la modification de loi. L'obligation d'examiner l'octroi d'une autorisation de séjour constitue un pas dans la bonne direction.

#### **4.3 Examen des cas de rigueur par les cantons (art. 14 LAsi)**

Au cas où un renvoi semblerait imminent après des années de séjour en Suisse, un examen doit montrer si, du fait d'une intégration poussée, un nouveau déracinement aboutirait à un cas de rigueur. Dorénavant de tels cas ne seront plus examinés dans le cadre de la procédure d'asile (voir ci-dessus, chapitre 4.2.1). En effet il appartiendra aux cantons de décider, après un séjour de cinq ans, s'ils souhaitent examiner ou non les demandes liées à un cas de rigueur grave. Au cas où il s'agirait de personnes admises à titre provisoire, les cantons auront l'obligation d'examiner en profondeur l'octroi d'une autorisation de séjour annuelle après cinq ans de séjour (voir chapitre 4.2). S'ils entendent faire usage de cette possibilité, ils le signaleront immédiatement à l'Office fédéral des migrations. Les personnes concernées n'auront qualité de parties que lors de la procédure d'approbation de l'office.

##### **Commentaire**

Il ne sera guère possible de rappeler les cantons négligents à leurs devoirs. Aussi les inégalités de traitement, discutables du point de vue constitutionnel, que la loi actuelle avait écartées resurgiront-elles. Les cantons étaient déjà chargés jusque-là de l'examen des cas de rigueur. «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 humanitaire sur la base de cette disposition» (message du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 du Conseil fédéral concernant la révision de la loi sur l'asile, 95.088; p. 62). Malgré les expériences positives liées à l'instauration d'un régime uniforme à l'échelle suisse, cette compétence serait à nouveau confiée aux cantons. D'où de grandes différences à prévoir entre les cantons, à l'encontre du principe constitutionnel de l'égalité de traitement. Concrètement, l'attribution à tel ou tel canton décidera des chances de voir sa situation examinée sous l'angle d'un cas de rigueur. Les cantons continueront sans doute à pouvoir examiner si les requérants d'asile sont dans une situation de détresse personnelle grave, ce qui n'était plus possible depuis la suppression de la «circulaire Metzler» par le Conseiller fédéral Blocher, en septembre 2004. Mais au vu des nouvelles mesures strictes prévues à leur égard (suppression de l'aide sociale, détention pour insoumission, etc.), les requérants déboutés auront beaucoup de mal à s'intégrer, condition pourtant nécessaire pour bénéficier du statut de cas de rigueur.

#### **4.4 Procédure en cas d'apatridie**

(art. 6a LSEE; art. 31 LEtr)

Les apatrides reconnus en Suisse auront droit à une autorisation de séjour dans le canton dans lequel ils séjournent. Ils ne seront admis que provisoirement s'il existe un motif d'exclusion. Si des apatrides séjournent légalement en Suisse depuis au moins cinq ans, ils auront droit à une autorisation d'établissement.

##### **Commentaire**

Jusqu'ici la législation ne comportait aucune règle. L'introduction de cette règle, qui correspond pour l'essentiel à la pratique actuelle, est donc tout à fait positive.

### **5 Conditions de séjour**

#### **5.1 Fouilles dans des logements privés** (art. 9 al. 1 LAsi)

A l'avenir il sera permis de fouiller les logements privés même sans mandat de perquisition délivré par un juge. Jusqu'ici ce n'était possible que dans les centres d'enregistrement ou les logements collectifs, et les fouilles se limitaient à la recherche de papiers d'identité et d'objets dangereux. Dorénavant elles incluront aussi les valeurs patrimoniales de provenance douteuse et les drogues.

##### **Commentaire**

Un soupçon généralisé pèsera à l'avenir sur les requérants d'asile. De telles fouilles sont contraires au droit à la protection de la personnalité et à l'interdiction d'infliger des traitements dégradants (art. 3 CEDH). En outre, les intrusions dans la sphère privée et au domicile privé sans mandat délivré par un juge sont problématiques par rapport à la Constitution et aux droits fondamentaux. Ainsi, les autorités policières ne peuvent effectuer de fouille au domicile privé de citoyens suisses ou étrangers qu'avec un mandat de perquisition délivré par un juge. Enfin, la loi opère une confusion avec le droit pénal. Il incombe en effet aux autorités de poursuite pénale de réprimer les délits liés à la drogue.

