Commission Eglise et société de la FEPS Commission nationale suisse Justice et Paix

Mesures de contrainte: une application en évolution

Introduction

Dans l'*instrument de travail* «Mesures de contrainte, quelques suggestions pour des contacts avec les autorités cantonales» (IES-J+P Texte 3/95) de mars 1995, la commission «Eglise et société» de la Fédération des Eglises protestantes de la Suisse (FEPS) et la commission Justice et Paix de la Conférence des évêques suisses publiaient une série de propositions sur l'application des mesures de contrainte dans les cantons, mesures entrées en vigueur le premier février. Depuis lors la plupart des cantons ont édicté des ordonnances, le Tribunal fédéral est intervenu à de nombreuses reprises et plusieurs groupes et Eglises sont entrés en dialogue avec les autorités cantonales.
Le présent *instrument de travail*, le deuxième portant sur les mesures de contrainte, présente quelques arrêts du Tribunal fédéral et de certains tribunaux cantonaux et compare quelques aspects des règlements cantonaux d'application. Ses auteurs espèrent qu'en réunissant d'une manière concise des informations par ailleurs dispersées, il aidera les personnes et organisations concernées à poursuivre leur action dans leur canton respectif. Il complète le premier *instrument de travail* qui reste disponible à nos secrétariats.
Elaboré par le groupe de travail sur les questions des réfugiés de la FEPS et le groupe de travail «Droits de l'Homme» de Justice et Paix, cet *instrument de travail* est édité par la commission «Eglise et société» de la FEPS et la commission Justice et Paix.

I. Les tribunaux tranchent

1. Qui peut décider de la légalité d'une détention selon les mesures de contrainte?

La Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH) exige que toute personne arrêtée ou détenue soit aussitôt traduite devant un juge (art. 5 ch. 3) s'il y a soupçon d'infraction. Cette personne a également le droit «d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention» (art. 5 ch. 4). En vertu de cette distinction générale, le Tribunal fédéral (TF) a admis un recours contre la police des étrangers bernoise dans un arrêt rendu le 28 mars 1995.
Le canton de Berne avait confié au juge d'instruction la compétence de juger de la légalité des détentions en phase préparatoire ou en vue de refoulement. Le Tribunal fédéral s'est en fait prononcé contre cette attribution.
Son argumentation est la suivante: un juge d'instruction a certes une fonction judiciaire, mais pas une fonction de juridiction et de jugement. Il peut arriver, selon la loi sur les mesures de contrainte, qu'une personne soit mise en détention en phase préparatoire ou en vue d'un refoulement alors qu'une procédure pénale est en cours (Art. 13a lit.e de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, ci-après LSEE). Si bien qu'une confusion entre la fonction d'instruction dans le cadre d'une procédure pénale et la fonction de jugement de la légalité d'une détention n'est pas exclue. Il est de plus difficile pour la personne détenue de faire confiance au juge d'instruction qui détermine la légalité de sa détention alors qu'un autre juge d'instruction enquête sur les actes dont elle pourrait être prévenue. Enfin la détention selon la LSEE est une détention administrative. Elle ne doit pas être confondue avec une détention de nature pénale. Pour toutes ces raisons le Tribunal fédéral a jugé que la décision du canton de Berne de **confier la vérification de la légalité de la détention au juge d'instruction «n'offre pas les garanties qui sont nécessaires à l'examen de la détention en phase préparatoire ou en vue du refoulement»** (Arrêt de la IIe Cour de droit public du TF du 28 mars 1995 / 2A.86/1995). Le recours a donc été admis et la personne concernée libérée.
Cet arrêt du Tribunal fédéral a une double conséquence. D'une part il permet de libérer les personnes dont la détention a été confirmée ou prolongée par un juge d'instruction. D'autre part les cantons doivent, dans leur règlement d'application, choisir une instance qui garantisse l'indépendance de jugement exigée par le Tribunal fédéral, ce que fit le canton de Berne le 12 avril 1995 en attribuant cette tâche de contrôle aux présidents des tribunaux de district.
Nous-mêmes avions, dans notre premier *instrument de travail*, souhaité que le juge d'instruction pénal soit chargé de la vérification de la légalité des détentions pour des raisons pratiques. Le Tribunal fédéral a estimé que le risque d'amalgame entre les procédures pénale et administrative était trop grand. Nous devons reconnaître qu'il n'a pas tort. L'exemple ci-dessous l'atteste.

