



SKMR/CSDH I.4

Mise en œuvre des droits humains en Suisse

Un état des lieux dans le domaine de la migration

Prof. Dr Pascal Mahon
Prof. Dr Gianni D'Amato
MA iur. Marie Maillefer
Dr iur. Fanny Matthey
Lic. phil. Silvia Schönenberger
Dr phil. Nicole Wichmann

Cette étude exprime l'avis des auteurs et n'engage que le Centre suisse de compétence pour les droits humains.

Traduction : William Fata
La version originale des chapitres fait foi.



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schriftenreihe SKMR
Collection CSDH

Editions Weblaw, Bern(e) 2013

ISBN 978-3-906029-72-6

© Editions Weblaw, Bern(e) 2013

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Tous les droits sont réservés aux Editions Weblaw y compris la réimpression d'extraits ou de contributions isolées. Toute utilisation sans l'accord de l'éditeur est interdite en particulier la reproduction, la traduction, le microfilmage, l'enregistrement et le traitement informatique.

AVANT-PROPOS

L'étude *Mise en œuvre des droits humains en Suisse* constitue un état des lieux en six tomes réalisé par le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) sur la mise en œuvre des recommandations et des décisions des organes internationaux concernant la Suisse. Les différents tomes de l'étude traitent des domaines de la migration, de la privation de liberté, de la police et de la justice, de la politique en matière de genre, de la politique de l'enfance et de la jeunesse, des questions institutionnelles ainsi que des droits humains et de l'économie.

L'étude prend en considération les obligations qui découlent de la ratification par la Suisse des traités des droits humains des Nations Unies ou du Conseil de l'Europe, les recommandations des organes de surveillance ainsi que celles issues de l'Examen périodique universel (EPU) et les décisions juridiques prononcées contre la Suisse dans le cadre de cas individuels. Pour l'élaboration de chaque tome, les recommandations et décisions ont été rassemblées et évaluées du point de vue de leur contenu substantiel. Les enjeux centraux pour chaque domaine thématique ont ensuite été définis. À l'exception du tome sur les droits humains et l'économie, les analyses se limitent aux thématiques abordées par les organes internationaux des droits humains. Ceci implique que d'autres domaines problématiques en matière de mise en œuvre des droits humains qui mériteraient attention ne sont pas traités ici. En revanche, l'étude prend en compte les résultats issus de consultations menées avec certaines autorités, avec des organisations non-gouvernementales ainsi qu'avec d'autres acteurs importants. C'est sur cette base que l'étude propose un examen de l'état actuel des mises en œuvre des obligations et des recommandations en Suisse, met en lumière les difficultés que peuvent comporter ces mises en œuvres et détermine les mesures nécessaires à prendre.

L'étude *Mise en œuvre des droits humains en Suisse* constitue un état de la situation actuelle. Le présent tome sur le domaine de la migration prend en considération les recommandations et les évolutions qui ont eu lieu jusqu'au printemps 2013. Les études du CSDH ainsi que les informations sur ses autres activités sont accessibles sur le site internet www.csdh.ch.

Le CSDH est un réseau constitué par les Universités de Berne, Fribourg, Neuchâtel et Zurich ainsi que par l'Institut Universitaire Kurt Bösch (IUKB), le Centre pour la formation en droits humains (ZMRB) de la Haute Ecole pédagogique de Lucerne (PHZ) et l'association humanrights.ch/MERS. Le CSDH est un projet pilote sur cinq ans institué par le Conseil fédéral avec le mandat de renforcer les compétences nécessaires à la mise en œuvre des normes internationales obligatoires en matière de droits humains de la Suisse à tous les niveaux de l'appareil étatique, au sein de la société civile et dans l'économie ainsi que d'encourager le débat public sur les droits humains. À cet effet, le CSDH se charge tout particulièrement de la réalisation d'analyses sous forme d'expertises et d'études. Il organise également des colloques et des formations continues et fournit un travail d'information. Le Centre ne traite pas de cas individuels.

Dans le cadre d'un contrat de prestations annuel, le CSDH est financé par un montant de base alloué par le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et le Département fédéral de justice et police (DFJP). De plus, le CSDH est soutenu par les ressources des institutions qui le constituent. Les autorités publiques, les organisations non-gouvernementales

et le secteur de l'économie privée y contribuent également au gré des mandats qu'ils lui confient. À l'issue de la phase pilote en 2015, le Conseil fédéral sera amené à décider de l'avenir du CSDH et à évaluer si le Centre doit être transformé en une institution des droits humains indépendante.

L'étude *Mise en œuvre des droits humains en Suisse* découle d'une initiative du CSDH. Sa publication a été financée par les partenaires du réseau.

TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations.....	IX
Résumé	1
Introduction.....	3
Racisme et discrimination raciale	5
I. Introduction : Racisme et discrimination raciale à la lumière des droits humains	5
II. Recommandations des organes de surveillance internationaux.....	6
1. Organes de surveillance de l'ONU	6
2. Les organes de surveillance au niveau européen	7
3. Comparaison des recommandations internationales.....	9
3.1. Mesures législatives	9
3.2. Application du droit et mesures institutionnelles	10
3.3. Soft measures	10
3.4. Monitoring.....	10
III. Obligations internationales.....	10
1. Obligation de non-discrimination (<i>duty to not-discriminate</i>).....	10
2. Obligations de protection de l'État (<i>duty to protect</i>).....	11
3. Obligations négatives (<i>duty to respect</i>).....	13
4. Obligations de garantie de l'État (<i>duty to fulfil</i>)	13
5. Recommandations générales concernant la législation sur la discrimination raciale	14
IV. Mise en œuvre interne en Suisse.....	15
1. Appréciation générale sur la discrimination raciale.....	15
1.1. Le marché du travail.....	16
1.2. Les discours politiques et les médias	17
1.3. Actes de violence de la police.....	17
1.4. Naturalisation.....	18
1.5. Discrimination raciale des minorités religieuses et interdiction des minarets	18
2. Les bases légales.....	19
2.1. Les bases légales au niveau fédéral	19
2.1.1. L'interdiction de la discrimination raciale au niveau de la Constitution fédérale.....	19
2.1.2. La norme pénale sur le racisme, l'interdiction pénale de discrimination raciale	19
2.1.3. Les dispositions légales contre la discrimination raciale	21
2.2. Les bases légales au niveau cantonal	22
2.3. Mesures nécessaires	22
2.3.1. Lacunes en droit pénal.....	22
A. Les éléments constitutifs des associations racistes	23
B. Les groupes protégés	23
C. Les éléments constitutifs du refus de prestations	23
2.3.2. Législation contre la discrimination raciale	24
2.3.3. Adaptations en droit privé et en droit administratif	24
3. Application et imposition de la loi	25
3.1. La norme pénale contre la discrimination raciale	25
3.2. La base de données du Système de documentation et de monitoring.....	26
3.3. Protection contre la discrimination raciale.....	27
3.4. Mesures nécessaires	28

4.	Mesures de prévention et de sensibilisation (soft measures).....	29
4.1.	Les efforts entrepris à ce jour	29
4.2.	Mesures nécessaires	30
5.	Les mesures institutionnelles.....	31
5.1.	La Commission fédérale contre le racisme.....	31
5.2.	Le Service de lutte contre le racisme.....	31
5.3.	Services cantonaux et communaux	32
5.4.	Soutien et consultations pour les victimes	33
5.5.	Mesures nécessaires	33
6.	Monitoring, documentation, recherche.....	33
6.1.	Mesures prises à ce jour.....	33
6.2.	Mesures nécessaires	35
V.	Bilan	35
	Droit des étrangers.....	39
I.	Remarque liminaire.....	39
II.	Mariage des personnes sans droit de séjour	39
1.	Introduction et recommandation	39
2.	Problématique.....	39
3.	Fondements internationaux.....	39
4.	Mise en œuvre au niveau interne	41
4.1.	Etat des lieux au niveau légal	41
4.2.	Développements récents de la jurisprudence et de la doctrine	44
4.2.1.	Position de la doctrine suisse	44
4.2.2.	Position des différentes autorités judiciaires suisses.....	45
A.	Arrêt du Tribunal administratif bernois du 23 juin 2011.....	45
B.	Arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 30 septembre 2011	46
C.	ATF 137 I 351 du 23 novembre 2011.....	46
5.	Conclusions	49
III.	Droit de séjour de victimes de violence conjugale.....	50
1.	Introduction et résumé historique	50
2.	Recommandations des différents organes de surveillance internationaux	50
3.	La mise en œuvre interne.....	51
3.1.	La situation juridique en Suisse	51
3.2.	Problèmes actuels de mise en œuvre du droit et d'appréciation des autorités dans la pratique décisionnelle ..	53
3.2.1.	Preuve de violence conjugale	53
3.2.2.	Appréciation de l'intensité de la violence conjugale	54
3.2.3.	Le critère de la réintégration dans le pays de provenance.....	54
3.2.4.	Le critère de l'intégration	54
3.2.5.	Prise en compte du bien de l'enfant.....	55
3.3.	Les derniers développements.....	56
4.	Bilan.....	58
IV.	La détention administrative des étrangers.....	59
1.	Introduction.....	59
2.	Contenu des recommandations	59
3.	Normes de droit international public et européennes relatives à la détention administrative des étrangers.....	60
3.1.	Les Nations Unies.....	60

3.2.	Le Conseil de l'Europe	61
3.3.	L'Union européenne	62
4.	Mise en œuvre en Suisse	64
4.1.	Mesures de contrainte en droit des étrangers.....	64
4.2.	Les motifs de détention.....	65
4.2.1.	La détention en phase préparatoire (art. 75 LEtr)	65
4.2.2.	La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76 LEtr).....	66
4.2.3.	La « petite » détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 77 LEtr).....	67
4.2.4.	La détention pour insoumission (art. 78 LEtr)	67
4.3.	Durée et conditions de la détention	68
4.4.	Durée de la détention dans la pratique	69
5.	Mesures nécessaires	70
6.	Conclusions	71
	Droit d'asile.....	73
I.	Remarque liminaire.....	73
II.	Procédure d'asile : assistance judiciaire et délais	73
1.	Introduction et recommandations	73
2.	Problématique.....	74
3.	Fondements internationaux et bases constitutionnelles	75
3.1.	Sources contraignantes du droit international public	75
3.2.	Sources contraignantes du droit constitutionnel suisse.....	76
3.3.	Sources non contraignantes du Conseil de l'Europe.....	77
4.	Mise en œuvre au niveau interne	78
4.1.	Assistance judiciaire.....	78
4.1.1.	Etat actuel de la situation	78
4.1.2.	Nouveau droit.....	81
4.1.3.	Conséquences des recommandations	81
4.2.	Délais	82
4.2.1.	Problématique sous l'angle des droits humains.....	82
4.2.2.	Evolution et contenu de la réglementation légale.....	83
A.	Loi sur l'asile entrée en vigueur en 2008 et propositions de modification de 2010, 2011 et 2012.....	83
B.	Délais liés au dépôt de la demande d'asile (I).....	84
a.	Règles légales	84
b.	Analyse.....	84
c.	Propositions de modification 2010 et décisions parlementaires 2012.....	85
C.	Délais de traitement de la demande par l'Office fédéral des migrations (II).....	85
a.	Règles légales	85
b.	Analyse.....	86
c.	Propositions de modification 2010 et décisions parlementaires 2012.....	86
d.	Propositions de restructuration de la procédure d'asile à moyen et long terme.....	87
da.	Propositions de modifications complémentaires de 2011 :	87
db.	Décision du Parlement (décembre 2012) :	88
dc.	Proposition de restructuration du domaine de l'asile (novembre 2012) :	88
D.	Délais de recours (III).....	88
a.	Règles légales	88
b.	Analyse.....	89
c.	Propositions de modification 2010.....	90
d.	Propositions de modifications complémentaires de 2011	91
e.	Solutions adoptées en 2012 et propositions à plus long terme.....	91
E.	Délais de traitement du recours par le Tribunal administratif fédéral (IV)	91

a.	Règle légale.....	91
b.	Analyse.....	92
c.	Propositions de modifications 2010.....	92
d.	Décisions parlementaires 2012.....	92
e.	Propositions à plus long terme.....	93
4.2.3.	Conséquences des recommandations.....	93
5.	Conclusions.....	94
III.	Aide d'urgence.....	95
1.	Introduction et recommandations.....	95
2.	Problématique.....	96
3.	Fondements internationaux.....	97
3.1.	Le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I).....	97
3.2.	Le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II).....	98
3.3.	La Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ICERD).....	99
3.4.	La Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).....	99
4.	Mise en œuvre au niveau interne.....	100
4.1.	Régime ordinaire de l'aide sociale dans le domaine de l'asile.....	100
4.2.	Régime spécial de l'aide d'urgence.....	101
4.2.1.	Introduction de l'aide d'urgence dans le système légal.....	101
4.2.2.	Genèse et contenu de l'art. 12 de la Constitution fédérale.....	102
4.2.3.	Première évolution jurisprudentielle.....	104
4.2.4.	Régime légal actuel et décisions parlementaires 2012.....	105
4.3.	Problématiques liées au système de l'aide d'urgence.....	107
4.3.1.	Caractère et contenu des prestations de l'aide d'urgence.....	107
A.	Prestations en nature.....	107
B.	Nourriture.....	108
C.	Logement.....	108
D.	Santé et soins.....	108
4.3.2.	Prestations standardisées.....	109
4.3.3.	Contrôle des personnes à l'aide d'urgence.....	110
4.3.4.	Isolement social.....	110
4.3.5.	Durée de l'aide d'urgence.....	111
4.3.6.	Extension du cercle de bénéficiaires de l'aide d'urgence.....	113
4.3.7.	Départ dans la clandestinité.....	113
4.3.8.	Différences de mise en œuvre de l'aide d'urgence dans les cantons.....	114
4.4.	Impact des différentes recommandations internationales dans le cadre du système de l'aide d'urgence.....	117
5.	Conclusions.....	119
	CONCLUSION générale.....	121
	Bibliographie.....	123
	Annexe: Liste des documents utilisés.....	127

LISTE DES ABRÉVIATIONS

al.	alinéa
ALCP	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (avec annexes, prot. et acte final), RS 0.142.112.681
Art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral
CAT	Comité contre la torture / Committee against Torture
CCPR	Comité des droits de l'homme / Human Rights Committee
CDAS	Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales
CdG	Commissions de gestion
CdG-N	Commission de gestion du Conseil national
CEDAW	Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes / Committee on the Elimination of Discrimination against Women
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme (Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), RS 0.101
CERD	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale / Committee on the Elimination of Racial Discrimination
CESCR	Comité des droits économiques, sociaux et culturels / Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CF	Conseil fédéral
CFM	Commission fédérale pour les questions de migration
CFR	Commission fédérale contre le racisme
CGE	Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (Convention de Genève), RS 0.142.30
CIP-E	Commission des institutions politiques du Conseil des Etats
CIP-N	Commission des institutions politiques du Conseil national
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNPT	Commission nationale de prévention de la torture
Comité DESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
Conv. CEDAW	Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, RS 0.108
Conv. réfugiés	Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (avec annexe), RS 0.142.30

Conv. torture	Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, RS 0.105
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPA	Contrôle parlementaire de l'administration
CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants / European Committee for the Prevention of Torture or Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
DFJP	Département fédéral de justice et police
DoSyRa	Système de documentation et de monitoring
Droits DESC	Droits (de l'homme) économiques, sociaux et culturels
EFTA	Association européenne de libre-échange
EPU	Examen périodique universel
FF	Feuille fédérale
HCR	Haut-Commissariat aux réfugiés des Nations Unies
HRC	Conseil des droits de l'homme / Human Rights Council
ICERD	Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, RS 0.104
JICRA	Jurisprudence et informations de la Commission de recours en matière d'asile
LAsi	Loi du 26 juin 1998 sur l'asile, RS 142.31
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, RS 142.20
LPart	Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, RS 211.231
LSEE	Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931, RS 142.20
NEM	Non-entrée en matière
OA 1	Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure, RS 142.311
OA 2	Ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l'asile relative au financement, RS 142.312
OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, RS 142.201
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODAE	Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers

ODM	Office fédéral des migrations
OERE	Ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers, RS 142.281
ONU	Organisation des Nations Unies
OSAR	Organisation suisse d'aide aux réfugiés
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
PA	Loi fédérale du 21 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021
PAB	Loi fédérale sur le programme d'allègement budgétaire 2003 du 19 décembre 2003, RO 2004 1633
Pacte ONU I	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques sociaux et culturels, RS 0.103.1
Pacte ONU II	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2
PJA	Pratique juridique actuelle
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSN	Recueil systématique neuchâtelois
SLR	Service de lutte contre le racisme
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne

RÉSUMÉ

[1] Le tome de l'étude *Mise en oeuvre des droits humains en Suisse* sur le domaine de la migration compare les engagements internationaux pris par la Suisse à la situation actuelle. En comparant les prescriptions internationales à la situation en Suisse, les aspects concrets, pour lesquels il existe une nécessité d'agir du point de vue des droits humains, sont mis en évidence. Ce tome de l'étude est divisé en trois parties: Racisme et discrimination raciale, Droit des étrangers ainsi que le Droit d'asile.

[2] Dans les domaines analysés, l'étude parvient aux conclusions suivantes:

[3] Au cours des dernières années, la plupart des recommandations s'adressant à la Suisse se sont penchées sur la thématique du *racisme/discrimination raciale*. La divergence la plus flagrante entre les standards internationaux et la Suisse réside certainement dans le manque de dispositions concrètes sur l'interdiction de la discrimination raciale dans le domaine privé. L'avis des organes de surveillance internationaux, qui estiment qu'il est urgent d'agir à différents niveaux dans le domaine racisme/discrimination raciale, est partagé en Suisse par les acteurs non-étatiques. Le Conseil fédéral et le Parlement sont au contraire d'avis que le problème peut être résolu par une amélioration de la mise en œuvre du droit et de l'information.

[4] L'*interdiction de se marier pour les personnes sans droit de séjour* a fait l'objet de controverses ces derniers mois en Suisse. Cette interdiction n'est pas restée sans suite au niveau international, si bien que le CCPR et le Comité DESC ont demandé à la Suisse de donner la possibilité à toutes les personnes de se marier. L'analyse effectuée dans le chapitre y relatif montre que la jurisprudence du Tribunal fédéral, porteuse d'avenir en la matière, a désamorcé quelques aspects du conflit existant avec le droit international public mais a cependant attiré l'attention sur le fait qu'une série de questions importantes concernant l'interdiction de se marier pour les personnes sans droit de séjour n'avait pas été éclaircie définitivement. Par conséquent, en ce qui concerne la question de la réglementation du mariage pour les personnes sans droit de séjour, il existe toujours une nécessité d'agir.

[5] La réglementation concernant le droit de séjour pour les migrantes victimes de violences conjugales, après la dissolution du mariage, a été critiquée à plusieurs reprises par les Comités de l'ONU au cours des dernières années. Les organes de surveillance internationaux ont critiqué tant la législation que sa mise en œuvre. Au cours des dernières années, aussi bien la situation légale (nouvel article 50 LETr), que la pratique d'octroi des autorisations, basée sur des ordonnances, des directives, etc., ont été sensiblement adaptées. La question de savoir si le nouvel article de loi exigé par les organes conventionnels internationaux et la nouvelle pratique d'octroi des autorisations mèneront à une mise en œuvre plus uniforme de la réglementation sur le séjour selon l'article 50 LETr trouvera sa réponse à l'avenir.

[6] L'adaptation de la législation suisse à la Directive européenne sur le retour a permis de mettre en œuvre une des recommandations les plus concrètes dans le domaine de la détention administrative des étrangers. Étant donné que l'on ne dispose que de peu d'informations concernant la détention administrative des étrangers par les autorités cantonales compétentes en matière de migration, il est nécessaire d'améliorer la transparence dans ce domaine.

[7] La nécessité d'agir incombe, tant du point de vue des organes de surveillance que de celui des auteurs du présent tome, aux personnes actives dans le domaine de l'asile. La

plupart des critiques ont été émises à l'encontre du système de l'aide d'urgence pour les personnes ayant reçu une décision de non-entrée en matière et les requérants d'asile dont la demande a été rejetée. Les recommandations font ressortir le fait qu'il sera difficile pour la Suisse, avec la situation légale actuelle, de garantir l'ensemble des droits DESC aux bénéficiaires de l'aide d'urgence. La Suisse a également été critiquée pour les efforts entrepris en vue de l'accélération de la procédure d'asile sans renforcement parallèle des garanties de procédure pour les personnes concernées. La présente étude souligne donc la nécessité de renforcer les garanties de procédure.

INTRODUCTION

[8] Le présent texte constitue la contribution du domaine thématique Migration du CSDH à l'étude *Mise en œuvre des droits humains en Suisse*. Les recommandations adressées à la Suisse par les différents organes de surveillance des Nations Unies forment le point de départ de cette étude. Étant donné qu'une multitude de recommandations ont été adressées à la Suisse dans le domaine thématique de la migration, un choix a dû être opéré parmi les points principaux. À cet effet, toutes les recommandations importantes dans le domaine de la migration du dernier cycle correspondant de l'Examen Périodique Universel ont tout d'abord été réunies selon les organes conventionnels (c'est-à-dire CRC 2002, CERD 2008, CCPR 2009, CEDAW 2009, CAT 2010 et Comité DESC 2010). Dans un deuxième temps, nous avons mis de côté les recommandations qui ne contenaient que des observations critiques concernant la situation en Suisse et celles qui n'exigeaient que des informations supplémentaires. La présente sélection définitive ne contient donc que des recommandations qui demandent à la Suisse de prendre des mesures concrètes (p. ex. des adaptations de loi, des changements de pratique, des adaptations institutionnelles, des augmentations de ressources).

[9] Dans le cadre de l'analyse des recommandations concrètes et de la localisation des recommandations au sein du système réglementaire international, nous nous sommes arrêtés au niveau des Nations Unies. Les sous-chapitres respectifs qui traitent des obligations internationales dans un domaine thématique précis (p. ex. racisme, asile) contiennent également des renvois à des standards régionaux, respectivement européens. Dans beaucoup de cas, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) ainsi que les recommandations du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe précisent l'interprétation des normes internationales.

[10] L'ensemble des prescriptions internationales sera, dans la mesure du possible, comparé à la situation actuelle en Suisse ; le point essentiel étant la mise en œuvre de ces prescriptions par la Confédération. Des informations relatives à la mise en œuvre seront, lorsque la situation le permet, données aux cantons. En comparant les prescriptions internationales à la situation en Suisse, les aspects concrets, pour lesquels il y a une nécessité d'agir du point de vue des droits humains, seront mis en évidence.

[11] La présente étude se divise en trois chapitres: Racisme et discrimination raciale, Droits des étrangers et Asile. Tous les chapitres ont été rédigés, relus et commentés par les collaboratrices et collaborateurs du domaine thématique Migration du CSDH (Fanny Matthey, Nicole Wichmann, Silvia Schönenberger, Marie Maillefer, Pascal Mahon, Gianni D'Amato). Au printemps 2012, des collaboratrices et collaborateurs des autres domaines thématiques du CSDH ont relu et commenté de façon critique les premières ébauches des chapitres. En date du 23 août 2012, une consultation entre des représentants de la Confédération et d'organisations non gouvernementales a été menée à Neuchâtel. Après cette consultation, les auteur(e)s ont retravaillé encore une fois les contributions, et le rapport a été finalisé le 14 septembre 2012. Étant donné que le secrétariat général du CSDH avait décidé en novembre 2012 d'intégrer les Recommandations de l'Examen Périodique Universel 2012 dans le texte, les chapitres ont été retravaillés une nouvelle fois au printemps 2013.

[12] Les chapitres du présent rapport regroupent les recommandations d'organes de surveillance internationaux par thème, soulèvent la question de leur importance, examinent les obligations internationales de la Suisse, analysent leur mise en œuvre interne et montrent la nécessité actuelle d'agir. La structure des chapitres, respectivement des sous-chapitres, n'est pas uniforme dans la présente contribution, étant donné que l'accent devait être mis à chaque fois sur des points différents, selon le thème traité. La conclusion résume la nécessité d'agir dans les domaines analysés. Pour des raisons d'intégralité, il convient de signaler que le tome relatif au domaine de la migration ne recouvre pas tous les points sensibles dans le domaine de la migration. Ceci est dû au fait que beaucoup de questions importantes dans le domaine de la migration (p. ex. la traite d'êtres humains) se recourent avec les champs d'activités d'autres domaines thématiques (p. ex. Politique genre). Ces questions transversales ont été réparties au sein du CSDH et les domaines thématiques traitent donc ces questions dans leurs contributions respectives.

[13] Les questions importantes dans le domaine de la migration seront traitées dans tous les autres tomes de l'étude *Mise en œuvre des droits humains en Suisse*.¹

¹ Le tome sur les domaines de la privation de liberté, de la police et de la justice traite des conditions dans le cadre de la détention administrative des étrangers, des renvois forcés et du profilage discriminatoire ; le tome sur le domaine des droits humains et l'économie se penche sur les domaines sensibles, du point de vue des droits humains, relatifs au marché du travail, qui englobent également la situation des migrant(e)s sur le marché du travail ; le tome sur le domaine de la politique de l'enfance et de la jeunesse aborde les questions de la mise en œuvre du bien de l'enfant dans le cadre de la politique suisse de migration, de la situation des mineurs non accompagnés dans le cadre de la procédure d'asile en Suisse et de la détention administrative des mineurs ; la question de la traite d'êtres humains et des mariages forcés est thématisée dans le tome sur la politique de genre ; le tome sur le domaine des questions institutionnelles s'occupe de la question des procédures de naturalisation, ainsi que de l'exigence d'une loi-cadre globale contre la discrimination raciale.

RACISME ET DISCRIMINATION RACIALE

I. INTRODUCTION : RACISME ET DISCRIMINATION RACIALE À LA LUMIÈRE DES DROITS HUMAINS

[14] Il n'y a certes pas de droit humain explicite à la protection contre le racisme ou la xénophobie, bien que l'interdiction de la discrimination raciale soit déjà ancrée, en tant que préoccupation centrale des droits humains internationaux, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), dans le Pacte I et le Pacte II, ainsi que, notamment, dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ICERD).² Ce principe est en lien étroit avec la politique d'extermination de la Seconde guerre mondiale. L'importance centrale de cette question dans le droit international ressort des quatre conférences mondiales pour la lutte contre le racisme, la discrimination raciale et la xénophobie, qui ont eu lieu en 1973 (à Genève), 1983 (à Genève), 2001 (à Durban), ainsi qu'à la conférence suivante en 2009 (à Genève). Étant donné que le racisme et la discrimination raciale sont contraires aux principes fondamentaux des droits humains, les États ont une obligation de protection des personnes contre la discrimination raciale.

[15] La Suisse est régulièrement exhortée par les organes de surveillance des droits humains internationaux et européens à faire des efforts encore plus grands pour lutter contre le phénomène de la xénophobie, du racisme et de la discrimination raciale au niveau social et institutionnel. Il ne s'agit pas d'une tâche facile, qui pourrait être résolue par quelques interventions seulement, mais d'une tâche qui demande, bien au contraire, un engagement durable et inépuisable de la part de la politique, des autorités et de la société civile.

² La discrimination raciale est une notion juridique reconnue et clairement définie, alors que le racisme et la xénophobie sont des notions émanant des sciences sociales, que l'on ne peut trouver telles quelles dans aucune convention (voir la définition de la discrimination raciale à l'art. 1 ICERD). Dans les sciences sociales, la notion de *racisme* est comprise majoritairement en tant qu'idéologie réduisant certaines personnes, sur la base de caractéristiques réelles ou fictives, à leur seule appartenance ethnique, nationale ou religieuse, et qui considère « les autres » comme inférieurs du point de vue moral, culturel, intellectuel ou physique. La *xénophobie*, par contre, se réfère au rejet d'« étrangers » basé sur des préjugés et stéréotypes. Cette notion est utilisée de manière plus spécifique pour la programmation et les stratégies d'acteurs politiques, qui essaient d'attiser la peur des étrangers et la xénophobie parmi la population à des fins politiques propres (DAMIR SKENDEROVIC/GIANNI D'AMATO, *Mit dem Fremden politisieren. Rechtspopulismus und Migrationspolitik in der Schweiz seit den 1960er Jahren*, Zurich, 2008, p. 19 ss). La discrimination raciale décrit, par contre, la pratique visant à priver des personnes de droits sur la base de caractéristiques physiologiques, de la provenance ethnique, de critères culturels (langue, nom) ou d'une appartenance religieuse présumée, et à les traiter de manière injuste ou intolérante, les humilier, injurier, menacer ou à mettre leur intégrité corporelle en danger. La discrimination raciale peut, mais ne doit pas, être justifiée par des motifs idéologiques.

II. RECOMMANDATIONS DES ORGANES DE SURVEILLANCE INTERNATIONAUX

1. Organes de surveillance de l'ONU

[16] L'ancien Rapporteur spécial sur le racisme, Monsieur Doudou Diène, a exprimé, dans un rapport détaillé de janvier 2007, son inquiétude quant aux tendances xénophobes en Suisse. Il recommande de mettre l'accent, dans le cadre des efforts futurs, tant sur la reconnaissance du racisme et de la xénophobie comme problème réel que sur le désir politique d'aller de façon décidée à l'encontre de cette dynamique et de condamner les plateformes politiques propageant la xénophobie. En outre, il recommande d'élaborer une législation nationale et un programme d'action national pour la lutte contre la xénophobie et le racisme.³

[17] Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), lors de ses Observations finales d'août 2008⁴, s'est montré préoccupé par l'hostilité à l'égard des personnes étrangères et des minorités, tel que cela ressort d'initiatives populaires fédérales. Il regrette que peu de progrès aient été faits dans le cadre de la lutte contre les attitudes racistes et xénophobes et recommande ainsi à la Suisse de redoubler d'efforts pour combattre les préjugés à l'égard de certaines minorités ethniques au moyen de campagnes d'information et de sensibilisation (ch. 7). Il regrette également le manque de législation pour la protection contre la discrimination raciale et demande à ce que des démarches législatives soient entreprises pour une lutte effective contre la discrimination raciale et l'intolérance à tous les niveaux étatiques. En outre, il encourage la Suisse à élaborer un plan d'action national et à mettre à disposition les ressources financières nécessaires pour sa mise en œuvre (ch. 9). Dans le prochain rapport étatique, il attend des informations détaillées sur l'état de la mise en œuvre et sur les mesures entreprises dans les cantons contre la discrimination raciale (ch. 12). De plus, il recommande l'augmentation des ressources financières de la Commission fédérale contre le racisme (CFR) (ch. 10). Enfin, il demande à la Suisse d'envisager le retrait de sa réserve⁵ portant sur l'art. 4 et lui recommande d'adopter des dispositions légales visant à déclarer illégale et à interdire toute organisation incitant au racisme et à la discrimination raciale ou les encourageant (ch. 15).

[18] Dans le cadre de l'Examen Périodique Universel de 2008, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU (HRC) a fait comprendre à la Suisse qu'elle devait poursuivre ses efforts dans la prévention et la lutte contre la xénophobie (Recommandation n° 56.1) et entreprendre des démarches en vue de renforcer les mécanismes existants pour la lutte contre la discrimination raciale (Recommandation n° 57.6).⁶

[19] Le Comité des droits de l'homme (CCPR), dans ses Observations finales de 2009, se montre inquiet quant à l'initiative populaire contre la construction de minarets et demande à la Suisse de « lutter fermement contre l'incitation à la discrimination, à l'hostilité et à l'intolérance » et d'assurer le respect de la liberté de religion (ch. 8). En outre, il demande à la Suisse d'intensifier ses efforts en vue de promouvoir la tolérance et le dialogue intercultu-

³ Rapporteur spécial, racisme 2007, ch. 86, 87.

⁴ CERD, Observations finales Suisse 2008.

⁵ Réserve de la Suisse portant sur l'art. 4 ICERD : « La Suisse se réserve le droit de prendre les mesures législatives nécessaires à la mise en œuvre de l'art. 4, en tenant dûment compte de la liberté d'opinion et de la liberté d'association ».

⁶ UPR Suisse 2008.

rel et lui recommande de renforcer le mandat donné à la Commission fédérale contre le racisme (CFR) en lui octroyant le pouvoir d'enquêter sur toutes les affaires de discrimination raciale et d'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse ou de créer un organe indépendant ayant la compétence d'engager des actions en justice dans les affaires de cette nature (ch. 10).⁷

[20] Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) demande à la Suisse, dans ses Observations finales de novembre 2010, de mieux protéger la diversité culturelle et de mieux tenir compte de son apport pour la société. Il lui demande également d'adopter des mesures ciblées pour promouvoir une culture de tolérance. Les médias doivent notamment être encouragés à produire des matériels et des programmes pour lutter contre le problème croissant de l'intolérance et de la xénophobie (ch. 31).⁸

[21] A l'occasion du dernier Examen Périodique Universel de l'année 2012, la plupart des États se sont exprimés sur les différents aspects de la non-discrimination⁹. De nombreuses recommandations invitent la Suisse à renforcer la prévention et la lutte contre le racisme. Le Conseil fédéral a accepté les recommandations générales en vue de la prise de mesures pour la prévention et la lutte contre le racisme et la xénophobie ainsi que pour l'encouragement de l'égalité des chances (122.5, 122.6, 122.8, 122.9, 122.12). Il a de plus donné son accord pour le maintien de la formation des membres de la police, des fonctionnaires du pouvoir judiciaire et des avocats concernant le champ d'application de la norme pénale contre le racisme et sa mise en œuvre effective (122.48). Afin de combler les lacunes de la loi, le Conseil des droits de l'homme suggère à la Suisse d'adopter une législation contre la discrimination raciale (123.32-34), de renforcer la législation actuelle contre le racisme (123.30) et d'adopter une loi spécifique contre l'incitation à la haine raciale, respectivement de développer les dispositions pénales contre la discrimination raciale (123.37, 49, 58). Bien que le Conseil fédéral ait accepté la plupart des recommandations concernant les mesures législatives, il précise cependant qu'aucun nouveau projet de loi n'est prévu. Il souligne plutôt le fait que les bases législatives actuelles, en particulier l'art. 261bis CP, mettent déjà en pratique les recommandations, de sorte qu'il ne s'impose pas de prendre de plus amples mesures. Trois recommandations concernant l'adoption à l'échelon national d'un plan d'action contre le racisme et la discrimination (123.32-34) ont été acceptées mais avec la précision que les programmes cantonaux d'intégration (PIC), qui reposent sur des décisions communes des cantons et de la Confédération, satisfont à ces demandes. Enfin, le Conseil fédéral a refusé toutes les recommandations visant à renforcer les mécanismes institutionnels telles que la mise en place d'ombudsmans (123.23-24) et l'extension du mandat de la CFR (123.25-26).

2. Les organes de surveillance au niveau européen

[22] Suite à sa visite en Suisse en décembre 2004, l'ancien Commissaire européen aux droits de l'homme, Monsieur Alvaro Gil-Robles, a recommandé à la Suisse d'entreprendre des démarches législatives, afin de sanctionner la discrimination raciale également dans le

⁷ CCPR, Observations finales Suisse 2009.

⁸ Comité DESC, Observations finales Suisse 2010.

⁹ UPR Suisse 2012.

secteur public, de mettre suffisamment de moyens financiers à disposition des autorités compétentes pour la lutte contre le racisme et de mettre en place un système de monitoring efficace. En outre, il demande à la Suisse de combattre les campagnes publiques à caractère raciste et offensant, de faire avancer la sensibilisation des forces de police et de créer des instances de recours indépendantes dans les cas d'actes de violence et de discrimination raciale.¹⁰

[23] La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), dans son rapport d'avril 2009, se montre très inquiète, notamment en ce qui concerne les propos tenus dans les discours politiques.¹¹ Elle exprime son inquiétude quant à la condamnation en bloc des personnes étrangères, des personnes musulmanes, ainsi que des minorités et quant aux interventions politiques avec une pointe xénophobe dirigées contre la norme pénale sur le racisme et contre la Commission fédérale contre le racisme (CFR). Les contre-mesures prises à ce jour sont, selon l'ECRI, trop faibles et insuffisantes pour pouvoir créer un climat de confiance. En outre, elle soulève le rôle problématique des médias, qui font ressortir des stéréotypes racistes et xénophobes. Enfin, elle recommande aux autorités suisses de renforcer leurs efforts visant à lutter contre le racisme dans le discours politique et les médias (ch. 96, 102). Dans ce contexte, la Commission s'exprime en faveur d'une application plus stricte de ladite norme pénale, ainsi que de son élargissement. Un autre point central de critique de l'ECRI concerne le fait que la Suisse ne connaît pas de loi interdisant de manière générale la discrimination raciale, à savoir également dans le domaine non-étatique. C'est la raison pour laquelle elle recommande à la Suisse d'adopter en toute urgence un cadre juridique civil et administratif pour la lutte contre la discrimination raciale, afin de couvrir tous les types de discrimination raciale dans tous les domaines de la vie (ch. 40, 41). Elle recommande tout particulièrement d'adhérer aux réglementations internationales importantes. En outre, elle propose de consolider et de renforcer les moyens mis à disposition des organes étatiques internes existants (SLR, CFR, CFM) (ch. 46, 49, 51), et de poursuivre les efforts en vue de former la police, les procureurs, les juges et les juristes dans le cadre de l'application de la norme pénale sur le racisme (ch. 25, 26).

[24] La délégation de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) s'est montrée inquiète, lors de sa visite en Suisse en novembre 2011, au sujet de l'augmentation de l'intolérance et de la discrimination raciale à l'égard des personnes musulmanes, du problème grandissant de l'antisémitisme, des appels au racisme et à des comportements hostiles sur internet, ainsi que de l'information négative dans les médias concernant les personnes musulmanes.¹² Elle recommande à la Suisse de promouvoir le dialogue, afin de trouver un moyen d'empêcher la discrimination raciale à l'encontre des minorités dans cet État fédéraliste et de démocratie directe. De plus, des programmes de sensibilisation devraient attirer plus l'attention sur le rôle des migrant(e)s et des minorités pour le développement d'une Suisse stable et pleine de succès et promouvoir une compréhension réciproque et la tolérance au sein de la société. Il faut agir de manière préventive contre la discrimination raciale des personnes musulmanes sur le marché du travail par le dialogue avec les acteurs économiques et de l'industrie. Enfin, des mesures devraient être prises afin de contrer les conséquences sociales et culturelles négatives de l'initiative populaire contre la construction de minarets de 2009.

¹⁰ Commissaire aux droits de l'homme, Rapport 2005, p. 50.

¹¹ ECRI, 4^{ème} Rapport 2009.

¹² OSCE Suisse, 2011.

[25] Le Commissaire européen aux droits de l'homme, Thomas Hammarberg, lors de sa visite en Suisse en février 2012, a constaté une augmentation de l'intolérance et du racisme.¹³ Selon lui, certaines initiatives populaires (initiative contre les minarets et initiative sur le renvoi), ainsi que des meetings publics – organisés par des forces politiques importantes – mènent à une stigmatisation de la population immigrée. À cet effet, il attire l'attention sur les limites de la liberté d'expression. Il regrette que les dispositions en vigueur dans le Code pénal, ainsi que leur application par les tribunaux, soient trop faibles pour garantir une protection effective contre le racisme. En particulier, les débats politiques à caractère xénophobe seraient menés de telle manière qu'ils ne tomberaient pas sous la norme pénale en vigueur. Il insiste sur la nécessité d'une législation complète ainsi que de mécanismes indépendants et effectifs, afin de surveiller, réparer et prévenir toute violation de droits humains. Dans ce contexte, il plaide en faveur d'un renforcement du cadre institutionnel : au niveau fédéral, la CFR et la CFM devraient être renforcées et mieux soutenues, au niveau cantonal, des centres de médiation devraient être créés dans toute la Suisse. Enfin, il se montre inquiet au sujet des décisions arbitraires dans le cadre des procédures de naturalisation et demande à la Suisse d'adhérer d'urgence à la Convention européenne sur la nationalité de 1997.

3. Comparaison des recommandations internationales

[26] Les recommandations des organes de surveillance internationaux et européens concernent, en résumé, les quatre thèmes centraux suivants :

- Mesures législatives : adaptation de la norme pénale sur la discrimination raciale ainsi que des normes légales sur la discrimination raciale dans le domaine privé
- Application du droit et mesures institutionnelles : élargissement du mandat de la CFR (y compris le droit de pouvoir aller en justice dans les cas de discrimination raciale) et d'autres organes, ainsi que la mise à disposition de moyens financiers suffisants
- « Soft measures » : mesures de prévention contre la xénophobie, le racisme et la discrimination raciale, ainsi que la promotion du dialogue interculturel et de la tolérance dans la politique et la société
- Monitoring de cas de discrimination raciale ainsi que documentation des contre-mesures et des activités entreprises

3.1. Mesures législatives

[27] Le CERD, l'ECRI, le Rapporteur spécial sur le racisme de l'ONU et les Commissaires européens aux droits de l'homme Gil-Robles et Hammarberg poussent leurs recommandations plus loin et demandent à ce que des démarches législatives soient entreprises à tous les niveaux étatiques, afin de combattre la discrimination raciale et l'intolérance de manière efficace, également dans le domaine juridique privé. L'ECRI et le CERD s'expriment en faveur d'un élargissement de la norme pénale sur la discrimination raciale, ainsi que pour une mise en œuvre plus stricte de cette dernière. Le CERD rappelle à la Suisse que la liberté

¹³ Communiqué de presse du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe Thomas Hammarberg du 23 février 2012. Voir aussi la Lettre du 12 mars 2012 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe Thomas Hammarberg adressée au Conseiller fédéral Didier Burkhalter.

d'expression et la liberté d'association sont soumises à des limites et propose d'interdire les organisations et leurs activités incitant au racisme et à la discrimination raciale.

3.2. Application du droit et mesures institutionnelles

[28] Deux organes se prononcent de manière très générale quant à l'application du droit : le CCPR exige de la Suisse de combattre de façon résolue les incitations à la discrimination raciale, la xénophobie et la haine raciale et le CDESC, quant à lui, recommande à la Suisse d'appliquer ses lois sur l'interdiction de la discrimination raciale de manière effective. Le CERD, l'ECRI et le Commissaire européen aux droits de l'homme Hammarberg recommandent un renforcement des moyens financiers pour la CFR (resp. aussi pour le SLR et la CFM) et ainsi une consolidation de ces institutions. Monsieur Hammarberg incite, en outre, à la création de centres de médiation dans les cantons. Le CCPR souhaiterait que la Suisse élargisse le mandat de la CFR (ou d'une institution indépendante), afin que cette dernière puisse agir en justice dans des cas de discrimination raciale.

3.3. Soft measures

[29] Les recommandations des différents organes de surveillance vont, de manière générale, dans une même direction, et il existe un large consensus sur le fait qu'il faut faire des efforts plus intensifs dans le domaine des *soft measures*. Le CDESC et le CCPR, dans leurs recommandations, misent aussi de toute urgence sur des *soft measures* pour la prévention et la sensibilisation, bien que les recommandations restent relativement ouvertes. Les deux organes exigent de la Suisse qu'elle fasse des efforts encore plus grands, afin de prévenir le racisme et la xénophobie et de promouvoir la tolérance et le dialogue interculturel. Le CERD et l'OSCE exigent également un renforcement des campagnes d'information et de sensibilisation afin de combattre les préjugés. En ce qui concerne la prévention, le CERD et le Rapporteur spécial pour le racisme de l'ONU recommandent à la Suisse d'élaborer un plan d'action national et de mettre à disposition les moyens financiers nécessaires pour garantir sa mise en œuvre.

3.4. Monitoring

[30] Le Commissaire européen aux droits de l'homme Gil-Robles propose de surveiller la lutte contre la discrimination raciale en Suisse par un système effectif de monitoring, alors que le CERD réclame, dans le prochain rapport étatique, des informations sur l'état de la mise en œuvre et sur les mesures contre la discrimination raciale dans les cantons.

III. OBLIGATIONS INTERNATIONALES

1. Obligation de non-discrimination (*duty to not-discriminate*)

[31] La non-discrimination raciale est un principe fondamental des droits humains important et un signe distinctif dans le catalogue des droits fondamentaux des États modernes. Différentes conventions obligent les États à respecter les droits y étant reconnus et de les garan-

tir à toutes les personnes, en particulier sans faire de différences quant à la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, la provenance nationale ou sociale etc. Ce principe est par exemple ancré dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 2 et art. 7), la Convention européenne des droits de l'homme (art. 14), dans le Pacte I (art. 2) et le Pacte II (art. 2 et 26¹⁴). Les remarques générales suivantes concrétisent l'obligation de non-discrimination:

- CCPR, Observation générale n° 15 (1986) concernant la situation des étrangers au regard du Pacte. En règle générale, tous les droits du Pacte II doivent être appliqués sans discrimination tant aux ressortissant(e)s d'un État qu'aux personnes étrangères.¹⁵
- CCPR, Observation générale n° 18 (1989) concernant le principe de non-discrimination. Il y est précisé que, selon l'art. 2 al. 1 du Pacte II, les États parties sont tenus de respecter et de garantir à tous les individus les droits reconnus dans le Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.¹⁶ En outre, le Comité déclare les mesures positives (*affirmative actions*) visant à combattre la discrimination raciale grandissante comme appropriées (ch. 10).
- Comité DESC, Observation générale n° 20 (2009) sur la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels. Selon cette dernière, les États ont l'obligation de combattre la discrimination raciale « formelle » et « matérielle », « directe » et « indirecte »¹⁷ basée sur la race, la couleur, la nationalité et la religion (e. a.) et de faire respecter effectivement le principe de non-discrimination.

2. Obligations de protection de l'État (*duty to protect*)

[32] L'obligation de protection est définie comme l'obligation de l'État de protéger les droits humains contenus dans les conventions internationales de toute atteinte émanant de l'État ou de personnes privées. Il incombe donc à l'État de prendre les mesures nécessaires pour

¹⁴ La Suisse expose dans sa réserve relative à l'art. 26 (égalité devant la loi, protection égale de la loi sans discrimination) que l'égalité de toutes les personnes devant la loi et leur droit à une égale protection de la loi sans discrimination ne seront garantis qu'en lien avec d'autres droits contenus dans le présent Pacte.

¹⁵ Il existe deux exceptions : l'art. 25 Pacte II ne s'applique qu'aux nationaux en relation avec l'accès aux autorités, la collaboration et l'élaboration de tâches publiques, ainsi qu'avec les votations, et l'art. 13 Pacte II ne s'adresse qu'aux personnes étrangères en relation avec leur renvoi. CCPR, Observation générale n° 15 (1986), ch. 2.

¹⁶ CCPR, Observation générale n° 18 (1989) Non-discrimination, ch. 1.

¹⁷ Comité DESC, Observation générale n° 20 (2009). Afin d'éliminer la discrimination « formelle », il faut faire en sorte que la constitution, les lois et les textes de politique générale d'un État n'entraînent pas de discrimination fondée sur des motifs interdits (ch. 8a). Pour l'élimination de la discrimination « matérielle » dans la pratique, il est nécessaire de porter une attention particulière aux groupes de personnes qui sont la cible de préjugés, au lieu de comparer seulement leur traitement formel avec le traitement formel de personnes dans des situations similaires. Afin d'éliminer la discrimination « matérielle », les États parties peuvent et doivent dans certains cas, adopter des mesures spéciales pour atténuer ou supprimer les situations qui perpétuent la discrimination (ch. 9). Il y a discrimination « directe » quand un individu est traité moins favorablement qu'une autre personne dans une situation semblable pour une raison liée à un motif interdit (ch. 10a). On parle de discrimination « indirecte » dans le cas de lois, de politiques ou de pratiques qui semblent neutres a priori mais qui ont un effet discriminatoire disproportionné sur l'exercice des droits consacrés par le Pacte eu égard à des motifs de discrimination interdits (ch. 10b).

que les personnes ne soient pas victimes d'actes de violence et de propos racistes ou de discrimination (sur la base de la race, la couleur, la provenance nationale, la religion, etc.). Le législateur est obligé de formuler les bases légales de telle sorte que les personnes soient protégées contre les actes de violence racistes ; les autorités appliquant le droit doivent, quant à elles, garantir la protection effective des personnes. On trouve de telles dispositions, par exemple, dans le Pacte II à l'art. 20 al. 2. Celui-ci demande une interdiction légale contre l'appel à la haine nationale et l'incitation à la discrimination raciale, à l'hostilité ou la violence.¹⁸ L'ICERD exige à son art. 2 que les États parties condamnent la discrimination raciale et s'engagent à prendre les mesures tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale. L'art. 4 exige que les États interdisent toute propagande et toutes organisations diffusant la discrimination raciale.¹⁹ Enfin, l'art. 5 let. b instaure le principe de l'égalité devant la loi, ainsi que la protection de l'État contre la violence et les atteintes à l'intégrité corporelle.

[33] Les organes de droits humains internationaux et européens sont conscients de la situation tendue entre le droit humain à la liberté d'opinion et l'interdiction de la discrimination (raciale), des discours haineux et des incitations à la discrimination raciale, et ont précisé quelles sont les limites à la liberté d'expression dans plusieurs déclarations publiques :²⁰

- CCPR, Observation générale n° 10 (1983) sur la liberté d'opinion. Le Comité attire l'attention sur les obligations et les responsabilités liées à l'exercice du droit à la liberté d'expression et y met des limites, lorsque les intérêts de tiers ou d'une communauté entière sont atteints (art. 19 al. 3 let. a Pacte II).²¹
- CCPR, Observation générale n° 11 (1983) sur l'interdiction de la propagande en faveur de la guerre et tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse (art. 20 du Pacte). Le Comité demande aux États de prendre des mesures législatives afin d'interdire tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence, et ne voit pas de problèmes de compatibilité avec le droit à la liberté d'opinion stipulé à l'art. 19 du même Pacte.²²
- CCPR, Observation générale n° 34 (2011) sur la liberté d'opinion et la liberté d'expression : elle soutient la compatibilité de l'art. 19 et 20 du Pacte II.²³
- CERD, Recommandation générale n° 15 (1993) sur les violences organisées fondées sur l'origine ethnique (art. 4 ICERD). Le Comité considère que l'interdiction de la propagation d'idées soutenant la supériorité de la race ou de haine raciale est compatible avec le droit humain à la liberté d'opinion. Le recours d'une personne à cette dernière, selon l'art. 29 al. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, est soumis à certaines obligations et responsabilités.²⁴ En outre, le soutien financier d'activités à caractère raciste doit être punissable, et les organisations, ainsi que les activités de propagande, incitant au racisme doivent être déclarées illégales (ch. 5 et 6).

¹⁸ Cet article formule ainsi une restriction à la liberté d'expression de l'art. 19 du Pacte.

¹⁹ La Suisse formule la réserve suivante portant sur l'art. 4 ICERD : « La Suisse se réserve le droit de prendre les mesures législatives nécessaires à la mise en œuvre de l'art. 4, en tenant dûment compte de la liberté d'opinion et de la liberté d'association, qui sont notamment inscrites dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. »

²⁰ Voir à ce sujet aussi WEBER, p. 7 ss.

²¹ CCPR, Observation générale n° 10 (1983), ch. 4.

²² CCPR, Observation générale n° 11 (1983), ch. 2.

²³ CCPR, Observation générale n° 34 (2011), ch. 50-52.

²⁴ CERD, Recommandation générale n° 15 (1993), ch. 4.

- Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° 20 (1997) sur le « discours de haine ». Elle contient une définition des discours de haine et fait remarquer que ces derniers peuvent avoir des conséquences bien plus fatales lorsqu'ils sont diffusés par les médias. De plus, elle attire l'attention sur le fait qu'il faut différencier la responsabilité légale de l'auteur du discours de haine de celle des médias.²⁵
- Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° 21 (1997) sur les médias et la promotion d'une culture de tolérance. Elle soulève le rôle des médias dans la lutte contre l'intolérance.
- Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Déclaration du Comité des Ministres sur la liberté du discours politique dans les médias (2004) : elle met l'accent sur le fait que la liberté du discours politique ne comprend pas la liberté d'exprimer des opinions racistes, de haine, xénophobes ou antisémites.
- ECRI, Déclaration sur l'utilisation d'éléments racistes, antisémites et xénophobes dans le discours politique du 17 mars 2005. Elle condamne l'utilisation de tels éléments dans les discours politiques et les considère comme inacceptables du point de vue éthique. En outre, elle demande aux États de punir les dirigeants d'organisations racistes, ainsi que le soutien de tels groupes et de telles organisations.²⁶

3. Obligations négatives (*duty to respect*)

[34] L'obligation des États parties de s'abstenir de toute discrimination raciale comprend, d'une part, des interdictions de discrimination raciale par l'État. Y sont soumis les autorités et les établissements qui sont partiellement en mains de l'État ou qui se chargent de tâches publiques. D'une autre part, les obligations négatives comprennent des mesures d'enquête et de sanction d'actes de discrimination raciale de la part de l'État – et ce soit à la demande de la victime de discrimination raciale soit d'office. L'obligation négative est ancrée à l'art. 2 al. 1 ICERD, qui invite les États à interdire et à condamner toute discrimination raciale. Ainsi, les États sont tenus de s'abstenir de tout acte et toute pratique de discrimination raciale à l'égard de personnes, de groupes de personnes ou d'établissements, et de s'assurer que toutes les autorités étatiques et locales, ainsi que les établissements publics, respectent cette obligation.²⁷

[35] Le CERD recommande aux États parties, dans sa Recommandation générale n° 30, de contrôler leur politique d'immigration et de veiller à ce qu'elle n'ait pas d'effet discriminatoire quant à la race, la couleur ou la provenance nationale ou ethnique.²⁸

4. Obligations de garantie de l'État (*duty to fulfil*)

[36] Les États parties doivent garantir que toutes les personnes puissent effectivement faire usage des droits humains et fondamentaux. À cet effet, les États doivent prendre, si nécessaire, des mesures positives afin de faire appliquer ces droits. En font notamment partie les

²⁵ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° 20 (1997).