#### **5.2 Taxe spéciale en lieu et place des sûretés**

(art. 86 LAsi, art. 14c, al. 6 LSEE, art. 88 LEtr)

Les requérants d'asile exerçant une activité lucrative, les personnes admises provisoirement et les personnes à protéger qui ne sont pas titulaires d'une autorisation de séjour devront verser à l'avenir, en plus de l'impôt à la source, une taxe plafonnée à 10 % de leur revenu, et ce pendant dix ans au plus. Les sûretés qu'il fallait verser jusqu'ici tombent pour les requérants et les personnes admises provisoirement qui exercent une activité lucrative.

### **Commentaire**

Les sûretés perçues avaient conduit à de nombreux problèmes, notamment en ce qui concerne les décomptes. La taxe spéciale pénalisera également à l'avenir les personnes relevant du domaine de l'asile par rapport aux autres étrangers, car en plus de l'impôt à la source elles devront encore s'acquitter d'une taxe spéciale à fonds perdu. En outre, contrairement aux sûretés, la taxe spéciale ne fera pas l'objet d'une compensation avec les frais effectifs de l'aide sociale au moment du départ de Suisse ou du règlement définitif des conditions de séjour! L'argent payé servira «solidairement» à couvrir les frais des autres personnes.

## **5.3 Interdiction de travailler pour certains groupes**

(art. 43 al. 3 bis LAsi)

Le Conseil fédéral aura la compétence d'édicter une interdiction temporaire d'exercer une activité lucrative pour certaines catégories de requérants d'asile.

### **Commentaire**

Une telle interdiction est inutile et risque de violer le principe de l'interdiction de discrimination. Elle est d'ailleurs contraire aux normes minimales européennes. Cette mesure est à mettre en rapport avec l'interdiction de travailler édictée par la Conseillère fédérale Metzler pendant la crise au Kosovo, mesure adoptée alors sans base légale suffisante.

## **5.4 Soins médicaux (art. 82a LAMal)**

Les cantons auront la possibilité de limiter le choix de l'assureur ou du fournisseur de prestations pour les requérants d'asile et les personnes à protéger qui ne bénéficient pas d'une autorisation de séjour. Le choix de la caisse-maladie, de l'hôpital et du médecin traitant sera lui aussi limité. (Le Parlement a finalement renoncé à limiter les soins médicaux aux cas d'urgence.)

### **Commentaire**

Les requérants d'asile sont aujourd'hui le seul groupe de personnes en Suisse à se voir imposer le choix limité du médecin. Une telle limitation est déjà prévue au niveau réglementaire. Mais ce type de restrictions est délicat si des mesures d'accompagnement ne garantissent pas une offre adéquate de soins.

## 6 Aide sociale et aide d'urgence

### 6.1 Extension de l'exclusion de l'aide sociale

(art. 82 al. 1 et 83a LAsi)

A l'avenir tous les requérants d'asile frappés d'une décision exécutoire de renvoi assortie d'un délai de départ seront exclus de l'aide sociale. Le Conseil national a rejeté une proposition visant à excepter de cette mesure les personnes particulièrement vulnérables (familles avec enfants en bas âge, femmes enceintes, mineurs non accompagnés, personnes malades ou âgées, etc.).

L'exclusion de l'aide sociale sera maintenue même si les autorités permettent aux personnes concernées de séjourner légalement en Suisse dans le cadre d'une procédure ouverte par une voie de droit extraordinaire (demande de révision ou de réexamen).

L'exclusion de l'aide sociale s'appliquera également aux personnes ayant déposé une demande d'asile ou été déboutées sous l'empire de l'ancien droit. Plus de 10 000 personnes sont concernées. La Confédération versera un forfait de 15 000 francs par personne aux cantons. Ceux-ci définiront de manière autonome les modalités du soutien concret aux personnes concernées.

#### Commentaire

La nouvelle réglementation gonflera la catégorie des exclus de l'aide sociale. La protection insuffisante des personnes particulièrement vulnérables se traduira par des violations du droit international (Convention des droits des enfants, CEDH). Quant à l'exclusion de l'aide sociale pour les personnes séjournant légalement en Suisse dans le cadre d'une procédure ouverte par une voie de droit extraordinaire, elle est contraire au système et ne tient pas compte d'un arrêt du Tribunal fédéral prévoyant l'octroi de l'aide sociale en cas de séjour légal (ATF du 9 février 2005; 2A.692/2004). Ce point est d'autant plus révoltant que les procédures de droit extraordinaire exigent souvent beaucoup de temps. Or il est disproportionné de maintenir artificiellement ces personnes dans le besoin pendant tout ce temps.