2. Comment séparer la procédure administrative de la procédure pénale?

Dans un arrêt rendu le 6 juin 1995 le Tribunal fédéral estimait que «la libération immédiate s'impose lorsque l'intéressé ne présente pas de danger sérieux pour la sécurité, par exemple s'il s'agit d'un étranger dont le comportement n'a pas donné lieu à des reproches d'une certaine importance et qui cherche simplement à éviter de devoir quitter la Suisse» (Arrêt de la IIe Cour de droit public du TF du 6 juin 1995 / 2A.208/1995) en renvoyant l'affaire au Tribunal administratif du canton de Genève. Il s'agissait d'un ressortissant algérien déjà condamné à une interdiction d'entrée en Suisse pour infraction à la loi sur les stupéfiants. Il avait de nouveau été arrêté à Genève et soupçonné de trafic de haschich. Il a toutefois été relaxé dans le cadre de la procédure pénale le 21 avril à 17h15. Or à 17h20 le même jour, l'Officier de police ordonnait la détention de cette personne en vertu des mesures de contrainte. Le Tribunal administratif du canton de Genève, constatant que les autorités pénales n'avaient pas poursuivi l'intéressé, estima que ces mêmes faits ne sauraient «être invoqués sérieusement pour justifier une détention administrative». Il ordonnait la libération immédiate du détenu (Arrêt du Tribunal administratif de la République et canton de Genève du 8 juin 1995).

3. Le manque d'information peut-il invalider une décision de mise en détention?

Comme le montre un arrêt du Tribunal cantonal st-gallois, les informations données à la personne détenue doivent lui être pleinement accessibles. Cet arrêt portait sur une détention ayant eu lieu avant l'entrée en vigueur des mesures de contrainte. La personne détenue, originaire du Bangladesh, ne connaissait pas assez l'allemand pour comprendre la notification écrite de la mise en détention et les explications orales données. C'est pourquoi, en application de la Convention européenne des Droits de l'Homme, article 5, ch. 2 et 5, cette personne a reçu une indemnité pour détention non motivée et absence de connaissance des voies de recours possibles. (Kantonsgericht St.Gallen, III. Zivilkammer, Urteil vom 23. Februar / 6. April 1995)

4. Ordonner la détention d'un «pré-requérant» comporte-t-il un vice de forme?

Un ressortissant de l'ex-Yougoslavie n'a pas pu déposer une demande d'asile au Centre d'enregistrement de Bâle quand il s'est présenté à celui-ci le 24 février 1995, car il ne disposait pas de ses papiers d'identité. Ce refus d'enregistrer la demande d'asile était conforme à la directive de l'Office fédéral des réfugiés (ODR) du 10 juillet 1992 exigeant, comme condition préalable à tout enregistrement de demandes d'asile, la présentation de papiers d'identité. Le 17 mars il obtient toutefois de ce centre un délai de trente jours pour présenter ses papiers et une attestation confirmant qu'il avait demandé l'asile. Arrêté le 20 mars, la police des étrangers ordonna son renvoi et sa mise en détention en vue du refoulement. Cette détention fut confirmée le 24 mars par le Tribunal administratif. Un recours fut déposé.
Le Tribunal fédéral dans son arrêt du 26 avril estima que le renvoi serait grossièrement contraire au droit si le recourant était requérant d'asile. Or, constata le Tribunal fédéral, la loi sur l'asile (LA) prévoit l'ouverture d'une procédure d'asile «à la seule condition que la volonté de présenter une demande d'asile soit exprimée de façon reconnaissable» (Cf. art. 13 de la LA). De plus une police cantonale des étrangers n'a pas la compétence de refuser une demande d'asile. Il faut donc, selon le Tribunal fédéral, «admettre que le recourant était requérant d'asile au moment où le renvoi a été prononcé à son encontre.[...] Dès lors le renvoi prononcé par la police des étrangers du canton de Bâle-Ville est contraire à une disposition claire du droit. La détention en vue du refoulement ordonnée pour garantir son exécution est ainsi dépourvue de base... .» (Arrêt de la IIe Cour de droit public du TF du 26 avril 1995 / 2A.135/1995). Du même coup le Tribunal fédéral invalida la directive de l'ODR du 10 juillet 1992 et dans les jours qui suivirent de nombreux requérants d'asile attendant à la porte des centres d'enregistrement accédèrent enfin à la procédure.