²⁶ Déclaration de l'ECRI, 2005.

²⁷ La Suisse formule la réserve suivante portant sur l'art. 2 al. 1 let. a : « La Suisse se réserve le droit d'appliquer ses dispositions légales relatives à l'admission des étrangères et des étrangers sur le marché du travail suisse ».

²⁸ CERD, Recommandation générale n° 30 (2004), ch. 9.

mesures de prévention, de sensibilisation et les mesures spécifiques de soutien, ou encore les mesures visant à éliminer la discrimination raciale structurelle.²⁹ L'ICERD, à son art. 2 al. 2, rappelle aux États parties qu'ils doivent prendre des mesures spéciales et concrètes pour assurer le développement et la protection de certains « groupes raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes ». L'art. 6 exige l'application effective des droits par une protection et des voies de recours effectives devant les tribunaux nationaux et les autres organismes étatiques. En outre, l'art. 7 exige que les États prennent des mesures de prévention et de sensibilisation, notamment dans les domaines de l'enseignement, de l'éducation, de la culture et de l'information.

[37] Le CERD, dans sa Recommandation générale n° 30, demande aux États de prendre des mesures pour lutter contre les attitudes et les comportements xénophobes à l'égard des non-ressortissant(e)s, ainsi que contre les discours haineux. En outre, ils sont appelés à lutter contre la violence raciste et à promouvoir le principe de non-discrimination.³⁰

5. Recommandations générales concernant la législation sur la discrimination raciale

[38] La manière dont une législation détaillée contre la discrimination raciale devrait être constituée, respectivement quel contenu le législateur devrait prendre en considération, ressort des recommandations générales suivantes :

- CERD, Recommandation générale n° 7 (1985) relative à la législation visant à éliminer la discrimination raciale.
- L'ECRI, dans sa Recommandation de politique générale n° 1 (1996), donne des instructions détaillées quant aux mesures législatives que les États devraient prendre pour lutter contre le racisme, la haine raciale, l'antisémitisme et l'intolérance. Elle recommande p. ex. aux États membres du Conseil de l'Europe de s'assurer que l'ordre juridique national oblige l'État, à haut niveau (p. ex. dans la Constitution), à traiter toutes les personnes de manière égale, et de lutter contre le racisme, la haine raciale, l'antisémitisme et l'intolérance. Il faudrait également s'assurer que les législations nationales pénale, civile et administrative, combattent explicitement le racisme, la haine raciale, l'antisémitisme et l'intolérance, tout en énonçant, en particulier, la discrimination raciale au travail, lors de la livraison de marchandises et de fourniture de prestations de service. En outre, des mesures juridiques seraient nécessaires pour lutter contre les organisations racistes.³¹
- Dans la Recommandation de politique générale n° 7 (2002), l'ECRI établit une liste encore plus précise des mesures législatives pour la lutte contre le racisme et la discrimination raciale, tout en prévoyant une adaptation du droit constitutionnel, civil et administratif, ainsi que du droit pénal.³²

²⁹ La notion de discrimination raciale structurelle signifie que certaines personnes sont systématiquement privilégiées ou désavantagées sur la base de catégories sociales comme le sexe, l'appartenance ethnique, la religion, etc., dans différents domaines de la vie et, par conséquent, victimes d'une grave inégalité de traitement. La discrimination raciale structurelle est dirigée vers des inégalités de traitement ancrées dans des droits formels, des structures organisationnelles de la vie quotidiennes et dans des programmes et des routines d'institutions fondamentales de la société (par exemple dans les domaines de l'éducation, du travail et de l'immobilier).

³⁰ CERD, Recommandation générale n° 30 (2004), ch. 11, 12.

³¹ ECRI, Recommandation de politique générale n° 1 (1996).

³² ECRI, Recommandation de politique générale n° 7 (2002).

IV. MISE EN ŒUVRE INTERNE EN SUISSE

1. Appréciation générale sur la discrimination raciale en Suisse

[39] Alors que les organes de surveillance de l'ONU, le Rapporteur spécial, ainsi que le Commissaire aux droits de l'homme, ont fait part de leur inquiétude à plusieurs reprises quant à la discrimination raciale et à la xénophobie en Suisse, il n'y a, dans notre pays, aucun consensus politique concernant l'urgence d'aborder le problème. Les données à disposition ne permettent pas de juger définitivement de l'étendue du racisme, de la xénophobie et de la discrimination raciale en Suisse ; jusqu'à ce jour, il n'existe en Suisse aucune enquête systématique menée sur une longue durée à ce sujet. Certains rapports d'organisations non gouvernementales, de la CFR, ainsi qu'un nombre limité d'études montrent cependant que la xénophobie, le racisme et la discrimination raciale en Suisse ne sont pas des problèmes à négliger.³³

[40] À l'heure actuelle en Suisse, très peu de travaux scientifiques se sont penchés sur le problème de la discrimination raciale. Pourtant, dans différents domaines, il existe des signes clairs de discrimination raciale, comme par exemple dans les domaines des places d'apprentissage et du marché du travail³⁴, de la santé³⁵, mais également dans les rapports des autorités et de la police avec les migrant(e)s³⁶. La comparaison avec d'autres pays montre qu'en Suisse il existe encore une nécessité d'agir dans le domaine de la protection contre la discrimination raciale. Dans le dernier numéro du *Migrant Integration Policy Index* (MIPEX), en ce qui concerne la garantie d'une protection contre la discrimination raciale, la

³³ Voir, p. ex., SANDRO CATTACIN/BRIGITTA GERBER/SARDI MASSIMO/ROBERT WEGENER, *Monitoring misanthropy and rightwing extremist attitudes in Switzerland. An explorative study*, Genève, 2006. EVA GREEN/NICOLE FASEL/ORIANE SARRASIN, *The More the Merrier? The Effects of Type of Cultural Diversity on Exclusionary Immigration Attitudes in Switzerland*, *International Journal of Conflict and Violence*, vol. 4 (2), 2010, p. 177 – 190. SILVIA SCHÖNENBERGER/NICOLE WICHMANN, *Wegweiser zum Schutz vor Diskriminierung in der Zentralschweiz*, Neuchâtel, 2011. ALEXANDRA CAPLAZI/TAREK NAGUIB, *Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit. Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Notwendigkeit, Nützlichkeit und der inhaltlichen Ausgestaltung eines verstärkten Schutzes vor und bei ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt*, *Jusletter*, 7 février 2004. Voir aussi les Rapports périodiques « Incidents racistes traités dans le cadre de consultations » de humanrights.ch/CFR ou « Chronologie Racisme en Suisse » de la Fondation contre le racisme et l'antisémitisme.

³⁴ CLAUDIO BOLZMAN, *Les immigrés sur le marché du travail : entre discrimination et égalité de chances : le cas de la Suisse*, in : MANUEL BOUCHER (éd.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, Paris, 2001, p. 361-376. THERES EGGER/TOBIAS BAUER/KILIAN KÜNZI, *Möglichkeiten von Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt: eine Bestandesaufnahme von Problemlagen und Handlungsmöglichkeiten*, Berne, 2003. URS HAEBERLIN/CHRISTIAN IMDORF/WIDFRIED KRONIG, *Chancenungleichheit bei der Lehrstellensuche. Der Einfluss von Schule, Herkunft und Geschlecht*, Berne, 2004. CHRISTIAN IMDORF, *Die Diskriminierung "ausländischer" Jugendlicher bei der Lehrlingsauswahl*, in: HORMEL ULRIKE/SCHERR ALBERT (éd.), *Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse*. Wiesbaden, 2010, p. 197-220.

³⁵ HUDELSON, P./V. KOLLY/T. PERNEGER, *Patients' perceptions of discrimination during hospitalization*, *Health Expect*, 2010, vol. 13 cahier 1, p. 24-32. PÄRLI KURT, *Rechtsgutachten Diskriminierung von Diabetes-Patienten/innen*, Winterthur, 2009.

³⁶ Voir, p. ex., CTA 2004; TANGRAM 26 et URSULA BOSSHARD/PETER KEIMER, *Rassismusbekämpfung in öffentlichen Verwaltungen als Element der Personalentwicklung*, Berne, 2005.

Suisse a été placée en avant-dernière position sur 31 États européens et d'Amérique du Nord qui ont été comparés.³⁷

[41] En 2003, le Programme national de recherche « Extrémisme de droite – Causes et contre-mesures » (PNR 40+) a été lancé et s'est achevé en 2009. Les travaux montrent qu'il existe une peur largement étendue parmi la population face aux personnes étrangères, le véritable extrémisme de droite n'étant toutefois présent que parmi les jeunes et les jeunes adultes. En outre, ils montrent de quelle manière la longue tradition suisse du populisme de droite a des répercussions bénéfiques sur les tendances d'extrême droite.³⁸

[42] Au cours des dernières années, la « Suisse officielle » a également de plus en plus reconnu la problématique de la discrimination raciale. La reconnaissance officielle que la discrimination raciale structurelle est une réalité a mené, il y a peu de temps, à une politique d'intégration, qui a pour but d'offrir des chances égales d'accès aux ressources et aux services, ainsi que d'éliminer les obstacles structurels. Dans le Rapport de 2009 de la Conférence tripartite sur les agglomérations, une plateforme politique composée de la Confédération, des cantons, des villes et des communes, qui fait date dans la lutte contre la discrimination raciale, il est écrit la chose suivante : « Les discriminations constituent une entrave majeure à l'intégration. Politique d'intégration des étrangers signifie donc toujours aussi lutte contre la discrimination. Autant on peut attendre des étrangers qu'ils s'engagent activement pour leur intégration, autant la société d'accueil se doit de créer le cadre ad hoc à cette intégration. Elle doit éviter d'entraver le processus et même chercher à éliminer toute entrave existante. Au niveau fédéral, comme aussi dans nombre de cantons, de villes et de communes, cette conception globale n'est pas encore admise au nombre des principes de base »³⁹

[43] Finalement, depuis que le Rapport du Conseil fédéral sur l'évolution de la politique d'intégration de la Confédération (l'ainsi-nommé « Rapport Schiesser ») a été rendu, il existe un mandat clair pour avancer dans la lutte contre la discrimination raciale et élaborer les programmes cantonaux de telle manière à ce que les politiques d'intégration et d'anti-discrimination soient réunies.⁴⁰ Même si ce processus n'a pas (encore) mené à des progrès au niveau de la loi, cette problématique bénéficie cependant d'une attention de plus en plus grande. Sur la base de différents travaux, certains points très sensibles et domaines de la société, dans lesquels la discrimination raciale représente un problème particulièrement flagrant, ont pu être déterminés.

1.1. Le marché du travail

[44] La discrimination raciale au travail (différences salariales et conditions de travail), ainsi que sur le marché du travail et pour l'accès aux postes et aux différentes positions, est par-

³⁷ MIPEX III. Pour plus d'informations sur cet instrument de Benchmarking de la législation de l'UE, voir le lien www.mipex.eu.

³⁸ Voir à ce sujet l'aperçu des différents projets de recherche : <http://www.snf.ch/F/medias/communiqués/Pages/2009.aspx?NEWSID=1547&WEBID=04F828BF-8CD5-4EDD-818C-CF6AF9ADCF50>, consulté le 10.02.2012. Il existe un résumé des résultats sous MARCEL A. NIGGLI, Right-Wing Extremism in Switzerland. National and International Perspectives, Baden-Baden 2009. Voir aussi DAMIR SKENDEROVIC/GIANNI D'AMATO, Mit dem Fremden politisieren. Rechtspopulismus und Migrationspolitik in der Schweiz seit den 1960er Jahren, Zurich 2008.

³⁹ CTA 2009, p. 9.

⁴⁰ Conseil fédéral 2010.

ticulièrement grave pour les personnes concernées, même si la jurisprudence actuellement existante ne fait pas ressortir ce phénomène. Le recrutement et la promotion du personnel sont des aspects particulièrement vulnérables, étant donné que des préjugés sont en jeu dans le processus de sélection. Différents travaux ont analysés ces mécanismes de discrimination raciale dans les procédures de recrutement et de postulation (pour plus de détails, cf. chapitre traitant des domaines du marché du travail sensibles du point de vue des droits humains dans le tome *Mise en oeuvre des droits humains en Suisse: un état dans le domaine des droits humains et de l'économie*).

1.2. Les discours politiques et les médias

[45] Au cours des dernières années en Suisse, on a pu observer de quelle manière la xénophobie était sciemment utilisée à des fins politiques. Les personnes noires et musulmanes en particulier, ont été, dans les dernières années, la cible de campagnes électorales et de votation.⁴¹ Les tendances xénophobes dans le discours politique public, en particulier la présence répétée de publicités et de panneaux publicitaires dans les endroits publics, se sont imposées dans les dernières années et ont élargi ainsi de manière continue les limites de ce qui peut être dit. En présence de telles transgressions subtiles, le droit en vigueur, soit la norme pénale sur le racisme, n'est presque pas appliquée. En raison du manque de proscription politique et de sanction judiciaire du racisme dans le discours politique, le danger existe que les propos à connotation xénophobe deviennent tout à fait normaux et que ces derniers soient acceptés peu à peu par les autorités, la politique et le grand public. Il est donc nécessaire de procéder à une analyse approfondie, afin de connaître les raisons pour lesquelles, dans de tels cas, les bases légales ne sont pas appliquées de manière suffisante, respectivement quelles mesures correctives devraient être appliquées.⁴²

1.3. Actes de violence de la police

[46] Au cours des dernières années, les plaintes pour des actes de violence racistes de la police ont augmentées; les hommes de peau foncée semblent être particulièrement touchés. Toutefois, il n'y a aucune étude scientifique sur cette problématique. La Section suisse d'Amnesty International a publié en 2007 un rapport détaillé sur les déficits des droits humains dans les pratiques policières Suisses.⁴³ Il ressort également du Rapport annuel de 2010 de la Médiatrice de la Ville de Zurich que des discussions et des débats ont été entamés avec différents services de la police de la Ville sur le thème du « profilage racial »⁴⁴ et ont été poursuivis en 2011. Le traitement de ces questions dans le Rapport annuel 2010 a finalement suscité un écho important auprès des médias de sorte que le terme « profilage racial » s'est fait connaître.⁴⁵ Cependant, il n'existe pas de services de recours et d'enquête

⁴¹ LINARDS UDRIS/PATRICK ETTINGER/KURT IMHOF, Les étrangers et les minorités ethniques dans la campagne électorale – Une analyse de la couverture médiatique des élections fédérales de 2007, Berne, Commission fédérale contre le racisme, 2007.

⁴² Cf. à ce sujet TANGRAM 27.

⁴³ Amnesty International, Police.

⁴⁴ Aussi appelé « profilage ethnique » : les fonctionnaires pratiquent le « profilage racial », lorsqu'ils considèrent des personnes comme suspectes, entre autres, sur la base de ce qu'elles sont et de quoi elles ont l'air, plutôt que de ce qu'elles ont commis comme actes.

⁴⁵ Rapport 2011 du Service de médiation de la Ville de Zurich, p. 6.

indépendants des actes de violence de la police dans tous les cantons (pour plus de détails, cf. sous-chapitre « Droit de recours contre les actes de violence de la police » dans le tome *Mise en œuvre des droits humains en Suisse: un état des lieux dans les domaines de la privation de liberté, de la police et de la justice*).

1.4. Naturalisation

[47] La CFR, dans son Rapport « Discrimination dans le cadre des naturalisations » de 2007, fait remarquer qu'au niveau communal (au Parlement ou à l'assemblée communale), il arrive que des demandes de naturalisation soient rejetées pour des raisons de discrimination raciale. Une étude récemment parue sur la pratique de naturalisation dans différentes communes suisses montre que la nationalité des demandeurs est le facteur le plus important sur lequel se base la décision de naturalisation, ce qui mène donc à une discrimination raciale des personnes en provenance de certains pays⁴⁶ (pour plus d'informations sur la procédure de naturalisation, cf. sous-chapitre « La critique concernant les procédures de naturalisation ou la question de la liaison de l'électorat aux droits fondamentaux et humains au sein de la commune » dans le tome *Mise en œuvre des droits humains en Suisse: un état des lieux dans le domaine des questions institutionnelles*).

1.5. Discrimination raciale des minorités religieuses et interdiction des minarets

[48] Au cours des dernières années, le rejet en bloc de l'Islam et des personnes considérées comme musulmanes a notamment augmenté.⁴⁷ Les personnes souffrant le plus de ce phénomène sont les jeunes et les femmes portant le voile, qui, en raison d'attributions négatives, ont un accès difficile aux places d'apprentissage et de travail. Les préjugés hostiles aux personnes musulmanes mènent à une discrimination raciale au niveau institutionnel, structurel et interpersonnel. La CFR, dans son Rapport sur les relations avec la minorité musulmane en Suisse de 2006, a adressé des recommandations concrètes aux différents acteurs, afin de promouvoir la tolérance et de faire obstacle à la discrimination raciale.⁴⁸ L'OSCE s'est montrée également préoccupée, lors de sa visite en novembre 2011, au sujet des tendances hostiles envers les personnes musulmanes et particulièrement en rapport avec l'initiative contre les minarets et a recommandé de prendre des mesures pour empêcher d'autres exclusions.⁴⁹

⁴⁶ JENS HAINEMUELLER/DOMINIK HANGARTNER, Who gets a Swiss Passport? A Natural Experiment in Immigrant Discrimination, 2011. Voir aussi le communiqué de presse concernant les résultats de cette étude :

http://www.myscience.ch/fr/news/2013/diskriminiert_durch_die_gemeindeversammlung-2013-snf, consulté le 30.01.13.

⁴⁷ Réseau de consultations pour victimes de racisme, 2010.

⁴⁸ CFR, 2006, p. 38 ss.

⁴⁹ OSCE, 2011, p. 5.

2. Les bases légales

2.1. Les bases légales au niveau fédéral

[49] Les bases légales actuellement en vigueur concernant la lutte contre la discrimination raciale se fondent surtout, d'une part, sur l'interdiction de la discrimination de l'art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale, et, d'autre part, sur la norme pénale sur la discrimination raciale des art. 261bis du Code pénal et 171c du Code pénal militaire.

2.1.1. L'interdiction de la discrimination raciale au niveau de la Constitution fédérale

[50] La Constitution fédérale interdit à l'art. 8 al. 2 la discrimination basée, entre autres, sur l'origine, la race et les convictions religieuses. Selon l'art. 35 al. 2 Cst., l'ensemble des acteurs qui assument des tâches de l'État doivent contribuer à la réalisation de ce droit fondamental à la non-discrimination. L'art. 35 al. 1, en relation avec l'al. 3, dispose que l'interdiction constitutionnelle de la discrimination s'applique à l'ensemble de l'ordre juridique et s'étend ainsi indirectement aux relations qui lient les particuliers entre eux. La doctrine rejette majoritairement le fait que l'on puisse déduire un principe de non-discrimination général privé à partir de l'effet indirect de l'interdiction de discrimination de la Constitution fédérale.⁵⁰ L'adoption de bases légales portant sur des mandats législatifs spéciaux en faveur des femmes et des personnes souffrant de handicaps (art. 8 al. 3, respectivement 4) montre bien, selon PETERS, que le législateur constitutionnel ne prévoit pas de mandat de protection étendu de l'État concernant les interdictions de discrimination.⁵¹

2.1.2. La norme pénale sur le racisme, l'interdiction pénale de discrimination raciale

[51] Selon l'art. 261bis CP et l'art. 171c CPM, qui sont entrés en vigueur au 1^{er} janvier 1995, est punissable celui qui discrimine publiquement une personne ou un groupe de personnes en raison de son appartenance raciale, ethnique ou religieuse. Les actes punissables sont:

- L'incitation publique à la haine et à la discrimination raciales,
- La propagation d'idéologies visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion,
- L'organisation, l'encouragement ou la participation à des actions de propagande ayant le même but,

⁵⁰ Voir à ce sujet, p. ex., KURT PÄRLI, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts*, Saint-Gall, 2009, p. 214 ss ; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, Berne, 2007, p. 370 ss ; ANDREAS AUER/GIORGIO MAILINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux*, 2^{ème} éd., Berne, 2006, p. 504 ss ; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^{ème} éd., Basel, 2009, p. 235.

⁵¹ ANNE PETERS, *Diskriminierungsverbote*, in : DETLEF MERTEN/HANS-JÜRGEN PAPIER, *Grundrechte in der Schweiz und in Lichtenstein*, Vol. VII 2, Heidelberg, 2007, p. 297 ss.

- L'abaissement (atteinte à la dignité humaine) ou la discrimination notamment par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, ou la négation, la minimisation ou la justification de génocides ou d'autres crimes contre l'humanité,
- Ainsi que le refus de fournir une prestation destinée à l'usage public à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse.

[52] L'introduction de la norme pénale 261bis CP a sans aucun doute eu un impact au niveau de l'ensemble de la société, dans la mesure où cette dernière a un effet sensibilisant et de prévention générale, ce qui en soit est positif. Elle sert à la protection de victimes potentielles, ainsi que de leur dignité, même si ce n'est que dans les limites de son champ d'application. Toutefois, la norme pénale contre la discrimination raciale est régulièrement remise en question au niveau politique et son abrogation a été demandée à plusieurs reprises.⁵² Le droit à la liberté d'opinion, qui serait restreint par la norme pénale, est invoqué à cet effet. Quand bien même ces revendications ont toujours été rejetées par la majorité au Parlement et au Gouvernement, ce débat continu montre bien que des dispositions légales plus étendues sur la lutte contre la discrimination raciale ne devraient actuellement pas obtenir une majorité au Parlement.⁵³

[53] Au niveau juridique, il n'y a eu, au cours des dernières années, aucune adaptation de l'interdiction de la discrimination raciale. Un projet de loi plus étendu, qui visait à punir également l'utilisation de symboles racistes, a définitivement été rejeté en septembre 2011 par le Conseil national et le Conseil des États à l'issue de débats au Parlement qui ont duré plusieurs années, alors que le Conseil fédéral avait demandé, déjà en juin 2010, le classement de la motion correspondante.⁵⁴ Le classement de la motion a été justifié, entre autres, par la mise en œuvre effective douteuse et le manque de clarté du texte de loi. En outre, le Conseil fédéral a argumenté que la prévention du racisme serait plus efficace que sa répression.⁵⁵

[54] Le fait que la norme pénale contre la discrimination raciale ne puisse pas couvrir l'ensemble des formes de discrimination raciale représente un des problèmes de base de la politique suisse contre le racisme et la discrimination raciale. Le droit pénal régleme, certes, des formes graves et publiques de la discrimination raciale, mais n'est par contre pas applicable à la prévention et la lutte contre des formes de discrimination raciale plus subtiles et moins visibles, telles que la discrimination raciale indirecte, institutionnelle ou structurelle, ainsi que la discrimination raciale au sein de la sphère privée.

⁵² Cf., p. ex., Motion du Groupe de l'Union démocratique du centre 05.3013, « Abrogation de l'article antiraciste » du 28.02.2005, Initiative parlementaire Bernhard Hess 06.472 « Abrogation de la norme pénale antiraciste », Interpellation Bernhard Hess/DS 07.3220 « Abrogation de la norme pénale antiraciste. Détermination de la validité d'une initiative populaire » du 23.03.2007, Motion Mörgeli/UDC 09.3843 « Abrogation de l'article contre le racisme » du 29.09.2009.

⁵³ À ce sujet, cf. Office fédéral de la justice, Discrimination raciale.

⁵⁴ Motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national 04.3224 « Utilisation de symboles de mouvements extrémistes appelant à la violence et à la discrimination raciale comme norme pénale » du 29.04.2004.

⁵⁵ Rapport du Conseil fédéral concernant le classement de la motion 04.3224.

2.1.3. Les dispositions légales contre la discrimination raciale

[55] La Suisse ne dispose pas d'instrument global et sérieux pour la lutte contre la discrimination raciale : tout comme auparavant, elle ne connaît ni de loi spécifique sur la protection contre la discrimination raciale en raison de la provenance, la couleur, la religion, etc., ni de loi générale contre la discrimination raciale, telle que la plupart des États européens l'ont introduite sur la base de la Directive de l'UE 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et de la dénommée Directive de l'UE contre le racisme (2000/43/CE).

[56] Les interventions politiques faites à ce jour en vue de mesures législatives sont restées sans succès. Ainsi et par exemple, la motion « Loi fédérale contre les discriminations » (06.3082 Zisyadis Josef), visant à préciser l'interdiction de la discrimination de la Constitution fédérale dans une loi formelle, a été classée.⁵⁶ L'auteur de la motion demandait à ce qu'une disposition sur l'accès aux places de travail dans le secteur public soit inscrite dans le projet de loi. Le Conseil fédéral a justifié le classement en invoquant le fait qu'il souhaitait donner la priorité aux instruments élaborés et convenus librement par les partenaires sociaux. En outre, il attire l'attention sur les lois sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, ainsi que sur les personnes handicapées. L'initiative parlementaire « Loi sur l'égalité de traitement » (07.422 Paul Rechsteiner) a également été rejetée à la demande de la majorité de la Commission au sein du Conseil national. Enfin, l'initiative parlementaire déposée à la fin 2010 (10.523 Prelicz-Huber/Grüne) « Pour une loi contre la discrimination raciale » n'a pas été suivie par le Conseil national lors de la session de printemps 2012. Ceci à la demande de la majorité de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, qui avait examiné le projet le 13 octobre 2011. Elle justifie le rejet par le fait qu'il n'y aurait aucune nécessité d'agir sur le plan législatif dans ce domaine, que la création de droits justiciables serait problématique et que le renversement du fardeau de la preuve en faveur des victimes de discrimination raciale, par exemple dans le domaine du droit du travail et du bail, irait trop loin.⁵⁷

[57] Le projet de révision partielle de la Loi fédérale sur les étrangers, qui a été mis en consultation le 23 novembre 2011, contient à l'art. 53 al. 1 le principe selon lequel la Confédération, les cantons et les communes doivent prendre en compte les problèmes de l'intégration et de la protection contre la discrimination raciale lors de l'accomplissement de leurs tâches. Dans le rapport explicatif du Conseil fédéral, ce dernier est d'avis que les règles du droit pénal et privé, les textes de droit public, ainsi que les bases légales du droit international public en vigueur, offrent une protection suffisante contre la discrimination raciale et qu'il ne désire pas procéder à une modification du droit en question. L'intérêt sera donc porté à l'avenir sur l'activité d'information de la Confédération, des cantons et des communes, afin que le droit en vigueur soit appliqué de manière plus effective.⁵⁸ Étant donné que le projet de loi ne prévoit pas d'interdiction de discrimination raciale ou d'obligations concrètes et tangibles, cette modification de la loi ne répond pas aux exigences des standards internationaux.

⁵⁶ Motion Josef Zisyadis 06.3082 « Loi fédérale contre les discriminations ».

⁵⁷ Rapport de la Commission des affaires juridiques du 13 octobre 2011.

⁵⁸ Rapport explicatif relatif à la procédure de consultation concernant la modification de la Loi fédérale sur les étrangers (intégration) du 23 novembre 2011, p. 13.

2.2. Les bases légales au niveau cantonal

[58] Au cours des dernières années, les constitutions cantonales de plusieurs cantons ont été révisées et, dans certaines de ces dernières, une interdiction générale de discrimination a été introduite (ainsi dans les cantons d'Appenzell Rhodes extérieurs, Argovie, Nidwald, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Berne, Fribourg, Glaris, Jura, Neuchâtel, Schaffhouse, Saint-Gall, Tessin, Uri, Valais, Vaud, Zurich). Étant donné que les cantons jouent un rôle fondamental et central dans la structure fédéraliste de la Suisse, un ancrage de l'interdiction des discriminations représente un pas important pour combler les lacunes quant à sa mise en œuvre. Toutefois, ces dispositions constitutionnelles ne déploient aucun effet à l'égard des tiers⁵⁹. De plus en plus de cantons adoptent des dispositions de protection contre les discriminations ou de lutte contre le racisme dans leur loi d'intégration, celles-ci n'ont cependant pas non plus d'effet à l'égard des tiers (Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel, Soleure, Tessin, Vaud, Valais et Zurich).

2.3. Mesures nécessaires

[59] Afin de satisfaire aux standards internationaux en matière de droits humains, différentes adaptations légales sont nécessaires en matière de lutte contre le racisme et de protection contre la discrimination raciale. La CFR, dans son Avis détaillé sur « Le droit contre la discrimination raciale – Analyse et recommandations » (2010), a fourni un travail préliminaire important pour l'adoption de mesures législatives en droit constitutionnel, privé et administratif, ainsi que pour les adaptations en droit pénal relatives à la protection contre la discrimination raciale.⁶⁰

[60] Un retrait des réserves existantes portant sur les conventions internationales en matière de droits humains (en particulier concernant l'art. 4 ICERD), ainsi que l'adoption intégrale des instruments internationaux centraux en matière de droits humains (ratification du Protocole n°12 à la Convention européenne des droits de l'homme⁶¹), seraient un pas important. Dans ce qui suit, quelques points concrets, qui selon nous doivent faire l'objet de développements législatifs, seront analysés.

2.3.1. Lacunes en droit pénal

[61] Le droit pénal (art. 261bis CP) contient aujourd'hui encore des lacunes et ne couvre pas de manière efficace tous les actes à caractère raciste:

⁵⁹ Elles ne sont donc pas directement applicables entre particuliers.

⁶⁰ Voir les recommandations de la CFR, 2010, p. 58-66.

⁶¹ Protocole n°12 du Conseil de l'Europe à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

A. Les éléments constitutifs des associations racistes

[62] Selon le droit en vigueur, la constitution, l'appartenance et la prospection de membres d'associations racistes ne sont pas punissables.⁶² Le CERD fait remarquer à la Suisse dans ses observations finales (2008) qu'elle devrait adopter des normes juridiques interdisant toutes les organisations incitant au racisme et à la discrimination raciale (cette exigence correspond à l'art. 4 al. b ICERD, auquel la Suisse a émis une réserve). La Recommandation générale du CERD n°15 ch. 6 l'exige également ; sur ce point, la norme pénale ne remplit pas les exigences de la Convention (art. 4 let. b ICERD).⁶³ Les Recommandations de politique générale n°1 (1996) et n°7 (2002) de l'ECRI émettent des exigences semblables.

B. Les groupes protégés

[63] En ce qui concerne les groupes de personnes protégés, la norme pénale, qui ne parle que de « races, ethnies et religions », ne va pas non plus aussi loin que pour les groupes protégés énoncés à l'art. 1 ICERD (« [...] toute discrimination raciale fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique [...], n'est pas admissible »).⁶⁴ La définition de la discrimination raciale de l'ICERD se recoupe largement avec la réglementation du Conseil de l'Europe. Ainsi, par exemple, dans le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, on parle de discrimination raciale fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, ou la religion (art. 2 al. 1).⁶⁵

C. Les éléments constitutifs du refus de prestations

[64] La pratique et la doctrine n'apportent toujours pas de réponse claire quant à l'étendue du refus de prestations (art. 261bis al. 5 CP).⁶⁶ Sur la base des informations législatives de fond concernant la norme pénale, on peut partir du principe que certains domaines de la vie ne tombent pas sous le coup de l'interdiction, et ainsi, selon la doctrine majoritaire, le refus de prestations basé sur une discrimination raciale ne s'applique pas, par exemple, aux places de travail ou aux offres de logements.⁶⁷ Toutefois, c'est justement dans ces domaines centraux de la vie que la discrimination raciale et le refus de prestations basés sur la provenance ethnique, culturelle et nationale, représentent un problème très répandu. Le droit civil suisse ne contient pas non plus d'interdictions explicites de la discrimination raciale. Le fait que le refus de prestations dans le cadre de la recherche de logements et de travail dans le do-

⁶² Les associations qui poursuivent un but illicite (selon l'art. 52 al. 3 CC) ne peuvent certes pas acquérir la personnalité juridique, respectivement elles peuvent être dissoutes sur plainte des autorités compétentes (art. 78 CC). Toutefois, cette réglementation a un effet limité (voir à ce sujet Naguib, p. 32-33).

⁶³ NIGGLI, p. 69.

⁶⁴ Le Conseil fédéral, par contre, dans sa réponse à la question parlementaire d'Ueli Leuenberger du 12.11.2008, est d'avis que l'art. 261bis CP irait au-delà des exigences de la Convention, dans la mesure où il couvrirait les groupes protégés/caractéristiques d'identité de manière plus large que la Convention ne l'exigerait (art. 261bis al. 1 CP).

⁶⁵ NIGGLI, p. 68-69.

⁶⁶ NIGGLI/FIOLKA, p.10 ss ; CFR 2010, p. 30 ss.

⁶⁷ NAGUIB, p. 36. En cas de refus de prestations, l'auteur de l'infraction doit avoir soumis son offre de prestations au public, mais le refus de prestations en soi (l'acte) n'a par contre pas besoin d'être fait publiquement. Voir NIGGLI, p. 474 ss.

maine privé ne puisse être sanctionné que difficilement, bien que l'ICERD⁶⁸ le demande, représente ainsi un problème non résolu.

2.3.2. Législation contre la discrimination raciale

[65] Il existe encore de grandes lacunes dans la protection contre la discrimination raciale. Toutes sortes de commissions nationales et internationales font remarquer à ce sujet qu'il faut agir de toute urgence. En ce qui concerne le droit de recours contre la discrimination raciale, la Suisse obtient un mauvais résultat en comparaison internationale. Ainsi, la Suisse a été classée dans ce domaine à l'avant-dernière place sur les 32 pays (la plupart européens) qui ont été comparés dans l'Index Intégration et Migration (MIPEX) de 2007 et 2011.⁶⁹ L'OCDE recommande dans son Rapport de février 2012 sur l'intégration en Suisse de renforcer « urgemment » le cadre juridique et institutionnel pour la protection contre la discrimination raciale.⁷⁰ Le Rapport de la Conférence tripartite de 2009 recommande de manière semblable d'examiner la question de l'introduction d'une réglementation durable en droit civil pour la protection contre la discrimination raciale.⁷¹

[66] La Suisse a refusé jusqu'à ce jour d'adopter une législation générale contre la discrimination raciale. Elle a choisi de légiférer dans certains domaines, en édictant la Loi sur l'égalité entre femmes et hommes, ainsi que la Loi sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées. Une législation spécifique contre la discrimination raciale, qui irait au-delà de la norme pénale contre la discrimination raciale en vigueur (art. 261bis CP et art. 171c CPM), renforcerait la prévention et la lutte contre la xénophobie et la discrimination raciale de manière significative, tel que cela ressort des expériences faites dans d'autres secteurs. Le classement de l'initiative parlementaire (Prelicz-Huber/Verts) par le Conseil national porte à croire que de tels projets n'auraient pas de grandes chances d'aboutir.

2.3.3. Adaptations en droit privé et en droit administratif

[67] En outre, il existe diverses lacunes de la loi en droit privé et en droit administratif qui, si elles étaient comblées, pourraient garantir une protection effective contre la discrimination raciale dans différents domaines de la vie.⁷² Ainsi, comme énoncé plus haut, il existe des points obscurs quant au champ d'application de la norme constitutionnelle sur l'interdiction de la discrimination en droit privé. Ni le Code civil, ni le Code des obligations, ne disposent d'interdictions explicites de la discrimination raciale. Certes, celui qui est atteint dans sa personne de manière illicite peut faire appel au juge en cas de discrimination raciale par des personnes privées. Toutefois, la protection de la personnalité du droit civil (art. 28 CC) n'est applicable que lorsque l'atteinte est dirigée contre une personne précise. Aussi, cette norme

⁶⁸ Art. 5 al. e let. i (Droit au travail) et iii (Droit au logement) ICERD.

⁶⁹ MIPEX III., p. 136.

⁷⁰ OCDE 2012, p. 54.

⁷¹ CTA 2009, p. 33.

⁷² CHRISTINA HAUSAMMANN, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick, Berne, 2008, p. 18 ; CFR, 2010, p. 10.

ne peut pas être invoquée lorsque tout un groupe de personnes est victime de diffamation. En outre, la preuve de l'atteinte à la personnalité doit être apportée par la personne lésée.⁷³

[68] Selon NAGUIB, une énumération explicite d'interdictions de la discrimination raciale pourrait avoir une importance centrale là où des acteurs privés assument des tâches étatiques ou sont soumis à la surveillance de l'État, comme par exemple dans le domaine des assurances privées, des écoles privées, des entreprises de sécurité ou encore des prestations médicales.⁷⁴ L'ancrage et la concrétisation de mesures de prévention contre la discrimination raciale dans des cahiers des charges, règlements, guides, directives internes, ainsi que la sensibilisation du personnel par des formations et des formations continues contribueraient en outre à la mise en œuvre effective du principe de non-discrimination.

[69] Le manque d'interdictions de discrimination explicites peut mener dans la pratique à une insécurité juridique et empêcher les victimes d'entreprendre des démarches contre la discrimination raciale. Des lignes directrices claires auraient également un effet préventif sur les actes d'auteurs potentiels de discrimination raciale. Tant et aussi longtemps que l'on ne pourra pas déterminer clairement ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas, par exemple dans le cadre de l'attribution de logements, de places de travail ou l'entrée dans des clubs, il n'y aura pas non plus d'effet dissuasif susceptible d'empêcher la discrimination raciale.

3. Application et imposition de la loi

3.1. La norme pénale contre la discrimination raciale

[70] On ne sait que peu de choses à ce jour sur l'effet et la mise en œuvre effective de la norme pénale sur la discrimination raciale. Il reste encore tout particulièrement à examiner dans combien de cas de discrimination raciale, et pour quelles raisons, la voie judiciaire n'est pas introduite, respectivement pourquoi la norme pénale n'est pas appliquée.

[71] L'ensemble des cas juridiques basés sur des actes racistes commis publiquement (selon l'art. 261bis CP), lesquels doivent être communiqués par les cantons à l'Office fédéral de la police, sont recueillis et exploités statistiquement depuis 1995 par la CFR. En tout, la CFR a eu connaissance de 501 dénonciations (cas) déclarées auprès des autorités compétentes entre 1995 et 2009. Dans environ la moitié de ces dénonciations (228 sur 501), les autorités d'instruction, après une instruction sommaire de l'état de fait, n'ont pas ouvert de procédure pénale, respectivement ont classé l'affaire ou ne sont pas entrées en matière. En ce qui concerne l'autre moitié (273 sur 501), les autorités sont entrées en matière sur le fond, et les affaires ont abouti à une décision au fond. Les autorités judiciaires ont libéré les personnes prévenues de discrimination raciale dans 43 cas (15,7% des décisions), alors que

⁷³ CHRISTINA HAUSAMMANN, *Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick*, Berne, 2008, p. 18 ; CFR, 2010, p. 18.

⁷⁴ TAREK NAGUIB, *Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung als integrationspolitische Aufgabe des Kantons. Grund- und menschenrechtlich fundierter Diskriminierungsschutz im Rahmen kantonaler Integrationspolitik. Rechtsexpertise und Empfehlungen im Auftrag der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern, (pas encore publié)*, p. 242 ss.

dans 230 cas (84,2% des décisions), les personnes prévenues ont été reconnues coupables.⁷⁵

[72] Il ressort d'une analyse détaillée des cas survenus entre 1997 et 2004 qu'une grande partie des procédures basées sur l'art. 261bis CP a été classée par manque de preuves, et que l'application de la norme pénale contre la discrimination raciale a été exclue maintes fois en raison du « manque de caractère public ».⁷⁶ Pendant longtemps, les tribunaux sont partis d'une notion restrictive de « caractère public ». C'était une façon d'apaiser la crainte selon laquelle les actes racistes dans la sphère privée pourraient tomber sous le coup de la norme pénale. Selon les experts juridiques, la pratique a mené à une certaine insécurité juridique. Un arrêt du Tribunal fédéral de mai 2004 qualifie clairement l'élément constitutif de la publicité d'innovateur.⁷⁷ Les craintes exprimées par une partie des détracteurs, selon lesquels la norme pénale contre la discrimination raciale restreindrait ou violerait le droit fondamental de la liberté d'expression de manière inadmissible, n'ont pas été suivies dans l'arrêt. L'étude concernant la casuistique sur la norme pénale contre la discrimination raciale arrive à la conclusion que les autorités compétentes pour rendre des décisions doivent faire usage dudit article de manière prudente.⁷⁸ En outre, le fédéralisme engendre, sans surprise, des différences dans la pratique juridique, et mène à des décisions cantonales inégales concernant l'art. 261bis CP.

[73] La norme pénale contre la discrimination raciale semble ne pas ou peu intervenir dans de nombreux domaines. On critique, par exemple, le fait que la norme pénale soit appliquée avec retenue à l'égard de déclarations xénophobes de partis et de personnes politiques ou en relation avec le refus d'entrer dans les clubs.⁷⁹ En outre, les ONG invoquent le fait que les autorités d'instruction, malgré la connaissance de cas concrets, n'ouvriraient souvent pas d'instruction, bien qu'elles y seraient obligées d'office conformément à la norme pénale contre la discrimination raciale.⁸⁰ Il n'y a à ce jour aucune donnée approuvée concernant les raisons de cette application de la loi hésitante ou lacunaire, raison pour laquelle un examen approfondi y relatif s'impose.

3.2. La base de données du Système de documentation et de monitoring

[74] La base de données du Système de documentation et de monitoring (DoSyRa) de la CFR et de Humanrights.ch/MERS offre des informations sur les consultations données aux victimes de racisme. Les rapports publiés annuellement sur les cas de racisme connus dans la pratique de consultation montrent que l'offre de consultations est de plus en plus utilisée par les personnes concernées. En outre, on constate qu'en 2010 une partie considérable des

⁷⁵ Voir la base de données des cas juridiques rassemblés par la CFR : <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/index.html?lang=fr>, consulté le 15 février 2012.

⁷⁶ CFR, 2007, p. 38. Pour une analyse détaillée, voir NIGGLI, 2007.

⁷⁷ ATF 130 IV 111. Le Tribunal fédéral considère dans cet arrêt que sont « publiques » les déclarations qui ne sont pas faites dans un cadre privé. Sont privées les déclarations faites en famille et dans le cercle des amis, le nombre des personnes présentes pouvant toutefois également jouer un rôle. Dans l'affaire qui devait être jugée, les déclarations faites lors d'une conférence tenue à huis-clos dans un chalet de montagne, à laquelle avaient participé 40 à 50 skinheads invités appartenant à différents groupements, ont été considérées comme « publiques » (consid. 6).

⁷⁸ CFR, 2007.

⁷⁹ CFR, 2009.

⁸⁰ Rapport ONG, CERD 2008.

178 cas de discrimination raciale sont associés à une forme latente et vague de xénophobie ou d'intolérance, ainsi qu'à des motifs liés à la couleur de peau ou à la religion musulmane, soit à des sujets ayant défrayé la chronique en Suisse.⁸¹ Il est difficile de poursuivre ces cas en justice, étant donné qu'ils ne tombent pas sous le coup de la norme pénale contre la discrimination raciale. Par conséquent, une procédure pénale n'est que rarement introduite.

3.3. Protection contre la discrimination raciale

[75] À ce jour, seuls très peu de cas ont été jugés sur la base de l'interdiction constitutionnelle de discrimination, étant donné que l'interdiction constitutionnelle de discrimination s'adresse en premier lieu à l'État, respectivement au secteur public, et ne déploie pas d'effet envers les tiers.⁸² La possibilité d'un mandat législatif, tel que dans le cadre de la discrimination en raison du sexe (art. 8 al. 3 Cst.) ou des personnes handicapées (art. 8 al. 4 Cst.), pourrait être prise en considération pour l'amélioration de la protection contre la discrimination raciale.

[76] Outre le manque de bases légales pertinentes, de nombreux obstacles entravent également la mise en œuvre effective des normes existantes. Les obstacles à la mise en œuvre sont, par exemple, la longue durée de la procédure, l'accès difficile à la procédure, l'insécurité concernant les coûts, le fardeau de la preuve, ainsi que la peur de conséquences négatives.⁸³ La CFR, au niveau fédéral, et différents réseaux de consultations, au niveau régional, avec le soutien financier du SLR, soutiennent les victimes de discrimination raciale en les conseillant, mais ne sont pas autorisés à entreprendre eux-mêmes des démarches juridiques. Le CCPR a critiqué ce point dans ces Observations finales de 2008 adressées à la Suisse. En 2010 et sur l'ensemble du territoire suisse, tout juste 23 cas de discriminations sur le marché du travail ont été traités par le réseau des centres de consultations. Ce bas nombre de cas doit être dû à l'insécurité juridique concernant les possibilités de sanctions, ainsi qu'à la primauté de la liberté contractuelle des employeurs.⁸⁴

[77] Actuellement, le Conseil fédéral reconnaît également le défi que représente l'application du droit. Dans son Rapport sur la mise en œuvre de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe de janvier 2012, le Conseil fédéral fait remarquer qu'en pratique peu de procédures judiciaires pour discrimination raciale sont introduites.⁸⁵ Selon l'avis du gouvernement suisse, le droit en vigueur pourrait être appliqué plus souvent, si le large public – à savoir tant les victimes potentielles de discrimination raciale que la société en général – était mieux informé. C'est pourquoi le Conseil fédéral veut, à l'avenir, aborder le sujet de l'intégration et de la lutte contre la discrimination raciale de manière globale et coordonnée. C'est la raison pour laquelle, dans le cadre de l'encouragement de l'intégration, l'État veut s'engager de façon renforcée pour l'élimination des manques et

⁸¹ Réseau de consultations pour victimes de racisme, 2010.

⁸² NAGUIB, p. 46.

⁸³ NAGUIB, p. 52 ss.

⁸⁴ OCDE, 2012, p. 51.

⁸⁵ En outre, le Conseil fédéral fait remarquer que la voie juridique n'est pas très attractive pour certains, étant donné que les coûts sont élevés comparativement à l'utilité relative d'un succès devant les tribunaux. L'incertitude et la peur, ainsi que les risques liés à un procès, dissuaderaient souvent les personnes victimes de discrimination d'avoir recours à la voie légale. Voir le troisième Rapport présenté par la Suisse sur la mise en œuvre de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe de janvier 2012, p. 16.

des discriminations dans les domaines des langues, de la formation et de l'information. La Confédération propose notamment les mesures suivantes :

- Tous les cantons doivent offrir aux personnes concernées des conseils avisés en matière de protection juridique contre la discrimination raciale, ainsi que de procédure.
- Des mécanismes de résolution des conflits fonctionnant sur une base de coopération, dès l'apparition de conflits, doivent être encouragés.
- Les personnes nouvellement arrivées de l'étranger doivent être informées, par exemple lors des premiers entretiens d'information ou par d'autres moyens, des possibilités de se défendre contre la discrimination raciale.
- Les services spécialisés dans les questions d'intégration se donnent les moyens, en collaboration avec les structures réglementaires, de reconnaître et d'éliminer les structures et les processus ayant un effet indirectement discriminatoire.

[78] Le Conseil fédéral a posé en 2010, dans son Rapport sur l'évolution de la politique d'intégration de la Confédération (« Rapport Schiesser »), les grandes lignes de la protection contre la discrimination dans le domaine des étrangers. Les cantons sont tenus à l'avenir d'introduire des plans de mesures pour la protection contre la discrimination dans leurs programmes d'intégration.⁸⁶ Ce cahier des charges est une condition pour que les programmes d'intégration cantonaux soient soutenus financièrement par la Confédération. Le développement de la protection contre la discrimination raciale dans la politique d'intégration est ainsi lancé par le Conseil fédéral, et la responsabilité a été déléguée au SLR sous la direction de l'ODM ; il reste encore à voir dans quelle mesure ces efforts porteront leurs fruits.

[79] Un postulat déposé en juin 2012 (Naef 12.3543) demande au Conseil fédéral de rédiger un rapport détaillé concernant le droit de protection contre la discrimination raciale. Ce dernier doit présenter les réglementations légales existantes en matière de protection contre la discrimination raciale, en analysant, entre autres, le taux de réussite des instruments de protection mis en œuvre.

3.4. Mesures nécessaires

[80] Hormis les démarches législatives nécessaires, il existe aujourd'hui encore une nécessité d'agir quant à la mise en œuvre du droit en vigueur. Ainsi, la création d'instruments effectifs de mise en œuvre et l'élimination des obstacles procéduraux devraient être développées encore plus à l'avenir.⁸⁷ Afin de garantir une application effective du droit en vigueur, un travail d'information s'impose non seulement auprès des conseillers et représentants juridiques, mais aussi auprès de la population (potentiellement concernée).

⁸⁶ Conseil fédéral 2010, p. 43.

⁸⁷ Cf. Recommandations in NAGUIB, p. 63-64, 66.

4. Mesures de prévention et de sensibilisation (soft measures)

4.1. Les efforts entrepris à ce jour

[81] Le Service de lutte contre le racisme (SLR), en particulier, ainsi que la CFR dans une moindre mesure, sont responsables au niveau fédéral de la prévention et la sensibilisation dans le domaine de la xénophobie et du racisme. Différents projets et activités sont financés par le SLR, qui dispose d'un budget annuel de 900'000 francs.

[82] Les mesures de sensibilisation vont de conférences spécialisées et de projets scolaires et de théâtre, jusqu'à des campagnes publicitaires et des semaines d'action contre le racisme. Outre le soutien financier pour des projets scolaires contre le racisme et pour les droits humains, le SLR offre son soutien depuis des années pour le développement et la tenue de formations continues à l'attention des corps de police cantonaux et communaux et des écoles de police. Dans le cadre du programme interdépartemental « Projets Urbains », des projets de quartier pour le développement sont soutenus dans le but d'améliorer durablement la qualité de vie dans certains quartiers ayant des exigences particulières, de créer des conditions favorables pour l'intégration dans la société et, ainsi, d'agir préventivement contre l'exclusion.

[83] Différentes campagnes médiatiques et publicitaires ont été lancées au cours des dernières années contre le racisme et l'exclusion. Au niveau national, le CFR a dirigé quatre campagnes qui ont eu lieu dans toute la Suisse dans les années 1997, 2005 et 2006. Les cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne ont lancé une campagne en 2000 avec le slogan « Des faits contre les préjugés » (« Tatsachen gegen Vorurteile »), qui a duré trois années, se fixant comme objectif clair de motiver un large public à se pencher sur les questions de migration et d'intégration de manière ouverte et critique en lui mettant à disposition des informations pratiques et ciblées. La campagne était composée de trois produits : un journal sur le thème de la migration, une campagne d'annonces avec des articles dans différents journaux régionaux et nationaux, ainsi qu'un site Internet avec des informations de fond concernant la campagne. Suite à ces expériences, les cantons d'Argovie, de Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Berne et Soleure ont lancé ensemble une campagne en 2005 portant le slogan « Tout commence par une rencontre » (« Aller Anfang ist Begegnung »). À d'autres endroits également, quelques initiatives locales de la part d'organisations de la société civile ou de services communaux pour l'intégration ont vu le jour.

[84] Au niveau étatique, le « dialogue musulman » a été lancé, afin de contrer les peurs et les préjugés à l'égard de l'Islam au sein de la majorité de la population, ainsi qu'à l'égard de l'hostilité grandissante et de la stigmatisation de toutes les personnes considérées comme musulmanes. Ce dialogue a été intensifié après la votation sur l'initiative contre les minarets.

[85] La responsabilité pour la mise en œuvre des mesures de prévention ressortit tant à la Confédération qu'aux cantons et aux communes. À propos de ces dernières, il convient de citer particulièrement les initiatives de plusieurs villes suisses qui se sont ralliées à la Coalition internationale des villes contre le racisme de l'UNESCO et qui ont élaboré des plans d'action pour la lutte contre le racisme dans le cadre de cette coalition.⁸⁸ Des semaines d'action contre le racisme sont organisées au mois de mars dans plusieurs villes. Ainsi, par

⁸⁸ Berne, Genève, Lausanne, Lucerne, Winterthur et Zurich.

exemple, les cantons de la Suisse de l'Ouest et le Tessin se sont associés pour mener une campagne commune (Campagne latine contre le racisme) dans le cadre de la Journée internationale contre le racisme 2012.⁸⁹ Ces activités sont cofinancées par la Confédération, respectivement par le SLR.

4.2. Mesures nécessaires

[86] Malgré les moyens limités, différents efforts ont été faits au cours des dernières années afin d'agir préventivement contre la xénophobie et le racisme. L'efficacité des différents projets n'a presque pas été analysée à ce jour.⁹⁰ Toutefois, afin de tirer des leçons des exemples positifs et de vérifier si les buts ont été atteints, plus d'évaluations et d'études sur l'efficacité seraient nécessaires.

