

**Consultation sur les modifications
(révisions partielles) de la loi sur l'asile
et de la loi fédérale sur les étrangers
(délai de réponse : 15 avril 2009)**

**SPERRFRIST / EMBARGO
26.3.2009, 11:50h**

Large coalition contre des durcissements inacceptables

Position commune des organisations suivantes:

En ordre alphabétique:

L'AGORA - l'Aumônerie Genevoise Oecuménique
auprès des Requérants d'Asile et des Réfugiés
Alternative Liste Zürich AL
Anlaufstelle für Asylsuchende Baselland
Anlaufstelle für Sans-Papiers Basel
Association suisse des Centres sociaux protestants
CSP
augen auf Basel
augen auf Bern
augen auf Zürich
Beratungsstelle für Militärverweigerung und Zivil-
dienst BfMZ
Berner Beratungsstelle für Sans-Papiers
CaBi-Antirassismustreffpunkt St.Gallen
C.E.D.R.I. und Freundeskreis Cornelius Koch
Centre de Contact Suisses-Immigrés Genève
cfd - Die Feministische Friedensorganisation
Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS)
Coordination asile.ge
Coordination contre l'exclusion et la xénophobie
(StopEX)
Demokratische Juristinnen und Juristen Schweiz
DJS
droitsfondamentaux.ch
FIZ Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration
Freiplatzaktion Zürich
Forum pour l'intégration des migrantes et migrants
FIMM
Gesellschaft für bedrohte Völker GfbV
Grüne - Les Verts
GSsA Groupe pour une Suisse sans armée
Humanrights.ch/MERS
IGA SOS RACISME
Interprofessionelle Gewerkschaft der ArbeiterInnen
Basel IGA
JUSO Schweiz
KUTÜSCH
Luzerner Asylnetz
Netzwerk Asyl Aargau
Plattform asylon
SAH-OSEO-SOS: Sekretariat der SAH-Vereine
Sans-Papiers Anlaufstelle Zürich SPAZ
Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und
Ausländerrecht
Schweizerischer Friedensrat SFR
Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB
Schweizerisches Zivildienstkomitee
Solidaritätsnetz Ostschweiz
Solidaritätsnetz Region Basel
Solidarité sans frontières
Swiss Recovery Foundation
Syndicat SIT (syndicat interprofessionnel de travail-
leuses et travailleurs)
Verein für die Rechte illegalisierter Kinder

Introduction.....	page 2
LAsi	page 5
LEtr.....	page 12

État 26 mars 2009

Traduction: Christian Viredaz

Introduction

Une législation inadéquate aux dépens de l'humanité et de l'état de droit

Remarques de fond

En réponse à deux postulats concernant l'efficacité de diverses innovations du droit pénal, le Département fédéral de justice et police (DFJP) relevait au nom du Conseil fédéral, dans un communiqué de presse du 3 septembre 2008, que « l'expérience montre qu'il faut attendre trois à quatre ans à compter de l'entrée en vigueur de lois nouvelles ou révisées pour pouvoir tirer des enseignements fiables de leur application. » La nouvelle partie générale de code pénal (CP) et le nouveau droit pénal des mineurs étant entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2007, il s'agissait simplement, dans un premier temps, de collecter des données et des faits. C'est ensuite seulement que l'on pourrait examiner si les objectifs fixés ont été atteints et s'il y a éventuellement lieu d'apporter des correctifs.¹

Dans le domaine de la loi sur l'asile (LAsi), exposée depuis des années à un activisme législatif sans égal, et dans celui de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr), qui vient d'être totalement révisée, les critères appliqués ne sont manifestement pas les mêmes. L'action juridico-politique n'est pas dictée par la réflexion et par une politique législative rationnelle, mais par le symbolisme populiste : bien que les dernières modifications de la LAsi, qui a été révisée à maintes reprises, ne soient entrées en vigueur, pour une part, que le 1^{er} janvier 2007 et, dans leur totalité, que le 1^{er} janvier 2008, le DFJP a mis en route une nouvelle révision avec le soutien du Conseil fédéral. Nous apprenons avec irritation, dans le Rapport relatif à la modification de la loi sur l'asile (RE LAsi), que « les expériences faites suite à la révision partielle de la LAsi [...] se sont avérées positives à tout point de vue », mais que le besoin se fait néanmoins sentir à nouveau de corriger la loi, afin – et ce motif laisse lui aussi songeur – « de diminuer l'attrait de la Suisse auprès des requérants d'asile ». Le RE LAsi ne parvient toutefois ni à justifier de façon plausible l'urgence de cet objectif, ni à présenter une option souhaitable. La révision de la LAsi qui est proposée se révèle en outre aberrante à la lumière des principes de méthode législative.²

¹ Dans la *Revue de l'avocat* 1/2009, la conseillère fédérale Widmer-Schlumpf le soulignait aussi par à ceux qui exigeaient une révision du CP : « Il s'agit d'abord d'examiner sur la base des faits les effets réels des nouvelles dispositions générales du code pénal. [...] Ce sont surtout les statistiques des jugements et des dénonciations qui sont importantes, mais aussi les expériences des tribunaux, des polices judiciaires et des autorités d'exécution des peines, des avocats et des organisations de victimes. Les premiers résultats et enseignements seront publiés en 2010 sous la forme d'un rapport intermédiaire. » (p.10 ; notre traduction)

² Sur les principes de la méthode législative, voir Charles-Albert Morand, « Die Erfordernisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrechts im Hinblick auf die Gestaltung der Rechtsvorschriften », in Dieter Grimm/ Werner Maihofer (éd.), *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 13, *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen 1988, p. 11 ss. ; en accord avec lui et condamnant le point de la révision de la LAsi traité ci-après, voir aussi Martina Caroni/ Sandro Hofstetter, « Flüchtlingsrechtliche und rechtsstaatliche Überlegungen zur geplanten Teilrevision des Asylgesetzes betreffend Desertion und Dienstverweigerung », in *Asy/3/08*, p. 3 ss., notamment 9 s. ; voir aussi sur ce thème le colloque « Ethique-Droits humains-Asile » qui s'est tenu le 31 octobre 2008 à l'Université de Fribourg, documents disponibles en ligne à l'adresse www.unifr.ch/iiedh/fr/publications/documents-de-travail.