Il est choquant d'étendre aux anciens cas l'exclusion de l'aide sociale, et de nombreux problèmes vont se poser. En effet, une décision entrée en force n'implique pas qu'un refoulement soit immédiatement possible. Bien souvent les personnes vivent depuis longtemps dans un appartement, et des familles avec enfants scolarisés sont aussi touchées.

Les personnes ayant reçu une décision définitive de non-entrée en matière n'ont plus droit à l'aide sociale depuis le 1<sup>er</sup> avril 2004. Les effets d'une telle politique sont très controversés. Les œuvres d'entraide déplorent qu'ainsi des individus entrent dans l'illégalité et la misère, craignant une augmentation du nombre de sans-papiers. De leur côté, villes et cantons s'attendent à une recrudescence des problèmes sociaux et de la petite criminalité.

## 6.2 Aide d'urgence (art. 82 et 83a LAsi)

L'aide d'urgence est du ressort du canton qui s'est vu attribuer une personne physique ou qui est compétent pour l'exécution de son renvoi. L'octroi de l'aide d'urgence sera régi – comme l'aide sociale aujourd'hui – par le droit cantonal. Suite à la décision du Tribunal fédéral (ATF du 18 mars 2005; 2P.318/2004), le Parlement a rejeté comme anticonstitutionnelle la décision du Conseil des Etats de restreindre l'aide d'urgence en cas d'absence de collaboration. La loi prévoit désormais l'obligation de collaborer à l'exécution de la décision de renvoi ainsi qu'à l'enquête visant à déterminer si les conditions d'octroi de l'aide d'urgence sont remplies. L'aide d'urgence sera octroyée autant que possible sous forme de prestations en nature (logement, repas) ou de prestations pécuniaires journalières versées aux lieux désignés par les cantons. Les cantons pourront d'ailleurs limiter le paiement aux jours de travail.

### Commentaire

Les expériences faites jusqu'ici montrent que l'information concernant l'aide d'urgence (droit, modalités d'accès et étendue) varie beaucoup d'un canton à l'autre et qu'elle est souvent insuffisante. Dans quelques cantons, les intéressés ne reçoivent aucune information sur leur droit à l'aide d'urgence. L'accès est malaisé et souvent semé d'obstacles. Même les normes de l'aide d'urgence laissent à désirer à beaucoup d'endroits (séjour en prison, absence d'accès à un logement pendant la journée, etc.). Le paiement quotidien de l'aide d'urgence représente un lourd fardeau administratif pour les cantons. Ajoutons que le versement du minimum ne permet même pas de trouver un toit.<sup>6</sup>

## 6.3 Forfaits globaux d'aide sociale

(art. 88, 89, 91 et 92 LAsi; 14c al. 5 LSEE; art. 87 LEtr)

Le mode d'indemnisation des prestations d'aide sociale fournies par les cantons dans le domaine de l'asile changera. En effet la Confédération couvrira leurs frais résultant de l'exécution de la présente loi par de nouveaux forfaits. Quatre forfaits globaux sont prévus:

- Les premiers couvrent les coûts de l'aide sociale et de l'assurance-maladie obligatoire des *requérants et des personnes à protéger qui ne sont pas titulaires d'une autorisation de séjour*. Ces indemnités incluent une contribution aux frais d'encadrement.
- D'autres forfaits couvriront les frais d'aide sociale des *réfugiés reconnus et des personnes à protéger qui sont titulaires d'une autorisation de séjour*. Ils comprennent en outre une contribution aux frais d'encadrement et aux frais administratifs.
- Les cantons auront droit à une indemnisation de l'aide sociale ou de l'aide d'urgence pour *les personnes dont la décision de renvoi est exécutoire*.
- Dans le cas des personnes frappées d'une *décision de non-entrée en matière entrée en force*, les cantons recevront un forfait unique destiné à l'octroi de l'aide d'urgence et à l'exécution du renvoi.