[87] Afin que les causes de la discrimination raciale puissent être combattues, des mesures supplémentaires visant à examiner le problème sur l'ensemble de la société et à l'aborder avec des stratégies globales sont nécessaires. En outre, pour pouvoir planifier et coordonner des mesures efficaces, des acteurs internationaux dans le domaine des droits humains (CERD et le Commissaire aux droits de l'homme pour le racisme) recommandent d'élaborer un plan d'action contre le racisme et la discrimination raciale. Toutefois, le SLR perçoit de manière sceptique un plan d'action qui serait fixé par la Confédération, étant donné que ce dernier devrait être obligatoirement supporté par les trois niveaux étatiques.⁹¹ La question de savoir si une autre façon d'agir serait politiquement admissible dans notre Suisse fédéraliste et si elle serait ainsi plus efficace reste ouverte.

[88] Il y a encore et toujours une nécessité d'agir en matière de sensibilisation spécifique aux groupes cibles dans la lutte contre l'intolérance, la xénophobie et le racisme. Les compétences transculturelles ainsi que l'ouverture (transculturelle) des institutions pourraient être encouragées plus fortement. En Suisse, il n'existe à ce jour que quelques prestataires professionnels et compétents offrant de tels modules. Ces derniers devraient idéalement être intégrés dans les formations de base déjà (p. ex. dans la police, le travail social, la formation des enseignants, la prévoyance en matière de santé, etc.).

[89] Afin de contrer la normalisation, respectivement la banalisation, du discours politique xénophobe latent, voire ouvert, il manque actuellement de processus permettant de débattre des limites du tolérable en matière de liberté d'expression dans le discours politique public. On pourrait en particulier penser à des mesures de sensibilisation fournies par les médias lorsqu'ils servent d'intermédiaires à des discours discriminatoires et xénophobes.

[90] Enfin, il y a une nécessité d'action dans le sens d'un état des lieux de la documentation et de tous les efforts entrepris à ce jour concernant la lutte contre la discrimination raciale en Suisse. Ce n'est qu'ainsi que l'on pourra avoir une vue d'ensemble pouvant servir de base pour un travail de monitoring futur (v. p. b.).

⁸⁹ <http://www.semainecontreleracisme.ch/fr/semaine-contre-le-racisme>, consulté le 10.04.2011.

⁹⁰ À l'exception de quelques évaluations de projets, qui ont été soutenus par le SLR (Rapport annuel SLR 2011). Voir aussi THOMAS BÜRGISSER, Die Unterstützung von Projekten für Menschenrechte und gegen Rassismus durch die Fachstelle für Rassismusbekämpfung. Eine Zusammenstellung zu Interpretationsansätzen bei der Beurteilung der Wirksamkeit von Antirassismusprojekten, Berne, 2008.

⁹¹ Rapport annuel SLR 2011, p. 4.

5. Les mesures institutionnelles

[91] En Suisse, deux institutions ont des mandats en matière de lutte contre le racisme au niveau national, soit la CFR et le SLR. La CFM s'occupe quant à elle des questions de migration et d'intégration auxquelles appartient également la lutte contre la discrimination raciale. Au niveau cantonal, il n'existe que quelques services qui s'occupent explicitement de cette tâche (ainsi p. ex., dans la plupart des cantons de la Suisse de l'Ouest). Le soutien et les conseils donnés aux victimes sont assurés majoritairement – mais pas exclusivement – par des organisations de la société civile qui sont financées en partie par l'État.

5.1. La Commission fédérale contre le racisme

[92] La Commission fédérale contre le racisme (CFR) a été mise en place par le Conseil fédéral en tant que commission extraparlamentaire en date du 23 août 1995 en vue de la mise en œuvre de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Elle est chargée de combattre toute forme de discrimination raciale directe ou indirecte, de fournir un travail de prévention et de relations publiques, ainsi que de mettre en place ou de soutenir des campagnes de sensibilisation ou de prévention et d'encourager une meilleure entente entre les personnes de race, de couleur, d'ascendance, d'origine nationale ou ethnique ou de religion différentes. La CFR a également une fonction médiatrice : elle peut donner des conseils aux personnes qui se considèrent victimes de discrimination raciale et faire des recherches et servir d'intermédiaire en cas de conflits. Enfin, elle observe, documente et analyse l'application de la norme pénale contre la discrimination raciale.

[93] Le secrétariat de la Commission (poste au taux de 200% réparti sur trois personnes) est rattaché au Secrétariat général du Département fédéral de l'intérieur. Bien que le budget 2008 de la CFR soit passé de 174'000 à 155'000 francs, le budget 2010 est quant à lui passé à 200'000 francs.⁹² Ceci ne lui permet pas de soutenir financièrement d'autres projets.

[94] La légitimité de la CFR a été remise en question plusieurs fois au Parlement. Ainsi, au cours des dernières années, différentes interventions ont demandé, toutefois sans succès, à ce que son mandat soit limité, que les moyens financiers soient revus à la baisse, voire même que la Commission soit supprimée.⁹³ En mars 2007, le Parlement a cependant décidé à la majorité des deux tiers des voix de maintenir la CFR.⁹⁴

5.2. Le Service de lutte contre le racisme

[95] Le Service de lutte contre le racisme (SLR) doit contribuer, d'une part, à l'élaboration de la politique de la Confédération pour la prévention de la discrimination raciale et du racisme, ainsi qu'à la promotion des droits humains, et, d'autre part, il est chargé de mettre en œuvre ces tâches. En outre, il est compétent pour l'aide et la coordination professionnelle et financière des activités respectives au niveau fédéral, cantonal et communal.⁹⁵ Il mène lui-même,

⁹² Rapports annuels CFR 2008-2010.

⁹³ Postulat Mörgeli 99.3645 ; Motion fraction UDC 04.3771 ; Interpellation Reimann 07.3076 ; Motion Dunant 07.3032 ; Motion 09.4187 Wasserfallen.

⁹⁴ TANGRAM 19.

⁹⁵ Rapport annuel SLR 2011.

ou en collaboration, des projets pour la prévention dans tous les domaines de la vie sociale et offre un soutien efficace aux autorités, aux organisations de la société civile et aux personnes privées. En outre, il peut soutenir financièrement des projets contre le racisme et pour les droits humains. En 2011, le SLR avait quatre postes de travail (poste au taux de 270%) et une place de stage à disposition pour l'accomplissement de ses tâches. Le service spécialisé Extrémisme dans l'armée, qui est rattaché administrativement au SLR, dispose d'un poste au taux de 50%.

[96] Avec le fonds « Projets contre le racisme et en faveur des droits de l'homme », 15 millions de francs ont été rassemblés entre 2001 et 2005 pour le soutien de projets de formation, de sensibilisation et de prévention.⁹⁶ Depuis 2006, le Conseil fédéral ne met plus que 900'000 francs annuellement à disposition pour le soutien de projets de tiers. De cette somme, 500'000 francs sont destinés à des projets généraux et 400'000 francs pour des projets spécifiques dans le domaine scolaire. La diminution des moyens financiers destinés au soutien de projets par rapport aux années précédentes peut conduire, après qu'une première rallonge financière ait été accordée, à une cessation des activités des structures de consultations, ce qui a pour conséquence que l'effet durable n'est plus garanti.

[97] Le SLR est chargé de s'occuper de la politique future de protection contre la discrimination raciale, dont la direction incombe à l'Office fédéral des migrations (ODM). Lors de plusieurs conférences et workshops, le SLR a informé les collaboratrices et les collaborateurs des bureaux d'intégration et des centres de compétences au niveau cantonal et communal des prescriptions fédérales, et a défini en collaboration avec ces derniers des buts et des indicateurs pour le renforcement de la protection contre la discrimination raciale au niveau cantonal et local. Ces bases sont utilisées par de nombreux cantons comme fil conducteur pour l'élaboration de leurs politiques.

5.3. Services cantonaux et communaux

[98] Il existe au niveau cantonal des services de consultations, respectivement des services spécialisés pour l'intégration, certains depuis des années, d'autres depuis peu, responsables de la coordination des mesures d'intégration. Dans les cantons de Bâle-Ville, Fribourg, Neuchâtel, du Jura, de Vaud et du Valais, les services cantonaux pour l'intégration sont également explicitement compétents pour la lutte et la prévention contre le racisme. De manière analogue, l'intégration et la prévention contre le racisme sont des tâches qui incombent explicitement au Bureau lausannois pour l'intégration des immigrés – BLI. Le BLI propose d'une part des consultations pour les victimes de racisme (y compris des conseils juridiques) et un processus de médiation et, d'autre part, des modules de formation continue pour les autorités communales et les organisations de quartiers. Dans le cadre des futurs programmes d'intégration cantonaux, les services de consultations, respectivement les services spécialisés communaux et cantonaux pour l'intégration seront compétents à partir de 2014 également pour la protection contre la discrimination raciale. Les compétences professionnelles requises seront développées avec l'aide d'un coaching du SLR.

⁹⁶ Fonds « Projets contre le racisme et en faveur des droits de l'homme », Rapport 2001-2005 du Service de lutte contre le racisme.

5.4. Soutien et consultations pour les victimes

[99] Au cours des dernières années, environ dix services de consultations pour les victimes de discrimination raciale, financés en partie par l'État, ont été créés et sont rattachés au Réseau de consultations pour victimes de racisme.⁹⁷ Il y a beaucoup de cantons et de régions dans lesquels il n'existe pas encore de telles offres. Cela implique que les victimes de discrimination raciale ne peuvent, dans de nombreuses parties de la Suisse, pas bénéficier de ces consultations spécialisées et ne trouvent aucun soutien, ce qui a pour conséquence que bon nombre de cas de discrimination ne remontent pas à la surface.⁹⁸ A ce jour, il n'existe en Suisse que dix institutions d'ombudsmans parlementaires au niveau communal et cantonal.⁹⁹

5.5. Mesures nécessaires

[100] Afin de mettre en place des moyens de droits effectifs, il est nécessaire d'avoir des structures institutionnelles qui puissent faire avancer la lutte et la prévention contre le racisme et la discrimination raciale, et ce à tous les niveaux de l'État. Pour ce faire, une bonne coordination entre les institutions étatiques spécialisées, les autorités et les organisations de la société civile est indispensable, tout comme des moyens financiers suffisants, afin de mettre en œuvre et d'évaluer les mesures de façon efficace.

[101] Les services cantonaux (et communaux) spécialisés dans les questions d'intégration joueront un rôle important dans le cadre de la politique future pour la protection contre la discrimination raciale. La question de savoir si et dans quelle mesure ils s'occuperont de cette tâche, respectivement la mettront en œuvre, reste ouverte. Dans un premier temps, les compétences professionnelles nécessaires doivent être développées, afin que les services spécialisés dans les questions d'intégration et dans la lutte contre la discrimination raciale puissent être considérés comme étant compétents en la matière. L'image de soi de ces services spécialisés doit être développée de façon à ce que l'anti-discrimination raciale devienne une partie essentielle du travail d'intégration. Il est de leur responsabilité de concevoir et de développer stratégiquement la politique d'anti-discrimination et d'intégration. Enfin, il faut promouvoir la création d'autorités de recours et de services de médiation dans les cantons et les villes.

6. Monitoring, documentation, recherche

6.1. Mesures prises à ce jour

[102] Un système de monitoring a été développé progressivement au niveau fédéral pour tous les cas de discrimination raciale. Le système de documentation et de monitoring (Do-

⁹⁷ Réseau de consultations pour victimes de racisme : http://d102352.u28.netvs.ch/bfr/izr/izr_index.asp?lang=d&num=35.

⁹⁸ Voir SCHÖNENBERGER/WICHMANN.

⁹⁹ Ainsi dans les cantons de Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Vaud, Zoug et Zurich, ainsi que dans les villes de Berne, Rapperswil-Jona, Saint-Gall, Winterthur et Zurich.

SyRa) recueille depuis 2008 des cas de discrimination raciale émanant de la pratique et présente ses conclusions sous forme de rapports annuels. Ces derniers sont édités par Human-rights.ch/MERS. Au cours des dernières années, de nouveaux services de consultations sont venus se joindre au « Réseau de consultations pour victimes de racisme ».

[103] Depuis 1992, la Fondation contre le racisme et l'antisémitisme (GRA) et la Société pour les minorités en Suisse (GMS) éditent ensemble la « Chronologie Racisme en Suisse ».¹⁰⁰ Tous les cas à caractère raciste et/ou d'extrême droite rendus publics par des articles ou communiqués de presse y sont recueillis. Les propos publics qui ne tombent pas sous le coup de la norme pénale contre la discrimination raciale (art. 261bis CP) y sont également répertoriés.

[104] Le SLR est responsable au niveau national et international de l'observation et du compte-rendu concernant la situation en Suisse. Pour y parvenir, il est prévu à l'avenir de publier tous les deux ans un rapport périodique de monitoring présentant la situation dans le domaine du racisme et des mesures antiracistes en Suisse à l'attention des autorités et du public, et servant de base aux procédures internationales de rapports. Un premier projet pilote est attendu pour fin 2012.¹⁰¹

[105] Le SLR a donné le mandat d'élaborer une étude dans le but de mieux comprendre la propagation du racisme et de la xénophobie et les différentes attitudes par rapport à l'intégration des personnes étrangères et migrantes. L'enquête nationale « Zusammenleben in der Schweiz » (Vivre ensemble en Suisse) se propose de déterminer, en trois phases successives (2010, 2012 et 2014), la façon dont la cohabitation en Suisse est perçue, tant par la population suisse qu'étrangère (auprès de 1000 personnes suisses et 600 étrangères). Les résultats permettront d'évaluer les mesures prises en matière de lutte contre le racisme. Le développement, l'accompagnement et le financement de l'enquête s'accomplissent en étroite collaboration avec d'autres autorités fédérales.¹⁰²

[106] En outre, le SLR publie sur son site internet des publications sur le racisme et la discrimination raciale. La CFR édite quant à elle le bulletin TANGRAM deux fois par année, chaque numéro étant dédié à un sujet spécifique.

[107] Il convient de mentionner, qu'en rapport avec les données concernant les actes racistes, des expériences personnelles de discrimination raciale sont également recueillies lors du recensement de la population dans le cadre de l'enquête thématique « Langue, religion et culture ». La première version du questionnaire sera élaborée en septembre 2012.¹⁰³ Dans le nouveau monitoring d'intégration de l'OFS, un nouvel indicateur donnera des informations concernant l'étendue des expériences personnelles discriminatoires motivées par la xénophobie, le racisme ou l'antisémitisme. Les premiers résultats sont attendus pour la fin 2012.

¹⁰⁰ <http://chronologie.gra.ch/>.

¹⁰¹ Rapport annuel SLR 2011. Voir aussi SANDRO CATTACIN/BRIGITTA GERBER/MASSIMO SARDI/ROBERT WEGENER, *Monitoring misanthropy and rightwing extremist attitudes in Switzerland. An explorative study*, Genève, 2006. PATRIK MANZONI, *Machbarkeitsstudie zu einem Monitoring über Fremdenfeindlichkeit und rechtsextreme Orientierungen in der Schweiz*, Berne, 2007.

¹⁰² La Division politique IV Sécurité humaine du DFAE, l'Office fédéral de la statistique (OFS), la Direction du droit international public (DDIP), l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), l'Office fédéral de la police (fedpol), le Service analyse et prévention (SAP) (plus tard le Service de renseignement de la Confédération SRC), l'ODM, la CFM, la CFR. Voir Rapport du SLR 2011, p. 9.

¹⁰³ Troisième Rapport du Gouvernement suisse sur la mise en œuvre de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales de janvier 2012, p. 18.

6.2. Mesures nécessaires

[108] Afin de mieux comprendre le phénomène de la xénophobie, du racisme et de la discrimination raciale, différents axes doivent être pris en considération. D'une part, il faut créer plus de centres de consultations au niveau national vers lesquels les victimes ou les témoins d'actes racistes ou de discrimination raciale peuvent se tourner et rapporter les événements.¹⁰⁴ On peut penser à des centres de consultation régionaux dans les communes ou les cantons, ainsi que des centres d'ombudsman. Afin qu'une déclaration puisse être faite effectivement, il faut que ces centres se fassent connaître tant auprès des autorités qu'auprès du large public.

[109] En complément à cette saisie de cas de consultation, il existe un deuxième volet qu'il convient d'approfondir, à savoir celui des actes de discrimination raciale au sein de l'administration publique, de certaines unités de l'administration en particulier (départements, offices) ou d'une structure réglementée (école, services sociaux, service public de l'emploi, etc.). Contrairement au procédé décrit ci-dessus, dans lequel les cas déclarés sont répertoriés systématiquement, il conviendrait ici bien plus de faire une analyse unique de la problématique au sein d'une institution précise (screening) ou alors d'instaurer un processus d'observation périodique et la rédaction d'un compte-rendu par un groupe de travail indépendant ou une institution privée. Un recensement général des actes de racisme dans toute une ville, comme le fait la Ville de Zurich de manière pionnière dans son rapport sur le racisme, ou une analyse de la situation dans les cantons, serait également une procédure envisageable.¹⁰⁵

[110] En outre, il est nécessaire de mener des études ciblées dans d'autres domaines de la vie, afin de poursuivre la discrimination structurelle et institutionnelle, mais également pour analyser la discrimination raciale dans le domaine privé, p. ex. sur le marché du logement et du travail.

[111] Enfin, il faudrait accompagner les mesures préconisées dans le Rapport « Schiesser » pour une meilleure protection contre la discrimination par un monitoring approprié. Les évaluations des mesures prises et des projets en font partie, ainsi que le développement du monitoring des cas de racisme et de discrimination raciale au moyen du Système de documentation et de monitoring (DoSyRa) de la CFR.

V. BILAN

[112] Pratiquement aucun État ne satisfait de manière suffisante aux standards internationaux dans le domaine de la lutte contre la discrimination raciale. La Suisse se voit également toujours confrontée à de nombreux défis face aux problèmes persistants de la xénophobie et de la discrimination raciale. Trois Comités de l'ONU (le CCPR, le CDESC et le CERD) ont critiqué la situation en Suisse concernant cette problématique dans tous leurs Examens périodiques établis à ce jour. Malgré la reconnaissance de certains progrès qui ont été faits, ils regrettent toujours le climat xénophobe présent, en se référant cependant à la réalité ac-

¹⁰⁴ Voir à ce sujet MARTINA KAMM/SANDRO CATTACIN, *Hilfe für Opfer rassistischer Diskriminierung eine Analyse des Angebots in der Schweiz*, Neuchâtel, 2002.

¹⁰⁵ Voir à ce sujet le Rapport Zurich 2009 ainsi que l'état des lieux sur la discrimination raciale en suisse centrale (SCHÖNENBERGER/WICHMANN).

tuelle (p. ex. campagnes politiques en vue d'initiatives populaires). Les recommandations y relatives vont globalement dans la même direction, toutefois l'accent est mis sur différents points centraux selon le domaine de spécialisation de chaque organe de l'ONU : alors que le CERD exige en particulier une adaptation correspondante de la loi à l'ICERD (ce qui demanderait une modification de l'art. 261bis CP et de l'art. 171 CPM), le CCPR et le CDESC mettent bien plus sur des dispositions contre la discrimination raciale, respectivement sur une législation générale sur l'anti-discrimination qui permettrait notamment de combattre la discrimination raciale également dans le domaine privé. Il existe aussi un consensus quant à la question de l'importance d'institutions fortes (en particulier la CFR) pour la mise en œuvre du droit à la protection contre la discrimination raciale et le racisme.

[113] Il existe une zone de tension entre les standards internationaux et la Suisse concernant l'interprétation et l'étendue du droit humain à la liberté d'expression et d'opinion face à la protection contre la discrimination raciale. Alors que les organes de surveillance de l'ONU et du Conseil de l'Europe fixent des limites claires au droit à la liberté d'expression, notamment lorsque les intérêts de tiers sont touchés, la Suisse donne un poids comparativement important au droit à la liberté d'expression. La réserve portant sur l'art. 4 ICERD contrarie beaucoup le CERD, raison pour laquelle il pousse la Suisse à adapter la norme pénale contre la discrimination raciale et à pénaliser l'appartenance et le recrutement de membres d'organisations qui encouragent le racisme et la discrimination raciale. Le Conseil fédéral veut quant à lui être sûr, par sa réserve, que la Suisse ne soit pas obligée de punir l'appartenance à une association raciste afin de ne pas limiter la liberté de réunion.¹⁰⁶

[114] La différence la plus importante entre les standards internationaux et la Suisse doit être le manque de dispositions concrètes en matière d'interdictions de discrimination dans le domaine privé.¹⁰⁷ Alors que les organes compétents en matière de droits humains de l'ONU et du Conseil de l'Europe exigent une protection adéquate contre la discrimination raciale dans le domaine privé, différentes sources montrent clairement que ni le législateur, ni le Conseil fédéral, ne sont prêts à introduire des restrictions à la liberté contractuelle privée en faveur d'une protection effective contre la discrimination raciale.¹⁰⁸

[115] En ce qui concerne le développement du cadre juridique sur la protection contre la discrimination raciale, il faut s'attendre à une grande résistance politique, également dans les prochaines années. Il faudra voir si la stratégie de la Confédération – c'est-à-dire aucune modification des bases légales et concentration sur une meilleure mise en œuvre du droit en vigueur – apportera des améliorations effectives. La mise en œuvre du rapport « Schiesser », qui se propose d'aborder la protection contre la discrimination raciale dans le cadre de la politique d'intégration au niveau national, devra surtout être observée et accompagnée par un système de monitoring.

[116] Outre les adaptations législatives et la ratification d'instruments relatifs aux droits humains importants (comme le 12^{ème} Protocole additionnel à la CEDH), il reste toujours beaucoup à faire dans le domaine de l'application et de la mise en œuvre des réglementations existantes. Tous les acteurs importants des autorités de tous les échelons étatiques, des

¹⁰⁶ CERD, Observations finales Suisse, 2008.

¹⁰⁷ Voir à ce sujet MARTIN PHILIPP WYSS, Gesetzgeberische Massnahmen zum Abbau von Diskriminierungen. Handlungsbedarf und Modelle für die Schweiz ? in : WALTER KÄLIN (éd.), Das Verbot ethnischer Diskriminierung. Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte, Berne, 1999, p. 115-140.

¹⁰⁸ Voir, p. ex., le débat du Conseil national sur l'Initiative parlementaire Prelicz-Huber 10.523.

structures réglementaires, ainsi que les services spécialisés dans les questions d'intégration doivent être rassemblés, afin de pouvoir fournir un travail de prévention effectif. Des mesures de sensibilisation spécifiques à des groupes cibles (p. ex. les forces de sécurité, les médias, etc.), ainsi que des efforts supplémentaires pour l'ouverture (transculturelle) des institutions, y jouent un rôle prépondérant. Reste ouverte la question de savoir dans quelle mesure un plan d'action national ou un processus décentralisé, au niveau cantonal et local, se prêtera à une politique cohérente et effective contre le racisme et la discrimination raciale. La mise à disposition de moyens financiers suffisants et le partage clair des responsabilités sont, par contre, des conditions essentielles.

[117] Finalement, la volonté politique et une position claire de la Suisse officielle vis-à-vis des actes et des discours intolérables et non éthiques visant au dénigrement et à l'exclusion de certains groupes de personnes sont des éléments déterminants pour tous les efforts futurs dans la lutte contre la xénophobie et la discrimination raciale.

Auteure :

Silvia Schönenberger, lic. phil., Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population, Université de Neuchâtel.

La version originale en allemand de ce chapitre fait foi.

DROIT DES ÉTRANGERS

I. REMARQUE LIMINAIRE

[118] Ce chapitre relatif au droit des étrangers n'a pas pour objectif de présenter une critique exhaustive de cette matière. Il ne traite que les points particuliers qui ont été mentionnés, au cours de ces dernières années, par les différents organes des Nations Unies ou du Conseil de l'Europe.

[119] Les principaux points traités concernent la question du mariage des personnes sans droit de séjour, le droit de séjour des victimes de violences conjugales, ainsi que la détention administrative en droit des étrangers.

II. MARIAGE DES PERSONNES SANS DROIT DE SÉJOUR

1. Introduction et recommandation

[120] En 2009, le Comité des droits de l'homme (CCPR) a exprimé à la Suisse son inquiétude sur la question du droit au mariage pour les personnes sans droit de séjour. Le CCPR a ainsi fait la recommandation suivante : « [l]e Comité prend note avec préoccupation de la modification apportée le 12 juin 2009 au Code civil, qui interdit le mariage ou le partenariat aux personnes sans statut de séjour légal en Suisse. Cette nouvelle disposition va au-delà de la simple réglementation du droit de contracter mariage et de fonder une famille consacré à l'article 23 du Pacte (art. 2, 17, 23 et 26). L'État partie devrait revoir d'urgence sa législation afin de la rendre conforme au Pacte »¹⁰⁹.

[121] L'année suivante, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a également fait part des mêmes préoccupations et a recommandé à la Suisse de « prendre toutes les mesures nécessaires pour que sa législation garantisse que le droit de se marier puisse être exercé par quiconque se trouve sur son territoire »¹¹⁰.

2. Problématique

[122] Ces recommandations soulèvent deux problématiques principales. D'une part, il s'agit de déterminer le contenu du droit au mariage tel qu'il est garanti par les instruments internationaux des droits humains. D'autre part, est également rappelée au travers de ces deux recommandations l'obligation de respecter ces normes internationales en interprétant le droit national d'une manière qui soit conforme à ces prescriptions.

3. Fondements internationaux

[123] Le droit au mariage est garanti dans plusieurs textes internationaux.

¹⁰⁹ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, para. 21.

¹¹⁰ Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010, para. 28.

[124] Le paragraphe 2 de l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que « [l]e droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile ». Cet article est complété par une Observation générale No 19 émise le 27 juillet 1990 par le CCPR. Un seul paragraphe s'intéresse directement à la question du droit au mariage et il se lit de la manière suivante : « 4. Article 23, paragraph 2, of the Covenant reaffirms the right of men and women of marriageable age to marry and to found a family. [...] States parties' reports should indicate whether there are restrictions or impediments to the exercise of the right to marry based on special factors such as degree of kinship or mental incapacity. [...] ».

[125] Le mariage est également évoqué dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. On peut lire à son article 10 para. 1 qu'« [u]ne protection et une assistance aussi larges que possible doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge. Le mariage doit être librement consenti par les futurs époux ».

[126] Le droit au mariage fait également partie intégrante de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale qui prévoit à son article 5, lettre d, ch. iv le droit de se marier et de choisir son conjoint.

[127] L'article 16 para. 1, lettres a et b de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes précise que « [l]es Etats parties [...] assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme : a) Le même droit de contracter mariage ; b) Le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement ».

[128] Enfin, au niveau régional, la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît le droit au mariage dans son article 12 en affirmant qu'« [à] partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

[129] Il ressort des différentes dispositions évoquées ci-dessus qu'il existe un droit de se marier qui ne peut être limité qu'à certaines conditions énoncées dans les conventions précitées : les époux doivent être consentants, le choix du conjoint doit s'effectuer librement, les mariés doivent avoir atteint l'âge nubile.

[130] Ces différentes Conventions, de la même manière que l'Observation générale No 19, ont été rédigées à une époque où des problématiques « modernes » telles que l'interdiction du mariage pour les personnes sans droit de séjour n'étaient pas encore à l'ordre du jour. Ce constat ressort encore plus clairement de l'Observation générale No 19 dans laquelle les seules restrictions envisagées sont le degré de parenté et l'incapacité mentale.

[131] Bien que l'exercice de ce droit soit du ressort des droits nationaux, il résulte tout de même assez clairement des textes des Conventions (ainsi que de l'Observation générale No 19) que le droit au mariage ne peut être entravé par des motifs tels que l'absence de séjour légal sur un territoire, ce que la Suisse a d'ailleurs admis en introduisant l'art. 98 al. 4 CC, comme nous allons le voir par la suite.

Les recommandations adressées à la Suisse concernant l'interdiction du mariage des personnes sans droit de séjour, provenant du Comité des droits de l'homme ainsi que du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, se recoupent largement dans la mesure où

elles recommandent à la Suisse de « revoir d'urgence sa législation afin de la rendre conforme au Pacte » pour l'une et de « prendre toutes les mesures nécessaires pour que sa législation garantisse que le droit de se marier puisse être exercé par quiconque se trouve sur son territoire » pour l'autre. Les deux recommandations concernent une révision du Code civil suisse qui résulte d'une initiative parlementaire déposée en décembre 2005 et entrée en vigueur en janvier 2011.

4. Mise en œuvre au niveau interne

4.1. Etat des lieux au niveau légal

[132] Les événements qui ont amené à la révision du Code civil suisse concernant l'interdiction de mariage pour les personnes sans droit de séjour peuvent être résumés de la manière chronologique suivante:

[133] Le 16 décembre 2005, une initiative parlementaire intitulée « empêcher les mariages fictifs » a été déposée par le conseiller national de l'Union Démocratique du Centre (UDC) Toni Brunner¹¹¹. Il demandait qu'un 4^e alinéa soit ajouté à l'art. 98 CC concernant la procédure préparatoire des mariages. Ce nouvel alinéa était rédigé de la manière suivante : « Les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses produisent une autorisation de séjour ou un visa valable ».

[134] Le conseiller national Brunner justifiait cette modification législative de la manière suivante : « [I]a nouvelle réglementation prévue par la loi fédérale sur les étrangers ne permet pas d'empêcher à coup sûr les mariages fictifs, car elle laisse aux services de l'état civil une certaine marge d'appréciation sans leur offrir de base légale claire sur laquelle fonder un refus. En inscrivant dans le Code civil l'obligation de démontrer la légitimité du séjour en Suisse, cette lacune serait comblée de manière simple et efficace. On empêcherait ainsi les requérants d'asile définitivement déboutés et les personnes séjournant illégalement en Suisse de se soustraire par le mariage à l'obligation de quitter le pays »¹¹². Toni Brunner se référait aux modifications entraînées par l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 de la nouvelle loi fédérale sur les étrangers. Son adoption a eu pour conséquence de modifier certains articles du Code civil. En effet, un nouvel alinéa a été ajouté à l'article 105 CC, qui prévoit que le mariage doit être annulé « lorsque l'un des époux ne veut pas fonder une communauté conjugale mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers ». Un nouvel article 97a CC a également été adopté. Il prévoit à son alinéa 1 que « [l']officier de l'état civil refuse son concours lorsque l'un des fiancés ne veut manifestement pas fonder une communauté conjugale mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers ». Ces dispositions paraissaient insuffisantes au conseiller national Brunner qui estimait que l'introduction d'un nouvel art. 98 al. 4 CC permettrait de lutter de manière plus efficace contre les mariages fictifs.

[135] Il a été suivi dans cette idée par les Commissions des institutions politiques du Conseil national et du Conseil des Etats qui ont décidé en 2006 de donner suite à l'initiative parle-

¹¹¹ Initiative parlementaire 05.463, « Empêcher les mariages fictifs », du 16.12.2005, http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20050463.

¹¹² Ibid.

mentaire, ce qui permettrait, selon les deux Commissions, de « réduire le nombre de mariages conclus dans le seul but d'éluider le droit des étrangers, ce qui représente entre 500 et 1000 mariages par an selon les estimations publiées par l'Office fédéral de l'état civil en 2004 »¹¹³. Cependant, le texte de l'initiative a été revu par la Commission du Conseil national qui a choisi une autre formulation pour le nouvel art. 98 al. 4 CC : « Les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses doivent établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préparatoire »¹¹⁴.

[136] De plus, une nouvelle disposition, l'art. 99 al. 4 CC, a été ajoutée au projet. Elle introduit l'obligation pour les officiers d'état civil d'informer les autorités compétentes en matière de police des étrangers si une personne étrangère souhaitant se marier séjourne de manière illégale en Suisse.

[137] Dans son rapport du 31 janvier 2008, la Commission des institutions politiques du Conseil national a précisé ce qu'il fallait entendre par séjour légal, condition pour que le mariage puisse avoir lieu selon le projet de l'art. 98 al. 4 CC. Le séjour est considéré comme légal dans les cas suivants¹¹⁵ :

- lorsqu'un ressortissant étranger, non soumis à l'obligation de visa, séjourne en Suisse dans le délai où il est en droit de rester en Suisse sans solliciter une autorisation de séjour (c'est-à-dire jusqu'à 3 mois sans exercer d'activité lucrative). Ce sont avant tout les ressortissants de l'UE et de l'AELE qui ne sont pas assujettis à l'obligation du visa ;
- dès lors que l'étranger dispose du visa nécessaire et séjourne en Suisse dans le délai où il lui est permis d'y demeurer sans autorisation de séjour (c'est-à-dire jusqu'à 3 mois sans exercer d'activité lucrative) ;
- si l'intéressé est au bénéfice d'une autorisation de séjour ordinaire, d'une autorisation de courte durée ou d'une autorisation d'établissement (permis L, B et C) ;
- dans l'hypothèse où le fiancé séjourne en Suisse dans le cadre d'une demande d'asile ou d'une admission provisoire (permis N et F) ;
- lorsqu'une personne qui a reçu l'ordre de quitter la Suisse (par exemple un requérant d'asile débouté) s'y trouve encore dans le délai de départ fixé.

[138] A cette liste prévue par la Commission, l'Office fédéral des migrations a ajouté deux autres cas de figure¹¹⁶ :

- si l'intéressé est au bénéfice d'une autorisation frontalière ou d'une autorisation de séjour avec activité lucrative pour les membres de la famille de fonctionnaires des organisations intergouvernementales ou de membres des représentations étrangères (permis G ou C) ;
- lorsqu'un ressortissant étranger est au bénéfice d'un titre de séjour délivré par un Etat membre de Schengen qui lui permet d'entrer en Suisse sans visa (durant 3 mois sur une période de 6 mois).

[139] La Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) a également étudié quelles étaient les possibilités pour des étrangers sans droit de séjour de se marier avec

¹¹³ Rapport de la CIP-N 2008, FF 2008 2247, 2249.

¹¹⁴ Cette disposition est également applicable à la loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (Loi sur le partenariat, LPart, RS 211.231), qui régit le partenariat enregistré pour les couples du même sexe.

¹¹⁵ Rapport de la CIP-N 2008, FF 2008 2247, 2253-2254.

¹¹⁶ Weisung I. 6, ch. 6.13.2.

un(e) ressortissant(e) suisse. Elle en a conclu que « [l]es personnes qui séjournent en Suisse de manière illégale et qui souhaitent se marier doivent préalablement demander à régulariser leur séjour. Ces personnes doivent en principe séjourner à l'étranger durant le traitement de leur requête. Des exceptions sont toutefois possibles si les conditions d'admission après le mariage sont manifestement remplies et qu'il n'y a aucun indice que l'étranger entend invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial (cf. art. 17 LEtr, par analogie). Afin de respecter le principe de la proportionnalité et d'éviter tout formalisme excessif, les autorités pourront fixer un délai de départ à l'étranger, délai dans lequel le mariage devra cas échéant être célébré et le séjour en Suisse réglé. Ici aussi, les autorités doivent prendre en compte le droit constitutionnel au mariage (art. 14 Cst.) et le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) »¹¹⁷. On voit ici que la Commission s'inquiète du respect du droit au mariage. Il est d'ailleurs précisé dans un chapitre du rapport intitulé « constitutionnalité et légalité » que « [e]n tant qu'elle instaure une formalité supplémentaire, la mesure proposée constitue une restriction au droit au mariage garanti par l'art. 14 Cst. Sa constitutionnalité est donc subordonnée au respect des exigences de l'art. 36 Cst. Le texte de la disposition proposée est conforme à la Constitution. Toutefois, pour respecter les exigences qui découlent, en particulier, du principe de la proportionnalité, il s'agira de veiller aussi à ce que cette disposition soit mise en œuvre de manière conforme à la garantie constitutionnelle du droit au mariage »¹¹⁸.

[140] Le 14 mars 2008, le Conseil fédéral s'est prononcé en faveur des modifications puisque « celles-ci permettent d'une part d'uniformiser la pratique qui diverge actuellement d'un canton à l'autre, voire d'un office de l'état civil à l'autre. D'autre part, elles augmentent la cohérence de l'activité de l'Etat, soit entre les autorités migratoires qui veillent au respect des prescriptions de police des étrangers et les offices de l'état civil chargés de célébrer les mariages et d'enregistrer les partenariats. En conséquence, la sécurité et la prévisibilité du droit s'en trouvent généralement renforcées »¹¹⁹. Le Conseil fédéral, tout comme la Commission des institutions politiques du Conseil national, s'est posé la question de savoir si le projet était conforme à la Constitution suisse et au droit international et a conclu que « [l]es dispositions projetées sont conformes aussi bien à la Constitution qu'à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH [...]). S'agissant de restrictions portées à des droits fondamentaux, il faut, comme le prévoit le rapport de la CIP et conformément aux principes généraux en la matière, veiller à ce que l'application des mesures envisagées ne conduise pas dans un cas concret à vider les garanties du mariage (art. 14 Cst. ; 12 CEDH) et du respect de la vie privée et familiale (art. 13 Cst. ; 8 CEDH) de leur substance ou à constituer de fait un obstacle prohibitif à la conclusion d'un mariage ou à l'enregistrement d'un partenariat »¹²⁰.

[141] Le 4 mars 2009, le Conseil national a adopté le projet, suivi le 25 mai 2009 par le Conseil des Etats. L'Assemblée fédérale a adopté le texte en votation finale le 12 juin 2009 et la date d'entrée en vigueur a été fixée, à l'échéance du délai référendaire, au 1^{er} janvier 2011.

¹¹⁷ Rapport de la CIP-N 2008, FF 2008 2247, 2254.

¹¹⁸ Idem, FF 2008 2247, 2257.

¹¹⁹ Avis du CF sur le Rapport de la CIP-N 2008, FF 2008 2261, 2262.

¹²⁰ Idem, FF 2008 2261, 2263.

[142] C'est donc entre l'adoption du projet de loi et son entrée en vigueur que le Comité des droits de l'homme et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels ont émis leurs recommandations à l'égard de la Suisse. Les Comités ont réagi dans la mesure où le nouvel art. 98 al. 4 CC qui venait d'être adopté contrevenait, selon eux, clairement au Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi qu'au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels en prévoyant une restriction du droit au mariage qui n'était pas inscrite dans les Pactes en question.

4.2. Développements récents de la jurisprudence et de la doctrine

[143] Depuis les recommandations émises par le Comité des droits de l'homme et par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, la situation a connu de nombreux rebondissements.

[144] Position de la Cour européenne des droits de l'homme

[145] Juste avant l'entrée en vigueur du nouvel article 98 al. 4 CC prévue le 1^{er} janvier 2011, la Cour EDH a rendu un arrêt en date du 14 décembre 2010 qui a remis en question l'applicabilité du texte suisse. L'arrêt *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*¹²¹ se basait sur les faits suivants : un ressortissant nigérian, ayant demandé l'asile en 2006, a rencontré une femme double ressortissante britannique et irlandaise avec laquelle il a noué une relation amoureuse. Le couple a eu un enfant et a décidé de se marier. Le requérant nigérian était alors au bénéfice d'une autorisation exceptionnelle de séjour valable jusqu'en 2011¹²². La législation alors en vigueur au Royaume-Uni prévoyait, dans un premier temps, que pour se marier, un ressortissant étranger devait soit obtenir une autorisation d'entrée aux fins de se marier, soit un « Certificate of Approval » qui n'était délivré que si le ressortissant étranger était au bénéfice d'une autorisation d'entrée ou de séjour valable pour six mois au minimum (avec une période résiduelle de trois mois au moment du dépôt de la requête). Puis, dans un second temps, il était possible d'obtenir un « Certificate of Approval » même si la durée de validité de l'autorisation de séjour était insuffisante. Enfin, dans une dernière version, il a été admis qu'un ressortissant étranger puisse obtenir le droit de se marier en l'absence d'un droit d'entrée ou de séjour pour autant que l'autorité dispose d'informations indiquant que les fiancés n'entendent pas conclure un mariage fictif. La Cour EDH a conclu qu'une interdiction générale, automatique et indifférenciée du droit de se marier, protégé par l'article 12 CEDH, ne saurait être admise. Selon la Cour, les Etats ont la possibilité de prévoir une législation ayant pour but d'empêcher les mariages fictifs mais cette législation ne doit en aucun cas conduire à une interdiction généralisée du mariage pour une catégorie de personnes.

4.2.1. Position de la doctrine suisse

[146] Cet arrêt de la Cour EDH, rendu à la veille de l'entrée en vigueur du nouvel art. 98 al. 4 CC, a fait grand bruit en Suisse. La doctrine n'a pas tardé à réagir. A titre d'exemple, il s'agit de mentionner l'article de MEIER et CARANDO du 14 février 2011¹²³ qui a vivement mis

¹²¹ CEDH, *O'Donoghue and others v. The United Kingdom*, 34848/07 (2011).

¹²² Il s'agit d'un « Discretionary Leave to Remain », *idem*, para. 33.

¹²³ MEIER PHILIPPE/CARANDO LAURA, Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse ?, Jusletter, 14 février 2011.

en cause l'initiative Toni Brunner, laquelle « part de l'a priori qu'une personne en situation irrégulière ne peut avoir en tête que de régulariser son séjour, par tous les moyens, y compris par le mariage »¹²⁴. Selon les auteurs, avec l'arrêt O'Donoghue « la CourEDH a condamné, avant même sa mise en application au 1^{er} janvier 2011, le nouvel art. 98 al. 4 CC. Cette disposition adoptée à des fins politiciennes [...] devrait ainsi rester lettre morte »¹²⁵. PAPAUX VAN DELDEN relève que l'intérêt public nécessaire à une restriction aussi grave que celle instaurée par l'art. 98 al. 4 CC n'est pas évident et que « le principe de proportionnalité ne peut être respecté, étant lui-même bafoué par le caractère irréfragable de la présomption qui ne vise de surcroît qu'une partie de la population, à savoir les fiancés étrangers ; il s'agit d'une discrimination fondée sur l'origine nationale, critère hautement suspect entraînant que la discrimination est présumée inconstitutionnelle. Contrairement à ses engagements en droit international des droits de l'homme, le législateur prive ce faisant une catégorie de personnes du droit de contracter le mariage »¹²⁶. Même son de cloche pour AMARELLE, NGUYEN et SOW qui, dans leur chronique de jurisprudence relative au droit des étrangers, notent à propos de l'arrêt O'Donoghue qu'« [e]n Suisse, cette jurisprudence réduit à néant l'application des nouveaux articles 98 alinéa 4 CC et 99 alinéa 4 CC introduits au 1^{er} janvier 2011 »¹²⁷. L'opinion que l'art. 98 al. 4 CC ne sera pas applicable est aussi partagée par CARONI et SCHÄDLER¹²⁸. Il n'aura fallu que quelques mois pour que les inquiétudes de la doctrine soient reprises, dans un premier temps par des juges cantonaux, et dans un second temps par les juges du Tribunal fédéral.

4.2.2. Position des différentes autorités judiciaires suisses

A. Arrêt du Tribunal administratif bernois du 23 juin 2011

[147] Les juges du Tribunal administratif bernois ont été parmi les premiers à se prononcer quant à l'applicabilité du nouvel art. 98 al. 4 CC. Dans une décision du 23 juin 2011¹²⁹, ils ont admis qu'il était possible de trouver une interprétation de l'article en question qui soit conforme au droit au mariage garanti par la Constitution suisse. Pour les juges bernois « [I]es personnes séjournant dans le canton sans autorisation et désirant se marier doivent ainsi obtenir une autorisation de séjour de courte durée en vue du mariage pour autant que les conditions d'admission soient manifestement réunies »¹³⁰.

¹²⁴ Ibid., p. 4.

¹²⁵ Ibid., p. 8.

¹²⁶ PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, *Le droit au mariage et à la famille. Analyse critique des restrictions* (2ème partie), FamPra.ch 2011, p. 600-601.

¹²⁷ AMARELLE CESLA/NGUYEN MINH SON/SOW DIEYLA, *Chronique de jurisprudence relative au droit des migrations - (1er juillet 2010 au 31 décembre 2010)*, PJA 2011, p. 687.

¹²⁸ CARONI MARTINA/SCHÄDLER SIMON, *Lex Brunner und EMRK, ASYL 4/11*, p. 26.

¹²⁹ Pour l'arrêt du Tribunal administratif bernois du 23 juin 2011, voir http://www.beobachtungsstelle.ch/fileadmin/user_upload/pdf_divers/Gerichtsurteile/110623VerwGerBEehe-1.pdf.

¹³⁰ http://www.humanrights.ch/fr/Suisse/interieure/Politique-etranagers/Sans-Papiers/idart_8964-content.html.

B. Arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 30 septembre 2011

[148] Trois mois après la décision bernoise, l'arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois du 30 septembre 2011¹³¹ n'est pas passé inaperçu dans la sphère juridique suisse. Les juges vaudois ont commencé par rappeler qu'en cas de conflit entre le droit international et le droit national, le premier primait sur le second et que donc les juges ne pouvaient appliquer une règle de droit national qui violerait un droit fondamental consacré par une convention internationale. Puis, ils ont expliqué que le droit au mariage garanti par les articles 12 CEDH et 14 Cst. n'est pas un droit absolu. Il peut en effet être restreint si certaines conditions sont respectées (pas d'atteinte à l'essence du droit, base légale fondée sur des motifs d'intérêt public général, proportionnalité). La Cour vaudoise s'est alors penchée sur l'arrêt O'Donoghue et a conclu que « [v]u l'arrêt O'Donoghue précité, une application générale, systématique et automatique de l'art. 98 al. 4 CC ne paraît pas conforme aux art. 12 CEDH et 14 Cst. »¹³². Et comme, selon les juges, l'article 98 al. 4 CC ne prévoit aucune exception qui permettrait le mariage de personnes sans droit de séjour, il est impossible de l'interpréter conformément au droit international. La Cour vaudoise a donc décidé d'admettre le recours et d'annuler la décision attaquée.

[149] Une fois cette décision prise, l'article 98 al. 4 CC n'a plus été appliqué dans le canton de Vaud. Cela a impliqué d'importantes disparités entre les pratiques des cantons, puisque certains ont continué de refuser systématiquement le mariage si l'un des fiancés ne pouvait prouver qu'il séjournait légalement en Suisse, alors que d'autres cantons se montraient beaucoup plus souples. Il n'a cependant pas fallu attendre longtemps avant que le Tribunal fédéral ne tranche la question puisqu'un arrêt concernant l'applicabilité de l'art. 98 al. 4 CC a été rendu le 23 novembre 2011.

C. ATF 137 I 351 du 23 novembre 2011

[150] Les juges du Tribunal fédéral ont relevé deux principes issus de l'arrêt O'Donoghue : « premièrement, une interdiction systématique d'accéder au mariage opposée à des étrangers sans titre de séjour est contraire à l'art. 12 CEDH [...] secondement, des mesures destinées à lutter contre les mariages de complaisance ne sont admissibles qu'autant qu'elles sont raisonnables et proportionnées »¹³³. Ils en sont arrivés à la conclusion que « le système mis en place par le législateur suisse peut s'avérer contraire à l'art. 12 CEDH lorsqu'un étranger, bien qu'en situation irrégulière en Suisse, désire néanmoins réellement et sincèrement se marier [...]. Une telle pratique reviendrait en effet à présumer de manière irréfragable qu'un étranger démuné d'un titre de séjour en Suisse ne peut avoir qu'une volonté vicieuse de se marier [...]. »¹³⁴. Puis, les juges du Tribunal fédéral ont rappelé qu'avant l'adoption de la disposition problématique, la CIP-N, tout comme le Conseil fédéral, avaient précisé que l'art. 98 al. 4 CC pouvait être interprété de manière conforme à la Constitution suisse et à la CEDH, ce pour autant que le principe de proportionnalité soit respecté. Selon l'arrêt du Tribunal fédéral, il faut donc admettre que « dans la perspective d'une application de la loi conforme à la Constitution (art. 14 Cst.) et au droit conventionnel (art. 12 CEDH), les autori-

¹³¹ Arrêt du TC VD, GE.2011.0082, du 30 septembre 2011.

¹³² Idem, consid. 3.d.

¹³³ ATF 137 I 351, consid. 3.5.

¹³⁴ Ibid.

tés de police des étrangers sont tenues de délivrer un titre de séjour en vue du mariage lorsqu'il n'y a pas d'indice que l'étranger entend, par cet acte, invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial, et qu'il apparaît clairement que l'intéressé remplira les conditions d'une admission en Suisse après son union (cf. art. 17 al. 2 LEtr par analogie) »¹³⁵. Ce n'est donc pas à l'officier d'état civil, dépourvu de par le texte de l'art. 98 al. 4 CC de toute marge de manœuvre, d'agir afin que le principe de proportionnalité soit respecté, mais bien à la police des étrangers¹³⁶.

[151] Avec cette décision, les juges du Tribunal fédéral se rapprochent de la solution bernoise, puisqu'ils ne considèrent pas, comme l'avaient fait les juges vaudois, que l'art. 98 al. 4 CC n'offre pas de place pour une interprétation conforme au droit international.

[152] Bien que la publication d'un arrêt du Tribunal fédéral sur cette question soit la bienvenue, dans la mesure où l'arrêt apporte une interprétation « fédérale » et vient clarifier certains points, cette jurisprudence apporte aussi, paradoxalement, de nouvelles questions et ne simplifie peut-être pas autant la situation qu'on aurait pu l'espérer. En effet, en rappelant dans cet arrêt le principe de l'exclusivité de la procédure d'asile de l'art. 14 al. 1 LAsi, le TF referme partiellement la porte qu'il a tenté d'ouvrir en portant un regard historique, assez conciliant, sur l'art. 98 al. 4 CC.

[153] L'art. 14 al. 1 LAsi empêche en effet qu'un étranger qui a déposé une demande d'asile ne puisse ouvrir une procédure en droit des étrangers avant que la procédure d'asile ne soit terminée. Ce principe connaît cependant une exception, lorsque la personne a un droit manifeste à une autorisation de séjour, c'est-à-dire lorsqu'elle se marie avec quelqu'un qui a un « droit de présence assuré » en Suisse (donc en principe avec une personne de nationalité suisse ou titulaire d'un permis C)¹³⁷. Comme on l'a vu ci-dessus, il se peut toutefois que ce droit de présence assuré soit en fait un « simple » droit de séjour mais qui serait *de facto* durable en raison de certaines circonstances particulières comme c'est le cas dans cet arrêt (puisque la future épouse est uniquement titulaire d'un permis B, mais a la garde et l'autorité parentale de son enfant suisse).

[154] Le Tribunal fédéral, en maintenant – dans le cadre de la procédure prévue par l'art. 98 al. 4 CC – l'interprétation donnée jusqu'à présent à l'art. 14 al. 1 LAsi, ne permet pas aux personnes qui n'ont pas un droit manifeste de séjour de se marier. L'exemple le plus clair concerne certainement le cas d'un couple dont les deux personnes ont été déboutées de l'asile et qui séjournent en situation irrégulière en Suisse. Faute de droit manifeste de séjour, le couple se verra interdire l'accès, de manière générale, automatique et systématique, au mariage. Il convient cependant encore de préciser que ces personnes ont la possibilité de se marier jusqu'au délai de départ qui leur est imparti, pour autant que la demande en vue du mariage et la célébration de celui-ci interviennent avant que ce délai ne soit échu.

¹³⁵ Idem, consid. 3.7.

¹³⁶ Sur la praticabilité de cette mesure, voir Matthey Fanny, Le droit au mariage en cas de séjour irrégulier ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_349/2011, Newsletter DroitMatrimonial.ch, janvier 2012, *in fine*. Un arrêt ultérieur du Tribunal fédéral (5A_814/2011 du 17 janvier 2012, destiné à publication) vient encore confirmer cette répartition des compétences entre autorité de police des étrangers et officier d'état civil. Voir dans ce sens, le consid. 5.

¹³⁷ Il existe une seconde exception, prévue à l'alinéa 2 de l'art. 14 LAsi, qui permet aux cantons d'octroyer une autorisation de séjour « pour cas de rigueur » dans certaines conditions précises (dont notamment cinq ans de séjour et une intégration poussée en Suisse).

[155] Dans de telles circonstances, le droit de ces personnes au mariage (qui, comme l'a à juste titre rappelé le TF, est un droit de l'homme et pas un droit du citoyen et appartient donc à toute personne physique majeure) n'est pas respecté. Ainsi, en donnant à l'art. 98 al. 4 CC une interprétation conforme au droit international, le Tribunal fédéral n'a fait que « repousser » le problème plus loin, pour certaines catégories de personnes du moins, et force est de constater que, dans cette hypothèse particulière, l'art. 14 al. 1 LAsi n'est pas compatible avec le droit supérieur¹³⁸.

[156] Il existe par ailleurs encore deux autres cas de figure pour lequel la jurisprudence n'a pas (encore) apporté de solutions pour obtenir une application conforme de l'art. 98 al. 4 CC avec le droit supérieur.