Les propositions de révision représentent – mises à part quelques corrections rédactionnelles de technique législative – un nouveau tour de vis dans le domaine de l'asile, soumis depuis des années à une rigueur croissante.³ Elles ne permettront pas d'influer sensiblement sur le nombre de requérants d'asile. Ce désir de révision démontre avant tout un mépris des valeurs humanitaires et des principes de l'état de droit.

La Suisse, en vertu de la directive de l'UE sur le rapatriement, doit réduire d'ici fin 2011, dans le cadre du suivi de Schengen, la durée maximale de détention de toutes les mesures de contraintes de 24 mois (actuellement) à 18 mois, et abandonner le renvoi sans forme des étrangers qui séjournent en Suisse sans autorisation. Au lieu de réaliser rapidement ces conditions, elle s'apprête une nouvelle fois à entrer en contradiction avec ses engagements internationaux.

Les révisions de loi proposées sont inutiles et dépourvues de tout fondement objectif. Sous l'angle des droits fondamentaux et des droits humains, elles doivent clairement être rejetées.

³ Pour des considérations de fond sur le démantèlement continu de l'état de droit dans le droit d'asile et le droit des étrangers, voir Marc Spescha, « Mobilmachung gegen den Rechtsstaat », in *Widerspruch* 55, p. 141 ss.

Loi sur l'asile

Sur les propositions de révision de la LAsi et en particulier sur les éléments de la loi fédérale sur les étrangers qui y sont liés

1. Exclusion des objecteurs de conscience et des déserteurs de la qualité de ré-fugié (art. 3, al. 3 [nouveau], LAsi)

La révision partielle de la LAsi proposée a eu pour déclencheur un arrêt de la Commission de recours en matière d'asile (CRA) du 20 décembre 2005, ou plutôt son interprétation erronée par celui qui était alors le chef du DFJP, le conseiller fédéral désavoué par la suite Blocher, et par l'Office fédéral des migrations (ODM). La CRA avait décidé que les déserteurs et les objecteurs de conscience venus d'Erythrée, en raison des peines excessivement dures pratiquées dans ce pays, qualifiées de torture par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), devaient être reconnus en tant que réfugiés s'ils avaient des craintes fondées d'être exposés à de telles peines. La CRA qualifiait la dureté excessive des peines appliquées aux déserteurs de motivée par des raisons d'ordre politique. Contrairement à la lecture du conseiller fédéral Blocher, qui a interprété cet arrêt comme un changement de pratique et lui a attribué un effet d'aspiration sur les objecteurs de conscience, la CRA n'avait fait qu'appliquer aux déserteurs et objecteurs de conscience érythréens la *pratique en vigueur* concernant la pertinence, au regard du droit des réfugiés, des peines infligées à ces personnes. Dans leur analyse différenciée des considérants de la CRA et de la position de la jurisprudence suisse et étrangère, de la doctrine et du HCR sur la pertinence des peines infligées aux déserteurs et aux objecteurs de conscience dans le droit des réfugiés, les professeurs de droit Martina Caroni et Sandro Hofstetter parviennent à la conclusion suivante :

« L'arrêt n'a donc pas conduit, comme on l'a répété à plusieurs reprises, à une reconnaissance générale et sans conditions des déserteurs et des objecteurs de conscience érythréens en tant que réfugiés. Il ne conclut pas à un octroi collectif de l'asile, mais continue d'exiger que les décisions soient prises dans le cadre de l'examen habituel du caractère digne de foi des conclusions avancées sur la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile. »⁴

Ne tenant aucun compte de cette appréciation correcte de l'arrêt de la CRA, le rapport relatif à la révision de la LAsi juge que la publication de l'arrêt « explique au moins en partie » l'augmentation du nombre de requérants d'asile érythréens et souligne le risque que cette pratique puisse « conduire à ce que l'asile soit, de manière générale, accordé aux personnes concernées et partant, que la Suisse devienne attrayante en tant que pays d'asile pour les objecteurs de conscience et les déserteurs provenant d'autres pays » (RE LAsi, 1.2.2/1.3.1/2.1.2). Abstraction faite de ce que le nombre des requérants d'asile a aussi augmenté dans d'autres pays d'Europe, parfois même nettement plus qu'en Suisse (RE LAsi, 1.2.2, p. 6), le motif invoqué pour introduire le nouvel art. 3, al. 3, LAsi est sans fondement. Cela d'autant plus que même le rapport admet qu'en vertu de la jurisprudence actuelle du Tribunal administratif fédéral, les sanctions pénales appliquées aux déserteurs et aux objecteurs de conscience « ne sont en principe pas, à elles seules, pertinentes au regard du droit d'asile ».

Adopter une sévérité plus grande que la jurisprudence actuelle de la CRA concernant le refus de servir serait hautement problématique, tant sous l'angle du droit international que de

⁴ Caroni/ Hofstetter, *loc. cit.*, p. 4 (notre traduction).

l'état de droit⁵ ; cette option doit donc être rejetée. Cependant, dans la mesure où, comme la conseillère fédérale Widmer-Schlumpf l'a expliqué mi-janvier 2009 à l'occasion de la mise en consultation du projet, il est censé s'agir non d'une modification de la pratique, mais d'une « clarification », celle-ci est *superflue*.⁶ *Que le Conseil fédéral, dans le but de diminuer l'attrait de la Suisse en tant que pays d'asile, accepte par sa modification de la loi le risque de ne pas respecter en cas de doute la notion de réfugié telle qu'elle est définie dans la Convention sur les réfugiés, et donc de violer la convention, cela est inacceptable.*

Le premier des « axes prioritaires » (RE LAsi, p. 6) du présent projet se révèle donc manifestement fragile. L'exclusion des objecteurs de conscience et des déserteurs de la qualité de réfugié n'est par ailleurs pas du tout appropriée pour atteindre l'objectif déclaré de la révision, à savoir faire baisser le nombre des *demandes* d'asile. D'autant moins que, dans les situations jugées pertinentes par la CRA, il y aurait lieu d'ordonner au moins l'admission provisoire des personnes en question, comme le Conseil fédéral l'admet lui-même (RE LAsi, ch. 1.3.1).

