

RAPPORT SUR LES INFRACTIONS

IMPUTÉES A LA SUISSE

EN MATIERE D'ASILE

pour la période 1979-1994

déposé dans le cadre de l'accusation
à la séance sur le droit d'asile
du Tribunal Permanent des Peuples
(Berlin - décembre 1994)

Déposé et édité par la Coordination Asile Suisse.

Berne, le 5 décembre 1994

Rédaction générale et coordination par Christophe TAFELMACHER, sur mandat de la Coordination Asile Suisse.

TABLE DES MATIERES

A). Introduction: La Suisse, Cause De Migrations.
Grégoire RABOUD, Déclaration de Berne, Lausanne.

B). Violations Du Droit Et Discriminations En Droit Interne.

1. Problèmes liés à l'ordre juridique suisse - genèse de la loi sur l'asile.

11. Absence d'un juge constitutionnel.

12. Absence de droit subjectif.

2. Problèmes liés au déroulement de la procédure d'asile.

21. Dépôt de la demande.

211. Les frontières.

2111. Postes frontières habilités - Répression des entrées illégales.

2112. Exigences des visas.

212. L'aéroport ou le no man's land.

213. La demande d'asile auprès des ambassades suisses.

214. Les centres d'enregistrement: création et dénonciations.

2141. Organisation matérielle et attitude générale des fonctionnaires.

2142. Accès difficile aux tiers - Les Délégués d'oeuvre d'entraide.

2143. Violations du droit d'être entendu.

2144. Renvois intempestifs.

2145. Pressions en vue du retrait de la demande d'asile.

2146. Effets des rapports.

2147. Autres obstacles à l'enregistrement.

215. La répartition cantonale: instrument de séparation des familles.

22. L'audition du candidat réfugié.

221. L'audition cantonale.

222. L'audition fédérale.

23. Problèmes lors de l'instruction du dossier.

231. La consultation du dossier.

232. Le droit d'être entendu.

233. Le rôle discutable des ambassades.

2331. La consultation des rapports d'ambassade.

- 2332. **La manière dont les vérifications sont faites sur place par les ambassades.**
- 2333. **Le cas particulier du Zaïre comme exemple illustratif.**

- 24. **La décision de première instance.**
- 241. **L'accélération.**
- 242. **La vraisemblance et les contradictions.**
- 243. **L'utilisation abusive des procès-verbaux.**
- 244. **L'expérience générale de la vie et les Zaïrois.**
- 245. **Les Textbausteine.**
- 246. **L'exigence d'une persécution étatique.**
- 247. **L'inégalité de traitement.**

- 25. **Pays sûrs: un concept très paradoxal.**

- 26. **Le recours.**
- 261. **Absence de perspective en cas de recours et disparition progressive de voies de recours au fil des années.**
- 262. **La Commission de recours: déception et dépendance.**

- 27. **Attitude l'administration à l'égard de la société civile: refus de financer une défense d'office.**

- 28. **Les décisions de renvoi et l'exécution des départs.**
- 281. **Les décisions de renvoi.**
- 282. **Les réfugiés de la violence.**
- 283. **L'exécution des renvois.**
- 284. **Les disparitions.**
- 285. **La détention en vue du refoulement.**
- 286. **La situation des Zaïrois comme exemple illustratif.**
- 287. **Expulsions choquantes: cas où la Suisse a expulsé des personnes ayant été persécutées à leur retour.**

3. Rapports de la Suisse avec les pays où existent des violations des droits de l'homme.

- 31. **Combien de temps le Conseil fédéral veut-il encore attendre? Berne approuve les tortures infligées aux Kurdes!**
Ludwig A. MINELLI, MENSCH + RECHT, n° 53, septembre 1994.
- 311. **Que fait la Berne officielle?**
- 312. **Un acte inamical.**

32. La protection apportée à des persécuteurs.

4. État de droit, étrangers et droit d'asile.

41. Évolution de la loi sur l'asile et de sa mise en pratique.

411. Interprétation discutable de certaines notions juridiques en défaveur des réfugiés.

412. Rôle excessif donné aux directives.

42. Une législation sur l'immigration raciste.

43. La langue comme moyen de discrimination et de criminalisation.
Erika BURGAUER, permanente de la Coordination Asile Suisse.