[157] Il s'agit des cas où une personne sans statut de séjour légal souhaite épouser une personne ressortissant d'un pays tiers au bénéfice d'une autorisation de séjour ou de courte durée. Ces personnes sont, conformément aux dispositifs juridiques en vigueur, également exclues de ce droit, si leur futur conjoint ne peut pas prouver qu'il dispose des ressources financières suffisantes pour deux personnes selon les normes CSIAS. Cela signifie que les personnes originaires d'un pays tiers au bénéfice d'une autorisation de séjour ou de courte durée ne disposant pas de telles ressources sont désormais également exclues du droit au mariage en Suisse, ce qui n'était pas le cas avant l'entrée en vigueur du nouvel article 98 al. 4 CC. La question qui peut alors se poser est celle de savoir si, dans ce sens, l'arrêt du TF n'entre pas en conflit avec l'art. 8. al 2 de la Constitution fédérale et de l'art. 14 (et donc 12 aussi) de la CEDH.

[158] De surcroît, la pratique actuelle – des autorités genevoises du moins – tend aussi à exclure du droit au mariage les personnes sans statut légal qui sont fiancées avec un (ou une) ressortissant(e) suisse qui ne peut pas démontrer qu'il possède des ressources financières suffisantes pour deux personnes. En effet, l'Office cantonal de la population traite les demandes de régularisation temporaire en vue du mariage en appliquant l'art. 31 OASA, et non pas en se fondant sur la dernière jurisprudence du TF. La directive « Séjour sans activité lucrative, au motif d'un intérêt public important ou dans les cas individuels d'une extrême gravité »¹³⁹ indique clairement que disposer de moyens financiers suffisants est une des conditions pour obtenir une autorisation en vue de préparer le mariage. L'OCP exige donc de la part des fiancé(e)s suisses des moyens financiers suffisants, ainsi que la signature d'un engagement financier valable pour 5 ans en faveur de leur fiancé(e). Le problème qui survient alors est que l'art. 31 OASA, ainsi que la directive susmentionnée, indiquent la *possibilité* qu'ont les autorités de délivrer une telle autorisation, alors que le TF a précisé que « les autorités de police des étrangers *sont tenues* [nous soulignons] de délivrer un titre de séjour en vue de mariage lorsqu'il n'y a pas d'indice que l'étranger entende, par cet acte, invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial, et qu'il apparaît clairement que l'intéressé remplira les conditions d'une admission en Suisse après son union ». Dans ce sens, ce sont les conditions du regroupement familial du conjoint d'un ressortissant suisse qui doi-

¹³⁸ Dans ce sens, voir MATTHEY FANNY, Le droit au mariage en cas de séjour irrégulier ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_349/2011, Newsletter DroitMatrimonial.ch, janvier 2012. Cet arrêt a également été analysé de manière plus synthétique dans la Newsletter du CSDH du 1^{er} février 2012 (<http://www.skmr.ch/frz/domaines/migration/nouvelles/droit-au-mariage-et-sejour-irregulier.html?zur=89>). Dans le même sens, voir aussi NGUYEN MINH SON, Migrations et relations familiales : de la norme à la jurisprudence et *vice versa*, in AMARELLE/CHRISTEN/NGUYEN (éd.), Migrations et regroupement familial, Berne 2012, p. 134 ss, spéc. 139.

¹³⁹ Weisung I. 5, ch. 5.6.2.2.3 Séjour en vue de préparer le mariage, p. 20-21.

vent être remplies (au sens de l'art. 42 al. 1 LETr), parmi lesquelles la nécessité de prouver les moyens financiers suffisants ne figure pas. L'OCP applique donc une pratique qui est contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral en vigueur en la matière. En outre, en excluant du droit au mariage une catégorie des citoyens suisses, cette pratique va également à l'encontre de l'art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale, ainsi que de l'art. 14 (ainsi que 12) de la CEDH. Dans la mesure où les autorités genevoises se fondent sur une directive de l'ODM, des pratiques similaires ne sont pas improbables dans d'autres cantons.

5. Conclusions

[159] Comme nous avons pu le constater, dans le cas de l'interdiction du mariage pour les personnes séjournant de manière irrégulière en Suisse, le Comité des droits de l'homme et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels ont réagi rapidement puisque leurs recommandations ont été émises avant même l'entrée en vigueur de l'article de loi en cause.

[160] Depuis lors, la Suisse a modéré sa position en rendant, malgré le nouvel art. 98 al. 4 CC, le mariage possible pour les personnes sans statut de séjour légal, ou du moins pour une partie d'entre elles. Cette évolution a pu avoir lieu grâce à plusieurs jurisprudences et notamment grâce à l'arrêt O'Donoghue rendu par la CEDH.

[161] La question particulière du droit au mariage reste encore, à notre sens, problématique au regard du droit supérieur pour les requérants d'asile déboutés (en raison du principe d'exclusivité de la procédure d'asile au sens de l'art. 14 al. 1 LAsi), ainsi que pour les personnes sans droit de séjour qui souhaitent épouser une personne d'un pays tiers au bénéfice d'une autorisation de séjour ou de courte durée (exigence des ressources financières suffisantes) et pour les personnes sans statut légal qui entendent se marier avec un ressortissant suisse (application par analogie des conditions de l'art. 31 OASA relatif aux ressources financières). Les recommandations du CCPR et CESCR sont donc encore d'actualité dans ces circonstances.

[162] Il faut en outre signaler que dans aucun des arrêts relatifs à la problématique de l'interdiction du mariage pour les personnes séjournant sans statut légal, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels n'ont été mentionnés. Dès lors, il n'est pas possible de vérifier quel a réellement été l'impact des recommandations émises par le Comité des droits de l'homme et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur les juges qui ont dû se prononcer dans les affaires concernant l'interdiction du mariage des personnes sans droit de séjour.

Auteurs :

Marie Maillefer, MA iur. et Fanny Matthey, Dr iur., Domaine Migration, Centre suisse de compétence pour les droits humains, Université de Neuchâtel.

La version originale en français de ce chapitre fait foi.

III. DROIT DE SÉJOUR DE VICTIMES DE VIOLENCE CONJUGALE

1. Introduction et résumé historique

[163] Une personne ressortissante d'un pays tiers et bénéficiant du regroupement familial suite à son mariage ne peut pas prétendre en Suisse à un droit de séjour autonome, mais à ce que l'on appelle un droit de séjour dérivé qui permet de demeurer auprès de la ou du partenaire pour y mener une vie conjugale. Si la relation prend fin et que l'union conjugale est dissoute, alors le but du séjour, et par conséquent le droit de séjour, disparaît également. Si l'union conjugale est dissoute avant que les trois premières années de mariage en Suisse ne se soient écoulées, la personne étrangère risque de perdre son autorisation de séjour. Cette situation légale a mené en pratique à des cas dans lesquels les personnes sans droit de séjour autonome ont dû endurer une vie en ménage commun malgré des violences conjugales, respectivement domestiques, de peur d'être refoulées¹⁴⁰. La Suisse a été critiquée pendant de nombreuses années en raison de sa réglementation sur les étrangers – tant du côté international que de la part des organisations de la société civile en Suisse.

[164] Le législateur a prévu dans la nouvelle Loi sur les étrangers entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 une exception à la réglementation des trois années de mariage minimum pour les cas spécifiques des partenaires victimes de violence conjugale. Par le biais de l'art. 50 LEtr, qui a en outre été modifié suite à un arrêt du Tribunal fédéral du 4 novembre 2009, les femmes et les hommes¹⁴¹ ont un droit à la prolongation de leur titre de séjour dans les cas de mariages empreints de violence conjugale lorsque ces dernières peuvent être prouvées. Au cours des dernières années, la situation légale s'est donc nettement améliorée en faveur des victimes de violence conjugale. Toutefois, il existe encore certains obstacles dans la pratique et dans le cadre de la mise en œuvre.

2. Recommandations des différents organes de surveillance internationaux

[165] Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe avait demandé à la Suisse, lors de sa visite en 2004, de modifier la base légale existant à cette époque-là, ainsi que la pratique y relative, de façon à ce que les victimes de violence conjugale ne risquent pas la perte de leur droit de séjour si elles désirent quitter la communauté conjugale empreinte de violences.¹⁴² Le Conseil des droits de l'homme de l'ONU (HRC) a quant à lui recommandé à la Suisse, dans le cadre de l'Examen Périodique Universel de 2008, de ne pas révoquer les titres de séjour des personnes étrangères, victimes de violences domestiques, sans tout d'abord procéder à un examen approfondi des conséquences éventuelles sur les femmes concernées et leurs enfants.¹⁴³ Le Comité de l'ONU pour les droits de la femme

¹⁴⁰ Dans ce qui suit, les notions de violence conjugale et violence domestique sont synonymes.

¹⁴¹ Malgré le fait que tant les femmes que les hommes sont concernés par cette réglementation, les femmes sont bien plus touchées par les violences domestiques dans la pratique. Les recommandations internationales mettent également l'accent sur la protection des femmes contre la violence. C'est la raison pour laquelle, dans ce qui suit, ce sont surtout les notions de « femmes » ou « migrantes » qui seront utilisées, même si les victimes masculines de violences domestiques ont les mêmes droits et sont tout autant concernées.

¹⁴² Commissaire aux droits de l'homme, Rapport 2005, ch. 104-106.

¹⁴³ UPR Suisse 2008, ch. 57.8.

(CEDAW) s'est montré inquiet, dans ses Observations finales du mois d'août 2009, quant aux exigences de la nouvelle Loi sur les étrangers concernant l'obligation des victimes de violence conjugale d'apporter la preuve des problèmes rencontrés lors de leur réintégration sociale dans le pays de provenance. Il a appelé la Suisse à surveiller minutieusement les conséquences des dispositions légales et de sa politique vis-à-vis des immigrées et, si nécessaire, de prendre des mesures d'aide, afin de satisfaire aux besoins effectifs de ces femmes.¹⁴⁴ Au mois de novembre de la même année, le Comité des droits de l'homme de l'ONU (CCPR) a fait remarquer à la Suisse que la législation concernant le séjour devait être adaptée de façon à ce que les victimes de violence conjugale ne soient pas obligées en pratique de rester dans une relation empreinte d'une telle violence.¹⁴⁵ En revanche, le Comité de l'ONU contre la torture (CAT) a recommandé, dans ses Observations finales de mai 2010, d'adapter l'art. 50 LEtr à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 136 II 1 du mois de novembre 2009).¹⁴⁶ Finalement, la Nouvelle-Zélande a recommandé, dans le cadre de l'Examen Périodique Universel de 2012, à la Suisse de préciser les critères applicables à la prise en compte de la violence lors de l'octroi de la prolongation de l'autorisation de séjour aux victimes de violence conjugale, afin d'en faciliter une mise en œuvre juste, normalisée et transparente.¹⁴⁷ Par ailleurs, l'Afrique du Sud a suggéré de réviser la législation relative aux permis de séjour, afin de déterminer si l'application de la loi ne force pas les femmes à devoir rester dans une relation empreinte de violence.¹⁴⁸ En ce moment, le Conseil fédéral examine la question de savoir s'il acceptera ces deux recommandations.

3. La mise en œuvre interne

[166] La critique continue, ainsi que les recommandations plus ou moins étendues des Comités de l'ONU, ont soulevé la question de savoir si d'autres adaptations législatives et changements de pratique s'imposaient, afin de garantir la protection des droits fondamentaux et humains de victimes de violences. Les migrantes victimes de violence conjugale ne pouvaient pas invoquer pleinement le droit à l'intégrité physique et psychique garanti constitutionnellement, sans risquer de se voir expulser. Toutefois, il a sensiblement été tenu compte de la situation en Suisse par un arrêt du Tribunal fédéral, ainsi que par la modification imminente de l'art. 50 LEtr.

3.1. La situation juridique en Suisse

[167] Le législateur a procédé au cours des dernières années à d'importantes adaptations de la loi et a introduit des mesures. En effet, c'est avec l'art. 50 qu'une disposition abordant explicitement la problématique du droit de séjour après la dissolution de la vie commune a pour la première fois été introduite dans la nouvelle Loi sur les étrangers – entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008. L'art. 50 prévoit ainsi qu'après la dissolution de la famille, la conjointe / le conjoint et ses enfants ont droit à la prolongation de l'autorisation de séjour, soit lorsque l'union conjugale a duré au moins trois ans et qu'une « intégration réussie » peut être prou-

¹⁴⁴ CEDAW, Observations finales Suisse 2009, ch. 43 et 44.

¹⁴⁵ CCPR, Observations finales Suisse 2009, ch. 11.

¹⁴⁶ CAT, Observations finales de la Suisse 2010, ch. 21.

¹⁴⁷ UPR Suisse 2012, ch. 123.70.

¹⁴⁸ UPR Suisse 2012, ch. 123.71.

vée (art. 50 al. 1 let. a ; art. 77 al. 1 let. a OASA), soit lorsque la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures (al. 1 let. b). Une intégration réussie, au sens de l'art. 77 al. 1 let. a OASA, est donnée notamment lorsque les migrantes respectent l'ordre juridique suisse et les valeurs de la Constitution fédérale, respectivement manifestent la volonté de participer à la vie économique et d'apprendre une langue nationale.

[168] L'alinéa 2 de l'art. 50 précisait que les raisons personnelles majeures étaient notamment données lorsque la conjointe ou le conjoint était victime de violence conjugale et que la réintégration sociale dans le pays de provenance semblait fortement compromise. Dans un arrêt du mois de novembre 2009 (ATF 136 II 1), le Tribunal fédéral a retenu que les deux conditions, à savoir « la violence conjugale » et la « réintégration sociale dans le pays de provenance fortement compromise », ne devaient (plus) être remplies cumulativement. Il suffit que seule une des deux conditions soit remplie. Du point de vue formel, la situation juridique a été adaptée aux circonstances de fait : les raisons personnelles majeures au sens de l'art. 50 al. 2 sont données lorsque la conjointe *ou* le conjoint a été victime de violence conjugale ou lorsque la réintégration sociale dans le pays de provenance est fortement compromise. Les conditions sont donc alternatives.

[169] Selon l'art. 77 al. 5 OASA, les autorités compétentes en matière de droit des étrangers peuvent exiger des preuves, en cas d'allégations de violence conjugale, telles que des certificats médicaux, des rapports de police ou des plaintes pénales, des mesures au sens de l'art. 28b CC (plainte en cas de menaces, violence ou de harcèlement) ou encore une condamnation pénale. En outre, conformément à un arrêt plus récent du Tribunal fédéral (TF 2C_690/2010, arrêt du 25 janvier 2011, consid. 3.2), la violence conjugale doit avoir une certaine intensité, c'est-à-dire que l'on ne peut pas exiger de la victime de poursuivre la communauté conjugale.

[170] Dernièrement, la situation juridique concernant l'interprétation des raisons personnelles majeures au sens de l'art. 50 al. 1 let. b et al. 2 LEtr a continué à se développer. Dans un arrêt (ATF 138 II 229) concernant un cas de rigueur après dissolution de la communauté conjugale en raison de violence conjugale, le Tribunal fédéral est d'avis que l'exercice d'une contrainte psychique d'une certaine constance et intensité peut fonder un cas de rigueur après dissolution de la famille (consid. 3.1 et 3.2). La violence conjugale doit être exercée de manière à ce que la dignité et la personnalité de la victime soient violées et que l'on ne puisse pas exiger de la victime qu'elle continue la relation. Dans un deuxième arrêt (TF 2C_993/2011), le Tribunal fédéral retient par ailleurs que le décès d'un des époux représente une raison personnelle majeure au sens de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr, ce qui entraîne une prolongation de l'autorisation de séjour du partenaire étranger survivant en Suisse, dans la mesure où il n'existe pas de circonstances particulières remettant en question le mariage ou le vrai et profond lien entre les époux.

[171] Finalement, l'Assemblée fédérale a décidé, entre autres, de modifier l'art. 50 al. 2 LEtr par le biais de la Loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés de façon à ce que les raisons personnelles majeures au sens de l'art. 50 al. 1 let. b soient également données lorsque le mariage a été conclu en violation de la libre volonté d'un des époux. Pour ce nouvel alinéa, il a également été tenu compte de l'ATF 136 II 1, selon lequel les raisons personnelles majeures (ne) doivent être données (que) de manière alternative. Ainsi, il peut y avoir des raisons personnelles majeures en particulier lorsque la conjointe ou le conjoint a été victime de violence conjugale *ou* lorsque le mariage a été conclu en violation de la libre volonté d'un des époux *ou* encore lorsque la réintégration sociale dans le pays

de provenance semble fortement compromise. Il faut saluer cette modification de la loi qui entre en vigueur le 1^{er} juillet 2013.

3.2. Problèmes actuels de mise en œuvre du droit et d'appréciation des autorités dans la pratique décisionnelle

[172] Deux rapports d'ONG datant de l'année 2011 ont abordé de manière approfondie la problématique de la mise en œuvre de l'art. 50 LEtr.¹⁴⁹ Ils ont montré, par exemple, sur la base de cas documentés de femmes concernées, que la pesée des intérêts par les autorités et les tribunaux compétents était faite partiellement en défaveur des victimes de violences domestiques.

3.2.1. Preuve de violence conjugale

[173] Lorsqu'une migrante a été victime de violences conjugales et qu'elle désire invoquer ces faits dans le cadre d'une demande de prolongation de son autorisation de séjour, elle doit alors rendre vraisemblable devant les autorités cantonales de migration le fait qu'elle a subi de telles violences, étant précisé que le fardeau de la preuve incombe en très grande partie à la personne concernée. L'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) précise à son art. 77 al. 6 quels moyens de preuve de violence conjugale peuvent être exigés par les autorités. Il cite, par exemple, les certificats médicaux, les rapports de police, les plaintes pénales, les mesures au sens de l'art. 28b du Code civil et les jugements pénaux prononcés à ce sujet, étant précisé que la liste n'est pas exhaustive.

[174] Les autorités cantonales de migration ont traité jusqu'à ce jour de manière différente les indices exigés dans le cadre de l'administration des preuves, particulièrement en ce qui concerne le matériel d'information et les renseignements fournis par les foyers pour femmes. Alors que certains cantons prennent en considération les rapports et les indications fournis par les centres de consultations pour les victimes de violence ou par les foyers de femmes, d'autres ont exprimé des doutes quant à ces sources d'information et ont critiqué le fait qu'elles ne seraient pas suffisamment objectives en raison du parti pris pour les victimes. Entre-temps, il a été fixé au niveau de l'ordonnance que les rapports et indications provenant de tels services, également, doivent être pris en considération (art. 77 al. 6bis OASA).

[175] Ce qui pose problème, du point de vue des victimes, c'est la pratique de certaines autorités cantonales visant à rattacher la preuve de violence conjugale à une plainte pénale tout en sachant que les victimes de violence conjugale ne pensent même pas à déposer une telle plainte de peur de subir des représailles ou alors retirent cette dernière en raison de menaces concrètes. En outre, les deux rapports des ONG remettent en question la pratique des autorités qui interprètent le retour volontaire de la victime au sein du ménage commun (auprès de l'auteur des actes de violence) comme un indice que la continuation de l'union conjugale est raisonnablement exigible, ce qui est donc utilisé contre la victime.

¹⁴⁹ DUBACHER/REUSSER ; ODAE 2011.

3.2.2. Appréciation de l'intensité de la violence conjugale

[176] Il existe une autre zone de tension lors de l'application de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'appréciation du degré de gravité des actes de violence. Un arrêt du Tribunal fédéral de l'année 2009 retient que la continuation du mariage n'est plus exigible lorsque l'intégrité corporelle est sérieusement mise en danger¹⁵⁰. Si la continuation de la relation conjugale n'est plus raisonnablement exigible, ce fait doit alors être pris en considération lors de l'octroi de l'autorisation de séjour, respectivement de sa prolongation. Un autre arrêt du Tribunal fédéral du mois de novembre 2009 retient que la violence conjugale doit avoir un certain degré de gravité, respectivement une certaine intensité. Selon ce dernier, le fait de crier après quelqu'un, de donner une gifle ou de chasser une personne du domicile conjugal une seule fois, ne remplit pas le degré de gravité de violence conjugale exigé par la loi.¹⁵¹

[177] Les autorités compétentes (au niveau cantonal et fédéral) devraient avoir du mal, dans la pratique décisionnelle, à fixer des critères d'appréciation de l'intensité, respectivement de la limite tolérable de violence conjugale. Les cantons font aussi appel à des critères différents pour l'appréciation de l'intensité. La marge d'appréciation est problématique justement en ce qui concerne l'interprétation de la notion d'intensité minimale de la violence conjugale. La jurisprudence du Tribunal fédéral est déterminante pour l'appréciation de l'intensité. Étant donné que la LEtr est une loi relativement récente, il faut encore attendre qu'une jurisprudence détaillée y relative soit rendue.

3.2.3. Le critère de la réintégration dans le pays de provenance

[178] Le critère de la réintégration sociale compromise dans le pays de provenance après la dissolution de l'union conjugale peut être considéré comme une autre « raison personnelle majeure » au sens de l'art. 50 al. 2 LEtr (et art. 77 al. 2 OASA), et ce, conformément à l'arrêt innovateur du Tribunal fédéral du mois de novembre 2009, indépendamment des violences conjugales subies.¹⁵² Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt du Tribunal fédéral ultérieur.¹⁵³ Cette jurisprudence se penche sur la question de savoir si un retour peut être exigé de la personne concernée en vue de sa réintégration en prenant en considération des aspects sociaux, professionnels et familiaux.

3.2.4. Le critère de l'intégration

[179] L'importance que joue le critère de l'intégration lors de l'appréciation par les autorités des cas de victimes de violence conjugale reste controversée. Selon la loi (art. 50 al. 1 let. a LEtr ainsi qu'art. 77 al. 1 let. a OASA), la question de l'intégration réussie en tant que condition pour la prolongation de l'autorisation de séjour est importante dans les cas de dissolution du mariage après le délai de trois ans. Par contre, l'intégration n'est pas une condition pour la prolongation de l'autorisation de séjour pour les victimes de violence conjugale (art. 50 al. 2 LEtr et art. 77 al. 2 OASA). Le Conseil fédéral, dans sa réponse à la motion Roth-Bernasconi (09.3414) du mois d'août 2009, s'est exprimé de la manière suivante : « Le

¹⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_554/2009, consid. 2.1.

¹⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_358/2009.

¹⁵² ATF 136 II 1, consid. 5.3.

¹⁵³ ATF 137 II 345.

droit à la prolongation de l'autorisation de séjour existe indépendamment de la durée du séjour de l'intéressé en Suisse et de son degré d'intégration, lorsque la poursuite du séjour s'impose pour des raisons personnelles majeures ».

[180] Le degré d'intégration en Suisse joue également un rôle pour le Tribunal fédéral lors de l'appréciation des chances de réintégration dans le pays de provenance. À l'inverse, selon la jurisprudence, une intégration réussie en Suisse ne saurait être une raison suffisante à elle seule pour justifier une prolongation du séjour en Suisse.¹⁵⁴ Dans la pratique décisionnelle des autorités cantonales de migration, le critère du degré d'intégration semble jouer un rôle plus important que celui prévu par le législateur.¹⁵⁵

[181] Les critères cités dans l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (art. 31 al. 1 OASA), qui traitent des cas individuels d'extrême gravité, peuvent également « jouer un rôle important » dans l'appréciation des raisons personnelles majeures, comme le précise la dernière Directive de l'Office fédéral des migrations du mois de juillet 2011.¹⁵⁶ Le poids donné à ces critères supplémentaires est déterminant en cas de violence conjugale. Le Tribunal fédéral distingue les « raisons personnelles majeures » de l'art. 50 de la réglementation générale des cas individuels d'extrême gravité selon l'art. 30 al. 1 let. b LEtr, étant donné que dans le premier cas il existe un droit à une autorisation, alors que les cas individuels d'extrême gravité du droit des étrangers sont soumis à l'appréciation des autorités. Bien que les précisions des critères devant être pris en compte selon l'Ordonnance (art. 31 al. 1 OASA) renvoient aux deux articles, il faut leur donner un poids distinct en raison des situations de base différentes (droit vs. appréciation).¹⁵⁷

3.2.5. Prise en compte du bien de l'enfant

[182] La réglementation en vigueur sur la dissolution de la famille (art. 50 LEtr) concerne – de manière analogue aux partenaires – explicitement aussi les enfants. Dans ce contexte, on peut se demander ici également si, lors de l'application de la loi, à savoir lors des prises de décisions par les autorités quant à la prolongation des autorisations de séjour des migrantes et de leurs enfants, le bien des enfants est suffisamment pris en considération, comme l'exige la Convention relative aux droits de l'enfant (et comme le précise le Comité des droits de l'enfant dans son Observation générale n° 13)¹⁵⁸.

[183] Le Message du Conseil fédéral concernant la LEtr indique, outre la violence conjugale, que les enfants communs peuvent également être une raison personnelle majeure pour une prolongation de l'autorisation de séjour.¹⁵⁹ La Directive de l'Office fédéral des migrations de juillet 2011 confirme le fait que la poursuite du séjour en Suisse peut s'imposer « lorsqu'il y a des enfants communs, étroitement liés aux conjoints et bien intégrés en Suisse ».¹⁶⁰ La jurisprudence du Tribunal fédéral exige en outre de donner plus de poids aux intérêts de

¹⁵⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_540/2009, consid. 3.

¹⁵⁵ WICHMANN/HERMANN/D'AMATO/EFIONAYI-MÄDER/FIBBI/MENET/RUEDIN.

¹⁵⁶ Directive I.6, p. 32.

¹⁵⁷ MEYER, p. 218 ss.

¹⁵⁸ CRC, Observation générale n° 13 (2011).

¹⁵⁹ Message concernant la LEtr (02.024), p. 3512.

¹⁶⁰ Directive I.6, p. 30.

l'enfant dans le cadre de la marge d'appréciation des autorités.¹⁶¹ Cependant, certaines décisions des autorités mènent aujourd'hui encore à des renvois de mères et de leurs enfants, comme cela ressort du Rapport des ONG à l'appui d'exemples de cas documentés issus de la pratique.¹⁶²

3.3. Les derniers développements

[184] Différentes interventions parlementaires ont gardé la problématique existante des dernières années sur leur agenda politique. La motion Roth-Bernasconi (10.3515) concernant « la protection des migrantes victimes de violence » demandait une modification de l'art. 50 al. 2 LETr, en prenant en considération l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 136 II 1, de manière à ce que la violence conjugale soit une raison suffisante pour la prolongation du droit de séjour après la dissolution du mariage. La motion a été rejetée par le Conseil fédéral en septembre 2009. Ce dernier invoque le fait que les autorités appliquant le droit seraient aujourd'hui déjà liées par l'interprétation du Tribunal fédéral et qu'une modification de la loi ne serait par conséquent pas nécessaire. Aussi, le Conseil fédéral voulait attendre le rapport relatif au postulat Goll (voir ci-dessous), qui devait déterminer s'il y a encore une nécessité d'agir. Ce souhait a été réalisé dans la mesure où la Loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés approuvée par le Parlement a adapté la situation légale au niveau fédéral à la jurisprudence du Tribunal fédéral. En ce qui concerne la demande supplémentaire de l'auteure de la motion tendant à l'égalité de traitement des partenaires de personnes au bénéfice d'un permis B, celle-ci n'a pas été traitée par le Conseil fédéral.

[185] Le postulat Goll (10.3459) a chargé le Conseil fédéral de présenter un rapport sur l'application de la réglementation du droit de séjour de migrantes victimes de violence et d'examiner la question de savoir si les dispositions régissant le droit de séjour des migrantes victimes de violence depuis l'entrée en vigueur de la LETr (2008) et les mesures prises ont atteint leur but, soit de garantir une protection suffisante des victimes de violences « sans qu'elles soient punies par le retrait de leur droit de séjour ». Le Conseil fédéral s'était déclaré disposé à présenter, dans les trois ans à venir, une évaluation sur l'application des dispositions régissant le droit de séjour des migrantes victimes de violence.¹⁶³

[186] Les deux interventions ont déclenché des discussions et l'ODM a convoqué un groupe de travail pour l'application de l'art. 50 composé de représentants de l'Office, des autorités cantonales de migration, du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, ainsi que de foyers pour femmes. Une première rencontre entre différent(e)s expert(e)s a eu lieu en septembre 2011, au cours de laquelle le sujet de la nécessité de « l'intensité de la violence » a été discuté. Une concrétisation par la jurisprudence future est attendue, étant précisé que, dans ce contexte, plusieurs affaires sont actuellement pendantes auprès du Tribunal fédéral.

[187] Par ailleurs, l'ODM a lancé début 2011 une enquête auprès des autorités de migration, afin d'obtenir un aperçu de la pratique en matière d'autorisations (art. 50). Les résultats seront publiés mi-2013 en même temps que la réponse au postulat Goll. En outre, il a été décidé d'améliorer la base de données des cas survenus sur le territoire suisse, étant donné qu'il n'existe, jusqu'à ce jour, aucune donnée fiable sur le nombre de cas concernant l'art.

¹⁶¹ ATF 135 I 143, consid. 2.2 ; ATF I 153.

¹⁶² DUBACHER/REUSSER, p. 18-22.

¹⁶³ Réponse du Conseil fédéral du 17.09.2010 au postulat Goll (10.3459).

50 LEtr. L'ODM enregistre à présent, depuis 2011, toutes les demandes déposées et les cantons sont tenus d'en faire de même. Les premières données statistiques sont attendues dans le courant de l'année 2013.

[188] La directive de l'ODM a été adaptée au 1^{er} juillet 2011 afin d'y intégrer la jurisprudence du Tribunal fédéral. La modification la plus importante réside dans le fait « qu'il n'est pas nécessaire » que les conditions pour la continuation du séjour en Suisse (violence conjugale et réintégration sociale compromise) soient remplies cumulativement.¹⁶⁴ Par ailleurs, la directive a été adaptée dans le sens que l'existence d'indices de violence conjugale et les renseignements fournis par des centres spécialisés (comme les foyers pour femmes victimes de violence ou les centres d'aide aux victimes) sont également « pris explicitement en considération ». Si, par le passé, certains cantons étaient sceptiques quant à ces sources de preuves, voire hostiles, l'apport de la preuve devrait être à l'avenir plus facile pour les personnes concernées. Étant donné que l'appréciation des indices est encore du ressort des autorités, il faudra attendre de voir quel poids on leur attribuera dans la pratique (respectivement combien et quels indices seront exigés). La dernière modification importante est l'introduction dans la directive du critère de l'intensité de la violence (si la violence conjugale est invoquée, elle doit atteindre une certaine gravité)¹⁶⁵.

[189] L'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) a également été adaptée dans le sens que, lors de l'examen des raisons personnelles majeures, les indices et les renseignements de services spécialisés sont pris en considération (art. 77 al. 6bis OASA). Ce nouvel alinéa est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

[190] Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté en date du 7 mai 2011 la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique. Cette Convention représente le premier instrument en Europe à caractère obligatoire pour la protection des victimes de violence conjugale. Son art. 59 demande aux États signataires d'adopter une réglementation légale visant à garantir aux victimes de violence conjugale que celles-ci ne perdent pas leur droit de séjour en cas de séparation ou de divorce – indépendamment de la durée du mariage. Sur demande, les personnes concernées doivent pouvoir être mises au bénéfice d'une autorisation de séjour, indépendamment de leur état civil, lorsqu'il existe des circonstances particulièrement difficiles. Ceci correspond fondamentalement au concept prévalant en Suisse selon le droit en vigueur. Il reste à voir si la Suisse signera cette Convention.¹⁶⁶ L'Office fédéral de la justice a laissé entendre que la Suisse considérerait la Convention comme importante, mais qu'elle désirait faire quelques clarifications quant à la nécessité d'une adaptation législative avant de procéder à une éventuelle signature.¹⁶⁷ Étant donné que cette Convention impose certaines mesures relativement détaillées aux États parties dans le domaine de la protection des victimes de violence domestique, il faut s'attendre à différentes adaptations législatives. Comme cela ressort d'un do-

¹⁶⁴ La loi devrait également être adaptée dans ce sens.

¹⁶⁵ Directive I., Domaine des étrangers, 6 Regroupement familial, p. 32.

¹⁶⁶ Voir l'interpellation de Josiane Aubert (11.4075) Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique. Quand la Suisse signera-t-elle?

¹⁶⁷ HAUSAMMANN CHRISTINA, Ministerkomitee des Europarates verabschiedet Konvention betreffend Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt, Newsletter CSDH, 6 mai 2011.

cument de travail du Conseil de l'Europe du mois de janvier 2011, la Suisse a déjà émis certaines réserves portant sur l'art. 59 de la Convention.¹⁶⁸

4. Bilan

[191] Au cours des dernières années, particulièrement depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur les étrangers en 2008 et grâce à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 136 II 1), la Suisse a sensiblement amélioré la situation au niveau légal pour les victimes de violence conjugale. La jurisprudence ainsi que les modifications au niveau des ordonnances et des directives ont également contribué au fait que les victimes sont à présent protégées contre un renvoi suite à la dissolution de la communauté conjugale et, par conséquent, qu'il y a moins de risques pour ces dernières lorsqu'elles quittent la communauté empreinte de violence. Il existe toujours une certaine insécurité juridique causée par le fait que les violences conjugales doivent avoir une certaine intensité. En ce qui concerne une éventuelle modification plus étendue de la loi, à savoir un droit de séjour indépendant et individuel pour les migrantes dans le cadre du regroupement familial, telle que la demande le Conseil de l'Europe aux États membres dans deux résolutions (2009 et 2011), elle ne devrait actuellement pas trouver de majorité politique en Suisse.¹⁶⁹

[192] Alors que beaucoup de progrès ont été faits au niveau légal au cours des dernières années, une nécessité d'agir est toujours présente en ce qui concerne la mise en œuvre. La protection réelle (*de facto*) des victimes de violence conjugale n'est garantie qu'à partir du moment où il n'y a plus de risques pour ces dernières de mettre en jeu leur droit de séjour lorsqu'elles demandent de l'aide et qu'elles ont le courage de sortir de cette relation empreinte de violence. C'est la raison pour laquelle l'application du droit par les autorités cantonales et nationales de migration sera décisive. Afin de garantir une mise en œuvre du droit généralisée et conforme aux droits humains dans toute la Suisse, il faut être conscient du fait que les décideurs au niveau fédéral et cantonal doivent être sensibilisés par des formations continues en ce qui concerne le traitement de ces dossiers. Un échange plus approfondi entre les acteurs importants au niveau fédéral, cantonal et local, pourrait mener à des solutions communes aux problèmes sensibles développés. La signature de la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique serait un pas important vers une meilleure protection des victimes de violence conjugale.

Auteure :

Silvia Schönenberger, lic. phil., Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population, Université de Neuchâtel.

La version originale en allemand de ce chapitre fait foi.

¹⁶⁸ CAHVIO 2011.

¹⁶⁹ Conseil de l'Europe, Résolution 1697 (2009), ch. 4.1.1. Conseil de l'Europe, Résolution 1811 (2011), ch. 7.2.1.

IV. LA DÉTENTION ADMINISTRATIVE DES ÉTRANGERS

1. Introduction

[193] En réponse à l'augmentation des demandes d'asile et des difficultés rencontrées lors du retour de demandeurs d'asile déboutés, les États industrialisés ont de plus en plus recours à différentes formes de détention administrative. Cette forme spécifique de la détention est utilisée dans les pays industrialisés dans différentes situations, notamment pour les demandeurs d'asile qui sont entrés illégalement sur le territoire, pour les personnes dont la demande d'asile a été rejetée et pour les personnes étrangères dont le renvoi doit être exécuté. De manière générale, du point de vue des droits humains, toute privation de liberté doit être prononcée avec la plus grande retenue. Cela est tout particulièrement valable pour les personnes étrangères qui n'ont pas commis d'infractions mais qui doivent être amenées à quitter le pays.

[194] Lorsque la mise en détention est ordonnée en application des dispositions légales sur les étrangers, le principe de la proportionnalité doit être respecté. Ce principe est précisé dans plusieurs instruments internationaux de droits humains, dans la pratique des Comités de l'ONU et de la Cour EDH, ainsi que dans la Constitution fédérale. Par ailleurs, la directive retour de l'Union européenne exige la création d'une procédure échelonnée pour l'exécution d'une décision de renvoi.

[195] Le présent chapitre se penche sur les fondements et la durée de la détention, étant donné que les conditions de la détention sont traitées dans le tome *Mise en oeuvre des droits humains en Suisse: un état des lieux dans les domaines de la privation de liberté, de la police et de la justice*.

2. Contenu des recommandations

[196] Dans la dernière étape du rapport, le CAT s'est occupé de la question de la détention administrative en Suisse. À cet effet, il a formulé la recommandation suivante : « L'État partie devrait revoir la durée maximale de la détention administrative, n'y recourir que dans des cas exceptionnels et en limiter la durée eu égard au principe de proportionnalité ».¹⁷⁰

[197] La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) recommande à la Suisse de contrôler tant la Loi fédérale sur les étrangers que l'application des dispositions légales. L'ECRI a critiqué la LEtr dans la mesure où la durée de la détention en vue du renvoi et pour insoumission a été augmentée.¹⁷¹

¹⁷⁰ CAT, Observations finales de la Suisse 2010.

¹⁷¹ ECRI, 4^{ème} Rapport, 2009.

3. Normes de droit international public et européennes relatives à la détention administrative des étrangers

3.1. Les Nations Unies

[198] Tant le Pacte II que la Convention de Genève relative au statut des réfugiés (CSR) contiennent des prescriptions se rapportant à la détention administrative des étrangers. Les prescriptions de la CSR sont applicables aux personnes dans le cadre de la procédure d'asile, respectivement aux réfugiés, alors que les garanties du Pacte II sont applicables à toutes les personnes étrangères.

[199] La question de la mise en détention des demandeurs d'asile suscite depuis des années des controverses entre le HCR et les États industrialisés de l'Ouest.¹⁷² L'art. 31 CSR dispose explicitement qu'il n'y aura pas de sanctions pénales du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers à l'encontre des réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière. En outre, cet article dispose que les États contractants n'appliqueront pas aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires et que ces dernières seront appliquées seulement en attendant que le statut de ces réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays. Cette disposition n'est pas seulement valable pour les personnes dont le statut de réfugié est reconnu, mais également pour les demandeurs d'asile jusqu'à ce que leur statut soit reconnu mais pas pour les requérants d'asile dont le rejet de la demande est exécutoire. Il convient de retenir que le HCR rejette fondamentalement la mise en détention de demandeurs d'asile, mais l'accepte lorsqu'elle apparaît comme « nécessaire ».¹⁷³

[200] Dans la Conclusion n°44 du Comité exécutif¹⁷⁴ sur la détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile, la notion de ce qui est « nécessaire » est clairement expliquée. Selon les Lignes directrices du HCR, « les mises en détention ne doivent avoir lieu que pour des raisons prévues par la loi, afin de vérifier l'identité, de déterminer les faits sur lesquels la demande de reconnaissance du statut de réfugié ou d'asile est basée, de traiter les cas dans lesquels les réfugiés ou les requérants d'asile ont détruits leur passeport ou leur carte d'identité, respectivement ont utilisé de faux papiers dans le but d'induire en erreur les autorités du pays de refuge, ou encore pour la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public ». Par ailleurs, la détention ne doit être prononcée qu'en tant qu'*ultima ratio*.¹⁷⁵ Si l'État arrive à la conclusion que la mise en détention d'une personne demandant l'asile est nécessaire, il faut alors examiner la question de savoir si la détention ordonnée est adéquate et proportionnée au but visé. En outre, elle devrait être prononcée exclusivement de façon non-discriminatoire et pour une durée la plus courte possible.

[201] L'art. 9 al. 1 Pacte II prévoit que « tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne

¹⁷² Voir WILSHER, p. 132-133.

¹⁷³ UNHCR, Standards concernant la détention (1999), Introduction ch. 1 et 3.

¹⁷⁴ UNHCR, Conclusion COMEX n°44 (1986), p. 100.

¹⁷⁵ UNHCR, Standards concernant la détention (1999), Ligne directrice 3.

peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi ». Cette garantie n'est pas seulement valable pour les réfugiés et les demandeurs d'asile avant l'entrée en force de la décision, mais également pour les demandeurs d'asile dont la demande a été rejetée et à l'encontre desquels le refoulement a été prononcé. La jurisprudence du CCPR place les principes de la « nécessité », de la « proportionnalité » et de « l'examen judiciaire de la détention » au centre. Une mise en détention est arbitraire non pas seulement lorsqu'elle n'est pas prévue par la loi, mais également lorsqu'elle est inappropriée, injuste et imprévisible. Dans l'affaire *A c. Australie*¹⁷⁶, le CCPR a considéré que la mise en détention de requérants d'asile est arbitraire lorsqu'elle n'est pas nécessaire, par exemple afin d'éviter les risques de fuite et de mettre des preuves en sûreté.¹⁷⁷ Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, la durée de la détention administrative et la nécessité de la mise en détention sont prises en considération. Le CCPR a condamné par le passé la Suisse en raison de la durée de la détention administrative de requérants d'asile et de mineurs.¹⁷⁸

3.2. Le Conseil de l'Europe

[202] Il n'y a pas de disposition dans la CEDH interdisant explicitement la mise en détention arbitraire. L'art. 5 al. 1 dispose seulement que toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. « Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales, [...] let. b, arrestation ou détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ; let. f, arrestation ou détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ». Au fil du temps, le Conseil de l'Europe a changé sa position concernant la question de la détention administrative : alors que les organes du Conseil de l'Europe ont par le passé soutenu la plupart du temps les peines de détention administrative ordonnées par les États membres, ils ont intensifié au cours des dernières années leur activité de surveillance dans ce domaine. Il s'agit en particulier de la Cour EDH qui, dans sa jurisprudence, pose des exigences de plus en plus précises quant à la légalité de la mise en détention administrative.¹⁷⁹

[203] Le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe s'est penché en 2003 pour la première fois sur la question de la mise en détention des personnes en quête d'asile. Il recommande aux États membres, lors de la détention des personnes en quête d'asile, de s'en tenir à la Conclusion n°44 du Comité exécutif du UNHCR. Selon le Conseil des Ministres, la détention des personnes en quête d'asile ne doit être prononcée que « dans des cas particuliers », ne pas être arbitraire, doit être temporaire et durer le moins longtemps possible. En outre, la durée légale maximale doit être respectée, sans quoi la durée de la détention doit être examinée par un tribunal.¹⁸⁰ La Cour EDH a jugé dans l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni* que la

¹⁷⁶ CCPR, *A. c. Australie*, 560/1993 (1997).

¹⁷⁷ « If it is not necessary in all the circumstances of the case, for example, to prevent flight or interference with evidence: the element of proportionality becomes relevant in this context » (ibid, ch. 9.2).

¹⁷⁸ CCPR, Observations finales Suisse 1996, ch. 15.

¹⁷⁹ Voir WILSHER, p. 143 ss.

¹⁸⁰ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n°5 (2003).

durée de la détention de personnes en quête d'asile doit être proportionnée.¹⁸¹ Par ailleurs, la détention prévue par la loi et prononcée selon la procédure adéquate devrait poursuivre le but prévu, c'est-à-dire garantir l'exécution d'une procédure d'expulsion ou d'extradition en cours.

[204] Le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe, se voyant confronté à une augmentation des difficultés lors de l'expulsion de personnes en quête d'asile dont la demande a été rejetée, s'est penché en 1999 sur cette problématique dans une série de recommandations.¹⁸² Les recommandations approuvent explicitement la détention des personnes en quête d'asile déboutées qui entravent volontairement leur expulsion. Dans ces cas-là, la détention ne serait pas une sanction pénale, mais une mesure spécifique de droit administratif, temporaire et non arbitraire, devant respecter le droit national et les obligations internationales. Étant donné que les cas de détention d'une durée plus longue de personnes étrangères n'ont cessé d'augmenter, la Cour EDH a développé, dans la jurisprudence *Mikolenko c. Estonie*, le test du « realistic prospect of removal », selon lequel l'État membre doit prouver que l'expulsion de la personne concernée est imminente et possible.¹⁸³ Dans l'arrêt *Mikolenko c. Estonie*, la Cour était d'avis que l'exécution de l'expulsion après trois ans et demi serait en quelque sorte impossible, étant donné que la personne concernée refusait toute collaboration avec les autorités.¹⁸⁴ Ainsi, dans l'arrêt *Mikolenko c. Estonie*, la Cour a relativisé l'examen de la faute qui avait permis jusque-là aux États membres de motiver la détention d'une personne en invoquant le refus de collaborer avec les autorités. Cet aspect de l'arrêt fait depuis lors l'objet de controverses.

3.3. L'Union européenne

[205] Les efforts entrepris par l'Union européenne (UE) en vue d'une réglementation de la détention administrative des étrangers méritent d'être mentionnés, car les Institutions de l'UE sont devenues un acteur important dans ce domaine. Tant les institutions législatives que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) se sont penchées au cours des dernières années sur la problématique de la détention administrative des étrangers. Étant donné que la Suisse a signé l'Accord d'association à Schengen, elle doit transposer aujourd'hui des actes juridiques importants relatifs à Schengen dans le droit national. Elle a notamment dû adopter la directive 2008/115, dénommée directive retour, qui remplace les art. 23 et 24 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen.¹⁸⁵

[206] La directive retour a pour but de fixer une politique de retour et d'éloignement effective qui repose sur des normes communes garantissant en même temps que les personnes concernées soient expulsées humainement dans le respect total des droits fondamentaux.¹⁸⁶ Les États membres ont le droit d'édicter des dispositions nationales qui traitent mieux les

¹⁸¹ Cour EDH, *Saadi et autres c. Royaume-Uni*, Affaire n°13229/03 (2008), ch. 70.

¹⁸² Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n°12 (1999).

¹⁸³ Cour EDH, *Mikolenko c. Estonie*, 10664/05 (2009), ch. 68.

¹⁸⁴ *Idem*, ch. 65.

¹⁸⁵ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, L 348/98. En vigueur en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2011 (RO 2010 5925 ; FF 2009 8043).

¹⁸⁶ Art. 1 Directive 2008/115 CE.

ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire que ce que les standards de la directive ne préconisent lors de l'éloignement, un traitement plus mauvais n'étant toutefois pas admis.¹⁸⁷ D'une part, la directive impose la procédure à appliquer lors de l'éloignement et, d'autre part, elle prévoit un processus échelonné pour l'exécution d'un renvoi. Dans un premier temps, un délai allant de sept à trente jours est donné, afin de permettre un départ volontaire.¹⁸⁸ Dans certaines circonstances particulières, les autorités peuvent imposer aux personnes concernées une obligation de s'annoncer ou exiger le dépôt d'une garantie financière. S'il existe un risque de fuite ou si la demande d'un titre de séjour paraît totalement infondée, l'État membre peut fixer un délai plus court ou encore renoncer à un délai pour le retour.

[207] Lorsqu'un État membre ordonne en *ultima ratio* l'expulsion forcée (éloignement) d'une personne récalcitrante, certains principes doivent donc être respectés. À cet effet, l'art. 8 al. 4 retient que [...] « ces mesures sont proportionnées et ne comportent pas d'usage de la force allant au-delà du raisonnable. Ces mesures sont mises en œuvre comme il est prévu par la législation nationale, conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité et de l'intégrité physique du ressortissant concerné d'un pays tiers ». La CJUE en déduit que, sur la base de cette disposition, les États membres doivent toujours appliquer la mesure de contrainte la moins intensive. Une mise en détention ne peut donc être ordonnée que lorsqu'une personne fait obstacle à son éloignement par son propre comportement.¹⁸⁹ Cette mesure devrait être le dernier moyen efficace pour pouvoir exécuter l'éloignement.¹⁹⁰

[208] De manière générale, la durée de la détention doit être la plus courte possible et ne concerner que la durée nécessaire aux préparatifs en vue de l'éloignement. Selon l'art. 15 al. 5 et 6 de la directive retour, la détention est maintenue tant et aussi longtemps qu'elle est nécessaire pour garantir une exécution réussie de l'éloignement. Chaque État membre fixe une durée maximale de détention, qui ne doit pas dépasser les six mois. Selon l'art. 15 al. 6, les États membres peuvent prolonger la durée de détention de 12 mois, lorsqu'il est probable que l'opération d'éloignement durera plus longtemps en raison du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers ou des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires. Cette prolongation de la détention doit être conforme au droit national. Cette disposition concernant la durée de la détention reflète le principe de la proportionnalité. En outre, elle fait ressortir les vingt principes directeurs concernant la question de l'éloignement forcé, qui ont été adoptés par le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe le 4 mai 2005.¹⁹¹

¹⁸⁷ Art. 4 Directive 2008/115 CE.

¹⁸⁸ Art. 7 Directive 2008/115 CE.

¹⁸⁹ CJUE, *PPU El-Dridi c. Italie*, C-61/11 (2011), consid. 39.

¹⁹⁰ THOMAS HUGI YAR, *Das Urteil El Dridi, die EU-Rückführungsrichtlinie und der Schengen-Besitzstand*, dans la Jusletter du 11 juillet 2011.

¹⁹¹ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *Principes directeurs* (2005).

4. Mise en œuvre en Suisse

4.1. Mesures de contrainte en droit des étrangers

[209] L'expulsion, c'est-à-dire l'exécution forcée d'un renvoi, n'intervient que lorsque la personne étrangère n'a pas fait usage du délai imparti pour le départ (art. 69 al. 1 let. a LEtr). Les autorités cantonales de migration peuvent ordonner des mesures de contrainte afin de garantir l'exécution du renvoi. Les conditions pour l'usage de mesures de contrainte sont réglées dans la LEtr (art. 73-79 LEtr). Les dispositions relatives à l'exécution du renvoi prévoient tout d'abord des « mesures de contrainte légères » (obligation de s'annoncer, rétention de courte durée, assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée, fourniture de sûretés financières ou dépôt des documents de voyage) qui, seulement dans un deuxième temps, peuvent conduire à la détention.¹⁹²

[210] Les autorités cantonales de migration peuvent ordonner différentes formes de détention administrative. La détention en phase préparatoire doit permettre de garantir l'exécution de la procédure de renvoi. La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion a pour but de garantir l'exécution d'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance, qui n'est pas obligatoirement déjà exécutoire. La détention pour insoumission a pour but d'amener la personne concernée à quitter le territoire volontairement. Cette mise en détention présuppose qu'il existe une décision de renvoi ou d'expulsion exécutoire et que le délai imparti pour quitter le territoire soit écoulé. Elle est applicable lorsque, malgré les efforts entrepris par les autorités, l'exécution de l'expulsion n'est pas possible sans la collaboration de la personne concernée. La détention pour insoumission est une contrainte judiciaire.¹⁹³ De manière générale, une détention administrative ne peut être ordonnée que lorsqu'une procédure de renvoi ou d'expulsion contre la personne concernée est pendante. Cela signifie que le renvoi ou l'expulsion de cette personne doit être possible et admissible. Ce n'est pas la clôture formelle de la procédure d'éloignement qui est centrale, mais la question de savoir si « l'exécution à court terme d'une éventuelle décision d'éloignement est suffisamment vraisemblable sur le plan matériel ». ¹⁹⁴

[211] Les cantons sont compétents en matière d'exécution de la détention administrative. Ils décident au cas par cas de l'opportunité d'une détention administrative des étrangers. L'évaluation du contrôle parlementaire de l'administration et le Rapport des États du *Global Detention Project* contiennent des informations sur la pratique cantonale. Les travaux cités ci-dessus arrivent à la conclusion qu'il existe des différences concernant l'application des mesures de contrainte.¹⁹⁵

¹⁹² MARC SPESCHA/ANTONIA KERLAND/PETER BOLZLI, *Handbuch zum Migrationsrecht*, Zurich 2010, p. 252 ss.

¹⁹³ GÖKSU, p. 759-760.

¹⁹⁴ Voir ODM, Directive I.9, ch. 9.1.1.

¹⁹⁵ Contrôle parlementaire de l'administration, Évaluation concernant l'application et l'effet des mesures de contrainte en matière de droit des étrangers : Rapport final à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, Berne 2005 ; MICHAEL FLYNN/CECILIA CANNON, *Immigration Detention in Switzerland – A Global Detention Project Special Report*, Genève 2011.

4.2. Les motifs de détention

[212] Les motifs de détention sont énumérés de manière exhaustive dans les articles de loi correspondants. Les autorités de migration ne peuvent donc pas prononcer la détention d'une personne étrangère pour un quelconque autre motif.

4.2.1. La détention en phase préparatoire (art. 75 LEtr)

[213] La détention en phase préparatoire peut être ordonnée contre des personnes étrangères qui ne disposent pas d'autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement et qui remplissent un des motifs de détention énoncés à l'art. 75 al. 1 let. a à h. Elle concerne les personnes sans autorisation de séjour qui séjournent en Suisse de manière illégale, mais aussi les personnes qui disposent d'un droit de séjour légal (art. 10 LEtr) ou qui sont en attente d'une décision concernant leur demande d'asile (art. 42 LAsi). Une personne peut être mise en détention en phase préparatoire lorsque le renvoi est imminent et qu'elle se comporte de façon abusive.¹⁹⁶ Les différents comportements abusifs qui peuvent mener à une détention sont précisés à l'art. 75 LEtr.