2. Sanction pénale d'une « activité politique abusive » : criminalisation de l'expression d'une opinion politique (art. 115, let. d / art. 116, let. c et d, nLAsi)

Les compléments apportés aux art. 115 et 116 LAsi reviennent à criminaliser les requérants d'asile qui déploient des activités politiques publiques « uniquement dans l'intention de créer des motifs subjectifs survenus après la fuite » ou les personnes qui les aident à le faire. Même si de telles activités pourraient être qualifiées d'« abus du droit d'asile », menacer d'une sanction pénale l'utilisation pacifique du droit fondamental à la communication, l'un des piliers de notre démocratie, par les requérants d'asile et les personnes qui leur prêtent assistance ne serait pas conciliable avec notre notion de la démocratie et de la constitution. Même la lutte contre l'abus du droit d'asile ne peut justifier une limitation de la liberté d'opinion et de la liberté de réunion. Une telle limitation est anticonstitutionnelle et contraire à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, art. 10, § 2) et elle doit être rejetée. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la liberté d'opinion et de réunion est à ce point fondamentale pour une démocratie vivante qu'il faudrait même accepter qu'elle puisse être utilisée de façon « abusive » sous l'angle de la politique d'asile. En pratique, il devrait être quasi impossible d'apporter la preuve de cet usage (prétendument) abusif, c.-à-d. visant *exclusivement* un objectif relevant du droit d'asile. Par ailleurs, sous l'angle de la politique répressive, la nouvelle disposition resterait largement sans effet, car il est peu probable qu'un requérant d'asile se laisse impressionner par la menace d'une peine pécuniaire.

La criminalisation des personnes prêtant assistance, pour des motifs d'ordre idéaliste ou éthique, à des requérants d'asile politiquement actifs, voulue par le nouvel art. 116, let. d, LAsi, est particulièrement grave sous l'angle de la pratique de la démocratie. Sans même tenir compte du fait que, contrairement à la règle du droit pénal, la complicité en vue de commettre une infraction serait passible d'une peine, la formulation même de la disposition (« *notamment* en la planifiant ou en l'organisant », c'est nous qui soulignons) transforme pra-

⁵ Comme le relèvent aussi Caroni/ Hofstetter, p. 5.

⁶ Même remarque dans Christoph Wehrli, « Am Kern der Asylpolitik. Der Flüchtlingsbegriff in der Debatte », *NZZ* du 2.2.2009, p. 9.

tiquement en délit potentiel toute aide relative à une manifestation politique, telle qu'un soutien exprimé dans les médias ou une déclaration publique de solidarité. Ce ne sont donc pas que les requérants qui seraient touchés par les nouvelles dispositions, mais aussi les Suissesses et les Suisses qui se mobilisent pour leur cause. Une atteinte aussi grave aux droits fondamentaux dans une démocratie d'*état de droit* doit être rejetée avec la plus grande fermeté.

3. Suppression de la possibilité de déposer une demande d'asile à l'étranger (art. 19 nLAsi/ art. 20 aLAsi [abrogé]) : impossibilité de fait pour des personnes particulièrement vulnérables de demander l'asile

Le fait que la Suisse soit à l'heure actuelle le seul Etat d'Europe à admettre le dépôt d'une demande d'asile dans son ambassade sur le territoire du pays d'origine n'est pas une raison de supprimer cette possibilité à l'avenir. Politiquement, il serait bien plus approprié d'intervenir auprès d'autres Etats européens en faveur de la création ou du rétablissement de cette possibilité. Les procédures à l'ambassade répondent à l'esprit de la Convention de Genève sur les réfugiés et sont comparativement efficaces et peu coûteuses, d'autant qu'en cas de décision négative elles ne génèrent aucun frais d'aide sociale ni d'aide au retour. Le fait que 8 % des demandes déposées dans les ambassades aient été acceptées en 2007 démontre bien qu'on ne peut pas partir de l'idée qu'il s'agit là uniquement de demandes « abusives », d'autant moins qu'au cours des quatorze dernières années, le pourcentage des décisions positives pour ce type de demande, 11 % en moyenne, a été de deux points plus élevé que pour les personnes qui n'ont pas déposé leur demande qu'une fois arrivées en Suisse ! En particulier, les personnes persécutées qui ne sont pas en mesure d'organiser elles-mêmes leur fuite, et notamment les personnes particulièrement vulnérables comme les enfants, les adolescents et les femmes (surtout celles qui ont des tâches éducatives), les personnes âgées, en mauvaise santé ou sans ressources financières seraient privées de toute protection en cas de suppression de la procédure à l'ambassade. Même si cette procédure « entraîne des frais considérables aussi bien sur le plan du personnel que du point de vue financier » (RE LAsi, ch. 1.3.3), cela ne justifie pas sa suppression, qui favoriserait au contraire plus encore les fuites au péril de leur vie via les organisations de passeurs et ne serait pas conciliable avec la tradition humanitaire tant vantée de la Suisse.⁷

Par ailleurs, il n'est pas vrai que « pour les personnes qui ne sont pas menacées mais désirent néanmoins quitter leur pays d'origine à destination de l'Europe, demander l'asile à l'étranger constitue la porte d'entrée à la réalisation de leur projet » (RE LAsi, ch. 1.3.3). Des prétentions illusoires n'ouvrent pas les portes de la Suisse. Mais l'obligation d'examiner au moins les demandes avant de les rejeter parce qu'elles ne sont pas fondées représente pour la Suisse une « charge » acceptable. L'humanité a aussi son prix.

Le « risque » allégué par le Conseil fédéral que la Suisse puisse être considérée comme compétente lorsqu'un requérant présente une demande d'asile dans un autre Etat de Dublin après en avoir déposé une dans une ambassade suisse ne justifie nullement la suppression de cette possibilité actuelle. D'autant que, selon le message, les personnes qui sont directe-

⁷ Voir aussi Etienne Piguet, « Für ein Asylgesuch fliegen Sie bitte 8000 Kilometer weiter! Die Abschaffung der Möglichkeit in Schweizer Botschaften ein Asylgesuch zu stellen, verstösst gegen den Geist der Genfer Konvention », *NZZ am Sonntag*, 22.2.2009, p. 19.

ment et sérieusement menacées dans le pays d'origine doivent toujours, à l'avenir, pouvoir obtenir un visa d'entrée en Suisse (ch.1.3.3). Cela montre bien que la suppression de la procédure à l'ambassade et l'allégement qui en est attendu ne sont pas fondés : pour établir si la personne est immédiatement et sérieusement menacée, il faudra en effet, à l'avenir aussi, au moins un examen sommaire préalable. De ce fait, l'allégement du personnel de l'ambassade visé par la révision serait négligeable.

