

par courriel:

vernehmlassungSBRE@sem.admin.ch

MM/RR/Im 312

Berne, le 28 mars 2024

Consultation relative à la Modification de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (facilitation de l'exercice d'une activité lucrative indépendante, prise en compte du centre des intérêts et accès aux systèmes d'information)

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

La Fédération suisse des avocats (ci-après FSA) vous remercie de lui avoir donné l'occasion de prendre position dans le cadre de la consultation susmentionnée. Elle se détermine comme il suit sur l'avant-projet de modification de la Loi sur les étrangers et l'intégration.

1. Réduction de la durée de détention Dublin pour insoumission

Par la modification de l'art. 76a al. 4 de la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (ci-après : LEI), le législateur met en œuvre une décision du Tribunal fédéral et s'aligne avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, elle n'appelle donc pas de remarque particulière de la FSA.

2. Obligation de présence dans le logement assigné

2.1 Généralités

L'avant-projet prévoit à l'art. 73a AP-LEI une obligation de présence de la personne concernée par une décision de renvoi exécutoire dans le logement qui lui a été assigné.

Bien que le projet instaure une nouvelle mesure qui permette de prononcer une mesure moins incisive à la détention, celle-ci pose problème à plusieurs égards.

2.2 Atteinte à la liberté personnelle

La mesure envisagée porte atteinte à la liberté personnelle, droit fondamental consacré aux art. 10 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (ci-après : Cst) et art. 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH). Les conditions suivantes de l'art. 36 Cst doivent donc être remplies pour que cette mesure soit justifiée.

2.2.1 Existence d'une base légale (art. 36 al. 1 Cst)

Selon l'art. 36 al. 1 Cst, les restrictions graves aux droits fondamentaux doivent notamment se fonder sur une loi au sens formel. En cas de restriction à la liberté, voire de privation de liberté, une densité normative plus élevée est exigée (BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 21).

L'art. 73a AP-LEI souffre d'un manque de précision quant à l'exécution de la mesure prévue. Il existe bien une limite temporelle durant laquelle cette mesure doit être respectée (six heures par jour durant un mois maximum), mais de nombreux autres éléments font défaut tels que de déterminer sur quels critères la durée de l'obligation de présence est fixée, sous quelle forme l'autorité ordonne la présence obligatoire, si les six heures doivent être d'affilée ou en plusieurs séquences, qui est chargé du contrôle du respect de la présence obligatoire et de quelle manière, dans quelles circonstances la mesure est considérée comme violée, qui se charge de déterminer si la mesure a été violée, quelles heures de la journée sont concernées, jusqu'où s'étend l'obligation de présence (une pièce, le bâtiment entier), comment cette obligation de présence est appliquée aux personnes vulnérables.

Le problème posé par ces lacunes ressort de la densité normative qui est ici trop faible. En effet, selon le Guide de législation de l'Office fédéral de la justice (OFJ, Guide de législation, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 2019, §596), « [u]n acte législatif a une densité normative trop faible lorsqu'il :

- [...]
- Laisse trop de questions ouvertes ou est trop bref et lacunaire ;
- N'éclaircit pas les situations équivoques et ne répond pas aux questions cruciales ;
- [...] ».

Au vu de l'importance de la restriction à la liberté que cette mesure apporte, au sens de la FSA, le projet, tel qu'il est prévu, ne respecte pas le principe de légalité, faute d'être suffisamment précis et concret.

2.2.2 Proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst)

Conformément à l'art. 36 al. 3 Cst, les atteintes aux droits fondamentaux doivent notamment être proportionnées.

La proportionnalité au sens étroit prévoit qu'il doit y avoir un rapport raisonnable entre le but de la mesure envisagée et l'effet de cette mesure (OFJ, Guide de législation, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 2019, §688). En

particulier, une mesure n'est pas proportionnée si les conséquences négatives l'emportent et qu'il existe une mesure moins contraignante afin d'atteindre le but. Il convient de mettre en balance les intérêts publics et privés (cf. également l'art. 5 al. 2 Cst) (BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 55). Le respect de ces principes est requis non seulement dans un cas de restriction de la liberté au sens de l'art. 10 al. 2 Cst, mais également dans un cas de privation de liberté, où doit en outre exister un motif de détention au sens de l'art. 31 Cst et 5 CEDH.