[214] Une personne étrangère peut être mise en détention en phase préparatoire lorsqu'elle « refuse de décliner son identité lors de la procédure d'asile ou de renvoi, dépose plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes, ne donne pas suite à une convocation, à réitérées reprises et sans raisons valables, ou n'observe pas d'autres prescriptions des autorités dans le cadre de la procédure d'asile » (art. 75 al. 1 let. a LEtr). Une détention en phase préparatoire trouve ainsi application en cas de violations graves d'obligations et de tromperie des autorités. La détention en phase préparatoire est également justifiée lorsque des mesures plus clémentes, comme par exemple l'assignation d'un lieu de résidence et l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée (selon l'art. 74 LEtr), n'ont pas abouti (art. 75 al. 1 let. b LEtr). La décision de détention en phase préparatoire est aussi admissible lorsque la personne étrangère « franchit la frontière malgré une interdiction d'entrer en Suisse et ne peut pas être renvoyée immédiatement » (art. 75 al. 1 let. c LEtr). Dans ces cas-là, il s'agit de prévenir des troubles futurs de la sécurité et de l'ordre publics. La décision de détention en phase préparatoire, conformément à l'art. 75 al. 1 let. d LEtr, est également envisageable lorsque la personne concernée dépose une demande d'asile après avoir été renvoyée suite à une révocation exécutoire (art. 62 et 63) ou à la non-prolongation de l'autorisation pour avoir attenté à la sécurité et l'ordre publics, les avoir mis en danger ou avoir représenté une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure. En outre, une personne peut être mise en détention en phase préparatoire lorsqu'elle dépose une demande d'asile après avoir été expulsée (art. 75 al. 1 let. e LEtr). Les autorités justifient la détention des personnes concernées en invoquant le fait que « dans ces situations, la procédure d'asile représente une formalité vide utilisée dans le but de disparaître »¹⁹⁷.

[215] Lorsqu'une personne séjourne illégalement en Suisse et dépose une demande d'asile dans le but manifeste d'empêcher l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion, elle peut également être envoyée en détention en phase préparatoire. Ce fait est présumé par la loi lorsqu'une personne sans autorisation de séjour aurait pu déposer la demande d'asile à un moment antérieur. Il faut examiner dans chaque cas si la personne a déposé la demande tardi-

¹⁹⁶ GÖKSU, p. 732-733.

¹⁹⁷ HUGI YAR, ch. 10.65.

vement pour de justes motifs. Les autorités considèrent que la demande d'asile est abusive lorsqu'une personne dépose la demande en relation chronologique étroite avec une mesure de détention, une procédure pénale, l'exécution d'une peine ou la promulgation d'une décision de renvoi (art. 75 al. 1 let. f LEtr). En outre, cette forme de détention est admissible lorsque la personne concernée « menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle et fait l'objet d'une poursuite pénale ou a été condamnée pour ce motif » (art. 75 al. 1 let. g LEtr). Ce motif de détention était particulièrement controversé lors de l'introduction des mesures de contrainte, car il présente des points de rattachement très étroits avec le droit pénal.¹⁹⁸ Selon l'art. 75 al. 1 let. h LEtr, la détention en phase préparatoire peut être ordonnée contre une personne sans autorisation de séjour pendant la préparation de la décision de renvoi, si elle fait l'objet d'une condamnation exécutoire en raison d'un crime. Enfin, l'art. 75 al. 1bis LEtr règle la détention des cas Dublin, à savoir des personnes qui attendent d'être renvoyées vers l'État où une première demande a été déposée.

4.2.2. La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76 LEtr)

[216] S'il existe une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance, un motif de détention et que les conditions de base (prévisibilité de l'exécution du renvoi, proportionnalité, etc.) pour une détention sont remplies, l'art. 76 LEtr peut alors être appliqué à toute personne étrangère se trouvant sur le territoire suisse. L'exécution du renvoi doit être objectivement possible et être exécutable même contre la volonté de la personne concernée. L'autorité compétente doit entreprendre et faire avancer les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion sans tarder (principe de la célérité). Il y a violation du principe de la célérité, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsqu'aucune démarche n'a été entreprise pendant plus de deux mois en vue de l'exécution du renvoi.¹⁹⁹

[217] Celui qui se trouve déjà en détention sur la base de l'art. 75 LEtr peut y être maintenu sur la base de l'art. 76 al. 1 let. a LEtr. En effet, cette disposition a pour but d'empêcher qu'une personne préalablement expulsée et mise en détention ne se soustraie à l'expulsion en fuyant. Selon l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr, il y a un tel risque lorsqu'une personne étrangère ne se soumet pas à son obligation de collaborer en vertu de l'art. 90 LEtr ou de l'art. 8, al. 1 let. a LAasi. Le non-respect de ces obligations est considéré comme un indice du fait que la personne concernée entend se soustraire au renvoi, respectivement qu'elle a l'intention de se cacher. Si son comportement permet de conclure qu'elle se refusera à obtempérer aux instructions des autorités (art. 76 al. 1 let. b ch. 4 LEtr), elle peut être mise en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion.

[218] Les personnes en quête d'asile qui ont reçu une décision de non-entrée en matière peuvent être mises en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion afin d'assurer l'exécution de la décision de renvoi ou d'expulsion (art. 76 al. 1 let. b ch. 2 LEtr). Cette disposition concerne les personnes en quête d'asile qui n'ont pas remis leurs documents de voyage dans les 48 heures prévues par la loi, qui ont gravement violé leur devoir de collaboration, qui ont déposé une demande d'asile dans le but manifeste d'empêcher l'exécution d'un renvoi ou

¹⁹⁸ Ibid, ch. 10.69.

¹⁹⁹ Cf. ATF, 124 II 49, consid. 3a.

d'une expulsion et qui ont trompé les autorités sur leur identité.²⁰⁰ L'art. 76 al. 1 let. b ch. 5 LEtr règle la question de la mise en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion dans un centre d'enregistrement et de procédure. L'ODM peut la prononcer lorsque la décision de non-entrée en matière est notifiée dans un centre d'enregistrement et que l'exécution du renvoi est imminente. Enfin, l'art. 76 al. 1 let. b ch. 6 LEtr règle la détention des cas Dublin.

4.2.3. La « petite » détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 77 LEtr)

[219] La « détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage » peut être ordonnée pour une durée maximale de 60 jours. L'autorité compétente peut ordonner la détention d'une personne étrangère sur la base de l'art. 77 LEtr lorsqu'une décision exécutoire a été prononcée, qu'elle n'a pas quitté la Suisse dans le délai imparti et que l'autorité a dû se procurer elle-même les documents de voyage.²⁰¹

4.2.4. La détention pour insoumission (art. 78 LEtr)

[220] La détention pour insoumission peut être ordonnée si la personne concernée n'a pas obtempéré à l'injonction de quitter la Suisse dans le délai imparti. La détention pour insoumission ne doit intervenir qu'en dernier recours, lorsqu'aucune autre mesure de contrainte n'a pu conduire à l'objectif visé, à savoir de renvoyer la personne en séjour illégal vers son pays de provenance. Elle n'est prononcée que lorsque tous les efforts et démarches des autorités en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion ont échoué en raison du comportement de la personne concernée. Les conditions sont par exemple remplies lorsqu'une personne, malgré la présentation des documents de voyage, ne peut pas être expulsée parce qu'une expulsion forcée est impossible sans son consentement. L'autorité d'exécution dispose d'une marge d'appréciation pour déterminer le moment où une détention pour insoumission peut être prononcée suite à des démarches demeurées infructueuses pour l'obtention de documents de voyage, respectivement pour l'exécution de l'obligation de départ.²⁰²

[221] Le Tribunal fédéral a classé les cas de détention pour insoumission traités à ce jour en deux catégories, qu'il considère être typiques en matière de détention pour insoumission. La première catégorie concerne les étrangers et les étrangères qui, malgré la présentation de documents de voyage, ne peuvent pas être expulsés, étant donné que le renvoi vers leur pays respectif n'est pas possible sans leur consentement ; la deuxième catégorie concerne les situations dans lesquelles la détention pour insoumission oblige la personne étrangère à collaborer à l'obtention des documents ou à la détermination de son identité.²⁰³

²⁰⁰ HUGI YAR, ch. 10.95.

²⁰¹ Ibid, ch. 10.117.

²⁰² HUGI YAR, ch. 10.121.

²⁰³ Voir, p. ex., l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_411/2007 du 6 novembre 2007, consid. 2.2.

4.3. Durée et conditions de la détention

[222] En adoptant la directive retour, la Suisse s'est engagée à observer les prescriptions européennes à compter du 1^{er} janvier 2011 dans le cadre de l'aménagement de la détention administrative. La directive retour ne fait pas de différence entre les formes de détention, mais donne la possibilité aux États membres de le faire. La directive retour prévoit une durée de détention maximale de six mois (art. 15 al. 5 directive retour). La détention peut être prolongée jusqu'à une durée maximale de 18 mois, lorsqu'il existe un des motifs mentionnés à l'art. 15 al. 6 de la directive retour. Cette limite s'applique à toutes les formes de détention et aux combinaisons entre ces dernières prévues dans le droit national. Les motifs pouvant être invoqués pour une prolongation de la détention au-delà de la durée maximale sont les mêmes pour toutes les formes de détention.

[223] En Suisse, les motifs de prolongation de la détention sont mentionnés à l'art. 79 LETr. En conformité avec la directive retour, l'art. 79 al. 1 LETr prévoit que la détention en phase préparatoire et la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ainsi que la détention pour insoumission ne peuvent excéder six mois au total. La limite maximale de six mois est valable tant pour la durée totale d'une forme de détention que pour la combinaison de différentes formes de détention.²⁰⁴ Selon l'art. 79 al. 2 LETr, la durée maximale de la détention peut, avec l'accord de l'autorité judiciaire cantonale, être prolongée de douze mois au plus si la personne concernée ne coopère pas avec l'autorité compétente ou si l'obtention des documents nécessaires au départ auprès d'un État qui ne fait pas partie des États Schengen prend du retard. Ces motifs de prolongation correspondent à la jurisprudence du Tribunal fédéral,²⁰⁵ qui a été rendue en relation avec la prolongation de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et de la détention pour insoumission.

[224] Pendant la préparation de la décision sur le séjour, la détention en phase préparatoire (art. 75 LETr) est admissible pour une durée de six mois au plus. La détention en phase préparatoire doit être limitée à un délai raisonnable. Lorsque la procédure ne peut pas être clôturée à temps, la durée de la détention peut être prolongée jusqu'à la durée maximale légale. Les autorités doivent traiter les demandes d'autorisation, respectivement d'asile, en priorité. La détention en phase préparatoire peut être transformée en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, lorsque leurs conditions respectives sont remplies. La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76 LETr) ne peut être maintenue que tant et aussi longtemps que son but l'exige. Elle peut être ordonnée pour une durée allant jusqu'à six mois dans le cadre de la première décision de détention.²⁰⁶ Le délai commence à courir dès le moment où la personne concernée est arrêtée pour des motifs de droit des étrangers.

[225] La « petite détention en vue du renvoi ou de l'expulsion » (art. 77 LETr), qui est ordonnée en raison du manque de collaboration à l'obtention des documents de voyage, ne peut pas dépasser 60 jours.

[226] La détention pour insoumission (art. 78 LETr) peut être ordonnée pour une période d'un mois. Moyennant le consentement de l'autorité judiciaire cantonale, elle peut être prolongée de deux mois en deux mois lorsque la personne concernée n'est pas disposée à modifier son comportement et à quitter le pays. Il n'y a pas de durée maximale propre pour la détention

²⁰⁴ Voir ODM, Directive I.9, ch. 9.10.

²⁰⁵ Cf. p. ex., ATF 130 II 56, consid. 4.1.2 et 4.1.3.

²⁰⁶ Voir ODM, Directive I.9, ch. 9.3.

pour insoumission. La durée maximale pour la décision de détention est de six mois, selon l'art. 79 LEtr, la détention pouvant être prolongée de 18 mois au maximum.

[227] Les mesures de contrainte du droit des étrangers ne sont pas des mesures à caractère pénal mais des mesures administratives.²⁰⁷ Par conséquent, conformément à l'art. 81 al. 2 LEtr, « les étrangers en détention ne sont pas regroupés avec les personnes en détention préventive ou purgeant une peine ». Par ailleurs, l'art. 81 al. 3 LEtr prévoit que la forme de détention doit tenir compte des besoins des personnes à protéger, des mineurs non accompagnés et des familles accompagnées d'enfants. Le même alinéa renvoie à la directive retour en ce qui concerne les conditions de détention.

4.4. Durée de la détention dans la pratique

[228] Le prononcé de la mise en détention administrative dans le domaine du droit des étrangers est du ressort des cantons. Étant donné que l'on ne sait que peu de choses sur l'application effective des mesures de contrainte dans la Suisse fédérale, le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) a chargé l'Université de Zurich en 2005 de faire une évaluation concernant l'application des mesures de contrainte. Cette étude a examiné l'application des mesures de contrainte dans cinq cantons (BL, GE, SH, VS, ZH). L'évaluation est arrivée à la conclusion que « tout juste 60% à 80% des personnes détenues restaient moins qu'un mois en détention »²⁰⁸. Une enquête au sein des cantons pour les années 2007 et 2008 a montré que la détention n'avait duré plus de 18 mois que dans peu de cas (moins de 1%). Dans la plupart des cas, le renvoi avait pu être exécuté au cours d'une détention de moins de 12 mois. La durée de détention moyenne en 2008 était de moins de 20 jours.²⁰⁹

[229] En se fondant sur cette évaluation, la Commission de gestion du Conseil national a demandé à ce qu'à l'avenir des données détaillées et comparables soient fournies par les cantons concernant l'exécution des mesures de contrainte, afin de pouvoir tirer des conclusions de qualité quant à l'efficacité des instruments d'exécution utilisés. Le Conseil fédéral a ajouté un nouvel article 15a dans l'Ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion (OERE) des étrangers²¹⁰ dans le but de recueillir des données statistiques probantes dans le domaine des mesures de contrainte. Depuis 2008, l'ODM recense le nombre des décisions de détention, la durée de la détention, le nombre de renvois et de libérations, la nationalité, le sexe et l'âge des personnes détenues ainsi que la forme de la détention.²¹¹ Entre janvier 2008 et juin 2010, la durée moyenne de la détention en phase préparatoire était de 31

²⁰⁷ MARTINA CARONI/TOBIAS D. MEYER/LISA OTT, *Migrationsrecht*, 2^{ème} éd., Berne 2011, p. 165.

²⁰⁸ Contrôle parlementaire de l'administration, *Évaluation concernant l'application et l'effet des mesures de contrainte en matière de droit des étrangers : Rapport final à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national*, Berne 2005, <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/2607.pdf>, p. 51.

²⁰⁹ Message Directive sur le retour, p. 8062.

²¹⁰ Ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion des étrangers (OERE), état au 5 décembre 2006, RS 142.281.

²¹¹ Cf. p. ex., le postulat Antonio Hodgers 11.3997, « Statistiques sur les mesures de contrainte pour les étrangers » du 20 septembre 2011.

jours, de 24 jours pour la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et de 155 pour la détention pour insoumission.²¹²

5. Mesures nécessaires

[230] Le thème des mesures de contrainte dans le droit des étrangers a plusieurs fois fait l'objet de controverses au sein du Parlement. La Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) souligne, dans son rapport, que les mesures de contrainte sont appliquées de manière très différente d'un canton à l'autre. Les disparités quant à la durée de la détention et aux motifs de détention invoqués seraient choquantes.²¹³ Elle met également le doigt sur des problèmes de coordination dans le cadre de l'organisation du départ et une perte de contrôle. L'évaluation du Contrôle parlementaire de l'administration lui permet d'arriver à la conclusion que le système fédéral devrait entrer dans une phase d'harmonisation. À cet effet, elle désire, entre autres, une meilleure coordination, des données plus probantes et une application de la loi plus uniforme.²¹⁴

[231] Dans son avis, le Conseil national a approuvé l'orientation des exigences de la CdG. Il s'est montré prêt à examiner différentes mesures et réglementations légales, qui donneraient suite aux recommandations de la CdG-N.²¹⁵ La CdG-N s'est montrée satisfaite de l'avis du Conseil fédéral mais a annoncé en même temps qu'elle ferait un contrôle de suivi. Dans le rapport annuel de 2009, la CdG-N a critiqué le fait que les données ne seraient toujours pas assez probantes pour pouvoir mesurer l'importance de la détention pour insoumission. La question de savoir pourquoi la pratique d'exécution est différente d'un canton à l'autre serait également restée sans réponse. C'est la raison pour laquelle elle a demandé au Conseil fédéral de travailler en vue d'une harmonisation dans le cadre de l'exécution. Une exécution uniforme devrait être thématisée notamment aussi du point de vue de l'égalité devant la loi.²¹⁶

[232] Le thème de l'application des mesures de contrainte a été à nouveau discuté au Parlement après la diffusion du film « Vol spécial ». Antonio Hodgers a demandé la suppression (11.3953), respectivement l'allègement des mesures de contrainte (11.3952) ainsi que la publication d'un rapport statistique sur les mesures de contrainte (11.3997).²¹⁷ Le Conseil fédéral a proposé le rejet des deux motions et du postulat. Il a justifié sa position hostile en invoquant le fait que le monitoring de l'ODM aurait mené à une amélioration de la transparence et que les cantons feraient déjà aujourd'hui usage des mesures de contrainte de manière restrictive.

[233] Cette appréciation du Conseil fédéral n'est pas partagée par les organisations non gouvernementales. Ainsi, humanrights.ch écrit que « les informations concernant l'application des mesures de contrainte seraient peu abondantes et que l'ordre juridique suisse mettrait à disposition une liste excessive de motifs permettant aux autorités d'amener

²¹² DFJP, Rapport sur des mesures d'accélération 2011, Annexe 4.

²¹³ Rapport CdG-N, p. 2617.

²¹⁴ Ibid, p. 2608.

²¹⁵ Avis du Conseil fédéral sur le Rapport CdG-N.

²¹⁶ Rapport annuel 2009 CdG, p. 2483-2485.

²¹⁷ Postulat Antonio Hodgers 11.3997, « Statistiques sur les mesures de contrainte pour les étrangers » du 20 septembre 2011; motion Antonio Hodgers 11.3952, « Mesures de contrainte allégées à l'égard des étrangers non criminels » ; motion Antonio Hodgers 11.3953, « Suppression des mesures de contrainte pour les étrangers non criminels » du 29 septembre 2011.

une personne étrangère à coopérer en prononçant une mise en détention ». ²¹⁸ Amnesty International constate en outre que « le principe de la proportionnalité de la détention administrative n'est souvent pas respecté » et « émet des doutes au sujet du contrôle de la proportionnalité de la détention au moment de sa prolongation. L'audience au tribunal ressemble souvent à une procédure strictement prédéterminée dont l'issue est déjà connue d'avance » ²¹⁹. Par conséquent, Amnesty exige que la détention administrative soit nécessaire et proportionnée au but visé, qu'elle soit régulièrement contrôlée quant à sa proportionnalité par un juge dans une procédure équitable et qu'elle soit aussi courte que possible. ²²⁰

[234] Dans son rapport sur des mesures d'accélération dans le domaine de l'asile, le DFJP se penche notamment sur l'application de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion. Le DFJP n'impute pas les différences concernant le nombre de décisions de détention et la durée de la détention aux bases légales ou au manque de coordination, mais aux problèmes d'infrastructure dans les cantons. Normalement, la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion n'est ordonnée que dans les cas dans lesquels l'exécution de l'expulsion est imminente. ²²¹ C'est la raison pour laquelle il a été demandé d'augmenter le nombre de places de détention dans les cantons, afin d'exécuter les renvois de manière plus conséquente. ²²² L'ODM part du principe qu'il manque encore 200 places de détention. ²²³

6. Conclusions

[235] En résumé, on constate que les dispositions du droit des étrangers de la LEtr concernant la détention administrative en Suisse remplissent largement les prescriptions des organes internationaux compétents en matière de droits humains. ²²⁴ Sous le régime de la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) ²²⁵, cette conformité n'était pas encore atteinte, comme l'a démontré l'arrêt *Jusic c. Suisse*. ²²⁶ La question de savoir dans quelle mesure les autorités compétentes respectent les standards internationaux en matière de droits humains est bien plus difficile à juger, car la pratique est harmonisée au niveau fédéral, elle est peu transparente et peu documentée.

[236] Un point de critique important émanant des organes internationaux compétents en matière de droits humains concernait, par le passé, la durée de la détention administrative qui, avec une limite maximale de 24 mois, était plus longue que celle prévue dans la plupart

²¹⁸ http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/Inneres/Strafen/Freiheitsentzug/idart_8709-content.html.

²¹⁹ Amnesty International, Document explicatif sur le film Vol Spécial, p. 6 ; http://www.volspecial.ch/uploads/1331711440_Amnesty%20International%20fiche%20information.pdf.

²²⁰ Ibid, p. 5.

²²¹ DFJP, Rapport sur des mesures d'accélération 2011, p. 24.

²²² Ibid, p. 27.

²²³ http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/ausschaffungenes_fehlen_200_gebraengnis_plaetze_1.13233928.html.

²²⁴ Ceci semble refléter la position de la Confédération, voir CAT, Compte rendu analytique Suisse (2010), ch. 17.

²²⁵ Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (RS 142.20).

²²⁶ Cour EDH, *Jusic c. Suisse*, 4691/06 (2010).

des autres pays européens. La recommandation du CAT a été faite en mai 2010, soit avant que la LEtr n'ait été adaptée à la directive retour. En adoptant la directive retour de l'UE, la Suisse s'est rapprochée des standards européens en ce qui concerne ce point. Ainsi, la situation juridique en Suisse correspond en substance aux exigences des organes de surveillance internationaux.

[237] Le présent chapitre ne peut pas apporter de réponse sûre à la question de savoir si, dans le domaine de la détention administrative des étrangers, le principe de la proportionnalité est respecté dans la pratique. Afin de pouvoir faire une déclaration fiable, il faudrait d'une part analyser la jurisprudence actuelle. D'autre part, il faudrait rassembler des données détaillées concernant la pratique des autorités d'exécution. Il s'agirait du seul moyen susceptible d'apporter une réponse à la question de savoir si le principe de la proportionnalité est respecté dans la pratique.

[238] Différents travaux, interventions parlementaires et prises de position d'organisations non gouvernementales sont d'avis qu'il y a une nécessité d'agir en vue de l'amélioration de la transparence dans le domaine de la détention administrative. Il convient de retenir ici que l'ODM rassemble de nombreuses informations concernant la détention administrative dans le cadre du monitoring des mesures de contrainte, mais que ces informations ne sont pas à disposition du large public. Dans le cadre de la détention administrative, qui soulève beaucoup de questions importantes du point de vue des droits fondamentaux, il semble indispensable d'augmenter la transparence - également envers les acteurs non étatiques. Selon nous et afin d'améliorer la transparence, les informations concernant le monitoring des mesures de contrainte devraient être publiées.

Auteure :

Nicole Wichmann, Dr. phil., Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population, Université de Neuchâtel.

La version originale en allemand de ce chapitre fait foi.

DROIT D'ASILE

I. REMARQUE LIMINAIRE

[239] Ce chapitre relatif au droit d'asile n'a pas pour objectif de présenter une critique exhaustive de cette matière, mais uniquement les domaines qui sont touchés par les recommandations internationales. D'une manière générale, elles concernent principalement la procédure d'asile ainsi que l'aide d'urgence.

[240] Ces recommandations sont présentées ici dans l'ordre « chronologique » du traitement d'une demande d'asile. Le premier point discuté est celui de la procédure d'asile en tant que telle et, en particulier, la problématique des délais et de l'assistance judiciaire. Il convient ensuite de se pencher sur l'aide d'urgence qui concerne les personnes dont la procédure d'asile s'est terminée par une décision négative.

II. PROCÉDURE D'ASILE : ASSISTANCE JUDICIAIRE ET DÉLAIS

1. Introduction et recommandations

[241] En ce qui concerne la question de l'asile, plusieurs organes onusiens et européens ont émis des recommandations à l'égard de la Suisse concernant certains aspects de la procédure d'asile, ainsi que la problématique de l'aide d'urgence. Le présent chapitre traite les questions liées à la procédure d'asile. La thématique de l'aide d'urgence fait l'objet d'un chapitre séparé (chapitre III, ci-dessous).

[242] En matière de procédure d'asile, les critiques peuvent être classées selon deux thèmes principaux. Il s'agit d'une part de recommandations – précises – touchant à la question de l'*assistance judiciaire*, l'accès à l'assistance et ses restrictions et, d'autre part, de recommandations – plus générales – encourageant la Suisse à entreprendre des démarches pour procéder à une *analyse de la loi sur l'asile* et vérifier que son application soit conforme aux droits fondamentaux.

[243] Dans cette optique, l'attention doit être principalement portée (dans le cadre de cette étude) sur trois recommandations. Une quatrième recommandation doit également être mentionnée mais, ayant déjà fait l'objet d'une analyse du CSDH, elle ne sera pas détaillée ici²²⁷.

[244] En ce qui concerne tout d'abord l'assistance judiciaire, le Comité des droits de l'homme (CCPR) et le Comité contre la torture (CAT) ont émis une recommandation identique à l'égard de la Suisse en 2009, respectivement en 2010. Le texte est formulé de la manière suivante : « [l']État partie devrait revoir sa législation de façon à accorder gratuitement l'assistance d'un avocat aux demandeurs d'asile pendant toutes les procédures, qu'elles soient ordinaires ou extraordinaires »²²⁸.

²²⁷ CSDH, Etude de suivi EPU 2012, ch. 57.2.

²²⁸ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, para. 18, et CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, para. 14. Dans un autre domaine – celui de la *détention* pour des motifs d'asile – les Etats-Unis ont également adressé une recommandation à la Suisse, dans le cadre du deuxième examen

[245] La question de la conformité de la loi sur l'asile avec le droit international a été évoquée, en 2008, par le Conseil des droits de l'homme, ainsi qu'en 2009, par la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI). La recommandation formulée par le Brésil dans le cadre de l'Examen périodique universel demande à la Suisse d'« encourager une analyse interne de la loi adoptée récemment sur l'asile et de sa compatibilité avec le droit international des droits de l'homme »²²⁹, alors que la Commission européenne « recommande aux autorités suisses de surveiller attentivement la mise en œuvre de la nouvelle législation en matière d'asile et de prendre toutes les mesures qui s'avéreront nécessaires en consultation avec les acteurs non gouvernementaux compétents dont le Haut-Commissariat aux réfugiés des Nations Unies et les ONG défendant les intérêts des demandeurs d'asile, de façon à veiller à ce que les droits des demandeurs d'asile et des réfugiés soient pleinement garantis en pratique »²³⁰.

2. Problématique

[246] Au regard de ces recommandations, et en tenant compte des rapports complets des différents organes de protection des droits humains, on constate principalement deux inquiétudes concernant la procédure d'asile en Suisse.

[247] Celle de l'assistance judiciaire est explicitement mentionnée dans les recommandations du CAT et du CCPR, mais ressort aussi du rapport de l'ECRI qui constate plus généralement que « [l]'accès à l'aide juridique reste très difficile » en procédure d'asile²³¹. Des recommandations du CAT et du CCPR, il faut retenir trois éléments matériels et un élément formel. Au niveau formel, les Comités recommandent à la Suisse de « revoir sa législation ». Cette « révision » doit porter sur les trois points matériels (cumulatifs) suivants : octroi d'une assistance juridique *gratuite*, par un *avocat* et durant *toutes les procédures* d'asile, qu'elles soient ordinaires ou extraordinaires.

[248] La deuxième préoccupation qui ressort des rapports de l'ONU et du Conseil de l'Europe concerne la législation sur l'asile (dont les principales modifications sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2007, respectivement au 1^{er} janvier 2008)²³². Plusieurs points délicats sont mis en avant par ces institutions des droits de l'homme. Il s'agit en particulier de la question de l'aide d'urgence (mentionnée ci-dessus et traitée au chapitre « Aide d'urgence ») et – pour ce qui a plus précisément trait à la procédure d'asile – la problématique des délais de procédure notamment. Le rapport de l'ECRI est particulièrement clair à ce sujet : « les *délais pour faire appel ou pour déposer une demande sont considérés comme étant trop courts* surtout par rapport aux demandes strictes qui sont faites de la part des autorités en

périodique universel du Comité des droits de l'homme, sur la question des droits de procédure et d'accès à une assistance judiciaire. Il s'agit de la recommandation 122.11 qui a la teneur suivante : « Fournir à toutes les personnes détenues pour des motifs d'asile et de rapatriement l'accès à un avocat, ainsi que le droit de notification et d'accès aux autorités consulaires, conformément aux obligations légales internationales en vigueur et aux dispositions de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant les détenus étrangers », UPR Switzerland 2012.

²²⁹ UPR Switzerland 2008, recommandation 57.2.

²³⁰ ECRI, 4. Rapport, para. 169.

²³¹ Idem, para. 166.

²³² Cette législation pouvait être considérée comme « nouvelle » au moment où les recommandations ont été émises par les différents organes onusiens. Depuis lors de « nouvelles » modifications ont encore passablement modifié cette loi, en septembre et respectivement décembre 2012. Voir FF 2012 5359 et FF 2012 8943.

matière de documents à fournir à l'appui de ces demandes, notamment au stade de la décision d'entrer ou non en matière »²³³.

[249] Dans cette optique, deux thématiques sont retenues dans le cadre de ce chapitre : celle de l'assistance juridique et celle des délais applicables en procédure d'asile et en particulier dans une procédure (accélérée) de non-entrée en matière. Ces deux points seront abordés de manière conjointe en ce qui concerne la partie suivante consacrée aux fondements internationaux (point 3) puis de manière distincte dans la partie qui traite de la mise en œuvre au niveau interne (point 4).

[250] Ces deux sujets sont en outre étroitement liés dans la mesure où, avec les propositions de modification de la LAsi, le délai de recours dans le cadre d'une procédure normale pourrait être diminué de moitié²³⁴ et que, pour qu'une telle mesure puisse être admissible au regard des droits fondamentaux, il faudrait au moins qu'elle soit accompagnée, ou en d'autres termes compensée, par une assistance juridique gratuite²³⁵.

3. Fondements internationaux et bases constitutionnelles

3.1. Sources contraignantes du droit international public

[251] Le droit international n'est pas très loquace en matière de procédure et spécialement pas en ce qui concerne les procédures d'asile. Il s'agit donc de se référer principalement aux dispositions générales des articles 13 CEDH et 2 para. 3 du Pacte ONU II, dans la mesure où, bien que traitant des garanties de procédure (droit à un procès équitable), les art. 6 CEDH et 14 du Pacte ONU II ne s'appliquent pas – ou partiellement pas²³⁶ – aux procédures d'asile²³⁷.

[252] L'art. 13 CEDH traite du droit à un recours effectif et prévoit que « [t]oute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à

²³³ Nous soulignons. *Idem*, para. 166 *in fine*.

²³⁴ Voir sur ce point l'option 1 présentée ci-dessous au ch. II.4.2.2.

²³⁵ KUHN, p. 6. Dans le même sens, voir par exemple également le nouvel art. 112*b* de la LAsi, relatif à la procédure d'asile dans le cadre de phases de test, adopté par le Parlement le 28 septembre 2012 en tant que mesure urgente et qui prévoit à son alinéa 3 que « [d]urant les phases de test, le Conseil fédéral peut raccourcir le délai de recours de 30 jours [...] à 10 jours lorsque des mesures appropriées garantissent une protection juridique efficace des requérants d'asile concernés ». Les « mesures appropriées » qui doivent garantir une protection juridique « efficace » sont à ce stade des notions pour le moins indéterminées. FF 2012 5359, 5361.

²³⁶ Selon la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, l'art. 14 para 1 du Pacte ONU II est toutefois applicable devant le TAF, dans la mesure où, dès lors qu'une autorité judiciaire doit se prononcer sur des mesures (disciplinaires par exemple comme c'était le cas dans l'affaire jugée), elle doit appliquer les garanties de procédure (impartialité, etc.). Dans ce sens, cette disposition du Pacte est plus large que l'art. 6 CEDH qui ne contient pas de garantie équivalente à celle contenue à la première phrase de l'art. 14 para. 1 (« Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice »). MRA, *Perterer c. Autriche*, 1015/2001 (2004), par. 9.2.

²³⁷ Dans ce sens, voir la jurisprudence constante de la Cour EDH qui rappelle que « les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur les droits ou obligations de caractère civil d'un requérant ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention ». CEDH, *Mamatkulov et Askarov v. Turquie*, 46827/99 et 46951/99 (2005), ch. 82, ainsi que d'autres références citées. Dans le même sens, voir également l'ATF 137 I 128 consid. 4.4.2.

l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

[253] Cette disposition n'a pas de valeur autonome et ne peut donc être invoquée qu'avec un autre droit garanti par la CEDH. En matière d'asile, cet article est donc souvent allégué en combinaison avec l'art. 3 CEDH qui consacre le principe de non-refoulement.

[254] En outre, la Cour a précisé de jurisprudence constante que « le recours exigé par l'art. 13 doit être «effectif» en pratique comme en droit » et que cette « effectivité implique des exigences de qualité, de rapidité et de suspensivité, compte tenu en particulier de l'importance que la Cour attache à l'article 3 et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements »²³⁸.

[255] L'art. 2 para. 3, let. a du Pacte ONU II traite aussi de la question du recours effectif : « [l]es Etats parties au présent Pacte s'engagent à: a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Tout comme l'art. 13 CEDH, l'art. 2 para 3 du Pacte ONU II n'est pas autonome. Il ne peut être invoqué qu'avec un autre droit du Pacte²³⁹.

3.2. Sources contraignantes du droit constitutionnel suisse

[256] À côté de ces deux dispositions du droit international, le droit constitutionnel suisse offre d'autres normes contraignantes en matière de garanties de procédure. Il s'agit des art. 29 à 32 de la Constitution. C'est toutefois l'art. 29 Cst. qui nous intéresse particulièrement ici. Il comprend trois alinéas et est formulé de la manière suivante : « (1) Toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. (2) Les parties ont le droit d'être entendues. (3) Toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert ».

[257] Les garanties de procédure constitutionnelles ont cependant un caractère minimal et subsidiaire. Cela implique qu'elles n'interviennent que s'il n'existe pas de loi de procédure ou de loi spéciale qui précise ces garanties pour un domaine particulier, ou si les normes légales ne garantissent pas le niveau minimal requis. En matière d'asile, différentes bases légales entrent en jeu. Il s'agit notamment de la loi sur la procédure administrative (PA), de la loi sur l'asile (LAsi), ainsi que de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (OA 1). Ces normes sont traitées plus en détail ci-dessous, dans le cadre de la partie relative à la mise en œuvre au plan interne (point 4).

²³⁸ CEDH, *I. M. v. France*, 9152/09 (2012), ch. 128 *in fine*, avec d'autres références citées, ainsi que, respectivement, ch. 132.

²³⁹ Dans ce sens, voir la jurisprudence du Comité des droits de l'homme. A titre d'exemple : MRA, *Rajapakse v Sri Lanka*, 1250/2004 (2006), ch. 9.5. Pour une comparaison des art. 13 CEDH et 2 para 3 du Pacte ONU II, voir MALINVERNI GIORGIO, Les Pactes et la protection des droits de l'homme dans le cadre européen, in: Kälin Walter/Malinverni Giorgio/Nowak Manfred (éd.), *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte/La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Basel u.a. 1997, p. 60.

3.3. Sources non contraignantes du Conseil de l'Europe

[258] Au niveau « infra-conventionnel », certains organes du Conseil de l'Europe se sont positionnés de manière plus précise sur la question des procédures d'asile et en particulier sur les procédures accélérées.

[259] En 2009, le Comité des Ministres a adopté des « *Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées* »²⁴⁰. En ce qui concerne les garanties procédurales, le Comité des Ministres a notamment rappelé, parmi d'autres éléments, que le requérant d'asile devrait avoir au minimum « le droit d'accès à un conseil juridique et d'être assisté, étant précisé que l'aide juridique devrait être fournie conformément au droit national » (point IV, ch. 1, let. f).

[260] Le *droit à l'accès d'un conseil juridique* est encore précisé par le rapport explicatif²⁴¹.

[261] En ce qui concerne le processus décisionnel à proprement parler, il doit être de qualité (point VIII) et les *délais pour déposer une demande ou pour l'examiner* doivent être « raisonnables » et, respectivement, « suffisant[s] pour permettre un examen complet et équitable, tout en respectant les garanties procédurales minimales accordées au demandeur ». Enfin, « [l]e délai ne devrait cependant pas être trop long de manière à ne pas compromettre la rapidité de la procédure accélérée, en particulier lorsque le demandeur d'asile est détenu » (point IX, ch. 1 à 3)²⁴².

[262] Enfin, la *question du recours* est également mentionnée dans ce texte. Selon le point X, ch. 1 et 2 « [l]es requérants dont les demandes sont rejetées doivent avoir droit à ce que leur décision soit réexaminée dans le cadre d'un recours effectif [et] [...] lorsque les demandeurs d'asile allèguent de façon défendable que l'exécution de la décision d'éloignement les expose à un risque réel de persécution ou de peine de mort, de torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le recours contre cette mesure d'éloignement doit avoir un effet suspensif ». Pour le Comité des Ministres, pour que les garanties de procédures soient respectées, le recours doit remplir deux conditions : il doit être effectif et avoir un effet suspensif²⁴³.

[263] En 2009, l'Assemblée parlementaire a également formulé un certain nombre de recommandations à l'intention des Etats membres du Conseil de l'Europe²⁴⁴. Elle constate tout d'abord que « [d]ans certains Etats membres du Conseil de l'Europe, jusqu'à 50 %, voire plus dans certains cas, des décisions de première instance relatives à l'asile sont annulées en appel, ce qui fait douter de la fiabilité et de la qualité de ces décisions. L'introduction d'un recours retarde non seulement la prise de décision finale, mais augmente le coût de la procédure et le sentiment d'incertitude pour le demandeur d'asile et les membres de sa famille. Par ailleurs, tous les Etats ne prévoient pas de recours de plein droit suspensif (tel qu'une procédure d'appel ou de contrôle juridictionnel qui suspende réellement une mesure

²⁴⁰ CM/Del/Dec(2009)1062/4.5/annexe6F, du 1^{er} juillet 2009.

²⁴¹ CM(2009)51 add3, du 28 mai 2009, para. 34 et 35.

²⁴² Le rapport explicatif vient compléter la question des délais aux para. 71-73.

²⁴³ Le droit à un recours effectif (point X, ch. 1) est précisé aux para. 74-83 du rapport explicatif et l'effet suspensif du recours est développé aux para. 84-89.

²⁴⁴ Résolution 1695 (2009), Améliorer la qualité et la cohérence des décisions en matière d'asile dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, adoptée le 20 novembre 2009.

d'exécution dont les conséquences sont potentiellement irréversibles), comme exigé par la Convention européenne des droits de l'homme » (para. 6).

Pour améliorer la qualité des décisions en matière d'asile, l'Assemblée invite les Etats:

« 8.1. à garantir l'accès à la procédure d'asile: [...]

8.1.3. en supprimant les entraves pratiques à la procédure d'asile telles que les délais excessivement courts ou appliqués automatiquement pour déposer une demande, les restrictions linguistiques pour remplir les formulaires et les problèmes d'accès à des interprètes compétents ; [...]

8.1.5. en fournissant gratuitement une assistance juridique et une représentation, conformément aux règles nationales pertinentes en matière d'aide juridique, non seulement au stade du recours, mais aussi dès le début de la procédure d'asile ; [...]

8.3. à améliorer les garanties procédurales, y compris au niveau du recours: [...]

8.3.2. en supprimant l'ensemble des pratiques procédurales qui violent la Convention européenne des droits de l'homme et/ou donnent lieu à des appréciations erronées qui augmentent le risque de refoulement. Il s'agit notamment des délais excessivement courts ou automatiques, des recours non suspensifs et des normes peu élevées du contrôle en appel ».

4. Mise en œuvre au niveau interne

4.1. Assistance judiciaire

4.1.1. Etat actuel de la situation

[264] En ce qui concerne l'assistance judiciaire, l'art. 29 al. 3 Cst. garantit explicitement à « toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes », un droit à l'assistance judiciaire gratuite, « à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès ». L'assistance gratuite d'un défenseur est assurée, lorsque cela s'avère nécessaire, notamment en raison de la complexité de l'affaire²⁴⁵.

[265] D'autres dispositions viennent en outre compléter la garantie générale de l'art. 29 al. 3 Cst. En particulier, la loi sur la procédure administrative contient deux dispositions pertinentes en la matière. L'art. 11 al. 1 prévoit d'abord que, à moins qu'elles ne doivent agir personnellement, les parties peuvent en principe se faire *représenter ou assister*, pour autant toutefois que l'urgence de l'enquête de l'exclue pas. Un second article dispose qu'au stade du recours, une assistance judiciaire peut être accordée à la personne qui en fait la demande, ne dispose pas de ressources suffisantes et dont les conclusions ne semblent pas d'emblée vouées à l'échec. Si ces conditions sont remplies, l'assistance judiciaire est alors confiée à un avocat indépendant²⁴⁶.

[266] Bien que l'art. 65 PA ne prévienne une assistance judiciaire gratuite qu'au stade du recours, le Tribunal fédéral a étendu « le champ d'application de l'assistance judiciaire [...] à

²⁴⁵ Pour un commentaire détaillé de l'art. 29 al. 3 Cst., voir notamment MÜLLER/SCHÉFER, p. 893 ss.

²⁴⁶ Art. 65 al. 1 et 2 PA. Pour ce paragraphe, voir MATTHEY, p. 88.

toutes les procédures administratives, contentieuses ou non, indépendamment de la question de savoir si la procédure en question porte sur des éléments litigieux, y compris, par voie de conséquence, à la procédure de première instance »²⁴⁷. La doctrine est toutefois d'avis que le droit à l'assistance judiciaire n'est reconnu qu'à des conditions très restrictives pour la procédure d'asile de première instance²⁴⁸.

[267] Outre l'art. 17 al. 4 LAsi qui prévoit que « [l]e Conseil fédéral définit les moyens de faire appel à un conseiller juridique ou à un représentant légal dans les centres d'enregistrement et aux aéroports »²⁴⁹, ainsi que l'art. 17 al. 3 qui traite de l'intérêt des mineurs en procédure d'asile²⁵⁰, la loi sur l'asile ne contient pas de disposition spécifique sur la question de l'assistance judiciaire. La CRA a suivi le Tribunal fédéral et a estimé que sa jurisprudence s'appliquait également en procédure d'asile. Dans un arrêt de principe de 2001²⁵¹, la CRA a donc reconnu qu'un requérant d'asile pouvait avoir droit à un avocat d'office en première instance, pour autant que les trois conditions de l'art. 29 al. 3 Cst soient remplies, à savoir que la personne soit indigente, que la cause ne soit pas dénuée de chance de succès et que l'assistance d'un avocat d'office soit nécessaire au vu de la complexité de l'affaire.

[268] En pratique, l'assistance judiciaire totale n'est que peu souvent demandée et encore moins fréquemment accordée²⁵². En même temps qu'elle reconnaissait le droit à l'assistance judiciaire en première instance, la CRA estimait d'ailleurs déjà que « [d]ans la pratique, l'attribution d'un avocat d'office ne se justifiera que dans des cas exceptionnels »²⁵³. Ces taux très bas s'expliquent notamment par le fait que la majorité des demandeurs d'asile sont assistés par les œuvres d'entraide²⁵⁴. Il convient encore de préciser que l'assistance fournie

²⁴⁷ MRA, Renseignements communiqués par la Suisse, para. 25. Pour un résumé de la jurisprudence développée par le TF à ce sujet, voir JICRA 2001/11, consid. 4 à 6.

²⁴⁸ Dans ce sens, KUHN, p. 7 et KIENER REGINA/KUHN MATHIAS, *Rechtsschutz und Zugang zur Rechtsberatung und -vertretung*, in UNHCR, Osar (éd.), *Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie = Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés. Une étude comparative*, 2009, p. 435.

²⁴⁹ Pour la disposition du Conseil fédéral, voir l'art. 7a OA 1 mentionné plus bas.

²⁵⁰ Mis à part ces deux alinéas, la loi sur l'asile contient d'autres dispositions qui prévoient la *possibilité* de se faire assister et représenter : voir l'art. 22 al. 4 LAsi qui mentionne par exemple, dans le cadre de la procédure à l'aéroport, qu'en cas de refus de l'entrée en Suisse et d'assignation d'un lieu de séjour, le requérant a la possibilité de se faire représenter, ainsi que l'art. 29 LAsi, relatif aux auditions sur les motifs d'asile, qui offre également au requérant la possibilité de recourir aux services d'un interprète, d'un mandataire et d'un représentant des œuvres d'entraide.

²⁵¹ JICRA 2001/11.

²⁵² Entre 2007 et juin 2010. Il a été constaté que sur un total de 2925 arrêts, l'assistance judiciaire totale n'a été demandée que dans 156 cas et qu'au « final, seuls 16 cas ont obtenu l'[assistance judiciaire totale], soit 12 % des cas où elle était sollicitée, et seulement 0,5 % de l'ensemble des procédures ». BRUTSCH YVES, *Quelques remarques sur la pratique du TAF en matière d'assistance judiciaire totale dans le domaine de l'asile*, 4 août 2010. Document à usage interne, non publié, dans lequel l'auteur a étudié systématiquement tous les arrêts des Cours IV et V du TAF rendus en français entre 2007 et 2010.

²⁵³ Voir le communiqué de presse disponible à l'adresse http://www.ark-cra.ch/emark/pressemitteilungen/2001-11_Pressemitteilung_f.pdf, ainsi que JICRA 2001/11, consid. 6c. Dans le même sens, voir aussi la réponse de la Suisse à la recommandation, dans laquelle les autorités déclarent : « [l]a nécessité d'un défenseur d'office ne peut être exclue au seul motif que la procédure est régie par la maxime inquisitoire. Toutefois, dans un tel cas, des exigences strictes sont posées : dans la procédure de première instance, il s'agit avant tout d'une question de faits et le requérant est, en règle générale, capable d'exposer lui-même ses motifs d'asile, puisqu'il s'agit d'événements qu'il a personnellement vécus ». MRA, Renseignements communiqués par la Suisse, para. 27. Voir enfin aussi JICRA 2004/9, consid. 3a et 3b.

²⁵⁴ BRUTSCH YVES, *Quelques remarques sur la pratique du TAF en matière d'assistance judiciaire totale dans le domaine de l'asile*, 4 août 2010.

par celles-ci n'est remboursée par l'Etat que dans le cas où l'assistance judiciaire est accordée au requérant et qu'un membre de l'organisation est désigné comme représentant.

[269] L'article 7a OA 1 apporte encore quelques compléments à cette question en précisant que l'ODM doit, d'une part, informer le requérant de la possibilité de faire appel à un conseiller juridique ou à un représentant légal et, d'autre part, lui donner les moyens de recourir à de telles personnes. En revanche, aucune disposition de la loi ou de l'ordonnance ne précise la question du représentant telle qu'elle est prévue à l'art. 65 al. 2 PA. Cela n'est pas sans conséquences, puisque dans le domaine particulier de l'asile, la défense des requérants est en pratique régulièrement assumée, ainsi qu'on vient de le dire, par des œuvres d'entraide ou des associations dont les collaborateurs ne sont que rarement titulaires du brevet d'avocat et qui dès lors, en raison de l'art. 65 PA, ne peuvent pas se voir attribuer les mandats d'office. Pour des questions de cohérence et de respect du droit à l'assistance judiciaire de l'art. 29 al. 3 Cst pour les requérants d'asile, il s'agirait de remédier à cette difficulté en introduisant une disposition dans la loi sur l'asile qui permette, tout en se fondant sur les critères de l'art. 65 al. 1 PA, d'élargir la notion d'avocat aux mandataires qualifiés. Ainsi, les mandataires qualifiés des œuvres d'entraide, qui se chargent de toute façon déjà d'un nombre important de dossiers, pourraient se voir attribuer les mandats d'office et être remboursés, dans le cadre de l'assistance judiciaire²⁵⁵. Actuellement, ils ne peuvent percevoir que les dépens lorsqu'ils représentent un requérant dans une procédure d'asile. Cette lacune pourrait être comblée avec la nouvelle proposition d'art. 110a LAsi telle qu'elle a été présentée en septembre 2011 par le Conseil fédéral²⁵⁶ et adoptée par les Chambres en décembre 2012²⁵⁷.

[270] Par ailleurs, les contacts entre le conseiller juridique ou le représentant légal et le requérant d'asile dans les centres d'enregistrement et de procédure sont autorisés et fixés dans une ordonnance du DFJP²⁵⁸: les requérants peuvent communiquer avec leur mandataire à l'aide de téléphones publics ou du fax si ce mode de communication est nécessaire. En outre, des listes de conseillers juridiques et de représentants légaux avec leurs coordonnées sont mises à disposition. Enfin, les communications et le courrier postal provenant des conseillers juridiques ou des représentants légaux sont transmis aux requérants²⁵⁹ et les conseillers juridiques ainsi que les représentants légaux peuvent s'entretenir avec leurs mandants durant les heures de visite.

[271] La loi sur l'asile prévoit également qu'un *représentant des œuvres d'entraide* est présent lors de l'audition sur les motifs d'asile²⁶⁰. Les œuvres d'entraide autorisées (par le Conseil fédéral) sont celles qui sont affiliées à l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR), ainsi que d'autres qui sont à même d'assumer durablement cette présence aux auditions²⁶¹. En termes de financement, la Confédération verse une indemnité forfaitaire annuelle à

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Voir ci-dessous, le ch. II.4.1.2.

²⁵⁷ FF 2012 8952-8953. Le délai référendaire est ouvert jusqu'au 7 avril 2013, mais dans la mesure où aucune campagne n'a été lancée à ce jour sur cette révision, l'article 110a LAsi entrera certainement en vigueur prochainement.

²⁵⁸ Ordonnance du DFJP du 24 novembre 2007 relative à l'exploitation des logements de la Confédération dans le domaine de l'asile, RS 142.311.23.

²⁵⁹ Art. 7 Ordonnance DFJP.

²⁶⁰ Art. 30 al. 1 LAsi.

²⁶¹ Art. 24 OA 1.

l'OSAR pour son travail de coordination et de gestion des tâches déléguées aux œuvres d'entraide et celles-ci se voient allouer un montant de 350 francs par audition²⁶².

4.1.2. Nouveau droit

[272] Avec les propositions de modification du droit qui veulent que les procédures d'asile soient considérablement raccourcies²⁶³, le Conseil fédéral a proposé, dans son message de septembre 2011²⁶⁴, de renforcer la protection juridique des requérants d'asile. Le nouvel art. 110a relatif à l'assistance judiciaire, tel qu'il a été adopté par le Parlement fédéral le 14 décembre 2012, se lit de la manière suivante²⁶⁵ :

« 1 Le Tribunal administratif fédéral ne désigne un mandataire d'office que dans les recours contre les décisions suivantes, lorsqu'un requérant qui a été dispensé de payer les frais de procédure en a fait la demande :

- a. décisions de non-entrée en matière et des décisions d'asile négatives assorties d'une décision de renvoi, prises en vertu des art. 31a et 44 ;*
- b. décisions concernant la révocation et l'extinction de l'asile prises en vertu des art. 63 et 64 ;*
- c. décisions de levée de l'admission provisoire de personnes relevant du domaine de l'asile prises en vertu de l'art. 84, al. 2 et 3, LEtr ;*
- d. décisions en matière d'octroi de la protection provisoire prises en vertu du chap. 4 de la présente loi.*

2 Font exception les recours visés à l'al. 1, lorsqu'ils sont formés dans le cadre de procédures Dublin (art. 31a, al. 1, let. b), de procédures de réexamen, de procédures de révision ou de demandes multiples. Dans ces cas-ci et dans les cas autres que ceux visés à l'al. 1, l'art. 65, al. 2, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable.

3 Dans le cas de recours formés en vertu de la présente loi, les titulaires d'un diplôme universitaire en droit qui, à titre professionnel, conseillent et représentent des requérants d'asile, sont également habilités à fournir l'assistance judiciaire d'office ».

4.1.3. Conséquences des recommandations

[273] La dernière proposition du Conseil fédéral vient partiellement déjà répondre aux exigences posées par le Comité contre la torture et le Comité des droits de l'homme.

[274] Le premier élément est formellement (et actuellement partiellement) satisfait, dans la mesure où les Comités onusiens recommandaient à la Suisse de revoir sa législation sur la question de l'assistance judiciaire. Sans que la modification ne soit encore entrée en vigueur, le Conseil fédéral a cependant entrepris des démarches qui vont dans ce sens en proposant

²⁶² Taux en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009. Art. 94 LAsi et 80 OA 2. Pour ces trois derniers paragraphes, voir MATTHEY, p. 88-90.

²⁶³ Voir ci-dessous notamment le ch. II.4.2.2.

²⁶⁴ FF 2011 6735-6760, 6761, 6762.

²⁶⁵ FF 2012 8943, 8952-8953.

un nouvel article de loi consacré à cette question dans la loi sur l'asile. Cet article a en outre été adopté par les Chambres en décembre 2012.