4. Aide d'urgence et autres restrictions, notamment en cas de « demandes multiples » / suppression de droits en matière de procédure (art. 82, al. 2, nLAsi, art. 16, 34 et 36 LAsi et art. 108 à 114 nLAsi)

Sévérité accrue en cas de demandes multiples

Le régime d'aide d'urgence, contrairement aux affirmations des autorités, ne peut être qualifié ni d'efficace ni d'humain. Il a au contraire créé de nouveaux problèmes pour les personnes concernées et pour l'ensemble de la société. Les différences entre les cantons dans l'application de l'aide d'urgence est également très préoccupante sous l'angle de l'état de droit⁸. Dans ce contexte, l'extension du régime d'aide d'urgence aux requérants qui déposent une nouvelle demande d'asile après être retournés dans leur pays d'origine est inacceptable. En tant que personnes potentiellement persécutées, ils ont droit au même traitement que ceux qui déposent une demande pour la première fois. Il faut qu'une audition orale ait lieu, que les personnes ne soient pas soumises au régime d'aide d'urgence et qu'une autorisation de travailler leur soit délivrée après les trois mois d'interdiction de travailler applicable à tous. Par ailleurs, la perception d'émoluments en cas de demande réitérée entrave une nouvelle fois inutilement l'accès à une procédure juridique légitime.

Il faut également rejeter l'exclusion d'une audition orale pour l'appréciation de la question de savoir si le retour dans un Etat tiers est possible ou si la personne y bénéficierait d'une protection effective contre le refoulement. En effet, une audition orale peut tout à fait fournir des points de repère importants pour répondre à la question de savoir si, dans le cas d'espèce, une dérogation à la règle légale est appropriée.

Suppression d'autres droits en matière de procédure

Dans les cas de rejet de demandes de reconsidération, la durée excessivement courte du délai de recours, cinq jours seulement, rend impossible une défense efficace des intérêts du requérant (avec l'aide d'un avocat). Elle n'est pas non plus conciliable avec les garanties constitutionnelles en matière de procédure. Les intéressés et leurs mandataires n'ont pas suffisamment de temps pour examiner la motivation de la décision en fait et en droit ni pour rédiger le recours. Il faut d'autant plus s'opposer à la suppression de ces droits qu'à l'heure actuelle, selon les statistiques disponibles, quelque 30 % des demandes de reconsidération aboutissent à la reconnaissance d'obstacles pertinents au renvoi.

⁸ Voir à ce sujet le rapport de l'OSAR *Nothilfe für abgewiesene Asylsuchende, Überblick zur Ausdehnung des Sozialhilfestops*, du 15 décembre 2008 (en allemand seulement) : http://www.osar.ch/2008/12/16/nothilfe_urgence.

Nous rejetons également la dérogation à l'art. 16, al. 2, LAsi en vigueur, qui prévoit que la procédure est conduite en règle générale dans la langue officielle du lieu de résidence du requérant.

5. Obligation de prouver que l'exécution du renvoi ou de l'expulsion ne peut raisonnablement être exigée (art. 83, al. 5, 5bis et 5ter [nouveaux], LEtr)

Contrairement à ce qu'affirme le rapport (RE LAsi, ch. 1.4.1), aucun principe du droit de la procédure n'exige que le requérant apporte la *preuve formelle* des faits qu'il allègue. La procédure administrative, régie par le principe de l'obligation de vérifier, ne prévoit au contraire pour le requérant qu'une *obligation de coopérer*. Abaisser dans le cadre de cette obligation la mesure de la preuve à l'exigence de rendre simplement dignes de foi les faits allégués est d'autant plus approprié que les difficultés à apporter des preuves dans la procédure d'asile sont notoires.

L'exigence – introduite par la révision de la loi – d'apporter la preuve que l'exécution du renvoi ou de l'expulsion ne peut raisonnablement être exigée, et non simplement de rendre digne de foi le caractère non exigible de cette exécution, doit être rejetée pour une autre raison : elle revient à décider, en cas de doute, contre la personne qui appelle à l'aide, autrement dit à demander au requérant d'accepter, le cas échéant, d'être traité avec une rigueur excessive. La charge de la preuve prévue par le projet aurait des conséquences dévastatrices en particulier pour les femmes. Des motifs de fuite spécifiquement féminins, tels que les entraves à la liberté ou le bannissement par le mari ou par la famille, la menace d'un mariage forcé ou de l'excision, sont en règle générale difficiles à prouver mais ne peuvent qu'être rendu crédibles.

L'argument avancé par le rapport explicatif, selon lequel les recherches nécessaires à l'étranger « sont souvent difficiles à effectuer et l'ODM doit y consacrer beaucoup de temps », oublie que les requérants d'asile et les étrangers ont encore bien moins de moyens de se mettre en relation avec leurs proches ou les autorités dans leur pays d'origine. Ils se heurtent souvent à des difficultés insurmontables en particulier s'agissant de l'obtention de documents écrits depuis la Suisse. Le taux souvent très faible d'alphabétisation dans nombre de pays fait aussi qu'il est fréquemment impossible pour les intéressés de prouver par des *documents* qu'ils *n'ont pas* de réseau de relation dans leur pays d'origine. Le principe *in dubio pro non-exigibilité*, selon lequel il « suffit » de rendre *digne de foi* qu'un renvoi n'est pas exigible, a trouvé son expression dans la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral. Cela n'a pas créé à ce jour une « situation juridique peu claire » qui nécessiterait un durcissement des règles légales au détriment des requérants. Ce point du projet de révision apparaît donc lui aussi objectivement infondé et matériellement inopportun.