<sup>6</sup> Voir les divers rapports de l'OSAR concernant l'aide d'urgence, à l'adresse [www.osar.ch/asylum-politics/asylum-law/nothilfe](http://www.osar.ch/asylum-politics/asylum-law/nothilfe)

### **Commentaire**

En réalité la Confédération devrait prescrire des normes minimales concernant l'utilisation des forfaits. Le montant du forfait a une incidence sur la qualité de l'hébergement ou les offres d'accueil mises en place par les cantons. Aujourd'hui les cantons luttent contre la réduction des forfaits en place.

## **7 Mesures de contrainte**

Les mesures de contrainte pourront être utilisées contre toute personne étrangère ne bénéficiant pas d'une autorisation de séjour ou d'établissement. Sont notamment visés les requérants d'asile, les personnes admises provisoirement et celles dont la présence est illégale. La création de nouveaux motifs et de formes inédites de détention rend plus implacables encore les mesures de contrainte déjà en vigueur:

### **7.1 Nouveaux motifs de détention**

#### **7.1.1 Détention en phase préparatoire (art. 13a LSEE; art. 75 LEtr)**

La détention pourra être ordonnée, pendant la préparation d'une décision de première instance sur le séjour, pour une durée de six mois au plus.

- La détention en phase préparatoire sera désormais possible en cas d'inobservation d'«autres prescriptions des autorités dans le cadre de la procédure d'asile».
- A l'avenir, la détention en phase préparatoire pourra être ordonnée lorsqu'une personne séjourne illégalement en Suisse et y dépose une demande d'asile dans le seul but d'empêcher un refoulement. La loi assimile à une intention d'abus le cas où le dépôt de la demande d'asile aurait été possible et raisonnablement exigible auparavant et où la demande est déposée en relation avec une mesure de détention, l'exécution d'une peine ou une décision de renvoi.
- La condamnation pour crime sera dorénavant aussi un motif d'application de la détention en phase préparatoire.

Les motifs actuels de détention en phase préparatoire sont étendus comme suit:

- refus de décliner son identité;
- absence aux convocations sans raisons valables;
- non-respect d'un périmètre d'exclusion;
- violation d'une interdiction d'entrée;
- dépôt d'une demande d'asile suite à une expulsion;
- poursuite ou condamnation pénales pour menace ou mise en danger sérieuses de personnes.

### **Commentaire**

La détention en phase préparatoire est rare. Un sondage effectué auprès des autorités cantonales montre que cette forme de détention administrative n'est ordonnée que dans 2 % des cas. En effet, elle serait disproportionnée pendant le traitement d'une demande d'asile qui ne peut être qualifiée d'abusives. Or la détention suite à l'inobservation d'«autres prescriptions», formulée de manière très vague, laisse aux autorités une marge de manœuvre quasiment illimitée et tend à avoir un caractère de sanction.

#### **7.1.2 Détention en vue du refoulement**

(art. 13b LSEE, art. 76 LEtr; art. 13i LSEE et art. 77 LEtr)

Lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance a été notifiée, la détention en vue du refoulement pourra être ordonnée pour 18 mois dans le cas des adultes et douze mois pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans.

- A l'avenir la détention en vue du refoulement pourra être ordonnée lorsque les autorités concluent du comportement antérieur de la personne étrangère qu'elle se refusera à obtempérer à leurs instructions.
- Il suffira également, comme nouveau motif de détention, qu'une décision de non-entrée en matière soit notifiée dans un centre d'enregistrement de la Confédération et que l'exécution du renvoi soit imminente. Cette détention, qui sera directement ordonnée par l'ODM et non par la police des étrangers, ne pourra excéder 20 jours. Le contrôle de la détention relève de la compétence de la Commission de recours en matière d'asile.
- Un nouvel article (art. 13i LSEE; art. 77 LEtr) prévoit une détention de 60 jours lorsque les autorités ont dû se procurer elles-mêmes les documents de voyage, que la décision est exécutoire et que le délai de départ n'a pas été respecté.

Les motifs de la détention en vue du refoulement sont les suivants:

- cas de détention en phase préparatoire;
- non-respect d'un périmètre d'exclusion;
- violation d'une interdiction d'entrée;
- poursuite ou condamnation pénales pour menace ou mise en danger sérieuses de personnes.
- Indices concrets d'une entrée dans la clandestinité, notamment du fait de la violation du devoir de collaboration;
- décisions de non-entrée en matière rendues en première instance pour absence de papiers, tromperie des autorités au sujet de l'identité, violation du devoir de collaboration ou encore dépôt tardif et abusif d'une demande d'asile.