[275] Les trois points matériels que les Comités recommandaient d'introduire, à savoir l'octroi d'une assistance juridique *gratuite*, par un *avocat* et durant *toutes les procédures* d'asile, qu'elles soient ordinaires ou extraordinaires ne sont en revanche atteints que partiellement.

[276] Si ce nouvel article 110a LA_{Asi} confirme explicitement que l'assistance judiciaire s'applique à certains types de procédures d'asile, il n'en demeure pas moins que cette application se limite à garantir un mandataire d'office uniquement au stade du recours et l'exclut pour les recours effectués suite à une décision « Dublin », ainsi que dans les cas de réexamen, de révision et de demandes multiples. Ainsi, les procédures extraordinaires et certaines procédures ordinaires (« Dublin ») sont en tous les cas exclues par cette disposition, ce qui va clairement à l'encontre des recommandations adressées à la Suisse en 2009 et 2010.

[277] L'exigence de l'avocat est ici clairement remplie par la nouvelle proposition, qui va même plus loin, d'une certaine manière, en élargissant le champ d'application de l'art. 65 PA. Ainsi, les mandataires qualifiés des œuvres d'entraide (qui s'occupent déjà à l'heure actuelle d'un nombre important de dossiers) pourraient désormais se voir attribuer les mandats d'office et être remboursés, dans le cadre de l'assistance judiciaire, ce qui constitue un point positif pour la protection des requérants d'asile.

[278] Ces améliorations de la protection juridique des requérants d'asile représentent donc un bon « début », mais ne seront pas suffisantes si d'autres mesures évoquées par les différents rapports du DFJP sont prises. Dans cette optique, une assistance judiciaire au stade du recours ne saurait par exemple pas compenser la suppression du représentant des œuvres d'entraide lors de l'audition²⁶⁶, ni, voire encore moins, un raccourcissement du délai de recours de 30 à 15 jours comme l'évoque la première option du DFJP présentée en mars 2011²⁶⁷.

4.2. Délais

4.2.1. Problématique sous l'angle des droits humains

[279] S'agissant de la durée de la procédure et des délais, la loi sur l'asile se caractérise par une situation dans laquelle le souci d'accélérer la procédure conduit à des délais toujours plus courts, pour le recourant comme pour les autorités, à la différence toutefois que les délais de traitement valables pour les autorités sont des délais d'ordre, qui peuvent être laissés de côté si l'administration ne peut pas « faire autrement » (surcharge, etc.).

[280] Sous l'angle des droits humains, deux éléments d'ordre différent doivent ainsi être examinés.

[281] Il s'agit d'une part de la question des délais en tant que tels (et notamment de la brièveté des délais de recours) qui peuvent porter atteinte aux droits humains, plus spécifiquement, sous l'angle d'une éventuelle violation du principe de non-refoulement et, plus concrè-

²⁶⁶ DFJP, Rapport explicatif 2009, p. 10. Voir aussi FF 2010 4035, 4061-4063.

²⁶⁷ DFJP, Rapport sur les mesures d'accélération 2011. Voir ci-dessous notamment le ch. II.4.2.2.

tement encore, sous l'angle d'une atteinte au droit au juge et au droit à un recours effectif. Ce constat doit donc être analysé au regard des garanties de procédure relevant des art. 29a et 30 Cst. ainsi que 13 CEDH²⁶⁸.

[282] D'autre part, cette question des délais recèle une autre dimension, qui est celle d'une sorte de pseudo « parallélisme » qui, plus ou moins explicitement, sert à justifier l'accélération des procédures et les raccourcissements des délais de recours. En d'autres termes, on justifie des délais de recours plus brefs parce que, dans le même temps, une contrainte analogue de délais – toujours plus brefs – est imposée aux autorités. En réalité, cependant, ce « parallélisme » n'est qu'apparent, puisqu'il n'existe pas de véritable sanction si les autorités ne respectent pas les délais qui leur sont imposés.

[283] En conséquence, la procédure est « raccourcie » *en théorie* (tout le monde s'accorde à dire que c'est une bonne chose en soi, tant pour les autorités que pour les requérants), mais *en réalité*, seuls les délais de recours sont effectivement plus courts (puisque'ils doivent être impérativement respectés, faute de voir le recours déclaré irrecevable).

[284] Cela implique que la procédure devient très difficile pour le requérant, qui ne parle souvent pas la langue, doit trouver un mandataire, réunir des moyens de preuve qu'il est souvent ardu d'obtenir, etc., et qui est ainsi fortement touché dans son droit au juge ou son droit à un recours effectif.

4.2.2. Evolution et contenu de la réglementation légale²⁶⁹

A. Loi sur l'asile entrée en vigueur en 2008 et propositions de modification de 2010, 2011 et 2012

[285] La loi sur l'asile (dont il est question dans la recommandation), entrée en vigueur partiellement en 2007 et totalement en 2008, prévoit un certain nombre de délais à différents stades de la procédure. Ces délais s'appliquent pour certains au requérant d'asile et pour d'autres aux autorités concernées (en première instance à l'Office fédéral des migrations et en deuxième instance au Tribunal administratif fédéral).

[286] En dépit de la relative « nouveauté » de la loi entrée en vigueur en 2008, le Conseil fédéral a présenté en mai 2010 un message relatif à la révision de la loi sur l'asile²⁷⁰, dont la principale proposition consiste à remplacer les procédures de non-entrée en matière par une procédure matérielle accélérée.

[287] En novembre 2010, la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-E) est entrée en matière sur ce projet. D'accord avec le principe de la révision de la LA-si, elle est cependant d'avis que les modifications proposées ne résoudront pas le problème de la durée excessive des procédures. Elle a ainsi mandaté le Département fédéral de justice et police de lui fournir un rapport complémentaire sur des mesures susceptibles d'accélérer

²⁶⁸ Pour un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question, voir CEDH, *J. M. v. France*, 9152/09 (2012). Sur les délais trop courts en procédure d'asile, mais dans un autre cadre, voir KÄLIN WALTER, *Rechtsfragen im Zusammenhang mit der geplanten Revision des Asylgesetzes*, ASYL, 2001/4, p. 3-20, spéc. 7-12.

²⁶⁹ Pour ce chapitre, voir MATTHEY, p. 120 ss.

²⁷⁰ FF 2010 4035.

les procédures d'asile. Le DFJP a rendu son rapport en mars 2011 et a présenté trois options²⁷¹.

[288] Il convient de préciser que l'*option 1*, telle qu'elle est présentée dans cette étude, découle du rapport du DFJP publié en mars 2011. La Commission des institutions politiques du Conseil des États a accueilli favorablement cette première option, mais a considéré que la partie relative aux délais devait être approfondie²⁷². Il a ainsi été décidé de renvoyer cette question au Conseil fédéral qui était dès lors chargé de rendre un nouveau projet, en principe à fin 2012²⁷³. L'*option 2* n'as pas été retenue par le législateur et n'est donc pas discutée ici. Enfin, l'*option 3* a été concrétisée, en partie du moins, par le Conseil fédéral, dans son message du 23 septembre 2011.

[289] Bien que les recommandations portent sur la loi entrée en vigueur en 2008, on prendra aussi en considération ici les propositions de modification de 2010, 2011 et 2012, dans la mesure où elles concernent directement la problématique examinée. Les différents délais actuels en matière de procédure d'asile seront présentés ci-dessous dans l'ordre « chronologique » du déroulement de la procédure – à savoir le *dépôt de la demande (I)*, le *délai de traitement de cette demande par l'ODM (II)*, le *délai de recours contre la décision rendue (III)*, puis le *délai de traitement du recours par le Tribunal administratif fédéral (IV)* – et l'analyse de ce droit en vigueur sera complétée par celle des propositions de modifications avancées par le Conseil fédéral dans ses messages de 2010 et 2011 et/ou des compléments apportés en mars 2011 par le DFJP, ainsi que des décisions prises par le Parlement fédéral en 2012.

B. Délais liés au dépôt de la demande d'asile (I)

a. Règles légales

[290] Après avoir déposé sa demande d'asile, un requérant dispose de 48 heures pour présenter ses papiers d'identité (art. 32 al. 2, let. a LAsi).

[291] Les autres moyens de preuve doivent être fournis dans un délai de 7 jours s'ils sont en Suisse et de 30 jours s'ils se trouvent à l'étranger (art. 110 al. 2 LAsi).

b. Analyse

[292] La loi fait donc une distinction entre les documents d'identité et les autres moyens de preuve. Ces documents d'identité sont pourtant des moyens de preuve absolument nécessaires pour appuyer la requête. Pour un certain nombre de requérants, il est très peu réaliste qu'ils réussissent à faire parvenir ces documents depuis un pays (souvent) lointain, de surcroît sans que des moyens modernes de communication ne soient toujours disponibles. Il semble d'ailleurs que le législateur en était pleinement conscient lorsqu'il a rédigé l'art. 110 al. 2 LAsi, puisqu'il avait prévu un délai d'un mois pour se procurer des documents prove-

²⁷¹ DFJP, Rapport sur des mesures d'accélération 2011.

²⁷² Communiqué de presse de la CIP-E, *La commission prend une décision de principe visant à accélérer les procédures d'asile*, du 9 mai 2011, <http://www.parlament.ch/f/mm/2011/Pages/mm-spk-s-2011-05-09.aspx>.

²⁷³ Pour l'instant, un rapport final, émanant d'un groupe de travail Confédération/cantons, sur la restructuration du domaine de l'asile a été rendu public le 23 novembre 2012. Voir : <http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/2012/2012-11-23.html>.

nant de l'étranger. Si l'on imagine bien l'intention du législateur de fixer un délai de 48 heures dans le cadre de l'art. 32 pour accélérer la procédure, il semble toutefois que la distinction faite entre les documents de voyages ou pièces d'identité et les autres moyens de preuves mentionnés à l'art. 110 al. 2 n'est pas soutenable, surtout dans l'hypothèse où ces deux types de documents doivent être recherchés à l'étranger.

[293] Sous la jurisprudence de la CRA, l'autorité de recours avait estimé que si le demandeur d'asile ne pouvait pas justifier la non-remise de ses papiers lors de la procédure de première instance, la décision de non-entrée en matière ne serait pas annulée, même s'il parvenait à produire les documents nécessaires en procédure de recours²⁷⁴.

[294] Durant ses premières années d'activité, le TAF – malgré cette position constante – s'est toutefois réservé la possibilité de considérer les cas dans lesquels les documents originaux sont en vue d'être déposés, respectivement déposés tardivement, pour autant toutefois qu'ils se révèlent décisifs au sens de l'art. 32 al. 2 PA²⁷⁵. Dans un arrêt 2010/2, le Tribunal a jugé que si le requérant s'efforce immédiatement et sérieusement de se procurer ses papiers d'identité dans un délai convenable, l'art. 32 al. 2, let. a ne doit pas lui être appliqué²⁷⁶.

[295] Désormais, cette règle spéciale, sévère et peu réaliste, des 48 heures pour la présentation des documents d'identité devrait donc être quelque peu atténuée par l'interprétation qu'en a fait le Tribunal. Il n'en reste pas moins qu'elle peut être considérée comme problématique et qu'elle soulève l'inquiétude de l'ECRI qui affirme que « les délais pour faire appel ou pour déposer une demande sont considérés comme étant trop courts surtout par rapport aux *demandes strictes qui sont faites de la part des autorités en matière de documents à fournir à l'appui de ces demandes*, notamment au stade de la décision d'entrer ou non en matière »²⁷⁷.

c. Propositions de modification 2010 et décisions parlementaires 2012

[296] Suite au message du Conseil fédéral de 2010, qui proposait de remplacer la plupart des décisions de non-entrée en matière par des décisions matérielles, le Parlement a décidé, en décembre 2012, d'abroger l'art. 32 LAsi, supprimant ainsi cette spécificité procédurale²⁷⁸.

C. Délais de traitement de la demande par l'Office fédéral des migrations (II)

a. Règles légales

[297] Une décision de non-entrée en matière doit être rendue dans un délai de 10 jours ouvrables suivant le dépôt de la demande. Les décisions d'octroyer l'asile ou l'admission provisoire ou de rejeter l'asile doivent être prises dans un délai de 20 jours. Enfin, les demandes

²⁷⁴ JICRA 1999/16, consid. 5c/aa. Cette jurisprudence a été régulièrement confirmée par le TAF. Pour un exemple récent, voir l'arrêt TAF E-6359/2010, du 14 septembre 2010, consid. 3.1 *in fine*.

²⁷⁵ BOLZ SUSANNE, Nichteintreten wegen Papierlosigkeit. Die Anwendung von Art 32 Abs. 2 Bst. a AsylG durch das Bundesamt für Migration, Berne 17 juillet 2007, p. 14. Voir aussi à titre d'illustration, l'arrêt du TAF E-4864/2006, du 29 janvier 2008.

²⁷⁶ ATAF 2010/2, consid. 6.3.

²⁷⁷ Nous soulignons. ECRI, 4. Bericht, para. 166 *in fine*.

²⁷⁸ FF 2010 4035-4108, 4109-4124, spéc. 4112, ainsi que FF 2012 8943, 8947.

d'asile qui nécessitent des mesures d'instruction complémentaires doivent être traitées dans un délai de 3 mois²⁷⁹.

b. Analyse

[298] Ces délais d'ordre sont presque purement théoriques et ne sont quasiment jamais respectés par les autorités. La question que pose ce genre de délais est celle de la sanction ou de la conséquence de leur irrespect.

[299] En ce qui concerne les *décisions de non-entrée en matière*, la Commission de recours en matière d'asile a statué, dans une décision de principe, que l'Office doit rendre une décision de non-entrée en matière, c'est-à-dire d'irrecevabilité, si les conditions des art. 32 à 34 sont réunies et ce même si le délai légal prévu par l'art. 37 est dépassé. La CRA a toutefois estimé qu'une exécution immédiate du renvoi suite à cette décision était disproportionnée, puisqu'elle ne répondait plus au but de la procédure accélérée²⁸⁰. Certains auteurs estiment, contrairement à la Commission, que si une décision ne peut pas être rendue dans le délai légal, l'autorité devrait alors conclure que la demande n'est pas manifestement infondée²⁸¹. L'Office fédéral des migrations juge cependant que cette interprétation n'est pas possible parce qu'« un manque de personnel ou d'autres priorités peuvent notamment être à l'origine d'un dépassement du délai de traitement prescrit »²⁸². Cette affirmation montre bien que les délais de traitement fixés par la loi ne sont pas du tout comparables, dans leurs effets, à ceux imposés aux requérants, puisqu'ils peuvent sans autre être écartés pour des motifs d'ordre administratif.

c. Propositions de modification 2010 et décisions parlementaires 2012

[300] Les propositions de modification de la LAsi présentées en mai 2010 prévoyaient que les délais de traitement des demandes par l'ODM passent de 10 à 5 jours ouvrables pour rendre une décision de non-entrée en matière et de 20 à 10 jours ouvrables pour les autres décisions²⁸³. Les trois mois nécessaires dans le cas des « autres mesures d'instruction » prévu à l'art. 41 LAsi devaient être supprimés, puisque cet article – et cette procédure – l'étaient aussi.

[301] En décembre 2012, le Parlement a modifié l'art. 37 LAsi en prévoyant que « la décision de non-entrée en matière doit être prise dans les cinq jours ouvrables qui suivent le dépôt de la demande ou l'approbation de l'Etat Dublin responsable concernant la demande de transfert » et que dans les autres cas, « la décision doit être prise en règle générale dans les dix jours ouvrables qui suivent le dépôt de la demande »²⁸⁴.

[302] Reste à savoir dans quelle mesure cette proposition pourra être mise en œuvre en pratique, puisqu'actuellement le délai d'ordre de 10 jours n'est déjà presque jamais respecté, par faute notamment de manque de personnel. Le rapport explicatif du DFJP de 2009 précise ainsi que « ces délais d'ordre peuvent être dépassés, d'où l'utilisation du terme "en

²⁷⁹ Art. 37 al. 1 LAsi.

²⁸⁰ JICRA 2002/15.

²⁸¹ KÄLIN, Grundriss, p. 265 *in fine*.

²⁸² OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, Manuel de procédure d'asile. Chap. F § 2 Les catégories de traitement et le déroulement de la procédure d'asile selon les art. 32 à 41 LAsi, à jour au 01. 01. 2008, p. 3, note 5.

²⁸³ Art. 37 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4112-4113.

²⁸⁴ FF 2012 8943, 8948.

règle générale" », notamment lorsqu'il est tout de même nécessaire de procéder à des mesures d'instruction complémentaires pour l'établissement des faits ou lorsque, dans le cadre d'une procédure de Dublin, il faut attendre de recevoir la confirmation de prise en charge du requérant par l'Etat compétent²⁸⁵.

[303] L'éventuelle réduction des délais d'ordre applicables tant à l'ODM qu'au TAF soulève donc clairement le problème de sa concrétisation. En effet, la précision apportée dans le rapport du DFJP de 2009 concernant les délais d'ordre et la possibilité de les dépasser en cas de nécessité laisse penser qu'il est peu probable que ces délais soient effectivement respectés en pratique. Cela conduit à la conclusion que cette modification ne devrait, à elle seule, pas avoir une influence fondamentale sur la durée de traitement des demandes d'asile.

d. Propositions de restructuration de la procédure d'asile à moyen et long terme

da. Propositions de modifications complémentaires de 2011 :

[304] Les mesures proposées par le Conseil fédéral en mai 2010 n'ayant pas été reconnues suffisamment efficaces pour accélérer fondamentalement les procédures, le DFJP a été tenu de présenter différentes options pour tenter de remédier à ce problème. L'option 1 résumée ci-dessous a été retenue et le Conseil fédéral est chargé de soumettre un nouveau projet pour la mettre en œuvre.

[305] *Option 1 (DFJP, mars 2011)* : Le DFJP propose d'introduire une phase préparatoire qui « permet d'effectuer toutes les clarifications préliminaires nécessaires à l'ouverture et à l'exécution d'une procédure d'asile »²⁸⁶. Cette première phase devrait durer entre 6 jours et 3 semaines. La procédure d'asile proprement dite ne commencerait qu'à l'issue de cette phase. Il y aurait ensuite deux types de procédures: la procédure ordinaire et la procédure élargie. La première – *ordinaire* – ne devrait durer que quelques jours ouvrés (30 jours en tenant compte de la phase préparatoire), alors que la seconde – *élargie* – ne devrait pas dépasser 120 jours. Cette procédure ne devrait avoir lieu que lorsque des clarifications complémentaires sont nécessaires ou pour des raisons de capacité²⁸⁷.

[306] *Projet du Conseil fédéral (septembre 2011)*: Dans son message de septembre 2011, le Conseil fédéral a retenu l'introduction d'une phase préparatoire qui commence avec le dépôt

²⁸⁵ DFJP, Rapport explicatif 2009, p. 15. Dans le même sens, FF 2010 4035, 4077.

²⁸⁶ DFJP, Rapport sur des mesures d'accélération 2011, p. 52.

²⁸⁷ Toujours selon cette option, ces nouvelles procédures pourraient s'appliquer tant aux décisions de non-entrée en matière ou aux décisions Dublin qu'aux décisions matérielles (positives ou négatives), ce qui fait que le critère pour savoir si telle ou telle demande est traitée dans le cadre d'une procédure ordinaire ou d'une procédure élargie ne se fonde que sur les nécessités de clarifications complémentaires ou sur l'existence de raisons de capacité. De ce fait, la proposition soulève toute une série de questions, dont les réponses ne sont pas très claires, cela alors que le traitement de la demande dans le cadre d'une procédure ordinaire ou dans le cadre d'une procédure élargie a un impact considérable au niveau du délai de recours : tout d'abord, la question de savoir quelles sont ces « raisons de capacités » (s'agit-il par exemple d'un manque de personnel ?) ; ensuite celles de savoir qui décidera de traiter tel ou tel cas dans telle ou telle procédure (on peut supposer que ce sera l'ODM), sur quelle base cette décision sera-t-elle prise, qui devra amener les éléments constitutifs nécessaires au choix de procédure ou, autrement dit, qui supportera le fardeau de la preuve ; enfin, la question de savoir si cette décision d'attribution pourra être contestée (on peut supposer que non). Au vu des questions qui restent ouvertes, il n'est pas exclu que la proposition conduise à une situation moins claire que celle du droit en vigueur en 2012 (du moins, les critères de distinction proposés semblent-ils formellement moins clairs que lorsqu'il s'agissait de traiter une demande d'asile dans le cadre d'une procédure de non-entrée en matière pour des motifs spécifiques, comme l'absence de papiers d'identité, le défaut de collaboration, etc.).

de la demande d'asile et qui ne dure pas plus de 3 semaines²⁸⁸. Cette nouvelle procédure prévoit en outre que, dès le dépôt de la demande d'asile, les faits médicaux soient établis²⁸⁹.

db. Décision du Parlement (décembre 2012) :

[307] La solution d'une phase préparatoire ne durant pas plus de 3 semaines a été adoptée par le Parlement en décembre 2012²⁹⁰. Il en va de même pour l'établissement des faits médicaux dès le dépôt de la demande d'asile²⁹¹.

dc. Proposition de restructuration du domaine de l'asile (novembre 2012) :

[308] Parallèlement à la session d'hiver 2012 du Parlement, un Groupe de travail Confédération/cantons a rendu un rapport final sur la restructuration du domaine de l'asile²⁹². Parmi d'autres mesures, le rapport propose de mettre sur pied une « procédure cadencée ». Dans cette optique, la procédure ordinaire décrite par le projet devrait se dérouler sur 100 jours au maximum. Elle comprendrait une phase préparatoire de 21 jours, puis 10 jours de procédure d'asile de première instance, 9 jours pour un éventuel recours (en réalité 7 jours ouvrables) et enfin 60 jours pour rendre une décision finale et l'exécuter. Une procédure « Dublin », impliquant un transfert dans le pays de premier accueil, devrait quant à elle durer au maximum entre 100 et 140 jours.

D. Délais de recours (III)

a. Règles légales

[309] Les délais prescrits par l'article 108 LAsi prévoient que le requérant dispose de 5 jours (ouvrables) pour recourir contre une décision de non-entrée en matière et les décisions à l'aéroport²⁹³, de 10 jours pour recourir contre une décision incidente et de 30 jours – délai de recours habituel prévu par la PA – pour recourir contre une décision matérielle « normale ».

[310] En ce qui concerne les décisions de non-entrée en matière, le recours doit en principe être assorti d'un effet suspensif qui empêcherait le renvoi de Suisse tant que le TAF ne se serait pas prononcé. Les décisions de non-entrée en matière rendues dans le cadre d'une procédure de Dublin ne connaissent, de par la loi, pas d'effet suspensif au recours, mais celui-ci est tout de même octroyé en pratique.

²⁸⁸ Proposition d'introduire un nouvel alinéa 1 bis à l'art. 26 LAsi. FF 2011 6761.

²⁸⁹ Proposition d'introduire un nouvel art. 26a. FF 2011 6762.

²⁹⁰ Voir l'art. 26, al. 1quater. FF 2012 8943, 8945.

²⁹¹ C'est un nouvel article 26bis (et non pas 26a comme le prévoyait le message de 2011) qui vient concrétiser ce principe. FF 2012 8943, 8946.

²⁹² Voir <http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/2012/2012-11-23.html>, pour le communiqué et les liens sur les documents officiels (rapport final et lignes directrices).

²⁹³ Art. 108 al. 2 LAsi. Bien que les fêtes prescrites par la loi sur la procédure administrative (PA) ne s'appliquent en principe pas en procédure d'asile (art. 17 al. 1 LAsi), l'art. 53 OA 1 prévoit toutefois ici une exception, en ce sens que les samedis, les dimanches et les jours fériés de la Confédération, ainsi que ceux reconnus par le droit cantonal du domicile de la partie ou de sa représentation ne sont pas considérés comme des jours ouvrables pour le calcul du délai de recours de l'art. 108 al. 2 LAsi.

b. Analyse

[311] Le délai de 5 jours pour recourir contre une décision de non-entrée en matière a fait l'objet de nombreux débats en raison de son caractère extrêmement bref.

[312] Le calcul du délai de 5 jours prévu par la LAsi est particulier, puisqu'il s'agit de jours « ouvrables », contrairement aux délais habituels prescrits par la loi sur la procédure administrative. Le TAF s'est donc prononcé de manière détaillée sur la computation des délais. Les jours considérés comme fériés par la loi sur l'asile et en particulier par son ordonnance²⁹⁴ ne doivent pas être comptés dans le calcul du délai. Ils ne sont retenus ni pour la fixation du point de départ (le *dies a quo*), ni pour la détermination de l'expiration du délai (le *dies ad quem*). Cela signifie que si, comme dans le cas de cet arrêt, la décision est notifiée au requérant un samedi et qu'en outre le lundi qui suit est le lundi de Pentecôte, le délai ne commence à courir que le mardi. Il arrivera alors à échéance le lundi suivant (étant entendu que les samedis et dimanches intermédiaires suspendent le calcul du délai)²⁹⁵.

[313] Malgré ces précisions qui relativisent quelque peu le caractère rude de ce délai, celui-ci a fait l'objet de plusieurs critiques de la doctrine, pour laquelle un tel délai risque de ne pas respecter le droit au juge garanti par l'art. 29a Cst. ainsi que le droit à un recours effectif prescrit par l'art. 13 CEDH. La question a en outre été soulevée d'une éventuelle violation de la notion de « délai raisonnable » des art. 29 Cst. et 6 § 1 CEDH²⁹⁶. Plus généralement, la Cour européenne des droits de l'homme a, dans différents arrêts, désapprouvé des délais trop brefs et rappelé l'importance de l'accessibilité au recours²⁹⁷. Le Tribunal fédéral lui-même a d'ailleurs jugé en 2009, dans un autre domaine que celui de l'asile, que des délais de recours excessivement brefs (il s'agissait alors de délais inférieurs à 20 jours) risquent de ne pas garantir l'exercice effectif du droit de recours²⁹⁸. En outre, si d'autres bases légales administratives connaissent des délais (de recours ou d'opposition par exemple) inférieurs aux 30 jours habituels, ces délais sont dans la plupart des cas fixés à 20 jours au minimum²⁹⁹. A cela s'ajoute que si dans ces autres domaines une instance supérieure de recours existe, tel n'est pas le cas dans la procédure d'asile, qui ne connaît qu'une seule instance de recours.

²⁹⁴ L'art. 53 OA 1 inclut dans les jours fériés les samedis, les dimanches et les jours fériés de la Confédération, de même que ceux reconnus par le droit cantonal du domicile ou du siège de la partie ou de sa représentation.

²⁹⁵ ATAF 2009/55.

²⁹⁶ Voir notamment HERTIG-RANDALL MAYA, La nouvelle loi sur l'asile à l'épreuve des droits de l'homme, Jusletter, 28 avril 2008, p. 6, BECK ALEXANDER, Juristischer Balanceakt auf einer verunglückten Norm. Anmerkungen zum Nichteintretenstatbestand wegen Papierlosigkeit nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Juli 2007, ASYL, 2008/1, p. 3-11, MÜLLER/SCHEFER, p. 915, MAHON PASCAL/MATTHEY FANNY, Les « garanties de procédure » dans le domaine du droit d'asile : quelques réflexions sur leur évolution, in: Annuaire du droit de la migration/Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/2009, 2009, p. 96-99 et CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme, sur sa visite en Suisse. 29 novembre – 3 décembre 2004. A l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire, CommDH(2005)7, § 51.

²⁹⁷ Voir notamment le récent arrêt rendu contre la France, CEDH, *I. M. v. France*, 9152/09 (2012), ainsi que CEDH, *Jabari v. Turquie*, 40035/98 (2000), para. 40 et *Gurepka v. Ukraine*, 61406/00 (2005), para. 59.

²⁹⁸ ATF 135 II 78, 82-84.

²⁹⁹ En matière de procédure administrative cantonale, Neuchâtel (art. 34 LPJA, RSN 152.130), Vaud (art. 68, 77 et 95 LPA-VD, RS 173.36), Genève (art. 30 et 51 LPA, RSG E 5 10) et Berne (art. 54, 67, 81 LPJA, RSB 155.21) connaissent des délais de 30 jours, alors que la procédure administrative lucernoise prévoit par exemple un délai d'opposition de 20 jours et un délai de recours de 30 jours (art. 119 et 130 VRG, SRL 40).

c. Propositions de modification 2010

[314] Les propositions de modification faites en 2010 ne touchaient pas le délai de recours qui devait rester de 5 jours ouvrables pour les décisions de non-entrée en matière³⁰⁰, ainsi que pour les décisions (à l'aéroport) de refus d'entrée en Suisse (par une décision de non-entrée en matière ou de rejet).

[315] Il convient de souligner que si les propositions ne modifiaient pas le délai de recours contre les décisions de non-entrée en matière, le nombre de décisions de non-entrée en matière devait passablement diminuer, puisque plusieurs cas de non-entrée en matière devaient devenir des hypothèses de procédures matérielles normales (mais accélérées), pour lesquelles le délai de recours aurait été fixé à 15 jours (non ouvrables)³⁰¹. Il s'agissait donc là d'une conséquence positive induite par ces propositions. On peut mentionner en particulier les cas dans lesquels le requérant n'aurait pas remis ses papiers d'identité (bien que dans ce cas, il n'est pas certain que cela aurait changé quelque chose, puisque le TAF n'admet pas que la remise tardive de documents d'identité puisse être un motif suffisant de cassation), n'aurait pas dûment informé les autorités sur son identité, ou encore s'il n'avait pas rempli son devoir de collaborer (ce qui est tout de même un peu paradoxal – pour les deux dernières hypothèses du moins – puisque le délai de recours aurait été plus long pour des situations clairement abusives).

[316] C'est concernant le délai de recours contre les décisions « ordinaires » qu'interviendrait la modification la plus importante proposée en 2010 : selon ce projet, il aurait dû passer de 30 à 15 jours pour les décisions « normales »³⁰², introduisant ainsi une nouvelle dérogation au délai usuel de l'art. 50 de la loi fédérale sur la procédure administrative, applicable en principe aux décisions administratives. Cette nouvelle dérogation, propre au droit d'asile, serait d'autant plus problématique que c'est précisément un domaine qui nécessite souvent de faire parvenir des preuves ou d'obtenir des explications de l'étranger, ce qui peut, selon les circonstances, prendre un temps certain. En pratique, il est quelquefois déjà difficile actuellement de réunir tous les éléments nécessaires dans un délai de 30 jours. Il suffit de penser à différentes circonstances telles que l'exigence de se procurer certains documents, de les faire traduire, de trouver un interprète et un bureau de conseils juridiques (tous les cantons ne disposant d'ailleurs pas toujours de tels services) ou un mandataire. La situation est d'autant plus complexe que parfois, dans ce même délai, le requérant peut être déplacé dans un autre centre ou détenu administrativement³⁰³.

[317] On notera encore que le message de 2010 proposait aussi de modifier l'art. 110 LAsi afin de rallonger quelque peu le délai de sept jours prévu pour régulariser un recours (qui serait insuffisamment motivé par exemple) en le faisant passer à 10 jours³⁰⁴. Cette proposi-

³⁰⁰ Art. 108 al. 1 et 2 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4115-4116.

³⁰¹ DFJP, Rapport explicatif 2009, p. 20.

³⁰² Art. 108 al. 1 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4115. Pour un commentaire détaillé de cette proposition, voir KUHN, ASYL 4/10.

³⁰³ Pour un exemple de cas concret, voir OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS, 30 jours pour faire recours, un délai à peine suffisant qui risque d'être raccourci, cas 105, 23 mars 2010, www.odae-romand.ch.

³⁰⁴ Art. 110 al. 1 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4116.

tion constituerait une sorte de mesure « compensatoire » à la proposition de raccourcissement de la procédure en général³⁰⁵.

[318] Il convient toutefois de préciser que ces propositions devaient être revues par le Conseil fédéral dans le cadre de la concrétisation de l'option 1 présentée par le DFJP. A ce stade, il n'est ainsi pas possible de dire si ce sont ces délais qui seront retenus à l'avenir.

d. Propositions de modifications complémentaires de 2011

[319] Option 1 (DFJP, mars 2011) : selon ce projet, dans le cadre d'une procédure *ordinaire*, le délai de recours serait fixé à 7 jours ouvrés et ne connaîtrait pas d'effet suspensif. Pour ce qui est de la procédure *élargie*, le délai de recours serait fixé à 15 jours avec effet suspensif. Ainsi, comparé au régime actuel, le délai de recours serait légèrement rallongé, de deux jours « ouvrables » (passant de 5 à 7 jours), pour les décisions qui correspondraient aux décisions de non-entrée en matière d'aujourd'hui, mais sensiblement raccourci, de 30 jours à 7 jours « ouvrables » pour les autres décisions prises en procédure « ordinaire », ou de 30 jours à 15 jours pour les décisions prises en procédure « élargie ». L'impact réel et concret de la proposition dépendra(it) cependant de la répartition entre ce qui relèvera(it) de la procédure « ordinaire » et de la procédure « élargie », question qui n'est pas claire, on l'a dit. Il convient cependant encore de souligner que le DFJP, dans son rapport, estime que 80% des dossiers devraient être traités dans le cadre d'une procédure ordinaire alors que 20% devraient l'être dans une procédure élargie. S'il n'est donc pas évident de savoir exactement *qui* (ou quelle catégorie de requérant) serait touché par cette mesure, il est important de signaler que c'est à une grande majorité de personnes que s'adresserait cette nouvelle procédure.

e. Solutions adoptées en 2012 et propositions à plus long terme

[320] Lors de l'adoption des modifications urgentes du mois de septembre 2012, le Parlement n'a pas fondamentalement remis en question les délais de recours : pour synthétiser, ils restent de 30 jours contre les décisions « normales », de dix jours contre les décisions incidentes et de cinq jours ouvrables contre les décisions de non-entrée en matière³⁰⁶.

[321] Le rapport conjoint Confédération/cantons présenté en novembre 2012 prévoit dans le cadre de sa procédure ordinaires (mais cadencée) que la phase de recours serait de 9 jours « civils »³⁰⁷, c'est-à-dire de 7 jours ouvrables³⁰⁸.

E. Délais de traitement du recours par le Tribunal administratif fédéral (IV)

a. Règle légale

[322] Selon l'art. 109 LAsi, le TAF doit en principe statuer sur les recours contre une décision de non-entrée en matière dans un délai de 6 semaines (ou de seulement 5 jours s'il est

³⁰⁵ Mesure que KUHN estime insuffisante. KUHN, p. 6.

³⁰⁶ Voir FF 2012 5359, 5361.

³⁰⁷ Cette nouvelle terminologie « jours civils » ou « Kalendertage » apporte une certaine confusion (dans la mesure où l'expression « jours civils » n'est pas une notion juridique spécialement déterminée), mais aucun changement fondamental.

³⁰⁸ Rapport final, Groupe de travail Confédération/cantons 2012, p. 9.

renoncé à un échange d'écritures et que d'autres actes de procédure ne sont pas nécessaires). Pour les décisions matérielles, le TAF dispose de 6 semaines pour se prononcer s'il s'agit de rejeter la demande sans autre mesure d'instruction et de 2 mois si des mesures d'instruction complémentaires sont nécessaires³⁰⁹.

b. Analyse

[323] Pour ce qui concerne l'analyse de cette question, on renvoie à l'analyse relative aux délais de traitement des demandes d'asile par l'ODM, dans la mesure où la problématique fondamentale est la même.

c. Propositions de modifications 2010

[324] Selon le message de 2010, les délais de traitement des recours par le TAF auraient dû passer de 6 semaines à 5 jours ouvrables pour toutes les procédures de non-entrée en matière, similairement au délai prévu pour les décisions rendues à l'aéroport³¹⁰. Le message du Conseil fédéral précisait que ces délais d'ordre pouvaient être dépassés si cela s'avérait nécessaire, l'expression « en règle générale » étant mentionnée dans cet article³¹¹. La précision est presque superflue : étant donné que les délais actuels ne sont déjà quasiment jamais respectés, il semble évident que des délais encore plus brefs ne le seront pas non plus.

[325] Avec les propositions de modification, le traitement des recours déposés dans le cadre d'une procédure matérielle devait se faire dans un délai de 20 jours, alors qu'il est actuellement de 2 mois³¹². Le message du Conseil fédéral précisait là encore que ces délais pouvaient être dépassés si cela s'avérait nécessaire (l'expression « en règle générale » figurant également dans cet article)³¹³.

d. Décisions parlementaires 2012

[326] En septembre 2012, le législateur a voté des modifications urgentes qui impliquent que désormais le Tribunal administratif fédéral statue, en règle générale, dans un délai de 5 jours ouvrables sur les recours déposés contre les décisions de non-entrée en matière et contre les décisions d'entrée en Suisse et, dans un délai de 2 mois, sur les recours déposés contre une décision matérielle lorsque des investigations complémentaires sont nécessaires³¹⁴.

[327] En décembre 2012, le législateur a encore modifié les délais de traitement (dans le cadre d'une révision « ordinaire » – si l'on peut dire – de la loi). Avec ces modifications, le TAF devrait désormais traiter les recours contre les décisions de non-entrée en matière et

³⁰⁹ Il s'agit là de délais d'ordre qui peuvent être dépassés si des circonstances telles que la complexité de l'affaire le justifient. Les décisions des autorités doivent cependant être rendues dans des délais raisonnables sous peine de violer les art. 29 al. 1 Cst. et 6 par. 1 CEDH. Le TF a dénoncé à quelques reprises des procédures d'asile excessivement longues devant la CRA, respectivement le TAF. Voir par exemple les arrêts du TF 12T_1/2007, du 29 mai 2007 et 12T_2/2007, du 16 octobre 2007, où la procédure de recours n'était toujours pas prête à être jugée après plus de 45 et 41 mois.

³¹⁰ Art. 109 al. 1 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4116.

³¹¹ FF 2010 4035, 4084.

³¹² Art. 109 al. 4 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4116.

³¹³ FF 2010 4035, 4084.

³¹⁴ FF 2012 5359, 5361.

d'entrée en Suisse dans un délai de 5 jours ouvrables, alors que tous les autres recours devraient être traités dans un délai de 20 jours³¹⁵.

e. Propositions à plus long terme

[328] Quant au projet commun de la Confédération et des cantons, publié en novembre 2012, il prévoit – dans le cadre des procédures ordinaires – que le TAF rende une décision dans les quatre semaines à compter de la réception du recours. Le rapport précise que ce délai est réaliste, car la procédure ordinaire ne devrait concerner que des cas « simples »³¹⁶.

4.2.3. Conséquences des recommandations

[329] S'agissant de la question de la durée de la procédure et de celle des délais, notamment des délais de recours, il apparaît que la loi révisée en 2007/2008 va, à l'instar d'autres réglementations nationales, mais aussi du droit de l'Union européenne, dans le sens d'une volonté d'accélérer les procédures d'asile. Le raccourcissement de tous ces délais (de traitement et de recours), semble constituer à cet égard un instrument privilégié des autorités.

[330] L'accélération et le raccourcissement des procédures sont généralement considérés, et en principe à juste titre, comme étant dans l'intérêt aussi bien des requérants – et *a fortiori* des réfugiés – que de l'Etat, les premiers ayant un réel intérêt à ce que leur cas soit traité au plus vite et qu'ils soient rapidement fixés sur leur situation (que ce soit dans le sens d'un renvoi dans leur pays ou de leur intégration en Suisse).

[331] Néanmoins, il n'est pas certain que le raccourcissement des délais, notamment de recours, constitue dans cette perspective un moyen à la fois efficace et respectueux des droits humains. Le pseudo « parallélisme » des délais de traitement des demandes imposés aux autorités (de première instance et de recours), d'un côté, des délais d'ordre qui ne sont pas vraiment obligatoires et qui ne sont pratiquement jamais respectés, et des délais (notamment de recours) imposés aux requérants, de l'autre côté, délais qui, eux, sont impératifs et assortis d'une sanction lourde et irrémédiable, sous la forme de l'irrecevabilité du recours, masque le fait que la réduction sensible et constante des délais de recours porte atteinte aux droits de la personne humaine, notamment aux garanties de procédure que représentent le droit au juge et le droit à un recours effectif, reconnues par le droit international et la Constitution fédérale.

[332] Il résulte en effet de ce faux « parallélisme » que le raccourcissement des délais de recours n'aura aucune influence sur la durée de la procédure compte tenu des délais (effectifs et non tels qu'ils sont prescrits par la loi) de traitement des demandes par les autorités. Raccourcir le délai de recours n'a donc d'autre conséquence que d'empêcher le requérant de défendre ses droits (en l'empêchant de trouver un mandataire, par exemple, ou de rassembler les moyens de preuve nécessaires).

[333] L'OSAR dans son analyse relative au rapport du DFJP de mars 2011 propose par ailleurs de regarder les choses sous un autre angle. Au lieu de toujours partir du principe que le requérant d'asile dépose une demande dans un but de migration (et non pas de protection internationale) – ce qui a pour conséquence de lui imposer des « barrières » procédurales

³¹⁵ FF 2012 8943, 8952.

³¹⁶ Rapport final, Groupe de travail Confédération/cantons 2012, p. 9.

importantes dans une optique de « démotivation » –, il s’agirait plutôt de mettre sur pied un système qui incite réellement les autorités à agir vite. Dans ce sens, il serait par exemple possible d’améliorer automatiquement le statut du requérant (en lui accordant une aide sociale plus importante) après une certaine durée de procédure, si la longueur de la procédure ne lui est pas imputable³¹⁷.

5. Conclusions

[334] Même s’il n’est pas possible d’affirmer d’une manière générale que la loi sur l’asile viole clairement, sur un point ou un autre, des garanties relevant des droits humains, il n’en demeure pas moins que cette loi comporte diverses réglementations concrètes, qui, considérées dans leur ensemble, conduisent à une situation critique sous l’angle des droits humains.

[335] A l’issue de l’examen de ces deux questions de procédure, celle des délais (de recours notamment) et celle de l’assistance judiciaire, il convient de constater qu’elles ne peuvent pas être traitées séparément, ce qui correspond d’ailleurs précisément à un des objectifs de la restructuration de la procédure d’asile effectuée en 2012 et en partie encore en cours.

[336] En d’autres termes, il s’agit de retenir que si le législateur entend réduire ou raccourcir les procédures, il ne peut le faire qu’en accordant une protection juridique gratuite et complète au requérant d’asile, faute de quoi les garanties de procédure, dans leur ensemble, ne seraient pas respectées. La pratique actuelle en matière d’assistance judiciaire, ainsi que les dernières propositions de modifications, devraient donc être revues « à la hausse ».

Auteure :

Fanny Matthey, Dr iur., Domaine Migration, Centre suisse de compétence pour les droits humains, Université de Neuchâtel.

La version originale en français de ce chapitre fait foi.

³¹⁷ OSAR, Bericht des EJPD über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich, Bern 9 juin 2011, p. 3.

III. AIDE D'URGENCE

1. Introduction et recommandations

[337] Plusieurs comités onusiens se sont exprimés au travers de recommandations sur la question de l'aide sociale ou de l'aide d'urgence appliquée en Suisse.

[338] Le premier rapport qui a relevé cette problématique, sans pour autant formuler une recommandation précise, a été celui du Rapporteur spécial contre le racisme de 2007 : « [I]e Rapporteur spécial est particulièrement alarmé par la situation, souvent de précarité extrême, des requérants d'asile frappés d'une «décision de non-entrée en matière» [...]. Des rapports et documents officiels indiquent clairement la réduction de l'aide sociale à l'encontre de ces personnes [...]. Le Rapporteur spécial déplore que de telles mesures soient employées par un État démocratique en contradiction avec les obligations internationales de la Suisse en matière de droits de l'homme et portant atteinte à la dignité des personnes visées. À cet égard, il rappelle aux autorités suisses l'article 12 de la Constitution fédérale, qui dit en substance: «Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine.». C'est dans cet esprit qu'il faut également comprendre les obligations contenues dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et autres instruments internationaux qui s'appliquent à la Suisse »³¹⁸.

[339] Le deuxième Comité à s'exprimer sur la question a été le CERD qui, en 2008, a affirmé son inquiétude de la manière suivante : « [I]e Comité note avec préoccupation que la législation de l'État partie sur les étrangers et les demandeurs d'asile ne garantit pas forcément à ces derniers l'égalité de droits conformément à la Convention. Par exemple, en vertu de la loi sur les étrangers entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, les demandeurs d'asile déboutés sont exclus du système de protection sociale, ce qui entraîne marginalisation et vulnérabilité (art. 5 b) ». Le CERD a ainsi instamment invité la Suisse « à prendre des mesures efficaces et appropriées pour garantir les droits des étrangers et des demandeurs d'asile en vertu de la Convention. Il invite l'État partie à aligner sa législation interne relative aux étrangers et aux demandeurs d'asile sur la Convention et à tenir compte des recommandations formulées à ce sujet par les différents organes et organisations traitant des questions de discrimination raciale »³¹⁹.

[340] Le CCPR s'est prononcé l'année suivante. Tout en relevant « qu'une aide d'urgence est accordée aux personnes dont la demande d'asile a été rejetée, [le Comité] est préoccupé par les informations indiquant que les conditions de vie de ces personnes sont mauvaises et qu'elles perdent le bénéfice de l'assurance maladie (LAMal), ce qui restreint leur accès aux soins de santé (art. 13 et 17) ». Le Comité invite donc « [l]'État partie [à] protéger les droits fondamentaux des personnes dont la demande d'asile a été rejetée et permettre à ces personnes d'avoir un niveau de vie suffisant et de bénéficier de soins de santé »³²⁰.

³¹⁸ Special Rapporteur, Racism 2007, para. 82 et 83.

³¹⁹ CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, para. 17.

³²⁰ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, para. 19. En 2012, la Suisse a reçu, dans le cadre du deuxième Examen périodique universel, une recommandation qui va un peu dans le même sens (niveau de vie suffisant) bien qu'elle ne concerne pas les personnes dont la demande d'asile a été rejetée, mais

[341] En 2010, c'est au tour du CESCR de faire part de son inquiétude sur cette question : « [l]e Comité est préoccupé par les rapports indiquant que les personnes en situation irrégulière sont exclues de l'aide sociale dans certains cantons et doivent se tourner vers l'aide d'urgence (art. 9) ». Il recommande ainsi à « l'État partie de fournir à toute personne vivant sur son territoire une aide sociale au lieu d'une aide d'urgence, à titre d'ultime filet de sécurité sociale. Il lui recommande aussi de fixer des normes communes pour l'accès et le droit à l'aide sociale »³²¹.

[342] Enfin, au niveau régional, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), s'est également penchée sur cette question de la manière suivante : « [l]'ECRI note que suite à un arrêt du Tribunal fédéral du 18 mars 2005, l'aide d'urgence ne saurait être supprimée aux demandeurs d'asile dont la demande est frappée d'une non-entrée en matière (NEM). Toutefois, les organisations non-gouvernementales et le Haut-Commissariat aux réfugiés des Nations Unies (HCR) relèvent des difficultés en pratique dans certains cantons quand il s'agit d'accorder cette aide ». De façon générale, l'ECRI recommande donc « aux autorités suisses de surveiller attentivement la mise en œuvre de la nouvelle législation en matière d'asile et de prendre toutes les mesures qui s'avéreront nécessaires en consultation avec les acteurs non gouvernementaux compétents dont le Haut-Commissariat aux réfugiés des Nations Unies et les ONG défendant les intérêts des demandeurs d'asile, de façon à veiller à ce que les droits des demandeurs d'asile et des réfugiés soient pleinement garantis en pratique »³²².

2. Problématique

[343] Si l'on s'en tient plus précisément aux trois Comités qui ont émis des recommandations au sens strict, à savoir le CERD en 2008, le CCPR en 2009 et le CESCR en 2010, il convient de retenir les éléments suivants :

- Les droits des étrangers et des demandeurs d'asile doivent être garantis en vertu de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. En particulier, selon le CERD, l'exclusion du système de protection sociale de ces catégories de personnes ne leur garantit pas l'égalité des droits. La loi sur l'asile (LAsi) et la loi sur les étrangers (LEtr) doivent donc être compatibles, ou du moins interprétées de manière compatible, avec ladite Convention.
- Pour le CCPR, la protection des droits fondamentaux de ces personnes implique des prestations qui permettent, d'une part
 - d'atteindre un niveau de vie suffisant, et d'autre part,
 - de bénéficier de soins de santé.
- Enfin, deux éléments de la recommandation du CESCR, sont à retenir :
 - l'Etat devrait préférer une aide sociale à une aide d'urgence, et
 - des normes communes doivent être fixées en ce qui concerne l'accès et le droit à l'aide sociale, afin d'unifier la pratique entre les cantons.

les réfugiés et les requérants d'asile. Il s'agit de la recommandation 123.54 faite par la Namibie qui demande que la Suisse fournisse « des logements adéquats aux réfugiés et aux requérants d'asile et à leurs enfants, loin des lieux insalubres tels que les zones situées autour des aéroports », UPR Switzerland 2012.

³²¹ Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010, para. 12.

³²² ECRI, 4. Bericht, para. 167 et 169.

3. Fondements internationaux

3.1. Le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I)

[344] L'article 9 du Pacte ONU I prévoit que « [l]es Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales ».

[345] En 2008, le CESCR a émis l'Observation générale No 19 relative à l'article 9 du Pacte qui traite du droit à la sécurité sociale. Ce droit doit être garanti pour tous et a pour but d'atténuer la pauvreté et d'éviter l'exclusion sociale. Ce sont les plus défavorisés qui devraient être les mieux protégés. De plus, l'Etat devrait garantir dans tous les cas au minimum un accès aux soins de santé, un logement et de la nourriture. Plusieurs passages de cette observation méritent d'être relevés. Premièrement, on peut lire que « [l]a sécurité sociale, par sa fonction redistributrice, joue un rôle important dans la réduction et l'atténuation de la pauvreté, en évitant l'exclusion sociale et en favorisant l'insertion sociale »³²³. Le Comité ajoute que le droit à la sécurité sociale et aux assurances sociales prévu à l'article 9 doit être appliqué à tous, sans discrimination. Puis, il est question du contenu du droit qui comprend « le droit de ne pas être soumis à des restrictions arbitraires et déraisonnables du bénéfice du dispositif de sécurité sociale existant, qu'il soit d'origine publique ou privée, ainsi que le droit de jouir sur un pied d'égalité d'une protection adéquate contre les risques et aléas sociaux »³²⁴. Toujours selon le Comité, chaque système devrait comporter neuf grands volets : soins de santé, maladie, vieillesse, chômage, accident du travail, aide à la famille et à l'enfant, maternité, invalidité, survivants et orphelins. Il convient en outre d'être particulièrement attentif au respect de la dignité humaine et les personnes les plus défavorisées doivent d'autant plus être couvertes par le système de sécurité sociale. Et d'ajouter que « chacun a certes le droit à la sécurité sociale, mais les États parties devraient être spécialement attentifs aux individus et aux groupes qui de tout temps éprouvent des difficultés à exercer ce droit »³²⁵. Il est précisément question ici de groupes couramment défavorisés comme les réfugiés ou les requérants d'asile.

[346] Concernant plus particulièrement l'accès aux soins médicaux, le Comité relève que « [c]hacun, quels que soient sa nationalité, son lieu de résidence ou son statut en matière d'immigration, a droit aux soins médicaux primaires ou d'urgence ». De manière plus générale « [l]es réfugiés, les apatrides et les demandeurs d'asile, ainsi que d'autres personnes et groupes défavorisés et marginalisés, devraient bénéficier, dans des conditions d'égalité, des régimes de sécurité sociale non contributifs, notamment d'un accès raisonnable aux soins de santé et aux prestations familiales, conformément aux normes internationales »³²⁶.

[347] Pour conclure, l'Observation générale No 19 met l'accent sur les obligations de l'Etat qui comprennent entre autre l'obligation « [d']assurer l'accès à un régime de sécurité sociale qui garantisse, au minimum, à l'ensemble des personnes et des familles un niveau essentiel de prestations, qui leur permette de bénéficier au moins des soins de santé essentiels, d'un hébergement et d'un logement de base, de l'approvisionnement en eau et de

³²³ Ausschuss für WSK-Rechte, Observation générale No 19, para. 3

³²⁴ Idem, para. 9.

³²⁵ Idem, para. 31.

³²⁶ Idem, para. 37 et 38.

l'assainissement, de denrées alimentaires et des formes les plus élémentaires d'enseignement »³²⁷.

[348] L'article 11 para. 1 du Pacte ONU I vient compléter l'art. 9 en reconnaissant « le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence ». Une marge d'appréciation est laissée aux Etats en ce qui concerne la délimitation de ce qui est considéré comme « suffisant ». Les Etats doivent toutefois garantir un niveau minimal en la matière et autant que possible prendre des mesures positives destinées à réaliser les dispositions du Pacte³²⁸.