6. Restreindre le choix du lieu de résidence pour les personnes admises à titre provisoire n'est pas compatible avec la directive de l'UE concernant les normes minimales relatives au statut de réfugié (art. 85, al. 5, nLEtr)

Avec sa proposition de restriction du choix du lieu de résidence, le Conseil fédéral se met en contradiction ouverte avec la directive de l'UE concernant les normes minimales relatives au statut de réfugié. En vertu de cette directive, les Etats membres sont tenus d'accorder aux personnes au bénéfice d'un statut de protection subsidiaire la même liberté de mouvement

qu'aux autres ressortissants d'un Etat tiers séjournant régulièrement sur leur territoire (RE LAsi, ch. 6.2). Il s'ensuit qu'au regard du droit international, il n'est pas admissible que les autorités cantonales puissent attribuer un lieu de résidence ou un logement aux personnes admises provisoirement bénéficiant de l'aide sociale.

7. Remarque finale

Dans l'entretien cité au début, la Conseillère fédérale Widmer-Schlumpf avait qualifié la protection des droits fondamentaux aussi dans le domaine de l'asile de « ligne de démarcation qui ne doit en aucun cas être franchie ». ⁹ Cette affirmation est contredite par le projet de loi ici commenté. La résolution de nouvel an du Conseil fédéral par laquelle Mme Widmer-Schlumpf concluait l'entretien n'est pas non plus traduite dans les faits. Sa conclusion se lit plutôt comme une déclaration contre un aventurisme légal rigide sur le dos des requérants et en même temps comme un appel à prendre au sérieux les voix de ceux qui connaissent le sort des intéressés non seulement par les dossiers, mais par les contacts personnels, et qui s'engagent en conséquence pour défendre leurs droits :

« “La plus grande force du petit Etat est son bon droit”, a écrit le Conseil fédéral dans un rapport de 1919, rédigé par Max Huber, sur les traités internationaux. Cela vaut aujourd'hui plus que jamais, et cela me paraît être une pensée directrice adéquate au regard du bon régime d'état de droit de notre pays, toujours cité comme un avantage de situation pour l'économie. Les avocates et les avocats sont appelés à s'engager pour que notre droit continue d'être respecté. »¹⁰

Voilà, nous vous prenons au mot, Madame la Conseillère fédérale !

⁹ *Revue de l'avocat* 1/2009, p. 11 (notre traduction).

¹⁰ *Revue de l'avocat* 1/2009, p. 12 (notre traduction).

Loi fédérale sur les étrangers

Consultation sur la révision de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) concernant le contre-projet indirect à l'« initiative sur le renvoi » de l'UDC – la machinerie législative xénophobe tourne sans fin

Introduction

La révision totale de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 et, à ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas eu à rendre d'arrêt en la matière. Pourtant le Conseil fédéral soumet déjà des propositions de modification et suggère, sans données ni faits à l'appui, que la loi présente des lacunes. En réalité aucun changement ne s'impose ici.¹¹

Comme le relevait le Conseil fédéral dans son avis sur les innovations dans le droit pénal, il faut aussi, dans le domaine du droit des étrangers, commencer par recueillir des données et des faits et évaluer la dernière révision. Une nouvelle révision en ce moment est inopportune et trop précipitée. Elle en demande trop aux applicateurs du droit, auxquels il faut d'abord donner l'occasion d'appliquer le droit en vigueur. Il est vraiment irritant que le Conseil fédéral s'incline ainsi devant ces milieux précisément qui, en matière de politique d'asile et des étrangers, ne sont pas intéressés à résoudre les problèmes, mais abusent de ces thèmes pour en faire le champ d'action d'une politique populiste. *Légiférite* est le diagnostic adéquat de cet activisme législatif qui a pris des traits pathologiques.¹² Une révision de la LEtr est objectivement tout aussi infondée qu'une révision de la LAsi.¹³ Le message qui s'y rapporte est d'ailleurs extrêmement mince et peu substantiel.

Les éléments de révision prévus dans la LEtr visent à placer plus haut le seuil de l'intégration pour les immigrants et à affaiblir leur statut juridique. Plutôt qu'une culture de l'accueil, un encouragement à l'intégration et un sens de la mesure, les propositions de révision manifestent une attitude de défense, des entraves à l'intégration et une exclusion au détriment de prétentions fondées sur les droits humains et les droits fondamentaux. Les innovations prévues mettraient aussi la Suisse en contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Nous appelons le Conseil fédéral à interrompre l'exercice, à laisser aux applicateurs du droit la possibilité d'appliquer en paix les dispositions légales qui viennent d'être révisées, à procéder dans trois ans à une appréciation sérieuse de la situation et à rejeter résolument l'initiative de l'UDC.

Sur les diverses propositions de modification de la loi fédérale sur les étrangers

Les propositions de modification de la LEtr se présentent explicitement comme un contre-projet indirect à l'« initiative sur le renvoi » de l'UDC. Mais elles vont même nettement plus

¹¹ Voir ci-dessus, note 1.

¹² Voir notamment Marc Spescha, « Legiferitis – ausländerfeindliche Gesetzgebungsmaschinerie gegen Grund- und Menschenrechte », in *Neue Wege* 2008, p. 223 ss. ; ainsi que Spescha, cité à la note 3.

¹³ Voir plus haut les sources citées à la note 2.

loin en affaiblissant encore le statut juridique des immigrants, rendant plus difficile leur accès à un droit de résidence sûr, autrement dit à une autorisation d'établissement. Par ailleurs, une correction d'ordre logique est apportée à de nombreuses dispositions, en ceci que des motifs de révocation non seulement au sens de l'art. 62 mais aussi de l'art. 63 peuvent s'opposer à l'octroi de l'autorisation d'établissement (ainsi aux art. 33, al. 3, 34, al. 2, let. b, et 35, al. 4, LEtr). Selon l'art. 63 dans sa teneur actuelle, il faut que des infractions graves aient été commises pour que la perte d'un droit puisse être justifiée. L'importance de cette correction rédactionnelle peut certes être qualifiée de minime. Mais comme il suffit de mentionner les motifs de révocation au sens de l'art. 62 et de l'art. 63 sous une forme *alternative*, il serait sans autre correct, du point de vue de la technique législative, de parler de motifs de révocation au sens de l'art. 62 *ou* de l'art. 63.