44. Une loi anticonstitutionnelle: les mesures de contrainte.

441. Mesures de contrainte ou loi martiale?
Jean-Pierre GARBADE, avocat inscrit au Barreau de Genève., 15.11.1994.

4411. Contexte général.

4412. Droits à libre circulation des étrangers.

4413. Détention préventive en vue de refoulement.

4414. Détention en vue de refoulement.

4414. Violation des garanties procédurales liées à la commission d'une infraction.

4415. Perquisition à domicile.

4416. Arbitraire et notions juridiques imprécises.

4417. Conclusions.

442. La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers.
Andreas AUER, Professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève.

4421. Introduction.

4422. Les mesures de contrainte.

4423. Le caractère incomplet du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et ses conséquences.

4424. L'interdiction des discriminations.

4425. La garantie des libertés.

4426. Conclusion.

443. Après la votation sur l'article antiraciste, avant la votation sur les camps de concentration: combattre le fascisme montant.
Ludwig A. MINELLI, MENSCH + RECHT, n° 53, septembre 1994.

5. Le cas particulier des mineurs non-accompagnés.

51. Présentation de la problématique.

52. La situation sur le plan juridique - Généralités.

521. La Circulaire du 30 octobre 1989 et son application.

- 522. La dénonciation auprès du Conseil fédéral en 1991.
- 53. Les problèmes soulevés par les mineurs non-accompagnés.
- 531. Représentation légale.
- 532. Irrégularité de la procédure en l'absence de représentant légal.
- 533. Capacité de discernement.
- 534. Recherche de la famille.
- 535. Mesures spéciales en vue de l'exécution du renvoi.
- 536. Audition sur les motifs d'asile.
- 537. Prise en compte de la formation en Suisse.
- 54. Conclusions.

6. Le cas particulier des femmes face à la procédure d'asile en Suisse.

- 61. Le traitement des aspects spécifiques aux femmes par les autorités compétentes en matière d'asile et la police des étrangers.
Anni LANZ, 7 octobre 1993.
- 611. Introduction.
- 612. De l'importance de l'état civil des étrangères.
- 613. Des obstacles au renvoi spécifiques aux femmes.
- 614. Des motifs de fuite et des obstacles au renvoi spécifiques aux femmes au cours de l'audition.
- 615. Obstacles au renvoi et procédure de réexamen.
- 616. Les épais dossiers des femmes violées.
- 617. Les étrangères perdent leur capacité de sujet de droit par le mariage.
- 618. Le caractère problématique du rôle de la mandataire.

7. L'aide sociale comme partie intégrante d'un dispositif de dissuasion.

- 71. Aide sociale et dissuasion.
- 72. Les normes d'assistance en-dessous du minimum vital.
- 73. Apport des requérants d'asile à l'économie suisse.
- 74. Les structures d'accueil et les conditions de travail des assistants sociaux.

8. Réflexions sur des difficultés de la naissance d'une éthique politique dans le domaine du droit d'asile.

Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP, philosophe, membre de la Coordination Asile Suisse.

- 81. Introduction.
- 82. A propos des conditions d'organisation politique et de l'éthique politique.
- 821. État-nation souverain, frontières nationales et droit d'asile.
- 822. L'aliénation de la souveraineté politique dans le droit d'asile.
- 83. La «banalisation du mal» politique aujourd'hui dans le droit d'asile.
- 831. La raison-calcul à l'oeuvre dans la machine à refouler et le manque de pensée.
- 832. Remarques sur des déterminismes structurels.
- 84. En guise de conclusion.

C). La Suisse Et L'Europe

1. Liberté de circulation des personnes, Schengen, Dublin et le droit d'asile Suisse.

Muriel BECK KADIMA, 9.10.92.

- 11. Les stratégies de l'actuelle politique en matière de réfugiés sont-elles encore adaptées?
- 12. La liberté de circulation des personnes en Europe et les mesures correspondantes dans le domaine de l'asile.
- 13. Schengen, Dublin et l'arrêté fédéral urgent sur la procédure d'asile du 22 juin 1990 (APA).
- 14. Signification des accords de Schengen et de Dublin pour la Suisse.
- 15. Propositions pour l'avenir.