[349] Il n'existe pas d'Observation générale relative à l'article 11 mais des Observations portant sur des aspects particuliers tels que le droit à une nourriture suffisante, le droit à l'eau ou encore le droit à un logement adéquat. Ce dernier droit est traité dans l'Observation générale No 4 qui date de 1991³²⁹. Il est intéressant de mentionner que selon le Comité, le terme de logement adéquat ne doit pas être compris dans un sens étroit puisque ce qui compte ce n'est pas uniquement d'avoir un toit sur la tête mais bien de pouvoir vivre en sécurité, en paix et dans la dignité. « *In the Committee's view, the right to housing should not be interpreted in a narrow or restrictive sense which equates it with, for example, the shelter provided by merely having a roof over one's head or views shelter exclusively as a commodity. Rather it should be seen as the right to live somewhere in security, peace and dignity. [...] the reference in article 11 (1) must be read as referring not just to housing but to adequate housing. [...] "Adequate shelter means ... adequate privacy, adequate space, adequate security, adequate lighting and ventilation, adequate basic infrastructure and adequate location with regard to work and basic facilities - all at a reasonable cost" »³³⁰.*

3.2. Le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)

[350] En ce qui concerne le Pacte ONU II, les articles à relever sont ceux qui protègent la vie privée et familiale (art. 17³³¹) ou encore le bien-être des enfants (art. 24 para. 1³³²). Le CCPR a rédigé en 1988 l'Observation générale No 16 relative au droit au respect de la vie privée et familiale, de la maison et de la correspondance, et à la protection de l'honneur et de la réputation.

[351] On peut notamment y lire que chacun doit être protégé, que les atteintes proviennent de particuliers ou de l'Etat. A cet effet, l'Etat doit adopter des normes légales permettant de protéger le droit prévu à l'article 17 du Pacte ONU II. Le Comité effectue une distinction intéressante entre atteintes illégales et atteintes arbitraires à la vie privée et familiale. Il pré-

³²⁷ Idem, para. 59, let. a.

³²⁸ KÄLIN/ACHERMANN/KÜNZLI, p. 4-5.

³²⁹ Ausschuss WSK-Rechte, General Comment No. 4 (1991).

³³⁰ Idem, para. 7.

³³¹ Art. 17 : « 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ». Art. 23 al. 1 : « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat ».

³³² Art. 24 al. 1 : « Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur ».

cise que la protection doit avoir lieu contre les atteintes illégales mais également contre les atteintes arbitraires³³³. Ainsi, une atteinte prévue par la loi peut se révéler arbitraire si elle n'est pas raisonnable.

3.3. La Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ICERD)

[352] Il est également intéressant de se pencher sur l'article 5 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. On peut en effet y lire à ses lettres b) et e) qui nous intéressent plus particulièrement que « [c]onformément aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2 de la présente Convention, les Etats parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants : b) Droit à la sûreté de la personne et à la protection de l'Etat contre les voies de fait ou les sévices de la part soit de fonctionnaires du gouvernement, soit de tout individu, groupe ou institution ; [...] ; e) Droits économiques, sociaux et culturels, notamment : [...] iii) Droit au logement ; iv) Droit à la santé, aux soins médicaux, à la sécurité sociale et aux services sociaux ».

[353] Il convient encore de noter que dans l'Observation générale No 30 de 2004, le CERD s'intéresse à la discrimination contre les personnes « non citoyennes » et note qu'il est nécessaire de s'assurer que les conditions de vie dans les centres pour requérants d'asile soient conformes aux standards internationaux. Le Comité se penche sur la problématique de la discrimination causée par l'administration de la justice. En ce qui concerne le sujet qui nous intéresse ici, la recommandation suivante est émise : « *[e]nsure the security of non-citizens, in particular with regard to arbitrary detention, as well as ensure that conditions in centres for refugees and asylum-seekers meet international standards* »³³⁴.

3.4. La Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)

[354] Au niveau régional, le Conseil de l'Europe, que ce soit au travers de la jurisprudence de la Cour ou d'une résolution du Comité des Ministres, consacre un « droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires ». Dans ce sens, l'Etat ne peut pas permettre des traitements dégradants.

[355] La CEDH a rattaché la question du droit aux soins aux art. 3 (interdiction de la torture) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention. En effet, si des soins de santé essentiels étaient refusés à une personne en situation irrégulière, une éventuelle application de l'art. 3 CEDH (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) pourrait être discutée. La jurisprudence de la Cour EDH est cependant assez exigeante sur cette question. Elle a notamment précisé que les mauvais traitements devaient atteindre une certaine gravité et a mentionné en ce sens « des lésions corporelles effectives ou une souffrance physique ou mentale intense ». La Cour a toutefois encore ajouté qu'« [u]n traitement peut être quali-

³³³ Voir dans ce sens, MRA, General Comment No 16 (1988), para. 3 et 4.

³³⁴ CERD, General Recommendation No 30 (2004), para. 19.

fié de dégradant et tomber ainsi également sous le coup de l'interdiction de l'article 3 s'il humilie ou avilit un individu, s'il témoigne d'un manque de respect pour sa dignité humaine, voire la diminue, ou s'il suscite chez l'intéressé des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à briser sa résistance morale et physique »³³⁵. Dans ce sens, il peut être admis que lorsque les personnes en séjour irrégulier n'ont pas les ressources pour se procurer les soins nécessaires et dans l'hypothèse où l'Etat ne met pas ces soins gratuitement à disposition, le niveau de gravité exigé dans l'arrêt *Pretty* peut être atteint, dès lors que les conséquences du refus de fournir les soins atteignent sérieusement la santé et la dignité des individus concernés³³⁶.

[356] Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a en outre édicté une recommandation relative aux besoins élémentaires des personnes en situation de précarité extrême. Selon cette recommandation, les Etats devraient au moins reconnaître à toute personne – quel que soit son statut juridique – le « droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires », à savoir la nourriture, l'habillement, l'hébergement et les soins médicaux de base. Ce droit devrait en outre être justiciable³³⁷.

4. Mise en œuvre au niveau interne

4.1. Régime ordinaire de l'aide sociale dans le domaine de l'asile

[357] Les montants alloués aux requérants d'asile présentent une évolution intéressante. Dans les années 1970, en pleine période de guerre froide, les étrangers qui fuient les régimes communistes sont bien accueillis en Suisse et comme « on suppose que l'installation des exilés des Etats éloignés sera définitive [...] tout le monde s'accorde pour penser qu'il faut favoriser l'intégration des nouveaux venus »³³⁸. Puis, dans les années 1980, le nombre de demandeurs d'asile augmente et leur origine se diversifie. Parallèlement, la manière de voir les étrangers cherchant asile en Suisse évolue. La politique d'asile devient de plus en plus restrictive. « Dès lors que l'on s'attend à un taux d'acceptation fortement limité, l'assistance aux demandeurs d'asile va viser de moins en moins leur intégration. C'est la dissuasion qui va prendre une importance croissante au fil des années »³³⁹. Les requérants sont alors placés dans des centres d'accueil situés dans des lieux isolés et la nourriture leur est donnée en nature. La distribution de biens en nature plutôt qu'en argent deviendra peu à peu la généralité. L'idée principale qui émergeait alors était celle de réduire les coûts, même s'il est désormais reconnu que l'octroi de prestations en nature est plus coûteux que l'octroi de prestations en espèce.

[358] Les années 1990 vont marquer un tournant encore plus radical dans la diminution des prestations accordées aux requérants d'asile. En effet, les autorités assument alors publiquement l'idée que la réduction des prestations fait partie intégrante de la politique de dissuasion. Dès 1991, le montant des prestations financières n'est plus calculé sur la base des

³³⁵ CEDH, *Pretty v. Royaume-Uni*, 2346/02 (2002), para. 52.

³³⁶ CHOLEWINSKI RYSZARD, *Migrants irréguliers : l'accès aux droits sociaux minimaux*, Strasbourg 2005, p. 54.

³³⁷ Ministerkomitee des Europarats, *Recommandation No 3 (2000)*, principes 1 à 5. Pour ces deux derniers paragraphes, voir MATTHEY, p. 422-423.

³³⁸ MAILLARD/TAFELMACHER, p. 252.

³³⁹ *Ibid.*

recommandations de la Conférence suisse des institutions d'assistance publique (CSIAP) comme c'était le cas jusqu'alors et « les nouvelles normes vont en dessous de ce que l'on considère comme un minimum vital d'assistance »³⁴⁰. Les normes légales prévoient en outre la possibilité de réduire les prestations d'assistance lorsque les requérants n'adoptent pas le comportement attendu par les autorités. Puis, en 1993, l'Ordonnance 2 sur l'asile est modifiée afin d'introduire uniquement une indemnisation forfaitaire pour chaque requérant d'asile.

[359] Actuellement, il convient de constater qu'il existe ainsi d'importantes différences cantonales en matière de versement des prestations : « le montant de base mensuel pour une personne seule, titulaire d'un livret N, varie du simple à plus du double (de 320.- à 768.-), bien que dans la majeure partie des cantons, il se situe entre CHF 400.- et 500.-. L'écart est un peu plus faible pour une famille de quatre personnes (de 1120.- à 1700.-) »³⁴¹.

[360] On peut donc constater que depuis le début des années 1970, la perception que les autorités se font des requérants d'asile a fortement évolué. De fait, l'on est passé de l'idée que les demandeurs d'asile qui venaient en Suisse devaient s'intégrer à la société suisse à celle qu'il fallait les décourager de venir et que, pour ce faire, la diminution des prestations était un outil parmi d'autres.

4.2. Régime spécial de l'aide d'urgence

4.2.1. Introduction de l'aide d'urgence dans le système légal

[361] Comme nous l'avons vu précédemment, la réduction des prestations accordées aux demandeurs d'asile est devenue, au cours des années, un objectif avoué de la politique migratoire suisse. La réduction de l'aide sociale allouée aux requérants a laissé place, en 2004, à l'aide d'urgence ou, autrement dit, à l'exclusion de l'aide sociale.

[362] En 2003, la Confédération rédige un programme d'allègement budgétaire (PAB). Celui-ci prévoit une modification des prestations allouées aux requérants d'asile. A ce moment, les demandeurs d'asile ayant reçu une décision de non-entrée en matière reçoivent encore l'aide sociale. La proposition présentée dans le programme est la suivante: « [I]es personnes frappées d'une décision de non-entrée en matière devenue exécutoire sont des étrangers résidant illégalement en Suisse. En cas de détresse grave, les cantons leur garantissent des prestations d'aide sociale minimales au sens de l'art. 12 de la Constitution fédérale. La Confédération assume en grande partie les conséquences financières liées à cette mesure »³⁴². L'idée est donc ici d'exclure de l'aide sociale les requérants d'asile frappés d'une décision de non-entrée en matière et de leur offrir une aide minimale, l'aide d'urgence. Cette mesure a pour but d'une part, de permettre à la Confédération de faire des économies et d'autre part, de réduire le nombre de personnes séjournant en Suisse malgré une injonction de quitter le territoire³⁴³. Le programme prévoit pour les personnes frappées d'une décision de non-entrée

³⁴⁰ Idem, p. 254.

³⁴¹ WICHMANN/HERMANN/D'AMATO/EFIONAYI-MÄDER/FIBBI/MENET/RUEDIN, p. 85.

³⁴² PAB, FF 2003 5091, 5166.

³⁴³ Voir dans ce sens, le message du Conseil fédéral qui précisait que l'exclusion de l'aide sociale de toute une catégorie de requérants d'asile avait pour but d'inciter les cantons à « accroître l'efficacité du dispositif d'exécution des renvois » (PAB, FF 2003 5091, 5166) et d'encourager les personnes ayant reçu

en matière que « [d]ès l'entrée en force de ladite décision, elles seront considérées comme des étrangers sans titre de séjour valable et ne se verront donc plus appliquer les dispositions du droit d'asile, mais celles du droit des étrangers »³⁴⁴. Cela signifie concrètement que ces personnes « devront quitter les centres d'enregistrement, foyers ou appartements mis à leur disposition dans le canton d'attribution dans l'attente de la décision. Elles devront alors se prendre en charge et financer elles-mêmes leur séjour jusqu'au moment du départ »³⁴⁵.

[363] Il résulte de ce qui précède que les demandeurs d'asile concernés par cette mesure n'auront d'autre choix pour survivre que de partir dans la clandestinité afin de trouver un emploi (puisque leur statut leur interdit de travailler) ou de recourir à ce que l'on appellera l'aide d'urgence. Celle-ci découle du droit constitutionnel d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.). Il est encore précisé dans le programme que « [l]a détermination du montant et des composantes de l'aide dans des situations de détresse relève de la compétence des cantons et des communes »³⁴⁶. La Confédération versera toutefois un montant forfaitaire pour chaque personne demandant l'aide d'urgence.

4.2.2. Genèse et contenu de l'art. 12 de la Constitution fédérale

[364] En 1995, suivant l'avis unanime de la doctrine, le Tribunal fédéral rend un arrêt consacrant le droit constitutionnel non écrit à des conditions minimales d'existence³⁴⁷. Les juges du Tribunal fédéral reconnaissent alors qu'« [a]ssurer les besoins élémentaires comme la nourriture, le vêtement et le logement est somme toute la condition de l'existence de l'être humain et de son développement. C'est aussi la composante indispensable d'un Etat démocratique fondé sur le droit »³⁴⁸. Le droit à des conditions minimales d'existence appartient à tous les êtres humains, suisses ou étrangers, et ce indépendamment de leur statut en matière de police des étrangers. Dès lors, même les personnes se trouvant illégalement en Suisse ou les requérants d'asile déboutés peuvent se prévaloir de ce droit. Il s'agit cependant d'un droit subsidiaire dans la mesure où une personne qui aurait les moyens de survivre, notamment en travaillant, ne peut pas s'en prévaloir. Le droit à des conditions minimales d'existence est donc un droit de dernier recours qui ne touchera qu'un nombre limité de personnes. De fait, dès 2004, ce sont essentiellement les requérants d'asile exclus de l'aide sociale, à savoir les « non-entrée en matière » ou « NEMs » qui en bénéficieront. Il est encore utile de préciser que déjà dans l'arrêt de 1995, le Tribunal fédéral admet une différence de traitement selon le statut de la personne concernée. Les juges écrivent en effet que « celui qui est établi en Suisse (en tant que suisse ou étranger) a d'autres besoins d'assistance que celui qui tombe dans le besoin pendant un séjour de courte durée ou celui dont on ne sait pas encore (demandeur d'asile) s'il pourra rester ou non en Suisse »³⁴⁹. Selon les juges, il n'est pas nécessaire d'offrir aux requérants d'asile des moyens pour s'intégrer à la société suisse puisqu'il est probable que ceux-ci devront être renvoyés de Suisse et,

une décision de non-entrée en matière à « quitter la Suisse dans les plus brefs délais » (PAB, FF 2003 5091, 5167).

³⁴⁴ PAB, FF 2003 5091, 5167.

³⁴⁵ Idem, FF 2003 5091, 5167.

³⁴⁶ Idem, FF 2003 5091, 5168.

³⁴⁷ ATF 121 I 367, traduit au JdT 1997 I 278.

³⁴⁸ ATF 121 I 367, c. 2b, JdT 1997 I 278.

³⁴⁹ ATF 121 I 367, c. 2d, JdT 1997 I 278.

mieux ils seront intégrés, plus dur sera leur renvoi. En ce qui concerne le contenu du droit constitutionnel à des conditions minimales d'existence, ces conditions minimales sont atteintes si l'on offre à la personne dans le besoin de la nourriture, des vêtements et un logement. L'aide peut être fournie en espèces ou en nature.

[365] Le droit à des conditions minimales d'existence sera intégré formellement à la nouvelle Constitution de 1999. L'art. 12, intitulé « droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse », prévoit que « [q]uiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine ».

[366] Dans le message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, il est écrit que le droit à des conditions minimales d'existence « garantit à toute personne dans le besoin le droit de bénéficier d'une assistance sociale minimale, à la fois matérielle (moyens indispensables à une existence conforme à la dignité humaine) et personnelle (conseil et assistance) »³⁵⁰. Il faut noter ici la composante personnelle qui s'ajoute à l'aspect économique jusqu'ici mis en avant. Le texte parle également d'assistance médicale mais c'est pour expliquer que cet aspect n'a sciemment pas été intégré dans le projet et qu'il reviendra à la jurisprudence de le développer³⁵¹. Il est également laissé au législateur et au juge le soin de définir de manière plus concrète quels sont les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine. Notons encore que, dans un autre arrêt³⁵², les juges du Tribunal fédéral affirmeront que le droit constitutionnel à des conditions minimales d'existence peut être inférieur au minimum vital prévu dans d'autres dispositions telles que la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite.

[367] Selon certains auteurs de doctrine, le contenu de l'aide devrait cependant être plus large que l'attribution de nourriture, de vêtements, d'un logement et de soins médicaux. AUBERT et MAHON relèvent par exemple que « [l]'aide et l'assistance visée ne se limitent pas à des prestations matérielles ou financières, assurant la satisfaction des besoins humains élémentaires, comme la nourriture, l'habillement, le logement ou une assistance médicale ; elles comportent aussi un aspect social et psychologique – le texte [constitutionnel] allemand parle de "Hilfe und *Betreuung*" – »³⁵³. Un autre aspect important est mentionné : l'aide devrait être individualisée, c'est-à-dire adaptée à chaque cas d'espèce, puisque les besoins ne sont pas les mêmes d'une personne à l'autre³⁵⁴.

[368] La question de la restriction du droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse s'est également posée. Les juges du Tribunal fédéral ont été amenés à réfléchir à cette problématique dans plusieurs arrêts. La situation peut être résumée de la manière suivante : « [l]es causes de l'indigence, de même que le comportement répréhensible de l'intéressé sont *irrelevantes* au regard de la protection offerte par l'art. 12 Cst. En particulier, des considérations relatives à la police des étrangers, de même que le refus de l'intéressé de collaborer à une procédure ne sauraient faire obstacle à l'application de l'art. 12 Cst [...]. Un refus

³⁵⁰ FF 1997 I 1, 151.

³⁵¹ FF 1997 I 11, 153.

³⁵² ATF 122 I 101, traduit dans la RDAF 1997 II 185.

³⁵³ MAHON PASCAL, Art. 12, in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich u.a. 2003, p. 119.

³⁵⁴ KÄLIN/ACHERMANN/KÜNZLI, p. 9.

de l'aide visée par l'art. 12 Cst. ne peut intervenir que dans l'hypothèse d'un abus de droit ou lorsque la personne concernée refuse un travail convenable (principe de subsidiarité) »³⁵⁵.

4.2.3. Première évolution jurisprudentielle

[369] Suite à l'exclusion de l'aide sociale entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004 pour les requérants d'asile frappés d'une décision de non-entrée en matière et à l'introduction de l'art. 12 Cst., les juges du Tribunal fédéral ont à nouveau été amenés à se prononcer sur cette question.

[370] Il s'agissait du cas d'un demandeur d'asile ayant reçu une décision de non-entrée en matière auquel les autorités soleuroises prévoyaient de couper toute aide s'il ne quittait pas le pays dans un délai de cinq jours ou ne prouvait pas qu'il faisait tout son possible pour partir de Suisse. Les juges du Tribunal fédéral ont alors expliqué, dans un arrêt de principe du 18 mars 2005³⁵⁶, que cette situation résultait de l'entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004 de la loi sur le programme d'allègement budgétaire qui a eu pour conséquence que les requérants d'asile frappés d'une décision de non-entrée en matière n'étaient plus soumis à la loi sur l'asile mais à la législation ordinaire sur les étrangers. Il revenait alors aux cantons de fournir l'aide prévue par l'art. 12 Cst. aux personnes qui le demandent. Dans le cas d'espèce, le canton de Soleure avait modifié sa législation et il ressortait en substance que l'aide d'urgence était versée uniquement pour une durée de cinq jours, des prolongations étant toutefois possibles. Les montants accordés étaient les suivants : 8 francs par jour pour la nourriture et l'hygiène, 13 francs pour le logement, d'autres montants pouvant être alloués en cas de besoin avéré (pour s'acheter des vêtements par exemple). L'assistance médicale n'était en outre prévue que pour les cas d'urgence.

[371] Dans cet arrêt, les juges du Tribunal fédéral rappellent alors que l'aide d'urgence comprend les moyens indispensables pour survivre : nourriture, habillement, logement et assistance médicale de base (c. 3.1). Ils ajoutent que l'aide d'urgence doit permettre de préserver l'intégrité physique et qu'elle « peut être plus limitée pour des personnes qui doivent quitter la Suisse, en particulier pour les requérants d'asile sous le coup d'une décision de non-entrée en matière ; aucun intérêt d'intégration n'est à poursuivre pour eux, et aucun contact social durable ne doit être garanti. Des prestations minimales se justifient aussi pour diminuer l'incitation à demeurer en Suisse » (c. 8.2). De plus, les prestations en nature sont préférables à des prestations en argent (c. 8.5). Dans le cas d'espèce, le canton de Soleure estimait que, dans la mesure où le recourant refusait de collaborer à l'exécution de son renvoi, il ne remplissait pas les exigences du principe de subsidiarité et que dès lors, l'aide d'urgence prévue par l'art. 12 Cst. pouvait être supprimée. A cet égard, les juges ont rappelé que la sphère de protection du droit à une aide dans des situations de détresse et son noyau dur se confondent (c. 3.1.). Ils affirment également que « [l]a coopération exigée du recourant à propos de la production de ses papiers ou de son départ n'a aucune influence sur le fait qu'il est dans le besoin, respectivement se trouve dans une situation de détresse. Le devoir de collaborer ne se rapporte pas à la suppression de la situation de détresse, mais à l'exécution forcée du renvoi [...]. On ne saurait dès lors refuser au recourant la prestation d'aide minimale à la survie nécessaire à une existence conforme à la dignité humaine, sous prétexte de

³⁵⁵ AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, volume II: Les droits fondamentaux, 2e éd., Genève 2006, p. 683-684.

³⁵⁶ ATF 131 I 166, traduit au JdT 2007 I 75.

devoirs et de conditions relevant du droit des étrangers, ou encore en invoquant le principe de la subsidiarité » (c. 4.5). De fait, la réduction ou la suppression de l'aide, conçue comme ultime filet de protection permettant uniquement la survie, ne peuvent être permises afin d'atteindre des buts relevant d'objectifs issus du droit des étrangers.

4.2.4. Régime légal actuel et décisions parlementaires 2012

[372] Une nouvelle révision de la LAsi a abouti, suite à son acceptation par le peuple et les cantons lors du référendum du 24 septembre 2006, à l'élargissement de l'exclusion de l'aide sociale. En effet, dès le 1^{er} janvier 2008, date de l'entrée en vigueur de la LAsi révisée, tous les requérants d'asile déboutés sont exclus de l'aide sociale. L'aide d'urgence n'est donc plus seulement applicable aux « NEMs », mais elle est étendue à toutes les personnes déboutées de l'asile.

[373] Les dispositions de la LAsi actuellement en vigueur se lisent de la manière suivante : Selon l'art. 80 al. 1, 1^{ère} phrase, « [l]'aide sociale ou l'aide d'urgence est fournie aux personnes qui séjournent en Suisse en vertu de la présente loi par le canton auquel elles ont été attribuées ». C'est donc le canton qui est compétent pour fournir les prestations.

[374] L'art. 82 définit qui perçoit l'aide sociale et qui perçoit l'aide d'urgence. Les bénéficiaires de l'aide d'urgence sont les personnes frappées d'une décision de renvoi exécutoire (al. 1)³⁵⁷, ainsi que les requérants d'asile déboutés dont le renvoi est momentanément suspendu puisqu'ils ont saisi la justice par une voie de droit extraordinaire (al. 2). Quant à l'aide sociale, elle est accordée aux requérants d'asile et aux personnes à protéger qui ne bénéficient pas d'une autorisation de séjour (al. 3).

[375] L'aide sociale ou aide d'urgence répond donc à une réglementation différente selon les personnes concernées et peut être divisée en trois catégories fondées sur la « durabilité » du séjour : premièrement, les personnes dont le séjour n'est plus admis (les NEMs et les personnes déboutées) ; deuxièmement, les personnes dont le séjour est limité à une courte durée (les requérants, les personnes admises provisoirement et les personnes à protéger titulaires d'un permis S) et enfin, troisièmement, les personnes dont le séjour est prévu à plus long terme (les réfugiés et les personnes à protéger avec une autorisation de séjour)³⁵⁸.

[376] Ainsi, les personnes frappées d'une décision de renvoi exécutoire assortie d'un délai de départ (c'est-à-dire les *NEMs* ainsi que les « déboutés ») peuvent être exclues du régime de l'aide sociale. Toutefois, si l'autorité diffère l'exécution du renvoi pour la durée d'une procédure extraordinaire, les requérants déboutés reçoivent tout de même l'aide d'urgence, pour autant qu'ils en fassent la demande. La Confédération verse aux cantons un forfait unique d'environ 6000 francs pour chaque NEM à l'aide d'urgence³⁵⁹. En décembre 2012, le

³⁵⁷ Ce premier alinéa est, en sa teneur en vigueur en 2012, de nature potestative. Cela signifie que les cantons peuvent décider de n'octroyer que l'aide d'urgence, mais s'ils le souhaitent, ils peuvent aussi garder ces personnes dans le régime ordinaire de l'aide sociale. Ce cas de figure est toutefois peu fréquent dans la mesure où les cantons ne reçoivent qu'une indemnité d'« aide d'urgence » de la Confédération et que le « surplus » est alors à leur charge. En outre, le législateur fédéral a modifié cet alinéa en décembre 2012 et a remplacé l'expression « peuvent être exclues » par « sont exclues » du régime d'aide sociale, ce qui supprime le caractère potestatif de la disposition actuelle. FF 2012 8943, 8950.

³⁵⁸ Voir dans ce sens le ch. 1, art. 20 à 30 de l'OA 2.

³⁵⁹ Art. 88 al. 1, 4 et 5 LAsi, ainsi que 28 et 29 OA 2. Le nouvel alinéa 4 de l'article 88 LAsi, tel qu'il a été voté par le Parlement en décembre 2012, prévoit que « [l]es indemnités forfaitaires pour les personnes

Parlement a en outre décidé que l'aide d'urgence doit, dans la mesure du possible, être accordée sous la forme de prestations en nature et qu'elle est « inférieure à l'aide sociale accordée aux requérants et aux personnes à protéger qui ne bénéficient pas d'une autorisation de séjour »³⁶⁰.

[377] Les *requérants*, les *personnes admises provisoirement* et les *personnes à protéger bénéficiant d'un permis S* reçoivent en principe l'aide sociale sous forme de prestations en nature³⁶¹ et cette aide peut être différente³⁶² de celle accordée aux résidents suisses³⁶³. Comme pour les déboutés ou les NEMs, la Confédération rembourse (trimestriellement) aux cantons un forfait global couvrant les dépenses dans le domaine de l'aide sociale pour la durée de la procédure d'asile, de l'admission provisoire ou de la protection temporaire. Pour chaque personne dépendante de l'aide sociale, ce forfait s'élève en moyenne à 51,04 francs et comprend les frais de loyer, les dépenses liées à l'aide sociale et les frais relatifs à l'assurance-maladie (prime, franchise, etc.)³⁶⁴. Les frais plus occasionnels, tels que les frais de dentiste ou autres frais médicaux spéciaux, sont remboursés selon l'effectivité des dépenses³⁶⁵. En outre, les frais liés à l'aide sociale doivent être remboursés par les requérants d'asile, les personnes à protéger (qui ne bénéficient pas d'une autorisation de séjour) et les personnes admises provisoirement³⁶⁶.

[378] Quant aux *réfugiés* (qu'ils aient reçu l'asile ou une admission provisoire³⁶⁷) ainsi qu'aux *personnes à protéger titulaires d'une autorisation de séjour*, ils bénéficient d'une situation plus favorable et « leur intégration sociale, professionnelle et culturelle sera notamment facilitée »³⁶⁸. Il est admis que les critères retenus pour l'allocation des prestations d'aide sociale à cette catégorie de personnes doivent correspondre à ceux établis pour la

qui n'ont droit qu'à l'aide d'urgence [...] constituent une indemnisation des coûts de l'aide d'urgence ». FF 2012 8943, 8951.

³⁶⁰ Voir le nouvel alinéa 4 de l'art. 82 LAsi. FF 2012 8943, 8950.

³⁶¹ Bien que la loi fédérale recommande cette solution « dans la mesure du possible », le canton de Neuchâtel a édicté un arrêté cantonal qui fixe les montants à verser aux requérants d'asile et aux personnes admises provisoirement. Il s'agit par exemple de 300 francs par mois pour un adulte en centre de premier accueil et de 480 francs mensuels pour un adulte hébergé en deuxième accueil (c'est-à-dire en appartement). Art. 2 et 3 de l'arrêté du 29 janvier 2007 fixant les normes pour le calcul de l'aide matérielle versée aux requérants d'asile et personnes admises provisoirement, RSN 831.03.

³⁶² *A contrario*, le nouvel alinéa 3 de l'article 82 LAsi (au sens du vote du Parlement de décembre 2012), précise que l'aide sociale « est inférieure à celle accordée aux personnes résidant en Suisse » (nous soulignons). FF 2012 8943, 8950. Avec l'introduction de ces nouvelles mesures (voir aussi celle mentionnée juste ci-dessus à la note 360), la gradation entre les différentes catégories de personnes concernées par l'asile est encore plus marquée que dans le système actuel.

³⁶³ Art. 82 al. 3 LAsi, ainsi que 86 al. 1 LEtr qui renvoie, pour les personnes admises provisoirement, aux dispositions de la LAsi concernant les requérants d'asile. En pratique, pour le canton de Neuchâtel du moins, cette aide s'élève à la moitié de celle accordée normalement. Voir notamment l'art. 2 de l'arrêté du 4 novembre 1998 fixant les normes pour le calcul de l'aide matérielle, RSN 831.02.

³⁶⁴ Art. 88 al. 1 et 2 LAsi, ainsi que 20 à 23a OA 2.

³⁶⁵ NGUYEN MINH SON, *Droit public des étrangers*, Berne 2003, p. 416-417.

³⁶⁶ Art. 85 al. 1 LAsi et 88 LEtr.

³⁶⁷ Dans ce sens, voir les art. 86 al. 1 *in fine* LEtr et 18 OERE. Dans le même sens voir aussi pour le canton de Neuchâtel, la page <http://www.ne.ch/neat/site/jsp/rubrique/rubrique.jsp?StyleType=bleu&DocId=31929> qui renvoie à l'arrêté fixant les normes pour le calcul de l'aide matérielle auquel sont soumises ces personnes, RSN 831.02.

³⁶⁸ Art. 82 al. 5 LAsi.

population suisse³⁶⁹. A nouveau, la Confédération verse trimestriellement un forfait aux cantons leur permettant de couvrir les dépenses de l'aide sociale. Ce forfait s'élève en moyenne à 52,94 francs et comprend les aspects du loyer, de l'aide sociale et de l'assurance-maladie³⁷⁰.

4.3. Problématiques liées au système de l'aide d'urgence

[379] L'application de l'aide d'urgence soulève différentes problématiques. Il s'agit notamment de cerner quel est le contenu et le caractère des prestations appliquées dans le régime de l'aide d'urgence ; de présenter le contrôle auquel sont soumises ces personnes, ainsi que l'isolement social auquel elles doivent faire face. La question de la durée de l'aide d'urgence doit aussi être mentionnée, avant de traiter de l'extension du champ d'application personnel de ces prestations et des risques de départ dans la clandestinité, en tant que conséquence de ce système. Enfin, le régime de l'aide d'urgence implique d'importantes différences cantonales en ce qui concerne son application.

4.3.1. Caractère et contenu des prestations de l'aide d'urgence

[380] L'aide d'urgence prévoit obligatoirement un logement, de la nourriture, des vêtements et des soins médicaux de base. Selon un rapport mandaté par la Commission fédérale pour la question de migration (CFM) relatif aux sans-papiers en Suisse « [l']organisation de l'aide d'urgence se présente de manière contrastée selon les cantons, mais comprend en règle générale un hébergement dans un centre spécialisé (abri de protection civile, sleep-in), des centres d'aide d'urgence (« Sachabgabezentren » ; dénomination dans le canton de Berne) ou des « centres minimaux », parfois dans des logements, ainsi qu'un soutien minimum pour se nourrir, généralement pas en argent liquide, mais sous forme de bons Migros ou de distribution d'aliments. Une personne seule reçoit des prestations d'une contrevaletur de 7,50 CHF à 12 CHF par jour ; les familles reçoivent des contributions dégressives »³⁷¹.

A. Prestations en nature

[381] Les prestations sont versées de préférence en nature. Selon POVLAKIC, cela s'explique de la manière suivante : « le service de prestations en nature renforce la dépendance à l'égard des autorités, facilite le contrôle, réduit d'autant l'autonomie des personnes, leur liberté de choix, et permet d'exercer une pression psychologique sur les gens, sans comparaison avec aucune autre forme de contrainte légale, si ce n'est la détention pure et simple. Le but est bien d'inciter au départ de Suisse, c'est-à-dire d'encourager mais de manière contraignante à adopter un comportement dont les autorités supposent qu'il n'ira pas de soi »³⁷².

³⁶⁹ Art. 3 OA 2. ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, p. 301, 303 et 309. Dans le même sens, ACHERMANN ALBERTO/HAUSAMMANN CHRISTINA, Handbuch des Asylrechts, 2^e éd., 1991, p. 383.

³⁷⁰ Art. 88 al. 1 et 3 LAsi, ainsi que 24 à 27 OA 2. Pour ces quatre derniers paragraphes, voir MATTHEY, p. 399-401.

³⁷¹ EFIONAYI-MÄDER/SCHÖNENBERGER/STEINER, p. 72.

³⁷² POVLAKIC KARINE, Discrimination et exclusion de l'aide sociale, in: Annuaire du droit de la migration, 2007/2008, p. 63.

B. Nourriture

[382] En ce qui concerne la nourriture, comme nous l'avons vu, elle est de préférence livrée en nature ou par le biais de bons d'achat d'un montant extrêmement bas. Comme le relève SANCHEZ-MAZAS, « si les montants très limités sont éventuellement suffisants pour se nourrir, on peut s'interroger sur le type d'alimentation qu'ils permettent et surtout sur les répercussions à plus long terme (malnutrition) ». Et d'ajouter, concernant la livraison de repas, que, en plus d'être plus onéreux et plus compliqué à organiser, « [c]e régime exclut toute possibilité de choix et d'adaptation de la nourriture aux besoins individuels, et les bénéficiaires le ressentent d'autant plus difficilement que leurs habitudes alimentaires s'éloignent du type de nourriture fournie, ce qui est peut-être un effet recherché »³⁷³.

C. Logement

[383] Pour ce qui est du logement, les personnes exclues de l'aide d'urgence sont fréquemment contraintes de quitter le logement qu'elles occupaient jusqu'alors pour se retrouver dans des centres d'aide d'urgence, voire des abris de protection civile ou des containers. Il est courant que ces lieux se trouvent dans des endroits éloignés des centres urbains. Il s'agit d'un nouveau déracinement dans la mesure où les personnes concernées sont forcées de couper les liens sociaux qu'elles avaient pu créer. La situation est aussi difficile pour les enfants qui sont contraints de changer d'école. La vie privée et familiale dans les centres d'aide d'urgence est également mise à rude épreuve.

D. Santé et soins

[384] En ce qui concerne la santé des personnes à l'aide d'urgence, la question la plus délicate a été pendant longtemps la question de l'affiliation à l'assurance-maladie. EFIONAYI-MÄDER/SCHÖNENBERGER/STEINER relevaient que « [d]epuis l'introduction de la suppression de l'aide sociale, la situation des requérants d'asile déboutés est compliquée dans la mesure où de nombreux cantons assimilent l'exclusion de l'aide sociale à une exclusion de l'obligation de l'assurance-maladie et font valoir que l'aide d'urgence ne comprend que des soins médicaux d'urgence »³⁷⁴. En pratique et pendant plusieurs années, chaque canton décidait de la manière dont il voulait procéder. Ainsi, certains cantons assuraient toutes les personnes à l'aide d'urgence, alors que d'autres limitaient l'assurance à certaines catégories comme les personnes vulnérables ou les personnes gravement malades³⁷⁵. Lorsque les personnes n'étaient pas assurées, les cantons payaient en principe eux-mêmes les frais engendrés par les soins « d'urgence ». La question est désormais formellement réglée depuis le 1^{er} août 2011. Le Conseil fédéral a en effet modifié l'ordonnance sur l'assurance-maladie³⁷⁶ de telle manière que ces personnes se voient appliquer par analogie notamment l'article 82a LAasi. Ainsi, elles sont soumises à l'assurance-maladie obligatoire tant qu'elles n'ont pas quitté la Suisse³⁷⁷. Le fait que certaines personnes à l'aide d'urgence pouvaient ne pas être as-

³⁷³ SANCHEZ-MAZAS, p. 79.

³⁷⁴ EFIONAYI-MÄDER/SCHÖNENBERGER/STEINER, p. 68.

³⁷⁵ Idem, p. 68-69.

³⁷⁶ Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), RS 832.102.

³⁷⁷ Pour les modifications de l'OAMal, voir RO 2011 3535 ainsi que OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Primes d'assurance-maladie pour les bénéficiaires de l'aide d'urgence, communiqué de presse, 6 juillet 2011, <http://www.bag.admin.ch/aktuell/00718/01220/index.html?lang=fr&msg-id=40075> 2011. Sur ce point, voir MATTHEY, p. 405. Voir également l'arrêt du TF 8C_65/2012 du 21 août 2012, dans lequel le TF relève que la prise en charge des primes d'assurance maladie pour les bénéficiaires de

surées, avant la modification de l'OAMal, était d'autant plus délicat que les problèmes de santé sont extrêmement courants chez les personnes exclues de l'aide sociale. Comme l'explique SUBILIA « [l]e durcissement des politiques d'asile a un impact direct sur la santé des requérants d'asile. Les requérants les plus fragiles ne parvenant pas à supporter les pressions exercées pour les détourner de la procédure d'asile ou à quitter le pays, décompensent sur le plan somatique et psychologique »³⁷⁸. BODENMANN, responsable de l'Unité des populations vulnérables à la Policlinique médicale universitaire de Lausanne, relève, en ce qui concerne les personnes à l'aide d'urgence, que « [l]e durcissement de la loi se traduit par une dégradation des conditions environnementales, ce qui a un impact sur la santé mentale des gens. Notre étude montre que 40% des personnes déboutées présentent un état dépressif grave. C'est énorme pour une population plutôt jeune »³⁷⁹. D'une manière générale, on peut constater que le passage à l'aide d'urgence n'est pas sans conséquence pour des personnes déjà fragilisées par leur exil. EFIONAYI-MÄDER/SCHÖNENBERGER/STEINER expliquent que « le stress lié à la constante insécurité se répercute [...] directement sur le bien-être psychique et physique. Ceux qui reçoivent l'aide d'urgence se sentent souvent démunis, voire impuissants, car ils dépendent dans une large mesure de l'aide extérieure qu'on leur accorde ; ils ont peu de perspective d'avenir et se voient en permanence rappelés au fait qu'ils sont indésirables. Plusieurs spécialistes rapportent des cas de détérioration de l'état de santé psychique et physique chez les personnes qui reçoivent l'aide d'urgence depuis une longue période, jusqu'à des réactions psychotiques et à un accroissement des comportements addictifs»³⁸⁰.

4.3.2. Prestations standardisées

[385] Les prestations prévues pour les personnes à l'aide d'urgence sont des prestations standardisées³⁸¹. Il peut exister des différences de prestations pour les personnes seules, les familles, ou les personnes vulnérables, mais les besoins individuels ne sont pas examinés. Bien que l'aide prévue soit généralement la même pour tous à l'intérieur de chaque catégorie, le fait de fournir des prestations identiques à des personnes ayant des besoins diversifiés est problématique. En effet, des enfants, des adultes et des personnes âgées n'ont pas les mêmes besoins. Par exemple, un nourrisson a besoin d'une nourriture spécifique, de couches, d'un landau, etc. Dans ce cas, les rendez-vous chez le médecin sont également plus nombreux. Or, bénéficiaire d'un logement dans un centre d'aide d'urgence qui n'a pas été prévu pour accueillir des enfants en très bas âge, de quelques francs pour acheter à manger et des produits d'hygiène est insuffisant. Dès lors, il faut entreprendre des démarches admi-

l'aide d'urgence ne peut pas être refusée pour des raisons qui sont sans rapport avec la prestation accordée. En l'espèce, la requérante d'asile déboutée refusait de vivre dans les locaux collectifs destinés aux personnes à l'aide d'urgence et avait préféré vivre chez sa sœur.

³⁷⁸ SUBILIA LAURENT, L'impact du durcissement de la politique d'asile sur la santé des requérants, in: Caloz-Tschopp Marie-Claire, Dasen Pierre (dir.), Mondialisation, migration et droits de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté, Bruxelles 2007, p. 321.

³⁷⁹ SCHICK, p. 14.

³⁸⁰ EFIONAYI-MÄDER/SCHÖNENBERGER/STEINER, p. 69.

³⁸¹ « Le corollaire de la définition de ce droit à son niveau le plus bas est qu'il s'agit d'un droit fixe, pratiquement invariant d'une situation à une autre, c'est-à-dire que nous sommes déjà très proches d'une vision de l'aide standardisée, sans considération des différences selon les personnes ou selon les cas. Le minimum vital n'a qu'une dimension. Il ne peut pas être évalué, proportionné ». POVLAKIC, Suppression de l'aide sociale, p. 152.

nistratives, voire juridiques, afin de pouvoir obtenir l'argent nécessaire ne serait-ce que pour payer les billets de transports publics permettant de se rendre chez le pédiatre.

4.3.3. Contrôle des personnes à l'aide d'urgence

[386] Un autre aspect qui pose problème est celui du contrôle auquel sont soumises les personnes qui demandent l'aide d'urgence. Ce contrôle s'exerce de multiples manières. Il existe tout d'abord dans les centres où vivent les personnes à l'aide d'urgence. En effet, des agents de sécurité sont présents afin de contrôler les entrées et les sorties du centre. Il arrive également que les chambres soient contrôlées sans que leurs occupants en soient préalablement avertis. Dans certains cas, il est interdit de décorer sa chambre avec des éléments personnels et toute une série d'objets ou de meubles peuvent également être interdits. Le contrôle se fait également de manière plus indirecte. Pour avoir de la nourriture, des bons ou toute autre prestation, il faut être présent dans les centres à des heures précises. Il peut arriver que les personnes doivent se rendre plusieurs fois par jour à des « rendez-vous » afin de pouvoir bénéficier des prestations qui leur sont dues. Selon POVLAKIC, « [l']ensemble des locaux est investi par l'autorité: les gens habitent avec l'autorité [...]. La soumission aux contrôles et aux horaires devient une question de survie »³⁸².

[387] Pour SANCHEZ-MAZAS, « [c]e procédé constitue en soi une forme de contrôle étroit des personnes, mais il implique aussi toute une série de contraintes, allant de l'attitude de défiance ou des brimades des fonctionnaires jusqu'aux difficultés imposées dans le déplacement des personnes en vue d'un contrôle pourtant rendu obligatoire »³⁸³. La pression psychologique ressentie par les personnes contraintes de recourir à l'aide d'urgence est d'autant plus forte que « dans l'ensemble des contextes, au moment de demander l'aide d'urgence, les personnes risquent toujours d'être mises en détention, à moins d'avoir la certitude qu'un renvoi dans leur pays est – momentanément ou durablement – exclu. Cela place les bénéficiaires devant un dilemme constant entre le besoin d'aide et la volonté d'échapper à une expulsion »³⁸⁴.

4.3.4. Isolement social

[388] En raison des éléments présentés ci-dessus, en particulier la question des prestations octroyées en nature ou de leur caractère minimal, ainsi que du fort contrôle exercé sur les personnes à l'aide d'urgence, celles-ci souffrent d'un important isolement social.

[389] Sans argent, il est impossible de communiquer avec l'extérieur. On ne peut pas téléphoner, accéder à internet, envoyer une lettre, etc. De plus, les personnes ayant subi un déménagement forcé se trouvent éloignées géographiquement de leur réseau social. Mais une fois encore, sans moyen financier, il est impossible de payer les transports pour aller voir sa famille ou ses amis. La restriction de la mobilité contribue fortement à l'isolement social. Cette restriction « implique [...] une mise à l'écart symbolique des personnes et une marginalisation, non seulement sociale mais aussi spatiale (les centres étant la plupart du

³⁸² Idem, p. 99.

³⁸³ SANCHEZ-MAZAS, p. 82.

³⁸⁴ Idem, p. 81.

temps à la périphérie, loin de la ville), et une barrière à leurs besoins de sociabilité »³⁸⁵. De manière plus générale, la privation de moyens financiers rend toute vie sociale impossible: « [i]l n'est humainement pas possible de vivre sans argent. Sans argent, aucun des actes simples de la vie quotidienne ne peut être accompli. Acheter un journal, le lire sur la terrasse d'un café, faire un téléphone, se connecter à Internet, prendre une collation, acheter un timbre, faire une photocopie, faire du sport, offrir un cadeau, recevoir la visite de son enfant (lorsque le couple est séparé), rendre visite à un membre de la famille ou à une connaissance, prendre le train, le bus, cotiser à une association culturelle ou religieuse, n'importe quel acte de la vie quotidienne est bloqué »³⁸⁶.

[390] Le Tribunal fédéral s'est posé la question de savoir si l'aide d'urgence prévue par l'art. 12 Cst., qui doit assurer une existence décente, ne devrait pas, dans des situations particulièrement longues, également « satisfaire, même de façon très restreinte, des besoins sociaux psychiques et immatériels élémentaires de la vie quotidienne, comme par exemple se rendre dans un café, acheter des cigarettes ou un journal, emprunter un moyen de transport public de proximité ou encore établir des contacts par téléphone avec ses proches »³⁸⁷. Tout en donnant la position de différents auteurs, les juges ont en l'occurrence laissé la question ouverte, dès lors que, dans ce cas précis, le recourant avait la possibilité de participer à des programmes d'occupation au sein du centre d'hébergement contre une mince rémunération de 300 francs par mois³⁸⁸. Récemment, la Cour constitutionnelle allemande a jugé que le droit à une vie respectant la dignité humaine impliquait également un droit à un minimum socio-culturel, c'est-à-dire un droit à ne pas être exclu d'une vie sociale, culturelle et politique³⁸⁹.

4.3.5. Durée de l'aide d'urgence

[391] Un autre point problématique est celui de la durée de l'aide d'urgence. Cette appellation ne correspond en effet que peu à la réalité puisque les situations d'urgence, qui devraient être d'une durée limitée dans le temps, peuvent se prolonger durant des années³⁹⁰. Selon le « rapport sur des mesures d'accélération dans le domaine de l'asile » de mars 2011 rédigé par le Département fédéral de justice et police (DFJP), « [a]u cours du premier semestre 2010, quelque 7000 personnes ont bénéficié d'une aide d'urgence. Pour 25% d'entre elles, il s'agit de cas anciens, c'est-à-dire de personnes faisant l'objet d'une décision de renvoi prise avant l'extension de l'arrêt de l'aide sociale (le 1^{er} janvier 2008) »³⁹¹. Or, le montant forfaitaire de 6000 francs par personne versé par la Confédération aux cantons est prévu pour une aide de 135 jours³⁹². La durée prévue à l'aide d'urgence a été et est toujours largement sous-estimée. Malgré la durée parfois extrêmement longue durant laquelle les personnes reçoivent une aide d'urgence, l'incitation au départ ne porte pas toujours ses fruits,

³⁸⁵ SANCHEZ-MAZAS, p. 135.

³⁸⁶ POVLAKIC, *Suppression de l'aide sociale*, p. 89.

³⁸⁷ ATF 135 I 119, consid. 7.3.

³⁸⁸ Pour ce paragraphe, voir MATTHEY, p. 415.

³⁸⁹ BVerGE 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11 du 18 juillet 2012.

³⁹⁰ « Au-delà d'un certain délai cependant, pour les personnes qui sont depuis un, deux, trois voire quatre ou même cinq ans dans l'aide d'urgence, l'expression est déplacée. L'aide d'urgence elle-même n'est pas une aide. Il n'y a ni urgence, ni aide ». POVLAKIC, *Suppression de l'aide sociale*, p. 111.

³⁹¹ DFJP, *Rapport sur des mesures d'accélération 2011*, p. 25.

³⁹² SCHICK, p. 13.

comme le relève le DFJP dans son rapport de mars 2011 : « [I]es cantons constatent qu'un certain nombre de personnes – appelées bénéficiaires de longue durée – ne quittent pas le pays malgré la diminution de l'assistance financière qu'elles perçoivent à la seule aide d'urgence »³⁹³.

[392] En 2010, le DFJP et les cantons, par le biais de la Conférence des directrices et directeurs des départements de justice et police (CCDJP) et la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS), ont mandaté une étude sur la question des personnes qui restent pendant une longue période à l'aide d'urgence³⁹⁴. La situation a été analysée dans sept cantons : Appenzell Rhodes Extérieures, Berne, Fribourg, Grisons, Lucerne, Vaud et Zurich³⁹⁵. Il ressort du rapport condensé que les cantons dans lesquels les personnes touchent l'aide d'urgence pour une longue période sont Vaud, Zurich, Bâle-Campagne, Genève et Zoug³⁹⁶. Selon les auteurs, cela peut s'expliquer par plusieurs facteurs. L'un d'eux est l'exécution des renvois par les cantons. En effet, « un traitement intensif des dossiers, une étroite collaboration avec les autorités de police, des contrôles réguliers du lieu de séjour des requérants déboutés et l'application scrupuleuse des mesures de contrainte » seraient des éléments permettant d'améliorer l'exécution des renvois et donc de réduire la durée durant laquelle l'aide d'urgence est versée³⁹⁷. BOLLIGER et FERAUD ajoutent encore que « [l]e passage notable des requérants déboutés de l'aide sociale à l'aide d'urgence et l'omniprésence de la police contribuent également à réduire la durée du séjour des personnes concernées. L'aide au retour, combinée notamment à une pratique systématique en matière de renvois, incite les intéressés à quitter la Suisse, alors qu'une pratique libérale dans le domaine des cas de rigueur exercerait plutôt l'effet inverse »³⁹⁸. Un autre facteur ayant de l'influence sur la durée de l'aide d'urgence est ce que les auteurs appellent les « facteurs exogènes dans les cantons », puisque « [l]es collectivités à forte démographie présentent, par rapport aux cantons de petite taille, toute une série d'aspects susceptibles d'accroître la durée du séjour des requérants déboutés (centre urbain, marché propice au trafic de drogue, anonymat, réseau de compatriotes). De même, les diverses formes de soutien apporté aux requérants déboutés par les sociétés civiles et les partis politiques influent sur la durée du séjour des intéressés »³⁹⁹.

[393] Par ailleurs, si dans certains cas les personnes peuvent quitter la Suisse mais refusent cette possibilité, dans d'autres cas, le renvoi est impossible. On peut constater que certaines personnes n'obtiennent pas les documents de voyage nécessaires à leur départ de Suisse ou qu'il n'existe pas d'accord de réadmission avec certains pays. On se retrouve donc dans une situation absurde puisque l'aide d'urgence a été prévue comme mesure visant à encourager les personnes à quitter la Suisse et qu'elle s'applique actuellement aussi à des personnes qui n'ont pas la possibilité de quitter le sol helvétique. Pour ces personnes, une décision d'admission provisoire, voire un permis de séjour pour cas de rigueur, au sens de l'art. 14 al. 2 LAsi, devraient dès lors être octroyés. Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral a consi-

³⁹³ DFJP, Rapport sur des mesures d'accélération 2011, p. 26.

³⁹⁴ BOLLIGER/FERAUD.

³⁹⁵ Idem, ii.

³⁹⁶ Idem, iii.

³⁹⁷ Idem, iv.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Ibid.

déré qu'à défaut, la personne intéressée devrait se voir accorder l'autorisation d'exercer une activité lucrative (malgré l'existence de l'art. 43 LAsi)⁴⁰⁰.

4.3.6. Extension du cercle de bénéficiaires de l'aide d'urgence

[394] Alors qu'à l'origine l'aide d'urgence avait été conçue pour les requérants d'asile sous le coup d'une décision de non-entrée en matière (et qui séjournèrent dès lors de manière illégale en Suisse), il y a actuellement des personnes dont le séjour est légal mais qui sont pourtant soumises au régime de l'aide d'urgence. L'exclusion de l'aide sociale de toutes les personnes recevant une décision d'asile négative a en effet eu pour conséquence d'aboutir à des situations illogiques dans la mesure où une partie importante des personnes à l'aide d'urgence bénéficient d'un « droit temporaire » à séjourner en Suisse.

[395] Il s'agit par exemple de personnes qui ont déposé une demande de réexamen, qui a été assortie d'un effet suspensif. Dès lors, le renvoi de Suisse ne peut être exigé tant que la décision définitive n'est pas entrée en force, mais les personnes restent malgré tout à l'aide d'urgence.