A) Péjoration massive du statut juridique des migrants d'Etats tiers

1. Obstacle inutile et discriminatoire à l'obtention d'une autorisation d'établissement (nouvelle version de l'art. 34, al. 2, let. c, LEtr)

L'art. 34, al. 2, let. c, LEtr fait désormais dépendre *de façon générale* l'octroi d'une autorisation d'établissement d'une intégration réussie et « en particulier [de] connaissances d'une langue nationale ». Alors que dans le droit en vigueur l'octroi de cette autorisation relève déjà de la marge d'appréciation des autorités et requiert en général le respect des lois et l'intégration professionnelle, à l'avenir, les personnes d'un certain âge ayant un faible niveau de formation seraient pratiquement dans l'impossibilité d'atteindre la maîtrise linguistique exigée. Ce critère a aussi un effet discriminatoire, puisque les ressortissants d'Etats avec lesquels la Suisse a conclu des traités internationaux¹⁴ obtiennent une autorisation d'établissement déjà après cinq ans de séjour sans conditions supplémentaires en matière de langue (RE LEtr, ch. 5.1, p. 9). L'innovation exclut par conséquent les immigrants de nombreux Etats tiers ayant un faible niveau de formation, qui ne peuvent même pas accéder à la catégorie des indigènes sans passeport suisse. En d'autres termes, une discrimination fondée sur l'appartenance à une classe sociale serait ainsi inscrite dans la loi.

Pour des motifs d'égalité des droits, il faut également refuser que l'octroi *anticipé* de l'autorisation d'établissement après cinq ans de séjour ne puisse être accordé à des étrangers non ressortissants des Etats en question, et donc à la plupart des ressortissants d'Etats tiers, que « lorsque l'intégration est *particulièrement* réussie », en vertu de la nouvelle version de l'art. 34, al. 4, LEtr. Par rapport à la disposition en vigueur, les exigences en matière de connaissances linguistiques en particulier sont placées encore plus haut. Aujourd'hui déjà, de *bonnes* connaissances d'une langue nationale sont exigées, et même, en vertu de l'art. 62 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OA-SA), de la langue nationale parlée au lieu de domicile. Mais puisqu'une intégration « simple-

¹⁴ Il s'agit d'Etats avec lesquels la Suisse a conclu des conventions d'établissement, auxquels le Conseil fédéral a donné des garanties en la matière ou qui peuvent avoir des prétentions fondées sur la réciprocité, à savoir les pays suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grande-Bretagne, Grèce, Irlande, Islande, Italie, Liechtenstein, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Suède, Etats-Unis, Canada, Andorre, Monaco, Saint-Marin, Vatican. En vertu de l'interdiction de discrimination, les ressortissants des nouveaux Etats membres de l'UE peuvent aussi faire valoir un droit fondamental à une autorisation d'établissement après cinq ans de séjour.

ment » « réussie » ne suffirait plus, l'octroi anticipé de l'autorisation d'établissement ne constituerait plus qu'une rare exception.

La proposition de révision est aussi en contradiction avec la politique d'intégration favorisée par l'Union européenne et avec la déclaration faite par la Suisse de coopérer plus intensivement avec l'UE dans le domaine de la politique migratoire. La Directive 2003/109/CE du Conseil de l'UE du 25 novembre 2003 prévoit par exemple que *le statut de résident de longue durée*, qui est comparable à l'autorisation d'établissement dans le droit suisse, *est reconnu après cinq ans de résidence légale et ininterrompue*. Les conditions requises sont de disposer de ressources stables et suffisantes (sans recours au système d'aide sociale), d'une assurance maladie, et de ne pas avoir commis d'infraction pénale grave.

Le rapport admet ouvertement que le législateur est moins intéressé par une intégration bonne et rapide des immigrants que par la perspective de se débarrasser au plus vite d'étrangers même séjournant en Suisse depuis de longues années : au lieu de la protection légale liée à l'autorisation d'établissement, un renvoi devrait désormais, selon le rapport explicatif, pouvoir être décidé sans effet suspensif et sans contrôle du droit par le Tribunal fédéral en cas d'infraction commise par une personne au bénéfice d'une autorisation de séjour (cf. RE LEtr, ch. 5.1, p. 10).

Un autre point manifeste aussi combien l'orientation de la révision est hostile à l'intégration : l'autorisation d'établissement ne serait accordée aux conjoints de citoyens suisses ou d'étrangers au bénéfice de cette autorisation qu'à condition qu'ils disposent de *bonnes connaissances linguistiques*. On jetterait ainsi par-dessus bord une pratique qui a fait ses preuves depuis plus de quinze ans (!), également dans le cadre de l'ancienne loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE). Dans les faits, le critère des connaissances linguistiques ne pourrait guère accélérer l'acquisition de la langue par les personnes qui ont suivi leur conjoint en Suisse, mais elle augmenterait encore la dépendance de l'épouse étrangère par rapport à son partenaire suisse. De plus, cette disposition désavantagerait et *discriminerait* les conjoints de citoyens suisses et d'étrangers au bénéfice d'une autorisation d'établissement par rapport aux ressortissants des Etats avec laquelle la Suisse a conclu des traités internationaux et aux conjoints de ressortissants des Etats de l'UE.

2. Affaiblissement du statut juridique des conjoints de citoyens Suisses (nouvelle version de l'art. 51 LEtr)

Sous l'angle de la proportionnalité, la nouvelle version de l'*art. 51 LEtr* doit être rejetée elle aussi. Elle aurait pour conséquence que le droit au regroupement familial des proches de citoyens suisses s'éteindrait déjà en cas de manquements mineurs au sens de l'art. 62 LEtr, et non pas seulement en cas d'infraction grave au sens de l'art. 63 LEtr. Les proches de citoyens suisses seraient ainsi discriminés par rapport à ceux de ressortissants des Etats membres de l'UE. Les conditions posées au renvoi de ressortissants de l'UE et aux membres de leur famille provenant de pays tiers ne sont en effet pas liées à des motifs de révocation correspondants. Il faut qu'il y ait une infraction représentant un danger *durable* et suffisamment grave pour l'ordre public. Cette disposition est ainsi diamétralement opposée à la volonté jusque-là affirmée par le législateur dans la LEtr de *ne pas discriminer les citoyens suisses* (cf. art. 42, al. 2, et 47, al. 2, LEtr).