5. Sous quelles conditions le passage d'une détention préparatoire à une détention en vue d'un refoulement est-il possible?

Monsieur F. dépose une demande d'asile le 15 février 1995 dans le canton de Lucerne. Depuis la veille il est en détention préparatoire. Le 14 mars, l'Office fédéral des réfugiés lui annonce sa décision. Elle est négative. Le 23 mars la police des étrangers du canton de Lucerne ordonne le maintien de la détention, cette fois-ci en vue du refoulement. Le Tribunal administratif du canton confirme le maintien de la détention le 27 mars, sans procédure orale.
Le Tribunal fédéral a examiné le cas de Monsieur F. à deux reprises. Déjà dans son arrêt du 3 avril il relevait que le passage d'une détention préparatoire à une détention en vue d'un refoulement n'était pas automatique. Elle devait faire l'objet d'une nouvelle décision (Cf. art. 13b al.1 lit.a LSEE) et d'un contrôle portant sur «la légalité et l'adéquation de la détention» (art. 13c al.2 LSEE) dans les 96h. «Si au moment du passage à la détention en vue d'un refoulement il n'y avait pas de contrôle judiciaire, cela aurait pour conséquence

que l'étranger reste, le cas échéant, jusqu'à six mois en détention sans contrôle judiciaire s'il ne dépose pas de lui-même une demande de libération. Cela n'a pas été voulu par le législateur, celui-ci a lui-même prévu en cas de détention en vue d'un refoulement qu'elle soit prolongée au delà de trois mois seulement avec l'accord des autorités judiciaires» (Arrêt de la IIe Cour de droit public du TF du 3 avril 1995 / 2A.105/1995). Or la détention préparatoire prend fin dès que la décision de première instance de renvoi est publiée. Si bien qu'une décision de maintien en détention, cette fois-ci en vue d'un refoulement doit être prise immédiatement et faire l'objet d'une vérification judiciaire dans les 96h, comme le précise le Tribunal fédéral dans son arrêt du 9 mai 1995. Dans le cas particulier cette vérification a eu lieu 13 jours plus tard. De surcroît la procédure ne fut pas orale. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a ordonné la libération du plaignant (Arrêt de la IIe Cour de droit public du TF du 9 mai 1995 / 2A.156/1995).

II. Les cantons réglementent

La plupart des cantons ont maintenant des ordonnances d'application des mesures de contrainte édictées par les gouvernements cantonaux. Seul le canton d'Argovie a refusé d'appliquer les mesures de contrainte jugeant qu'il ne disposait d'aucun lieu de détention adéquat.
Rares sont les cantons où des débats eurent lieu dans les Grands Conseils. Ce fut le cas à Genève. Tous les cantons devront toutefois transformer leur odonnance en loi dans un délai de deux ans. Certains cantons l'ont prévu en limitant explicitement la durée de validité de l'ordonnance (Lucerne, Soleure, Valais, Vaud et Zurich).
Ci-dessous sont présentés quelques aspects des ordonnances cantonales. Celles-ci se limitent en règle générale à définir les compétences des divers organes chargés de la mise en application des mesures de contrainte.