### **Commentaire**

Les nouveaux motifs de détention sont en partie formulés de manière trop floue et laissent aux autorités une large marge d'appréciation. D'où le risque d'une privation injustifiée de la liberté. Les motifs de détention ont un caractère de sanction toujours plus marqué. En particulier, la détention ordonnée par l'ODM lors de la notification

de la décision au centre d'enregistrement pose problème, l'accès à un représentant juridique n'étant pas garanti.

### 7.1.3 Détention pour insoumission (art. 13g LSEE; art. 78 LEtr)

A la détention en phase préparatoire et à la détention en vue du refoulement vient s'ajouter la détention pour insoumission, d'une durée maximale de 18 mois pour les adultes et neuf mois pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans. Cette dernière forme de privation de la liberté pourra être ordonnée lorsque des personnes étrangères ne s'acquittent pas dans le délai imparti de leur devoir de quitter la Suisse et que la décision de renvoi ou d'expulsion ne peut être exécutée à cause de leur comportement. Il faut en outre que les conditions de la détention en vue du refoulement ne soient pas remplies, et qu'il n'existe pas d'autre mesure moins contraignante susceptible de conduire à l'objectif visé. La détention pourra être ordonnée pour un mois et, sous réserve de l'accord de l'autorité judiciaire, prolongée de deux mois à chaque fois.

#### Commentaire

La Commission de gestion du Conseil national a mis en doute la conformité de la détention pour insoumission et de la détention en vue du refoulement avec la CEDH, et demandé une expertise. La détention pour insoumission est problématique à l'égard des droits fondamentaux. Sa durée est disproportionnée, notamment pour les jeunes, et l'apparente dangerosité à la torture. Enfin, le rapport du Contrôle parlementaire de l'administration montre que l'on voit très vite, pour la plupart des personnes détenues en vue de leur refoulement, si elles sont disposées à collaborer. En effet, la plupart des retours ont lieu dans le premier mois.

## 7.2 Durée de détention

(art. 13h LSEE; art. 79 LEtr)

- La durée maximale de la *détention en phase préparatoire* passera de trois mois aujourd'hui à six mois.
- La durée maximale de la *détention en vue du refoulement* passera de neuf mois aujourd'hui à 18 mois pour les adultes. La détention ne pourra excéder douze mois au total dans le cas des mineurs âgés de 15 à 18 ans.
- La *détention pour insoumission* pourra durer au maximum 18 mois dans le cas des adultes et neuf mois pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans.
- Au total la détention en phase préparatoire et la détention en vue du refoulement ainsi que la détention pour insoumission ne pourront excéder *deux ans au total* pour les adultes et *un an* pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans.

(La détention, limitée à 60 jours quand que les autorités ont dû se procurer elles-mêmes les documents de voyage, apparaît dans la durée maximale inscrite dans la LEtr, alors que la LSEE n'en tient pas compte.)

### Commentaire

Dans la pratique, la durée moyenne de la détention en phase préparatoire a été jusqu'ici inférieure à 20 jours.<sup>7</sup> Aucun cas n'est connu où la durée maximale en vigueur n'aurait pas suffi. Quant à la détention en vue du refoulement, sa durée moyenne était inférieure à 23 jours.<sup>8</sup> Les recherches menées par le Contrôle parlementaire de l'administration prouvent que la plupart des retours s'effectuent dans un délai d'un mois. Plus la détention se prolonge, moins le retour est probable. Le canton de Genève, qui mise davantage sur l'assistance au retour et n'emploie la détention qu'en dernier recours, obtient avec un taux de 11 % un résultat comparable au canton de Zurich (13 %), qui ordonne assez souvent la détention.

### **7.3 Ordre de détention et examen** (art. 13c et 13g LSEE; art. 80 LETr)

Il incombe à la police cantonale des étrangers d'ordonner la détention. Cette mesure est examinée par l'autorité judiciaire cantonale. Au centre d'enregistrement, c'est l'Office fédéral des migrations qui ordonne la détention, dont l'examen relève alors de la compétence de la Commission de recours en matière d'asile.

Comme jusqu'ici, la légalité et la proportionnalité de la détention devront être examinées dans un délai de 96 heures, dans le cadre d'une procédure orale. Si la détention est due au fait que les autorités ont dû se procurer elles-mêmes les documents de voyage, la procédure se déroule par écrit.