3. Sanction supplémentaire contre les étrangers criminels ou ceux qui sont tributaires de l'aide sociale par le biais de critères de révocation disproportionnés et discriminatoires (nouvelle version des art. 62 et 63 LEtr)

Alors que les innovations qu'on vient de mentionner tendent à rendre plus difficile l'obtention d'une autorisation d'établissement, la nouvelle version de l'*art. 62 LEtr* vise en particulier à faciliter la révocation de cette autorisation. L'*art. 62 LEtr* deviendrait ainsi applicable également aux étrangers autorisés à s'établir et, contrairement au droit actuel, permettrait cette révocation déjà en cas d'atteinte mineure à la sécurité et à l'ordre publics (l'*art. 62*, al. 1, let. b, leur serait applicable au lieu de l'*art. 63*, let. b, LEtr en vigueur, qui exige pour cela une atteinte grave à l'ordre public). En plus, même pour les étrangers établis, l'autorisation d'établissement pourrait être révoquée en cas de recours à l'aide sociale, et non plus seulement en cas de dépendance *durable* et *dans une large mesure* de l'aide sociale (l'*art. 62*, al. 1, let. e, s'appliquerait au lieu de l'*art. 63*, al. 1, let. c, LEtr). Le contre-projet introduit ici des conséquences juridiques négatives pour les étrangers établis, pour des motifs qui n'étaient même pas envisagés par l'initiative de l'UDC sur le renvoi.

Même la protection contre la perte de l'autorisation pour cause de recours à l'aide sociale garantie après quinze ans de séjour en Suisse, que le législateur venait de décider (art. 63, al. 2, LEtr), tomberait avec les modifications proposées. Ainsi, les étrangers au bénéfice d'une autorisation d'établissement seraient plus mal traités après quinze ans de séjour en Suisse que les travailleurs immigrés de l'UE déjà après moins de cinq ans. En effet, l'autorisation d'établissement octroyée à ces derniers ne peut être retirée pour cause de recours à l'aide sociale.

*Globalement, l'innovation vise manifestement une précarisation générale du statut juridique des étrangers établis ne provenant pas de l'espace UE. De tels objectifs discriminatoires et visant l'exclusion doivent être refusés et contredisent aussi bien une politique de l'intégration et de l'inclusion que la politique de l'UE, laquelle tend pour des motifs convaincants à rapprocher le statut juridique des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée de celui des ressortissants de l'Etat de séjour.*¹⁵

Le nouvel art. 62, al. 2, LEtr proposé correspond largement à l'art. 80 OASA, auquel il ajoute la condamnation pénale en tant que motif de révocation. Or cette dernière peut parfaitement, dans le droit actuel, se déduire de l'art. 62, let. c, LEtr. La nouvelle version n'amène donc ni une clarification par rapport à l'ancienne, ni une amélioration matérielle. L'art. 62, al. 3, LEtr (nouvelle version) n'apporte non plus rien de plus que l'art. 80, al. 2, OASA et n'est d'aucun bénéfice pour les applicateurs du droit.

¹⁵ Voir par exemple le § 4 du préambule de la Directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée : « L'intégration des ressortissants de pays tiers qui sont installés durablement dans les Etats membres est un élément clé pour promouvoir la cohésion économique et sociale, objectif fondamental de la Communauté, énoncé dans le traité. » Et le § 9 affirme : « Les considérations économiques ne devraient pas être un motif de refus d'octroyer le statut de résident de longue durée et ne doivent pas être considérées comme interférant avec les conditions pertinentes. »

Enfin, l'art. 62, al. 4, LEtr (nouvelle version) ne fait qu'énoncer des choses qui vont de soi. Ainsi, le Tribunal fédéral a déjà retenu dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, en application de l'ancienne loi sur les étrangers, que les décisions portant sur la révocation d'une autorisation ou sur la perte d'un droit après un acte criminel doivent tenir compte de la gravité de la faute, du degré d'intégration ainsi que de la durée de la présence en Suisse. La pertinence de ces critères résulte donc aussi de l'art. 96 LEtr, ainsi que des critères qui, selon la CEDH, doivent être observés en plus lors de l'examen de mesures mettant fin au séjour. De ce fait, cette disposition aussi est obsolète.

B. Disposition clé du contre-projet à l'initiative de l'UDC sur le renvoi

4. Révocation de l'autorisation en cas d'infraction pénale grave (art. 63 nLEtr) : l'automatisme voulu est disproportionné, contraire aux droits fondamentaux et aux droits humains, et la nouvelle disposition est totalement inutile

L'art. 63 LEtr (nouvelle version) est conçu comme la véritable disposition clé du contre-projet à l'« initiative sur le renvoi ». Il précise la « peine privative de liberté de longue durée » au sens de l'art. 62, let. b, LEtr en disant qu'« une peine privative de liberté de deux ans au moins, ou plusieurs peines privatives de liberté ou plusieurs peines pécuniaires s'élevant au total à 720 jours ou 720 jours-amende au moins en l'espace de dix ans » constituent par principe un motif de révocation de l'autorisation.

La nouvelle formulation est une tentative inopportune, et qui plus est inutilisable, de satisfaire de façon prétendument conforme aux droits fondamentaux et aux droits humains le souhait infondé des auteurs de l'initiative sur le renvoi.