6. Généralités

La police des étrangers ou l'organisme analogue est compétent pour décider de la mise en détention en phase préparatoire (art. 13a LSEE), en vue d'un refoulement (art. 13b LSEE), du lieu de détention en accord avec la police cantonale (art. 13d al.2) de limiter les possibilités de déplacement (art. 13e) de la fouille d'un étranger (art. 14 al.3). L'autorité judiciaire chargée de vérifier la légalité de la détention et de la prolongation de celle-ci (art. 13c al.2 et 3, art 13b al.2), d'examiner les demandes de libération (art. 13c al.4), de décider d'une perquisition (art. 14 al.4) est le Tribunal administratif ou le Tribunal cantonal, parfois le Tribunal de district, souvent par un seul juge, voire le président du tribunal. Dans le canton de Vaud, le juge de paix de Lausanne, non la police des étrangers, décide d'une détention. La décision doit intervenir dans les 24h (art. 6 de l'ordonnance). Les directives du Département précisent qu'une telle détention «est possible lorsque la personne visée fait l'objet d'une décision de renvoi ou d'expulsion définitive et exécutoire et qu'elle constitue un danger pour la sécurité d'autres personnes ou pour l'ordre public». Est ainsi exclue la détention préparatoire.

7. Les voies de recours

La plupart des cantons ne prévoient pas de recours internes au canton, voire les excluent explicitement. Mais des exceptions existent pour les décisions portant sur la légalité de la détention, sur la prolongation de celle-ci, et sur les demandes de libération. Obwald autorise un recours auprès de la commission du Tribunal cantonal, Schaffouse auprès du Tribunal cantonal, le Tessin auprès de la chambre des recours pénaux du Tribunal d'appel, Vaud auprès du Tribunal cantonal, Zoug auprès de la commission de justice. A Bâle-campagne le détenu a le droit d'être entendu dans les 24h. Dans presque tous les cantons la décision de limiter les déplacements peut faire l'objet d'un recours, sauf à Bâle-campagne. En cas de perquisition, les recours sont exclus en Appenzell (intérieur) à Bâle (ville et campagne), aux Grisons, en Thurgovie.
Dans tous les cas, le droit de recours auprès du Tribunal fédéral reste réservé ainsi que le recours auprès de la Commission et de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Cette dernière est en effet la plus haute juridiction reconnue par la Suisse.

8. Délai pour vérifier la légalité de la détention

Cette vérification doit intervenir selon le droit fédéral dans les 96h. Toutefois ce délai a été raccourci dans deux cantons. Il est de 24h. dans le canton de Vaud et de 72h. à Neuchâtel. Le Grand Conseil genevois a demandé que ce délai soit ramené à 48h.

9. Les conditions de détention

A part Argovie qui renonce à appliquer les mesures de contrainte tant qu'il ne dispose pas d'un lieu de détention adéquat, les cantons font avec les moyens existants, même s'ils sont ainsi en contradiction avec la loi fédérale qui demande des locaux ad hoc (art. 13d al.2 LSEE). Ils définissent des étages ou des secteurs de prisons destinés à recevoir les détenus soumis aux mesures de contrainte. Obwald limite la durée de la détention dans la prison de Sarnen à 2 mois. Lucerne précise que la

personne détenue doit disposer des plus larges libertés possibles, recevoir des visites, son courrier ne doit pas être contrôlé. Jura envisage de renoncer à la détention si la personne ne peut être séparée des détenus en prison préventive ou purgeant une peine. Le Grand Conseil genevois demande que le régime de détention soit «dégagé des contraintes liées au secret et à la sécurité en matière de détention» (Motion adoptée le 8 juin 1995).