La mesure envisagée est introduite afin de garantir que la personne concernée soit présente lorsque cela est nécessaire pour clarifier son identité ou obtenir des documents de voyage et organiser son départ (art. 73a al. 1 in fine AP-LEI).

L'unique fait que la personne concernée n'ait pas quitté la Suisse dans le délai imparti, ne paraît pas, pour la FSA, être un motif suffisant et dans un rapport raisonnable avec le but poursuivi pour pouvoir prononcer la mesure d'obligation de présence. En particulier, le fait que cette mesure puisse être imposée indépendamment du motif pour lequel l'étranger ne se soumet pas à l'exécution de la décision est particulièrement problématique.

Il faudrait que l'on soit en présence d'indices multiples et concrets et, selon le principe de nécessité, que les moyens moins incisifs déjà existants, tels que par exemple l'obligation de se présenter aux autorités, fournir des sûretés financières, déposer des documents de voyage (art. 64e LEI) ou encore l'assignation d'un lieu de résidence (art. 74 al. 1 let. b LEI), n'aient pas eu de succès afin de poursuivre le but recherché.

Le but de clarifier l'identité, obtenir les documents de voyage et organiser le départ ne nécessite techniquement pas la présence de la personne concernée durant six heures par jour durant un mois au maximum dans un logement assigné. Le texte ne prévoit pas que la mesure soit subsidiaire et ses conséquences négatives pour l'individu l'emportent sur l'intérêt public. Elle ne respecte donc pas le principe de proportionnalité.

2.3 Conclusion intermédiaire

La formulation insuffisamment précise et concrète de l'art. 73a AP-LEI contrevient à l'exigence de base légale requise par l'art. 36 al. 1 Cst. Par ailleurs, la mesure est disproportionnée par rapport au but poursuivi. En l'état, pour les raisons qui précèdent, la FSA propose le rejet de l'art. 73a AP-LEI.

3. Nouveaux motifs de détention

Les nouveaux art. 76 al. 1 let. b ch. 6 AP-LEI et 76a al. 2 let. k AP-LEI viennent sanctionner la violation de l'obligation de présence prévue par l'art. 73a AP-LEI par la détention mais ne comblent aucune lacune de la loi. Ces dispositions sont donc superflues.

Si ces dispositions devaient néanmoins être maintenues, elles devraient prévoir, dans un souci de proportionnalité, de n'être appliquées que si la personne concernée, en manquant à son obligation de présence, a empêché l'exécution d'un renvoi, d'une expulsion ou d'une expulsion pénale, ou d'un transfert vers l'État Dublin compétent. Si la personne n'a manqué qu'à son devoir de présence aux fins de vérification d'identité ou de rendez-vous à l'ambassade afin de préparer le départ, l'élément constitutif qui permet de prononcer la détention n'est pas réalisé. La FSA juge utile de préciser cet élément dans la loi.

3. Conclusion

L'obligation de présence constitue une atteinte aux droits fondamentaux sous la forme d'une restriction de liberté, voire de privation de liberté. La FSA s'oppose à cette nouvelle mesure et estime que celles existantes permettent déjà de remplir les buts poursuivis par la mesure.

Dans le cas où cette mesure serait tout de même introduite, elle ne devrait être appliquée que de manière restrictive et justifiée, en tant qu'alternative à la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, dans le plein respect du principe de proportionnalité.

La FSA propose de rejeter les sanctions prévues en cas de non-respect de l'obligation de présence sous la forme de détention. Les éléments actuels prévoyant la détention sont suffisants.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez aux présentes remarques, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de nos sentiments distingués,

Président FSA

Secrétaire général FSA

Matthias Miescher

René Rall