Il faut souligner tout d'abord que les dispositions de la loi en vigueur n'ont pas même encore été appliquées par les tribunaux. La supposition que le droit en vigueur ne suffise pas à protéger convenablement les intérêts publics est donc dépourvue de tout fondement. De fait, aujourd'hui déjà, l'autorisation d'établissement peut être retirée sur la base du droit en vigueur en cas de grave mise en danger de la sécurité et de l'ordre publics. Toutefois, comme l'a relevé récemment la *NZZ*, « une vue d'ensemble systématique des pratiques cantonales en matière de mesures mettant fin au séjour [...] fait aujourd'hui défaut, de même que des statistiques nationales ou cantonales en la matière ».¹⁶

On observera ensuite que la limite de deux ans est calquée sur une pratique du Tribunal fédéral, conçue pour la situation spécifique de conjoints de citoyens suisses qu'ils ont suivi dans notre pays et qui ont commis un crime après moins de cinq ans de mariage. Dans ces cas, la Haute cour a jugé qu'il fallait considéré qu'il s'agissait d'une courte durée de mariage, si bien qu'une condamnation à une peine privative de liberté de deux ans – au sens d'une valeur indicative – annulait le droit de résider conditionné par le mariage.

¹⁶ Christina Achermann, « Die Wegweisung straffälliger Ausländer », *NZZ* 27.2.2009, p. 16 (notre traduction).

Selon la conception de l'innovation législative, le nouvel article relatif à la révocation durcirait encore à maints égards de manière inacceptable cette pratique, dont la conformité à la Convention européenne des droits de l'homme est déjà douteuse à la lumière de la jurisprudence de la CEDH.

Etant donné que, selon l'art. 63, al. 1, LEtr, l'autorisation d'établissement devrait *obligatoirement* être révoquée – sous réserve de l'al. 2 – en cas de condamnation, cette disposition ne s'appliquerait pas qu'aux criminels qui séjournent en Suisse depuis peu de temps, *moins de cinq ans* (!), mais aussi des immigrants de la première, deuxième ou troisième génération, présents depuis de longues années. Ce fait même montre que la révocation automatique proposée serait à bien des égards totalement disproportionnée. A cela s'ajoute qu'en vertu du *nouveau système de sanctions* de la partie générale du CP, les peines de deux ans peuvent être prononcées avec le sursis, et pour les peines de prison jusqu'à trois ans, qui sanctionnent par exemple la fraude fiscale, la gestion déloyale ou la manipulation de cours, le sursis partiel est possible. Or, les peines assorties du sursis ou du sursis partiel supposent obligatoirement un *pronostic légal favorable* : la cour pénale part de l'hypothèse que le criminel concerné respectera le droit à l'avenir. **Le fait que l'autorisation doive automatiquement être révoquée même en cas de peine privative de liberté assortie du sursis montre que le législateur a perdu le sens des proportions et que la fonction de cette mesure relevant du droit des étrangers a été pervertie pour en faire une peine supplémentaire.** Car dans la conception en vigueur jusqu'ici, la révocation de l'autorisation n'avait pas le caractère d'une peine, mais ne devait être ordonnée que lorsque la protection de l'ordre public l'emportait sur l'intérêt privé de l'auteur du délit à rester en Suisse. De plus, l'on ferait aussi abstraction à l'avenir de *la nature et de la gravité de l'acte*, bien que celles-ci soient importantes pour juger du danger que le criminel peut représenter à l'avenir pour l'ordre public.

La même perte du sens de la mesure se manifeste dans la sanction de délits *répétés*, y compris les peines pécuniaires atteignant au total l'équivalent d'une peine privative de liberté de deux ans. A cela s'ajoute encore qu'une « période probatoire » de dix ans s'appliquerait. Celui donc qui par exemple, neuf ans après un premier délit, serait à nouveau condamné à une peine de prison d'une année – même avec sursis – perdrait du même coup son droit de résider. Cette mesure est sans nuances, objectivement injustifiée et disproportionnée et elle doit donc être rejetée.

Il faut relever ensuite que là aussi, *les ressortissants d'Etats tiers seraient lourdement discriminés par rapport à ceux de l'espace UE ainsi qu'aux membres de leur famille*. Pour les ressortissants de l'espace UE (et les membres de leur famille), la révocation de l'autorisation ne peut en aucun cas être liée au montant de la peine. En vertu de l'art. 5 de l'annexe I à l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), elle n'est possible, quel que soit le montant de la peine, que si le séjour du criminel en Suisse représente un *danger pour l'ordre public* qui soit *actuel, suffisamment grave, et qui porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la société*.

Même les auteurs des projets de révision ne semblent pas avoir douté du bien-fondé des critiques ici formulées. A l'art. 63, al. 2, LEtr (nouvelle version), le projet concède en effet que l'automatisme de la révocation s'applique sous réserve du principe de proportionnalité. Certes, il ne le fait qu'à contrecœur, comme en témoigne la formulation adoptée : « *A titre ex-*

ceptionnel, l'autorisation n'est pas révoquée [...] lorsque l'intérêt privé de l'étranger est particulièrement important et l'emporte sur l'intérêt public à révoquer l'autorisation ». Mais en fait, dans ces circonstances, à savoir une pesée des intérêts concluant en faveur de l'auteur du délit, ce n'est pas à titre exceptionnel mais obligatoirement qu'il faudrait décider de ne pas révoquer l'autorisation. Le contraire reviendrait à violer le principe de proportionnalité.

Pour une pratique en matière de révocation qui soit conforme aux droits fondamentaux et aux droits humains, il est indispensable que la pesée des intérêts tienne compte de la jurisprudence de la CEDH à ce sujet. Mais à cette condition, une révocation de l'autorisation en raison d'une peine privative de liberté de deux ans seulement ne serait pas admissible dans nombre de cas, notamment pour les personnes présentes en Suisse depuis de longues années qui commettent un crime, pour les criminels étrangers de la deuxième ou de la troisième génération, ainsi que pour les criminels qui ont des rapports familiaux étroits avec la Suisse.

Le contre-projet du Conseil fédéral à l'« initiative sur le renvoi » s'avère ainsi inutilisable et inutile ; il n'aurait tout au plus qu'un effet symbolique. Mais en cela il est malhonnête, contre-productif et objectivement inadéquat. D'une part, il suggère une nécessité d'agir sans faits à l'appui. De l'autre, il jette de la poudre aux yeux au lieu de parler sans fard aux citoyens. Disons-le clairement : une révocation automatique de l'autorisation d'établissement liée à une peine privative de liberté de deux ans ou à une peine pécuniaire équivalente, assortie du renvoi, ne serait dans bien des cas pas conforme aux droits fondamentaux et aux droits humains.

La encore, la conclusion ne peut être que : interrompre l'exercice !