L'autorité judiciaire peut renoncer à une audition orale si le refoulement pourra vraisemblablement avoir lieu dans les huit jours suivant l'ordre de détention et que la personne concernée a donné son consentement écrit. Si l'exécution ne peut se faire dans ce délai, la procédure orale aura lieu au plus tard douze jours après le prononcé de l'ordre de détention.

### Commentaire

Les personnes concernées parlent généralement une autre langue et ne connaissent pas le droit suisse. Il ne leur sera guère possible, sans soutien juridique, de mesurer les conséquences qu'aurait le fait de renoncer à la procédure orale d'examen.

### **7.4 Rétention de courte durée** (art. 3a LSEE; art. 73 LETr)

Les autorités fédérales ou cantonales pourront procéder à la rétention de personnes étrangères pendant un à trois jours pour notifier une décision relative à leur statut de séjour ou pour établir leur identité ou leur nationalité. Sur requête, la légalité de la rétention sera contrôlée a posteriori.

### Commentaire

La conformité de cette mesure à la Constitution ainsi qu'à la CEDH est controversée. Auparavant déjà, il était possible de conduire les requérants déboutés, afin

<sup>7</sup> Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, 02.024, p. 3534.

<sup>8</sup> Voir note 1.

d'établir leur identité, à l'ambassade du pays d'origine présumé. Par ailleurs la rétention afin de notifier une décision est délicate, parce que le délai commence à courir au même moment et que l'accès à une consultation juridique n'est pas garanti. Les personnes concernées risquent ainsi d'être empêchées d'exercer leur droit de recours.

## **7.5 Assignation à un lieu de résidence ou interdiction de pénétrer dans une région déterminée**

(art. 13e al. 1 LSEE; art. 74 LETr)

Aujourd'hui déjà, les personnes étrangères qui ne sont pas titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement et qui troublent ou menacent la sécurité et l'ordre publics peuvent être assignées à un lieu de résidence et recevoir l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée (afin notamment de lutter contre le trafic illégal de stupéfiants). A l'avenir il sera possible d'établir un périmètre d'exclusion lorsqu'une décision exécutoire de renvoi ou d'expulsion a été prononcée et que le délai de départ n'a pas été respecté.

### **Commentaire**

Si le périmètre d'exclusion constituait une mesure plus clémente que la détention, ce serait une bonne chose. Le but visé devrait être alors d'encourager le départ. La loi ne prévoit toutefois aucune garantie.

## **8 Mandats et compétences de la Confédération**

### **8.1 Coopération avec des Etats tiers et des organisations internationales**

(art. 41 ai. 3 LAsi)

A l'avenir, le Conseil fédéral sera habilité à conclure des accords avec des Etats tiers et des organisations internationales dans le but de déterminer les motifs qui ont poussé le requérant à fuir, l'itinéraire qu'il a emprunté ainsi que les Etats tiers dans lesquels il a séjourné.

### **Commentaire**

Les contrôles menés dans les pays d'origine sont très délicats et potentiellement risqués pour les personnes persécutées et pour leurs proches. D'où l'importance de ne pas les déléguer à d'autres pays.

## 8.2 Prévention de la migration (art. 93 LAsi)

Le Conseil fédéral aura désormais la compétence de financer des programmes de prévention de la migration irrégulière.

### Commentaire

Il importe de combattre les causes de l'exil et des déplacements de personnes. Il sera nécessaire d'étudier de près les programmes qui seront financés à l'avenir.

## 8.3 Partenariats dans le domaine des migrations

(art. 25b LSEE; art. 100 LEtr)

La Confédération encouragera les partenariats bilatéraux et multilatéraux avec d'autres Etats dans le domaine des migrations. Elle pourra conclure des accords visant à renforcer la coopération dans le domaine migratoire et à lutter contre la migration illégale et ses conséquences négatives. Elle pourra conclure avec des Etats étrangers des conventions en matière de visas, des conventions de réadmission et de transit, et accorder ou retirer le bénéfice d'avantages. Elle aura aussi la compétence de régler le transit sous escorte policière.

### Commentaire

L'article décrit les compétences de la Confédération sous une forme générale, sans l'obliger à ordonner de mesures particulières. Le Parlement a refusé en effet de subordonner la coopération au développement au respect de conditions contraignantes. Une telle manière d'agir aurait frappé les mauvaises personnes et n'aurait guère été efficace.

\*\*\*\*\*