10. L'information au détenu

Les détenus doivent connaître les raisons de leur détention et les droits dont ils disposent. A Zoug la décision de mise en détention de l'office des étrangers doit être communiquée par écrit et être motivée. Le canton des Grisons ajoute que la communication des informations et les procédures orales seront faites avec l'aide d'interprètes quand cela s'avère nécessaire. Le canton de Lucerne demande que cela soit fait dans une langue compréhensible pour le détenu.

11. L'obligation d'informer des tiers

Cette obligation prévue par le droit fédéral (art. 13d al.1 LSEE) garantit la transparence de la procédure et le respect des droits des détenus. C'est pourquoi il est nécessaire que les personnes détenues puissent contacter un mandataire ou une personne de leur choix dans les premières heures de leur détention. Pour cela la distribution d'office d'**une liste de personnes qui peuvent être contactées** est nécessaire. Elle est possible dans certains cantons, en discussion dans d'autres. Le canton de Vaud précise dans sa directive qu'un téléphone et du matériel pour écrire doit être mis à disposition de la personne détenue.
Pour cela les organes d'aides juridiques des oeuvres d'entraide, les réseaux de mandataires doivent être prêts à conseiller la personne détenue dans les plus brefs délais. Le canton de Vaud est le seul à prévoir un conseil d'office dédommagé par le canton si la personne détenue ne peut pas payer les honoraires. Dans tous les autres cantons, il est nécessaire de procéder avec les moyens du bord. Un engagement accru des Eglises et des oeuvres d'entraide permettant de mettre sur pied un système de piquet serait à cet égard le bienvenu. Les efforts actuellement entrepris pour récolter et centraliser les informations sur les cas de détention sont également à saluer.

Conclusion

Les cas soumis au Tribunal fédéral pendant les premiers mois d'application des mesures de contrainte montrent deux choses. D'une part il existe un besoin de clarifier certaines dispositions de la loi, d'autre part les risques de dérapage sont réels. Le Tribunal fédéral a dû indiquer quelle pouvait être l'instance cantonale à même de décider de la légalité d'une détention. Les tribunaux sont intervenus pour éviter le maintien automatique d'une détention au moment où tombe la décision en première instance sur la demande d'asile, pour garantir le droit à l'information des détenus, pour éviter des détentions abusives. Les juges corrigent ainsi le travail approximatif du législateur, mais ils ne peuvent pas corriger la loi elle-même.
L'absence de débat démocratique dans les législatifs cantonaux laisse également songeur. Alors qu'il s'agit d'atteintes graves à la liberté des personnes, les ordonnances d'application sont restées dans les mains des exécutifs. Mener des discussions dans les parlements cantonaux sur la mise en oeuvre des mesures de contrainte reste encore un devoir du monde politique car ils constituent les seules instances à même de fixer dans la loi les corrections apportées par les tribunaux.
Le travail du monde associatif, des oeuvres d'entraide et des Eglises pour le suivi des mesures de contrainte doit encore être renforcé. Il s'agit de mettre sur pied des réseaux d'information permettant de connaître effectivement et à temps qui est détenu, sous quel motif et dans quelles conditions. Il faudra également mettre en place un instrument d'évaluation sur le plan national afin de comparer non seulement les réglementations, mais également la pratique effective, très variable d'un canton à l'autre.
Nous restons très préoccupés par l'existence de cette loi. Sa légitimité démocratique n'enlève rien à son caractère discriminatoire face aux personnes cherchant vainement une protection dans notre pays. Nous espérons vivement que la lumière faite sur le sort de ces personnes dans les divers cantons permettra à tous les citoyens de mesurer les conséquences de cette loi.

Berne, septembre 1995

Commission Eglise et société de la FEPS
Sulgenauweg 26, 3007 Berne
tél. 031/372.25.10, fax. 031/372.46.17

Commission nationale suisse Justice et Paix
Case postale 6872, 3001 Berne
tél. 031/381.59.55, fax. 031/381.83.49

IES-J+P Texte 12/95