2. La Suisse et l'Europe des polices.

Beat LEUTHARDT, juriste et journaliste, novembre 1994.

- 21. Droit d'asile: une bière suffit.
- 22. La bonne affaire des empreintes digitales.
- 23. La Suisse, enfant chérie des États européens.
- 24. L'EEE et l'UE non, mais la forteresse Europe, oui.
- 25. Émigration, drogue, crime organisé: autant de champs de manoeuvre.

26. **Les recherches policières suisses entièrement informatisées.**

D). **Conclusions.**

1. Liste des infractions imputées à la Suisse: en fonction de l'Ordre juridique interne et du droit international.

- a). **En vertu de l'ordre juridique interne.**
- b). **En vertu du droit international.**

2. Responsabilités: État central, cantons, fonctionnaires, population; degré de responsabilité.

- a). **L'État fédéral.**
- b). **Les cantons et les fonctionnaires cantonaux.**
- c). **La population suisse.**

3. Liste des revendications.

- a). **Revendications générales.**
- b). **Revendications particulières.**

Liste des annexes

Abréviations juridiques usuelles en Suisse

<i>Feuille fédérale:</i>		<i>FF</i>
<i>Recueil systématique</i>		<i>RS</i>
<i>Recueil officiel</i>		<i>RO</i>
<i>Loi sur l'asile:</i>	<i>LA</i>	
<i>Loi sur le séjour et l'établissement des étrangers</i>		<i>LSEE</i>
<i>Ordonnance limitant le nombre des étrangers</i>		<i>OLE</i>
<i>Loi sur la procédure administrative</i>		<i>LPA</i>
<i>Constitution fédérale</i>		<i>Cst</i>
<i>Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés</i>		<i>CEDH</i>
<i>Office fédéral des réfugiés</i>		<i>ODR</i>
<i>Département fédéral de justice et police</i>		<i>DFJP</i>
<i>Commission suisse de recours en matière d'asile</i>		<i>CRA</i>
<i>Recueil des arrêts du Tribunal fédéral:</i>		<i>ATF</i>
<i>Recueil de jurisprudence de la Commission suisse de recours en matière d'asile</i>		<i>JICRA</i>
<i>Semaine Juridique</i>		<i>SJ</i>
<i>Revue de droit administratif fédéral</i>		<i>RDAF</i>

A). Introduction: La Suisse, Cause De Migrations.

Grégoire RABOUD, Déclaration de Berne, Lausanne

L'histoire de l'Homme se confond avec l'histoire de ses migrations. De *modus vivendi* au sens propre du terme, les migrations sont devenues l'exception alors que la sédentarisation est devenue la règle. A mesure que les moyens de communication moderne raccourcissaient les distances et les temps de transport et favorisaient ainsi les vagues migratoires, les sociétés sont devenues, paradoxalement, de moins en moins mobiles. Dans une société de type capitaliste basée sur des valeurs individuelles, où la concurrence remplace la solidarité, l'exclusion l'intégration, l'étranger est d'abord perçu comme un parasite, un bouc émissaire de tous les maux de la société. Dans les mouvements migratoires, les causes sont multiples, aussi bien endogènes qu'exogènes. Mais dans le village planétaire actuel, où l'économie est mondialisée, tout comme la culture, cette distinction garde-t-elle un sens? Ne sont-elles pas toutes endogènes?

Nombreux sont les pays qui se prémunissent contre les migrations perçues comme un élément déstabilisateur, en oubliant que l'histoire de chaque pays aurait été autre sans l'apport des migrants. Il n'est pas question ici d'aborder les causes générales des migrations¹ ni leurs conséquences positives et/ou négatives, mais bien plus le rôle de la Suisse comme cause des migrations. Ce rôle est perceptible au niveau de son commerce, de sa législation et de sa politique, en particulier au niveau du commerce extérieur, de la place financière, de la fuite des capitaux, du secret bancaire, de la législation concernant l'entraide judiciaire, des exportations d'armement, de la garantie des risques à l'exportation (GRE) et de la construction des grands barrages. Toutes ces causes (elles n'ont pas la prétention d'être exhaustives) s'influencent réciproquement. De même, la distinction entre le domaine privé et le domaine public est parfois difficile tant les deux domaines s'interpénètrent.