[396] En outre, il peut arriver que des réfugiés se retrouvent à l'aide d'urgence, ce qui contredit l'idée initiale qui était de pénaliser les personnes ayant commis des abus. De fait, depuis l'entrée en vigueur des accords de Dublin, c'est (pour simplifier) l'Etat dans lequel est entré le requérant d'asile en premier qui est responsable d'examiner la demande d'asile. On peut donc imaginer le cas d'une personne qui répond aux critères pour obtenir le statut de réfugié qui arriverait en Suisse après être passé par l'Italie. Selon le règlement de Dublin, la demande d'asile de cette personne ne sera pas examinée en Suisse mais en Italie. Les autorités suisses vont donc rendre une décision de non-entrée en matière et la personne sera mise à l'aide d'urgence dans l'attente de son transfert vers l'Italie⁴⁰¹.

4.3.7. Départ dans la clandestinité

[397] Un dernier point mérite d'être signalé ici. Il s'agit du départ dans la clandestinité. Selon un rapport d'Amnesty de février 2011 sur l'aide d'urgence, 60% seulement des personnes qui auraient droit à l'aide d'urgence la demande effectivement, les 40% restant entrent en clandestinité⁴⁰². Et toujours selon Amnesty, les personnes qui perçoivent l'aide d'urgence seraient quatre fois plus nombreuses à finir par choisir d'entrer en clandestinité que de quitter volontairement la Suisse⁴⁰³.

[398] Le nombre très élevé de personnes qui entrent en clandestinité peut notamment s'expliquer de la manière suivante : les personnes pour lesquelles un renvoi est possible ont peur de demander l'aide d'urgence. Pour en bénéficier, il faut effectivement avoir des contacts réguliers avec les autorités, ce qui explique que « [n]ombre de personnes préfèrent s'échapper dans l'invisibilité, donc dans la clandestinité, en raison notamment des risques accrus d'être renvoyées que comporte le recours à l'aide d'urgence et la visibilité de la personne aux yeux des autorités [...] Dès lors, le recours à l'aide d'urgence devient probléma-

⁴⁰⁰ Décision du Tribunal fédéral 2C_459/2011, du 26 avril 2012, destinée à publication.

⁴⁰¹ Dans ce sens, voir POVLAKIC KARINE, Des réfugiés à l'aide d'urgence, Jusletter, 23 mai 2011.

⁴⁰² SCHICK, p. 12.

⁴⁰³ Idem, p. 14.

tique lorsque les personnes proviennent d'un pays qui a des accords de réadmission avec la Suisse ou qui met à disposition des autorités des laissez-passer en vue d'un renvoi, ce qui implique que l'accès à ce système dépend aussi des relations diplomatiques entre pays »⁴⁰⁴.

4.3.8. Différences de mise en œuvre de l'aide d'urgence dans les cantons

[399] Comme nous l'avons vu précédemment, la LAsi prévoit que « [l']aide sociale ou l'aide d'urgence est fournie [...] par le canton [d'attribution] » (art. 80). Il revient donc aux cantons de légiférer et de mettre en œuvre le droit à l'aide d'urgence, tout en respectant les prescriptions de l'art. 12 Cst. et la jurisprudence qui s'y réfère. Chaque canton dispose ainsi d'une marge de manœuvre importante, ce qui a conduit à des différences d'application considérables entre les cantons suisses. Il faut cependant pondérer ces propos en rappelant que malgré les variantes cantonales, dans tous les cas, l'aide fournie est minimale. Cela est dû au fait que la Confédération rembourse aux cantons un montant forfaitaire, qui se monte actuellement à 6000 francs par personne. Ces contraintes économiques ont amené les cantons à procéder à un nivellement par le bas en ce qui concerne les prestations versées aux personnes à l'aide d'urgence. Le défi imposé aux cantons est donc le suivant : assurer de la nourriture, un logement, des vêtements, une assistance médicale minimale ou, autrement dit, la survie physique des personnes exclues de l'aide sociale, tout en dépensant le moins d'argent possible.

[400] Plusieurs rapports ont été publiés depuis 2005 pour évaluer l'impact du passage de l'aide sociale à l'aide d'urgence dans les différents cantons et cerner les disparités pouvant exister⁴⁰⁵.

[401] Quelques éléments qui proviennent de ces études méritent d'être brièvement mentionnés ici. En 2005 par exemple, une année après l'introduction de l'aide d'urgence, des personnes frappées d'une décision de non-entrée en matière ignoraient qu'elles avaient droit à cette aide, parce que certains cantons ne communiquaient pas à ce sujet. En outre, certains cantons allaient même jusqu'à refuser d'octroyer l'aide d'urgence⁴⁰⁶.

[402] En décembre 2008, soit après l'extension de l'exclusion de l'aide sociale à tous les requérants déboutés, un rapport complet sur l'aide d'urgence telle qu'elle est mise en œuvre dans chaque canton suisse est rédigé⁴⁰⁷. Il en ressort notamment que l'aide d'urgence est très différente d'un canton à l'autre et que cela a un impact direct sur les personnes concernées, selon qu'elles sont attribuées à un canton ou à un autre. En revanche, ce qui représente une constante dans tous les cantons est que « l'exclusion de l'aide sociale est ordonnée de manière souvent trop schématique. Les cantons n'utilisent pas assez la marge de manœuvre dont ils disposent et tiennent trop peu compte des situations individuelles »⁴⁰⁸.

[403] Dans leur contribution de 2010 sur l'aide d'urgence⁴⁰⁹, BELSER et WALDMANN consacrent une partie aux spécificités cantonales. Différents points peuvent être mentionnés : en

⁴⁰⁴ SANCHEZ-MAZAS, p. 248.

⁴⁰⁵ Pour ces diverses études, voir notamment BUCHMANN/KOHLER ; TRUMMER ; BOLLIGER/FERAUD ; BELSER/WALDMANN ; SUTTER.

⁴⁰⁶ BUCHMANN/KOHLER.

⁴⁰⁷ TRUMMER.

⁴⁰⁸ Idem, p. 1.

⁴⁰⁹ BELSER/WALDMANN, p. 31-61.

ce qui concerne l'*hébergement*, la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) recommande aux cantons que le logement soit simple, pratique et à un bas prix. La majorité des cantons tendent à mettre à disposition des hébergements collectifs. D'autres recourent à des centres d'urgence qui peuvent être fermés durant la journée. Lorsque les prestations sont fournies en nature, l'*alimentation* comprend en règle générale deux repas par jour : un petit déjeuner et un repas chaud. La distribution de *vêtements* est généralement conditionnée à l'existence d'un besoin urgent et limitée à des habits de seconde main. Les *soins de santé* primaires sont souvent limités par les cantons aux soins médicaux d'urgence et éventuellement à un traitement dentaire d'urgence, en tout cas pour les personnes dont la décision de renvoi est entrée en force. Des prestations pour pouvoir participer à la *vie sociale* ne font en principe pas partie du « catalogue » de prestations de l'aide d'urgence ou ne sont mentionnées qu'indirectement. La CDAS recommande toutefois aux cantons de prendre en compte les besoins élémentaires pour la participation sociale des personnes qui séjournent depuis longtemps en Suisse. Certains cantons, comme Genève, prévoient expressément des prestations complémentaires.

[404] Enfin, le rapport « Sutter » de 2011 constate que de grandes disparités cantonales perdurent sur plusieurs questions.

[405] La première problématique est celle de la *santé*. Dans plusieurs cantons, des personnes malades physiquement ou psychologiquement continuent de percevoir uniquement l'aide d'urgence. De plus, il est courant que ce soit le personnel des centres d'aide d'urgence qui décide s'il est nécessaire de faire intervenir un médecin, alors même que le personnel en question n'a pas de qualifications médicales. Il convient tout de même de signaler les cas des cantons de Fribourg et de Vaud qui prévoient la visite régulière d'infirmiers dans les centres⁴¹⁰. En ce qui concerne l'affiliation à l'assurance-maladie, SUTTER relève que « [t]ous les bénéficiaires de l'aide d'urgence sont affiliés à une assurance-maladie dans les cantons d'Argovie, de Fribourg, de Lucerne et de Vaud. En revanche, dans les cantons de Berne, des Grisons et de Zurich, une assurance-maladie (individuelle) n'est conclue que pour une partie des personnes concernées »⁴¹¹. Il faut cependant souligner, comme on l'a vu plus haut, que le Conseil fédéral s'est depuis lors penché sur cette problématique et a décidé que les personnes à l'aide d'urgence devaient obligatoirement être intégrées dans l'assurance-maladie obligatoire.

[406] Les *enfants* qui sont soumis à l'aide d'urgence constituent également une problématique abordée par SUTTER. L'auteur regrette que des familles avec enfants doivent parfois vivre dans des centres d'aide d'urgence, ce d'autant plus que « les familles restent comparativement plus longtemps à l'aide d'urgence et qu'elles ne peuvent pas vraiment disparaître dans la clandestinité »⁴¹². Il déplore également cette situation dans la mesure où l'hébergement dans des centres d'aide d'urgence n'est pas compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant. En ce qui concerne la scolarisation des enfants, il semble que celle-ci soit possible dans tous les cantons même si des problèmes pratiques persistent (comme la prise en charge des frais pour les transports)⁴¹³.

⁴¹⁰ SUTTER, p. 8.

⁴¹¹ Idem, p. 7-8.

⁴¹² Idem, p. 10.

⁴¹³ Idem, p. 12-13.

[407] En ce qui concerne le *droit au respect de la vie privée et familiale*, SUTTER signale deux arrêts de la Cour EDH du 29 juillet 2010, dans lequel la Suisse a été condamnée⁴¹⁴. Il s'agit du cas de deux Ethiopiens qui ont été attribués au canton de Vaud alors que leurs femmes ont été respectivement attribuées aux cantons de St-Gall et de Berne. Cette séparation était d'autant plus difficile que l'un des couples a eu un enfant⁴¹⁵.

[408] SUTTER se penche également sur l'*étendue* et le *contenu* de l'aide d'urgence. L'auteur signale que dans les cantons des Grisons, de Berne, de Genève et de Vaud, des personnes se sont vu refuser l'aide d'urgence⁴¹⁶. Dans le canton des Grisons également, en 2009, des personnes ont été provisoirement exclues de l'aide d'urgence⁴¹⁷.

[409] En ce qui concerne l'*hébergement*, l'auteur relève plusieurs situations problématiques telles que le cas du canton de Zurich où un « modèle de sept jours » a été mis en place : les personnes sont obligées de changer chaque semaine de lieu d'hébergement⁴¹⁸.

[410] Le versement de l'aide d'urgence donne lieu à un *contrôle* excessif dans plusieurs cantons. C'est le cas dans le canton de Lucerne où, pour recevoir l'aide d'urgence, certaines personnes doivent se rendre quotidiennement à l'Office de la migration. Dans les cantons des Grisons et de Berne, la présence est obligatoire dans les centres d'hébergement et fait l'objet de contrôles⁴¹⁹.

[411] Ce rapport s'intéresse aussi au cas des *personnes* qui sont *mises à l'aide d'urgence* alors que leur renvoi est impossible, ou encore lorsqu'une procédure est en cours et que le séjour est donc légal. Ces pratiques sont courantes dans tous les cantons suisses.

[412] Les cantons ont la possibilité de déposer des demandes pour les *cas de rigueur* (séjour en Suisse de plus de cinq ans et intégration poussée). Certains cantons, comme le canton des Grisons, n'utilisent jamais cette possibilité. Or, comme le relève SUTTER « [c]eci entraîne de fortes disparités entre les cantons, voire même une pratique arbitraire, qui viole le principe de l'égalité de traitement »⁴²⁰.

[413] Dans certains cantons, le *soutien de la société civile* est très important. Ce soutien est parfois critiqué par les autorités puisque, selon elles, une aide extérieure améliore les conditions de vie des personnes à l'aide d'urgence, alors que celle-ci est précisément conçue pour décourager la présence en Suisse. D'un autre côté, cette situation permet aux autorités de se reposer sur le soutien de la société civile et de se décharger de tâches qui leur incomberaient⁴²¹.

[414] En guise de constat, SUTTER relève deux tendances contradictoires qui semblent se dessiner. Ainsi, dans la plupart des cantons, comme à Berne ou dans les Grisons, un durcissement du régime de l'aide d'urgence se fait sentir. Des mesures telles que les contrôles de

⁴¹⁴ CEDH, *Mengesha Kimfe v. Suisse*, 24404/05 (2010) et *Agraw v. Suisse*, 3295/06 (2010). Il convient en outre d'ajouter que les quatre requérants concernés par ces deux affaires ont tous été déboutés de l'asile, mais que les faits ne disent pas avec précision s'ils étaient au bénéfice d'une aide sociale ou de l'aide d'urgence.

⁴¹⁵ Idem, p. 13.

⁴¹⁶ Idem, p. 14.

⁴¹⁷ Ibid.

⁴¹⁸ Ibid.

⁴¹⁹ Idem, p. 15.

⁴²⁰ Idem, p. 18.

⁴²¹ Idem, p. 20.

présence dans les centres d'hébergement ou les changements réguliers de lieux d'hébergement ont pour but de dissuader les personnes de demander l'aide à laquelle elles ont droit et d'accélérer le départ de Suisse⁴²². Dans d'autres cantons, comme à Zurich, les autorités ont renoncé à effectuer des contrôles et voient d'un œil favorable la prise en charge des personnes ayant droit à l'aide d'urgence par des tiers de la société civile. SUTTER écrit à ce propos que « [l]es autorités semblent avoir reconnu qu'un durcissement du régime de l'aide d'urgence ne permet pas vraiment d'augmenter le nombre de "départs volontaires" »⁴²³.

[415] SUTTER conclut, à propos des différences cantonales qui existent dans l'application de l'aide d'urgence, que « [p]orter une appréciation sur les cantons en relevant uniquement la rapidité avec laquelle ils se séparent de leurs requérant-e-s débouté-e-s, sans tenir compte de la grandeur du canton, du nombre de personnes concernées, de leur situation familiale, de l'âge et du pays d'origine, qui jouent un rôle important sur la durée du séjour, n'a que peu de sens. Un canton urbain ne peut pas être comparé à un (petit) canton campagnard. Même le forfait unique pour l'aide d'urgence, versé aux cantons, n'est pas adapté aux cas individuels. La Confédération ne fait que reporter le problème sur les cantons avec pour conséquence l'amorce d'une spirale descendante, au détriment des personnes concernées et qui leur enlève toute dignité »⁴²⁴.

4.4. Impact des différentes recommandations internationales dans le cadre du système de l'aide d'urgence

[416] Après avoir analysé le système de l'aide d'urgence ainsi que les problématiques qui y sont liées, il convient de revenir aux recommandations émises par les différents comités de l'Organisation des Nations Unies à l'égard de la Suisse.

[417] Il faut avant tout préciser que toutes ces recommandations sont postérieures à l'extension de l'exclusion de l'aide sociale à toutes les personnes déboutées de l'asile. Le premier Comité à avoir réagi est le CERD qui, en 2008, relève que l'exclusion de l'aide sociale des requérants d'asile déboutés représente une discrimination. Puis, en 2009, le CCPR affirme qu'il est nécessaire de garantir un niveau de vie suffisant ainsi que des soins de santé aux requérants d'asile déboutés. Enfin, en 2010, le CESCR recommande que l'aide d'urgence soit remplacée par une aide sociale accessible à tous.

[418] On peut constater que ces recommandations n'ont eu que peu, voire pas d'influence sur les autorités helvétiques. En effet, l'analyse historique présentée ici a permis de constater que, d'une manière générale, depuis les années 1980, les prestations dont peuvent bénéficier les personnes dépendantes du droit d'asile se réduisent fortement. Bien que, depuis le 1^{er} janvier 2008, le régime de l'aide d'urgence n'ait pas été étendu ou durci à nouveau, la situation ne s'est cependant pas non plus améliorée. Il convient en outre d'ajouter qu'au mois de mai 2012, la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) a mandaté le DFJP, qui a, par le biais de l'ODM, examiné l'éventualité d'une suppression de l'aide sociale à tous les requérants d'asile et l'opportunité de réviser l'article 82 al. 1 LAsi⁴²⁵.

⁴²² Idem, p. 22.

⁴²³ Ibid.

⁴²⁴ Idem, p. 24-25.

⁴²⁵ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, Exclusion de l'aide sociale pour les personnes en procédure d'asile, note du 23 mai 2012.

Au mois d'août 2012, la Commission des institutions du Conseil des Etats (CIP-E) a toutefois refusé d'entériner la proposition du Conseil national de supprimer l'aide sociale à tous les requérants d'asile⁴²⁶. La position de la CIP-E a été suivie par le Conseil des Etats en date du 12 septembre 2012⁴²⁷.

[419] Plus concrètement, il convient de constater que même si le régime de l'aide d'urgence ne satisfait pas pleinement au droit à la sécurité sociale garanti par l'art. 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le standard minimum prévu par cet instrument est respecté en Suisse. Cela étant, le Pacte ONU I impose également aux Etats parties de prendre certaines mesures positives, ou du moins, de ne pas prendre de mesures régressives, lesquelles seraient de nature à s'éloigner du but visé par le Pacte⁴²⁸. En ce sens, la suppression totale de l'aide d'urgence octroyée aux requérants d'asile serait contraire au niveau minimal exigé par le Pacte ONU I. Le régime de l'aide d'urgence devrait donc tenir compte des différentes situations de requérants d'asile, qu'il s'agisse de personnes considérées comme vulnérables, mais aussi en fonction du temps passé à l'aide d'urgence ou du contexte culturel, pour leur permettre ainsi de mener une vie conforme à la dignité humaine⁴²⁹. L'Observation générale No 19 précise en ce sens, que la sécurité sociale a pour but d'atténuer la pauvreté, d'éviter l'exclusion sociale et de s'occuper plus particulièrement des plus défavorisés, objectif qui ne semble être complètement atteint par le régime de l'aide d'urgence, notamment en raison de l'absence de différenciation selon les situations personnelles et de la durée de certaines procédures qui rend le régime de l'aide d'urgence inapproprié⁴³⁰. De fait, il semble difficile de mener une existence digne en ne recevant qu'une aide en nature comprenant uniquement un endroit où dormir, de la nourriture, des vêtements et autres produits d'hygiène, le tout dans sa version la plus basique. A cet égard, il convient de rappeler que, selon l'Observation générale No 4, le fait d'avoir « un toit sur la tête » n'est pas suffisant. Le droit au logement devrait garantir à chacun un logement adéquat, c'est-à-dire un endroit où il est possible de vivre en sécurité, en paix et dans la dignité. La situation de certains individus à l'aide d'urgence, dont des personnes vulnérables (enfants, malades, etc.), contraintes de séjourner dans des centres d'hébergement ou des abris de protection civile (ceux-ci étant parfois fermés durant la journée) qui ne sont pas adaptés pour y vivre au quotidien durant une période qui peut se révéler longue, est tout à fait délicate. En outre, les contrôles imprévisibles des agents de sécurité empêchent de vivre en sécurité et en paix.

[420] Le régime de l'aide d'urgence ne semble pas assurer complètement les garanties prévues aux art. 17, 23 para. 1 et 24 para. 1 du Pacte ONU II. Ces dispositions garantissent la protection de la vie privée et familiale ainsi que la protection des enfants. La vie privée et familiale dans les centres d'hébergement s'avère délicate si ce n'est impossible, en raison notamment de l'exiguïté qui y règne et des contrôles assez systématiques et souvent inva-

⁴²⁶ La CIP-E a fait part de sa position le 27 août 2012 dans le cadre d'une brève communication orale dont un résumé peut être lu sur la page internet de l'OSAR. <http://www.fluechtlingshilfe.ch/actualite/communiqués-de-presse/un-non-sans-courage-aux-durcissements-dans-le-domaine-de-l-asile>.

⁴²⁷ Cela n'a toutefois pas empêché le Parlement d'allonger la liste des hypothèses dans lesquelles les prestations d'aide sociale (y compris celles octroyées aux requérants d'asile) peuvent être refusées, réduites ou supprimées. Voir l'article 83 (modification de l'al. 1 et introduction d'un al. 1bis). FF 2012 8943, 8950.

⁴²⁸ KÄLIN/ACHERMANN/KÜNZLI, p. 5.

⁴²⁹ Idem, p. 5.

⁴³⁰ Idem, p. 5-6.

sifs qui y sont régulièrement imposés. Il convient à ce titre de rappeler que, selon l'Observation générale No 16, la vie privée et familiale doit être protégée contre des atteintes illégales mais aussi arbitraires de la part des autorités.

[421] Enfin, le régime de l'aide d'urgence ne semble pas être conforme à l'art. 5 de l'ICERD. L'exclusion de l'aide sociale constitue une discrimination notamment en ce qui concerne les droits garantis par le Pacte ONU I. Comme nous avons pu le constater ci-dessus, les droits au logement, à la santé, à un niveau de vie suffisant notamment ne sont pas assurés de manière satisfaisante pour les personnes contraintes de vivre sous le régime de l'aide d'urgence.

5. Conclusions

[422] Tout d'abord, il convient de constater que le régime actuel de l'aide d'urgence ne viole pas de manière absolue les exigences du droit international contraignant, soit les instruments internationaux que la Suisse a ratifiés et donc intégrés dans son appareil juridique. Cela étant, la situation semble être insatisfaisante ou à tout le moins perfectible, le système actuel ne garantissant que les standards minimaux des différents instruments internationaux.

[423] En ce qui concerne plus particulièrement les recommandations des trois Comités de l'ONU à l'intention de la Suisse (*soft law*), il convient de constater que la Suisse ne semble pas en tenir compte dans sa pratique actuelle de l'aide d'urgence. Les effets de ces recommandations sont donc limités, voire inexistantes.

[424] On constate donc que cette politique d'exclusion de l'aide sociale – et du seul maintien d'une « aide d'urgence » minimale – pour les requérants d'asile déboutés et les NEMs va à l'encontre des garanties du droit international en matière de droits humains et des observations et recommandations des organes des traités qui s'y réfèrent. Cette tendance est voulue et elle a pour objectif explicite de poursuivre un effet d'incitation, pour les personnes concernées, à quitter la Suisse, en ne leur offrant pas un régime de prestations sociales qui, au contraire, pourrait les inciter à demeurer dans le pays.

[425] Si on peut comprendre cet objectif d'incitation au départ, qui est inhérent au système même de la réglementation du droit d'asile, il est en revanche (plus) difficile de justifier les réductions des garanties sociales lorsque, en dépit de ces réductions, le but de favoriser le départ n'est pas atteint et ne peut l'être, c'est-à-dire lorsque le séjour en Suisse dure au-delà d'un certain laps de temps, voire, comme c'est parfois le cas en pratique, des mois et des années. Lorsque tel est le cas, et particulièrement dans les cas où l'impossibilité de concrétiser le renvoi n'est pas due à la faute des personnes intéressées, on ne saurait justifier le maintien d'un régime qui se situe sciemment et volontairement clairement en deçà de ce que préconisent les recommandations internationales en question.

[426] On retrouve ici le problème déjà évoqué, dans le chapitre relatif aux garanties de procédures et aux délais en matière de procédure d'asile, d'une entorse aux – ou d'une réduction des – standards internationaux en matière de droits humains qui, si elle peut paraître logique dans la but d'accélérer les procédures et, en cas d'issue négative de celles-ci, le départ, ne saurait se justifier à long terme.

Auteures :

Marie Maillefer, MA iur. et Fanny Matthey, Dr iur., Domaine Migration, Centre suisse de compétence pour les droits humains, Université de Neuchâtel.

La version originale en français de ce chapitre fait foi

CONCLUSION GÉNÉRALE

[427] Le tome de l'étude *Mise en oeuvre des droits humains en Suisse* concernant le domaine de la migration parvient, dans les domaines analysés, aux conclusions suivantes:

[428] Au cours des dernières années, la plupart des recommandations s'adressant à la Suisse se sont penchées sur le complexe thématique *racisme/discrimination raciale*. Le décalage le plus flagrant entre les standards internationaux et la Suisse devrait certainement ressortir du manque de dispositions concrètes sur l'interdiction de la discrimination raciale dans le domaine privé. L'appréciation des organes de surveillance internationaux, selon laquelle il existe une nécessité d'agir à différents niveaux dans le domaine racisme/discrimination raciale, est partagée par les acteurs non-étatiques en Suisse. En revanche, le Conseil fédéral et le Parlement sont d'avis que le problème peut être résolu par une amélioration de la mise en œuvre du droit et de l'information.

[429] Ces derniers mois en Suisse, *l'interdiction de se marier pour les personnes sans droit de séjour* a été discutée de manière controversée. Au niveau international, l'interdiction n'est pas restée sans suite, si bien que le CCPR et le Comité DESC ont demandé à la Suisse de donner la possibilité à toutes les personnes de se marier. L'analyse dans le chapitre y relatif montre que la jurisprudence du Tribunal fédéral, d'ailleurs porteuse d'avenir, a désamorcé quelques aspects du conflit existant avec le droit international public, mais a cependant attiré l'attention sur le fait qu'une série de questions importantes concernant l'interdiction de se marier pour les personnes sans droit de séjour n'avait pas été éclaircie définitivement. Par conséquent, en ce qui concerne la question de la réglementation du mariage pour les personnes sans droit de séjour, il existe toujours une nécessité d'agir.

[430] La réglementation concernant le droit de séjour pour les migrantes victimes de violence conjugale, après la dissolution du mariage a été critiquée à plusieurs reprises par les Comités de l'ONU au cours des dernières années. Les organes de surveillance internationaux ont critiqué tant la législation que sa mise en œuvre. Au cours des dernières années, non seulement la situation légale (nouvel article 50 LETr), mais également la pratique d'octroi des autorisations, qui est basée sur des ordonnances, des directives, etc., ont été sensiblement adaptées. La question de savoir si le nouvel article de loi exigé par les organes conventionnels internationaux et la nouvelle pratique d'octroi des autorisations mèneront à une mise en œuvre plus uniforme de la réglementation sur le séjour, selon l'article 50 LETr, trouvera sa réponse à l'avenir.

[431] L'adaptation de la législation suisse à la Directive européenne sur le retour a permis de mettre en œuvre une des recommandations les plus concrètes dans le domaine de la détention administrative des étrangers. Étant donné que l'on ne dispose que de peu d'informations concernant la détention administrative des étrangers par les autorités cantonales compétentes en matière de migration, une nécessité d'agir s'impose en matière d'amélioration de la transparence.

[432] La nécessité d'agir incombe, tant de l'avis des organes de surveillance que de celui des auteurs du présent tome, aux personnes actives dans le domaine de l'asile. La critique porte en majeure partie sur le système de l'aide d'urgence pour les personnes ayant reçu une décision de non-entrée en matière et les requérants d'asile dont la demande a été rejetée. Les recommandations font ressortir le fait qu'il sera difficile pour la Suisse, dans la situation

légale actuelle, de garantir l'ensemble des droits DESC aux bénéficiaires de l'aide d'urgence. La Suisse a également été critiquée pour les efforts entrepris en vue de l'accélération de la procédure d'asile sans renforcement parallèle des garanties de procédure pour les personnes concernées. Par conséquent, l'étude met en évidence la nécessité d'agir en matière de renforcement des garanties de procédure.

[433] On peut s'attendre à ce qu'à l'avenir également, des questions concernant notamment les thèmes du racisme/de la discrimination raciale, ainsi que concernant les personnes dans le domaine de l'asile (ici avec une attention particulière portée à l'aide d'urgence), seront au centre des préoccupations des organes de surveillance.

BIBLIOGRAPHIE

- ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTINA, Einfluss der völkerrechtlichen Praxis auf das schweizerische Migrationsrecht, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (éd.), *Ausländerrecht – eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, Bâle 2009, p. 189 ss.
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Nothilfe : Ein Recht mit unbestimmtem Inhalt ?, in : Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (éd.), *Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit*, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Berne 2010, p. 31-61.
- BINDER OSER ANDREA, Art. 68, in: Caroni Martina/Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (éd.), *Hand-kommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Berne 2010, p. 692 ss.
- BOLLIGER CHRISTIAN/FERAUD MARIUS, *La problématique des requérants d'asile déboutés qui perçoivent l'aide d'urgence sur une longue durée (condensé du rapport final)*, Buro Vatter, Berne 2010,
http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/sozialhilfe/berlangzeitbezug-nothilfe-f.pdf.
- BUCHMANN KATHRIN/KOHLER SILVANA, *Durcissement du 1^{er} avril 2004 dans les domaines de l'asile et des étrangers, bilan après un an*, OSAR, Berne 2005,
<http://www.stoprenvoi.ch/archives/pdf/09-08-05-osar.pdf>.
- DUBACHER CLAUDIA/REUSSER LENA, *Häusliche Gewalt und Migrantinnen*, Schweizerische Beobachtungs-stelle für Asyl- und Ausländerrecht (éd.), Berne 2011.
- EFIONAYI-MÄDER DENISE/SCHÖNENBERGER SILVIA/STEINER ILKA, *Visage des sans-papiers en Suisse évolution 2000-2010*, Commission fédérale pour les questions de migration, Berne 2010 http://www.nothilfe-kampagne.ch/jmuffin/upload/KEFsanspap_f.pdf.
- GÖKSU TARKAN, Art. 75 - Art. 77, in : Caroni Martina/Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (éd.), *Hand-kommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Berne 2010, p. 731 ss.
- HATHAWAY JAMES C., *Les recommandations de Michigan sur l'alternative de protection interne*, in : International Association of Refugee Law Judges, *The changing nature of persecution*, 4th conference, octobre 2000, Berne 2001, p. 193-200.
- HUGI YAR THOMAS, *Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht*, in : Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (éd.), *Ausländerrecht – eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, Bâle 2009, p. 521 ss.
- KÄLIN WALTER, *Grundriss des Asylverfahrens*, Bâle 1990.
- KÄLIN WALTER, *Non-State Agents of Persecution and the Inability of State to Protect*, in: International Association of Refugee Law Judges, *The changing nature of persecution*, 4th conference, octobre 2000, Berne 2001, p. 43-59.

- KÄLIN WALTER/ACHERMANN ALBERTO/KÜNZLI JÖRG, Vereinbarkeit von Nothilfe für Asylsuchende mit Völker- und Verfassungsrecht ?, Gutachten zur nationalrätlichen Fassung von Art. 82 Abs. 1 Asylgesetz, Berne 2012.
- KUHN MATHIAS, Verkürzung der Beschwerdefrist im Asylverfahren, ASYL 4/10, p. 3-8.
- MAILLARD ALAIN/TAFELMACHER CHRISTOPHE, « Faux réfugiés » ? La politique suisse de dissuasion d'asile 1979-1999, Lausanne 1999.
- MATTHEY FANNY, Procédures d'asile et pluralité de statuts. Du « nomad's land » au « no man's land juridique »: parcours de la personne dont la demande d'asile est refusée, en droit suisse et en droit européen, Bâle 2012.
- MEIER PHILIPPE/CARANDO LAURA, Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse?, Jusletter, 14 février 2011.
- MEYER TOBIAS D., Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts, in: Achermann Alberto/Caroni Martina/Epiney Astrid/Kälin Walter/Nguyen Minh Son/Uebersax Peter(éd.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, Berne 2010, p. 208-242.
- MÜLLER JÖRG-PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4^{ème} éd., Berne 2008.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261*bis* StGB und Art. 171*c* MStG, 2^{ème} éd., Zurich 2007.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/FIOLKA GERHARD, Rassendiskriminierung i.S.v. Art. 261*bis* StGB. Eine Übersicht, Eidgenössische Kommission gegen Rassismus, Berne 2004.
- POVLAKIC KARINE, Suppression de l'aide sociale: un instrument de contrainte, Lausanne 2011.
- SANCHEZ-MAZAS MARGARITA, La construction de l'invisibilité: suppression de l'aide sociale dans le domaine de l'asile, Genève 2011.
- SCHÖNENBERGER SILVIA/WICHMANN NICOLE, Wegweiser zum Schutz vor Diskriminierung in der Zentral-schweiz, Neuchâtel 2011.
- SCHICK MANON, Aide d'urgence: une voie sans issue, in: Amnesty, février 2011, p. 14, http://www.nothilfe-kampagne.ch/jmuffin/upload/dossier_aide_urgence_FRcoup%C3%A9.pdf.
- SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE (éd.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, Berne e.a. 2009.
- SPESCHA MARC/KERLAND ANTONIA/BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, Zurich 2010.
- SUTTER MICHAEL, Aide d'urgence pour les requérant-e-s d'asile débouté-e-s. Pratique de l'aide d'urgence dans quelques cantons – mise à jour du rapport sur l'aide d'urgence 2008, OSAR, Berne 2011, <http://www.fluechtlingshilfe.ch/droit-d-asile/aide-urgence>.

-
- TRUMMER MURIEL, L'aide d'urgence pour les requérants d'asile déboutés. Commentaire sur l'extension de l'exclusion de l'aide sociale, OSAR, Berne 2008, <http://www.fluechtlingshilfe.ch/droit-d-asile/aide-durgence>.
- UEBERSAX PETER/RUDIN BEAT/HUGI YAR THOMAS/GEISER THOMAS, Ausländerrecht : Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz, Bâle 2009.
- VOLKER TÜRK, Non-State Agents of Persecution, in : Chetail Vincent/Gowlland-Debbas Vera (éd.), Switzerland and the International Protection of Refugees, La Haye e.a. 2002, p. 95-109.
- WEBER ANNE, Handbuch zur Frage der Hassrede, Strasbourg 2009.
- WILSHER DANIEL, Immigration Detention – Law, History, Politics, Cambridge 2012.
- WICHMANN NICOLE/HERMANN MICHAEL/D'AMATO GIANNI/EFIONAYI-MÄDER DENISE/FIBBI ROSITA/MENET JOAN-NA/RUEDIN DIDIER, Gestaltungsräume im Föderalismus : Die Migrationspolitik in den Kantonen, Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen, Berne 2011.
- ZÜND ANDREAS/ARQUINT HILL LADINA, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas, Ausländerrecht – eine umfassende Darstellung der Rechtstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz von A(syl) bis Z(ivilrecht), Bâle 2009, p. 311 ss.

ANNEXE: LISTE DES DOCUMENTS UTILISÉS

Conseil des droits de l'homme, HRC

Application de la résolution 60/251 de l'Assemblée générale du 15 mars 2006 intitulée « Conseil des droits de l'homme », Rapport soumis par le rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, Doudou Diène, Mission en Suisse, A/HRC/4/19/Add.2, 30 janvier 2007, cit. : **Rapporteur spécial, racisme 2007.**

Examen Périodique Universel, Rapport du groupe de travail sur l'Examen Périodique Universel, Suisse, A/HRC/8/41, 28 mai 2008, cit. : **UPR Suisse 2008.**

Examen Périodique Universel, Rapport du groupe de travail sur l'Examen Périodique Universel, Suisse, A/HRC/22/11, 7 décembre 2012, cit. : **UPR Suisse 2012.**

Comité des droits de l'homme, CCPR

Observation générale n° 10, Liberté d'opinion (art. 19), 29 juin 1983, cit. : **CCPR, Observation générale n° 10 (1983).**

Observation générale n° 11, Interdiction de la propagande en faveur de la guerre et tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse (art. 20), 29 juillet 1983, cit. : **CCPR, Observation générale n° 11 (1983).**

Observation générale n° 15, Situation des étrangers au regard du Pacte, 11 avril 1986, cit. : **CCPR, Observation générale n° 15 (1986).**

Observation générale n° 16, Droit au respect de la vie privée (art. 17), 8 avril 1988, cit. : **CCPR, Observation générale n° 16 (1988).**

Observation générale n° 18, Non-discrimination, 10 novembre 1989, cit. : **CCPR, Observation générale n° 18 (1989).**

Observation générale n° 20, remplace l'Observation générale n° 7 concernant l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7), 10 mars 1992, cit. : **CCPR, Observation générale n° 20 (1992).**

Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte, Observations finales du Comité des droits de l'homme, Suisse, CCPR/C/79/Add.70, 8 novembre 1996, cit. : **CCPR, Observations finales Suisse 1996.**

Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte, Observations finales du Comité des droits de l'homme, Suisse, CCPR/CO/73/CH, 12 novembre 2001, cit. : **CCPR, Observations finales Suisse 2001.**

Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, cit. : **CCPR, Observation générale n° 31 (2004)**.

Examen des rapports soumis par les États parties conformément à l'art. 40 du Pacte, Observations finales du Comité des droits de l'homme, Suisse, CCPR/C/CHE/CO/3, 3 novembre 2009, cit. : **CCPR, Observations finales Suisse 2009**.

Observation générale n° 34, Liberté d'opinion et liberté d'expression, CCPR/C/GC/34, 12 septembre 2011, cit. : **CCPR, Observation générale n° 34 (2011)**.

Examen des rapports soumis par les États parties au titre de l'article 40 du Pacte. Suisse. Renseignements communiqués par la Suisse sur la suite donnée aux observations finales du Comité des droits de l'homme (CCPR/C/CHE/CO/3), 24 février 2011, CCPR/C/CHE/CO/3/Add.1, cit. : **CCPR, Renseignements communiqués par la Suisse 2011**.

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, CERD

Recommandation générale n° 15, Violences organisées fondées sur l'origine ethnique (art. 4), 23 mars 1993, cit. : **CERD, Recommandation générale n° 15 (1993)**.

Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'art. 9 de la Convention, Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Suisse, CERD/C/304/Add.44, 30 mars 1998, cit. : **CERD, Observations finales Suisse 1998**.

Recommandation générale n° 30, Recommandation générale concernant la discrimination contre les non-ressortissants, 1^{er} octobre 2004, cit. : **CERD, Recommandation générale n° 30 (2004)**.

Rapport alternatif des ONG concernant les quatrième, cinquième et sixième rapports périodiques de la Suisse adressés au Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), juin 2008, cit. : **Rapport ONG, CERD 2008**.

Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'art. 9 de la Convention, Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Suisse, CERD/C/CHE/CO/6, 21 août 2008, cit. : **CERD, Observations finales Suisse 2008**.

Recommandation générale n° 32, Signification et portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, CERD/C/GC/32, 24 septembre 2009, cit. : **CERD, Recommandation générale n° 32 (2009)**.

Recommandation générale n° 34, Discrimination raciale à l'égard des personnes d'ascendance africaine, CERD/C/GC/34, 3 octobre 2011, cit. : **CERD, Recommandation générale n° 34 (2011)**.

Comité contre la torture, CAT

Compte rendu analytique de la 435^{ème} séance: Slovénie, CAT/C/SR.435, 25 mai 2000, cit. : **CAT, Compte rendu analytique Slovénie (2000)**.

Observation générale n° 2, Application de l'article 2 par les États parties, CAT/C/CG/2, 24 janvier 2008, cit. : **CAT, Observation générale n° 2 (2008)**.

Compte rendu analytique (partiel)* de la 936^{ème} séance: CAT/C/SR.936, 12 mai 2010, cit. : **CAT, Compte rendu analytique Suisse (2010)**.

Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Observations finales du Comité contre la torture CAT/C/CHE/CO/6, 25 mai 2010, cit. : **CAT, Observations finales de la Suisse 2010**.

Réponses de la Suisse aux observations finales du Comité contre la torture (CAT/C/CHE/CO/6), CAT/C/CHE/CO/6/Add.1, ch. 8, 2 septembre 2011, cit. : **CAT, Réponses Suisse (2011)**.

Comité pour les droits DESC, CESCR

Observation générale n°4 sur le droit à un logement suffisant (art. 11, par. 1 du Pacte), contenu dans le document E/1992/23, 13 décembre 1991, cit. : **Comité DESC, Observation générale n°4 (1991)**.

Observation générale n°16 sur le droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels (art. 3), E/C.12/2005/4, 11 août 2005, cit. : **Comité DESC, Observation générale n°16 (2005)**.

Observation générale n°19 sur le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte), E/C.12/GC/19, 4 février 2008, cit. : **Comité DESC, Observation générale n°19 (2008)**.

Observation générale n°20 sur la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/GC/20, 2 juillet 2009, cit. : **Comité DESC, Observation générale n°20 (2009)**.

Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Suisse, E/C.12/CHE/CO/2-3, 26 novembre 2010, cit. : **Comité DESC, Observations finales Suisse 2010**.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, CEDAW

Recommandation générale n°19 sur la violence à l'égard des femmes, 29 janvier 1992, cit. : **CEDAW, Recommandation générale n°19 (1992)**.

Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : Suisse, CEDAW/C/CHE/CO/3, 7 août 2009, cit. : **CEDAW, Observations finales Suisse 2009**.

Recommandation générale no 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 16 décembre 2010, cit. : CEDAW, Recommandation générale no 28 (2010).

Comité des droits de l'enfant, CRC

Observation générale no 5 sur les Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6), 27 novembre 2003, cit. : **CRC, Observation générale no 5 (2003)**.

Observation générale n°13 sur le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence, CRC/C/GC/13, 18 avril 2011, cit. : **CRC, Observation générale n°13 (2011)**.

UNHCR

Conclusion n°44 (XXXVII) 1986 du Comité exécutif: Détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile, 13 octobre 1986, cit. : **UNHCR, Conclusions COMEX n°44 (1986)**.

Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, Genève 1979, réédité en 1992, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b32b0.pdf>, cité : **UNHCR, Guide des procédures (1992)**.

Avis du UNHCR sur la question de la « persécution non-étatique » débattue avec la Commission des droits de l'homme et de l'aide humanitaire du Bundestag allemand en date du 29 novembre 1999, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3df755477.pdf>, cité : **UNHCR, Persécution non-étatique (1999)**.

Lignes directrices modifiées du HCR sur les critères applicables et les standards concernant la détention des demandeurs d'asile, 1995, rév. 1999, mars 1999, cit. : **UNHCR, Standards concernant la détention (1999)**.

Principes directeurs sur la protection internationale n° 4 : « La possibilité de fuite ou de réinstallation interne » dans le cadre de l'application de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, 23 juillet 2003, HCR/GIP/03/04. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fb9f5344.html>, cité : **UNHCR, Fuite ou réinstallation interne (2003)**.

Normes relatives aux procédures de détermination du statut de réfugié relevant du mandat du HCR, 20 novembre 2003, cit. : **UNHCR, Normes procédurales (2003)**.

Assemblée générale de l'ONU

Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, l'Assemblée générale, A/RES/48/104, 13 décembre 1993, cit. : **Assemblée générale, Déclaration 1993**.

Rapport de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, Durban, 31 août – 8 septembre 2001, GE.02-10005, cit. : **Rapport Durban 2001**.

Quatrième, cinquième et sixième rapports périodiques présentés par la Suisse au Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale. Conformément à l'article 9 de la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Berne, septembre 2006.

Conseil de l'Europe

Recommandation R(97)20 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le « Discours de Haine », 30 octobre 1997, cit. : **Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n°20 (1997)**.

Recommandation R(97)21 du Comité des Ministres aux États membres sur les médias et la promotion d'une culture de tolérance, 30 octobre 1997, cit. : **Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n°21 (1997)**.

Recommandation R(98)13 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 3 de la CEDH, 18 septembre 1998, cit. : **Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n°13 (1998)**.

Recommandation R(1999)12 du Comité des Ministres aux États membres sur le retour des demandeurs d'asile déboutés, 18 mai 1999, cit. : **Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n°12 (1999)**.

Recommandation R(2000)3 du Comité des Ministres aux États membres sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, 19 janvier 2000, cité: **Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation No. 3 (2000)**.

Recommandation Rec(2002)5 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des femmes contre la violence ainsi que les annexes, 30 avril 2002, Rec(2002) 5, cit. : **Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, protection contre la violence**.

Recommandation 1582 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la violence domestique à l'encontre des femmes, 27 septembre 2002, cit. : **Conseil de l'Europe, Recommandation n°1582 (2002)**.

Recommandation R(2003)5 du Comité des Ministres aux États membres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile, 16 avril 2003, cit. : **Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n°5 (2003)**.

Déclaration du Comité des Ministres sur la liberté du discours politique dans les médias, 12 février 2004.

Recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 20 Principes directeurs sur le retour forcé, CM(2005)40 final, 9 mai 2005, cit. : **Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Principes directeurs (2005)**.

Rapport de 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, CommDH(2005)7, 8 juin 2005, cit. : **Commissaire aux droits de l'homme, Rapport 2005**.

Résolution 1697 (2009) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les femmes immigrées : un risque spécifique de violence domestique, 20 novembre 2009, cit. : **Conseil de l'Europe, Résolution 1697 (2009)**.

Comité ad hoc pour prévenir et combattre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (CAHVIO), Rapport de la 8^e réunion, 12 janvier 2011, cit. : **CAHVIO 2011**.

Résolution 1811 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la protection des femmes immigrées sur le marché du travail, 15 avril 2011, cit. : **Conseil de l'Europe, Résolution 1811 (2011)**.

Troisième Rapport de la Suisse sur la Convention pour la protection des minorités nationales, janvier 2012.

Communiqué de presse du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe Thomas Hammarberg, 23 février 2012, cit. : **Commissaire européen aux droits de l'homme, Communiqué de presse, 2012**.

Lettre du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe Thomas Hammarberg, CommDH/SB/sf 022-2012, 12 mars 2012, cit. : **Commissaire européen aux droits de l'homme 2012**.

Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, ECRI

Recommandation de politique générale 1 de l'ECRI sur la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance, 4 octobre 1996, cit. : **ECRI, Recommandation de politique générale n°1 (1996)**.

Recommandation de politique générale 7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, 13 décembre 2002, cit. : **ECRI, Recommandation de politique générale n°7 (2002)**.

Déclaration de l'ECRI sur l'utilisation d'éléments racistes, antisémites et xénophobes dans le discours politique, 17 mars 2005, cit. : **Déclaration de l'ECRI, 2005**.

Rapport de l'ECRI sur la Suisse (quatrième cycle de monitoring), adopté le 2 avril 2009, publié le 15 septembre 2009, cit. : **ECRI, 4^{ème} Rapport**.

OCDE

Liebig, T. et al. (2012). L'intégration des immigrés et de leurs enfants sur le marché du travail en Suisse, Documents de travail de l'OCDE sur les affaires sociales, l'emploi et les migrations, n°128, Direction de l'emploi, du travail et des affaires sociales, Éditions de l'OCDE, cit. : **OCDE, 2012**.

OSCE

Visite en Suisse. Rapport des trois représentants de l'OSCE pour la promotion de la tolérance, 7-9 novembre 2011, cit. : **OSCE, 2011**.

Conseil fédéral et Administration fédérale

Message concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002. FF 2002 3469, cit. : **Message loi sur les étrangers**.

Application et effet des mesures de contrainte en matière de droit des étrangers. Rapport du 24 août 2005 de la Commission de gestion du Conseil national sur la base d'une évaluation effectuée par le Contrôle parlementaire de l'administration, <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/2607.pdf>, cit. : **Rapport CdG-N**.

Avis du Conseil fédéral sur le Rapport du 24 août 2005 de la Commission de gestion du Conseil national sur la base d'une évaluation effectuée par le Contrôle parlementaire de l'administration concernant l'application et l'effet des mesures de contrainte en matière de droit des étrangers du 15 février 2006, <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/2607.pdf>, cit. : **Avis du Conseil fédéral sur le Rapport CdG-N**.

Document de travail de l'Office fédéral de la justice pour le hearing concernant la norme pénale sur le racisme, l'interdiction pénale de discrimination raciale selon l'article 261bis CP et l'article 171c CPM, mai 2007, <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/kriminalitaet/gesetzgebung/rassismus/arbeitspapier-hearing-f.pdf>, cit. : **Office fédéral de la justice, Discrimination raciale**.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 31 janvier 2008 sur l'initiative parlementaire « Empêcher les mariages fictifs », FF 2008 2247, cité : **Rapport de la CIP-N 2008**.

Avis du Conseil fédéral du 14 mars 2008 sur le Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 31 janvier 2008 sur l'initiative parlementaire « Empêcher les mariages fictifs », FF 2008 2261, cité : **Avis du CF sur le Rapport de la CIP-N 2008**.

Message concernant l'initiative populaire « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) » et la modification de la loi fédérale sur les étrangers du 24 juin 2009, FF 2009 4571, cit. : **Message initiative sur le renvoi**.

Message sur l'approbation et la mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour (directive 2008/115/CE) (développement de l'acquis de Schengen) et sur une modification de la loi fédérale sur les étrangers du 18 novembre 2009, FF 2009 8043, cit. : **Message Directive sur le retour**.

Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif relatif à la modification de la loi sur l'asile et de la loi fédérale sur les étrangers concernant le remplacement des décisions de non-entrée en matière, du 16 décembre 2009, cité : **DFJP, Rapport explicatif 2009**.

Rapport annuel 2009 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales du 22 janvier 2010, <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2010/2429.pdf>, cit. : **Rapport annuel 2009 CdG**.

Rapport sur l'évolution de la politique d'intégration de la Confédération. Rapport du Conseil fédéral à l'intention des Chambres fédérales en exécution des motions 06.3445 Fritz Schiesser [...] et 06.3765 Groupe socialiste [...] du 5 mars 2010, cit. : **Conseil fédéral 2010**.

Département fédéral de justice et police, Rapport sur des mesures d'accélération dans le domaine de l'asile, mars 2011, cité : **DFJP, Rapport sur des mesures d'accélération 2011**.

Groupe de travail sur le renvoi, Rapport pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion des étrangers criminels à l'intention du Département fédéral de justice et police du 21 juin 2011, http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemittteilung/2011/2011-06-28/110628_ber_ausschaffungsinitiative-f.pdf, cit. : **Rapport du Groupe de travail sur le renvoi**.

Office fédéral des migrations, Directive I. Domaine des étrangers, Séjour sans activité lucrative, au motif d'un intérêt public important ou dans les cas individuels d'une extrême gravité (état 30 septembre 2011), cit. : **Directive I.5**.

Office fédéral des migrations, Directive I. Domaine des étrangers, Regroupement familial (version 30.09.2011), cit. : **Directive I.6**.

Office fédéral des migrations, Directive I. Domaine des étrangers, Mesures d'éloignement, (version 30.09.2011), cit. : **Directive I.8**.

Office fédéral des migrations, Directive I. Domaine des étrangers, Mesures de contrainte prévues dans le droit des étrangers (version 30.09.2011), cit. : **Directive I.9**.

Rapport explicatif relatif à la procédure de consultation concernant la modification de la loi fédérale sur les étrangers (intégration) du 23 novembre 2011.

Office fédéral des migrations, Rapport final, groupe de travail Confédération/cantons. Restructuration du domaine de l'asile. Mise en œuvre des mesures d'accélération dans le domaine de l'asile, du 21 novembre 2012, cité : **Rapport final, Groupe de travail Confédération/cantons 2012**.

Commission fédérale contre le racisme, CFR

Les relations avec la minorité musulmane en Suisse. Prise de position de la CFR sur l'évolution actuelle, Berne, septembre 2006, cit. : **CFR, 2006**.

Discrimination dans le cadre des naturalisations. Avis de la CFR sur la situation actuelle, Berne, septembre 2007, cit. : **CFR ; Naturalisation, 2007.**

Fabienne Zanol, Gabriella Tau et Sabine Kreienbühl, L'application de la norme pénale contre la discrimination raciale : une analyse des arrêts relatifs à l'art 261bis CP (de 1995 à 2004), Berne, 2007, cit. : **CFR, 2007.**

Tangram 19, Bulletin de la CFR, Jeunesse, mai 2007, cit. : **Tangram 19.**

La mise en œuvre de la Conférence mondiale de Durban contre le racisme : mesures prises en Suisse entre 2001 et 2009. Une prise de position de la CFR, Berne, 2009, cit. : **CFR, 2009.**

Tangram 26, Bulletin de la CFR, Sécurité – Sûreté, décembre 2010, cit. : **Tangram 26.**

Tarek Naguib et al., Le droit contre la discrimination raciale. Analyse et recommandations, Prise de position de la CFR, Berne, 2010, cit. : **CFR, 2010.**

Tangram 27, Bulletin de la CFR, Le discours politique, juin 2011, cit. : **Tangram 27.**

Divers

Amnesty International : Police, justice et droits humains – pratiques policières et droits humains en Suisse, préoccupations et recommandations d'Amnesty International, Berne 2007, cit. : **Amnesty International, Police.**

Réseau de consultations pour victimes de racisme, Humanrights.ch et CFR (éd.), Incidents racistes traités dans le cadre de consultations, janvier-décembre 2010, Berne, juin 2011, cit. : **Réseau de consultations pour victimes de racisme, 2010.**

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Étude sur le suivi des recommandations adressées à la Suisse dans le cadre de l'Examen périodique universel du Conseil des droits de l'homme de l'ONU, Berne 2012, cité : **CSDH, Étude de suivi EPU 2012.**

Service de lutte contre le racisme. Rapport 2011, cit. : **Rapport annuel SLR 2011.**

Huddleston, Thomas et al., MIPEX III. Index Intégration et Migration, Bruxelles, 2011, cit. : **MIPEX III.**

Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers, Femmes étrangères victimes de violences conjugales en suisse romande, rapport, mars 2011, cit. : **ODAE 2011.**

Stadt Zürich, Rassismusbericht der Stadt Zürich 2009. Erster Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe, cit. : **Rapport Zurich 2009.**

Conférence tripartite sur les agglomérations (CTA), Entraves juridiques à l'intégration des étrangers. Exploration et pistes d'action. Recommandations de la Conférence tripartite sur les agglomérations du 12 novembre 2004, Berne, cit. : **CTA 2004.**

Conférence tripartite sur les agglomérations (CTA), Avenir de la politique suisse d'intégration des étrangers. Rapport et recommandations de la CTA, 29 juin 2009, cit. : **CTA 2009.**