¹ Vers un développement SOLIDAIRE n° 118/juillet 1993. *Migrations - Crise ou opportunité?*, Déclaration de Berne.

Puisqu'un franc sur deux de son revenu national est gagné à l'étranger, la Suisse exerce forcément une influence sur les sociétés étrangères, qu'elle le veuille ou non. Le commerce extérieur de la Suisse accuse régulièrement un solde négatif. Avec les pays du Tiers-Monde, la Suisse accuse cependant un solde commercial régulièrement positif, de 8'872 millions de FS en 1992². En d'autres termes, les pays du Tiers-Monde contribuent à améliorer la balance des paiements de la Suisse. Dans l'hypothèse qu'une place de travail coûte en moyenne 100'000.- FS, le Tiers-Monde a permis à la Suisse de sauvegarder en 1992 quelques 88'000 places de travail. Ce déséquilibre économique aux dépens des pays du Tiers-Monde y entraîne des conséquences collatérales comme la détérioration de leur balance des paiements, l'aggravation de leur endettement, un appauvrissement de la société et une augmentation du chômage, ainsi que des vellétés migratoires.

Dans le domaine des flux financiers internationaux, la place financière suisse joue un rôle important. Cette importance ressort dans les médias lorsqu'il s'agit de fuite des capitaux, de blanchiment d'argent sale, d'obstacles à l'entraide judiciaire. La fuite des capitaux est une cause importante de la pauvreté et de l'endettement des pays du Tiers-Monde. Les milieux proches du développement estiment que le 25% de tous les capitaux en fuite - soit 250 à 300 milliards de FS - seraient gérés par la Suisse³. En 1982, par exemple, Erwin BLUMENTHAL, banquier allemand placé à la demande du F.M.I. à la tête de la Banque du Zaïre, avait estimé à 4 milliards de dollars les sommes distraites par MOBUTU, président du Zaïre, à des fins personnelles, soit l'équivalent de la dette extérieure du pays. La Suisse a accueilli près de 20 millions de dollars du dictateur déchu du Panama Manuel NORIEGA sur les quelques 50 millions dispersés à l'étranger. La fortune des MARCOS des Philippines est estimée entre 5 et 10 milliards de dollars. De cette somme, 500 millions de FS ont été placés sur 106 comptes en Suisse. L'équivalent d'un demi-milliard de FS placé en Suisse par treize pays africains de la zone CFA proviennent de la fuite des capitaux⁴, lesquels sont alimentés par l'argent de la corruption. Cet argent, investi en Europe ne profitera pas au développement africain. Pauvreté, misère, exodes, migrations en sont les conséquences.

L'attrait de la place financière suisse repose sur la culture du secret bancaire (protégé par une loi fédérale) d'une part, et par une législation lacunaire de l'entraide judiciaire (cette législation, révisée en 1994, soustrait à l'entraide judiciaire internationale l'évasion fiscale et l'exportation illégale de devises, et permettait des possibilités quasi illimitées de recours) d'autre part. C'est la raison pour laquelle la fortune des MARCOS est toujours en Suisse, sept ans après l'engagement de la procédure d'entraide judiciaire internationale. Les seuls intérêts des 500 millions de FS bloqués en Suisse rapportent chaque année plus de dix fois l'aide publique au développement de la Suisse pour les Philippines. Cette même lenteur s'est retrouvée dans le cas des fonds de Jean-Claude DUVALLIER, alias Bébé Doc, ancien président d'Haïti.

Le secret bancaire et la législation lacunaire de l'entraide judiciaire agissent comme un aimant pour l'argent sale (argent du crime, argent de la drogue, argent de la corruption) mais comme un repoussoir pour l'activité de la justice. Combien de personnes mafieuses, combien de dictateurs, combien de dirigeants politiques, tant du Sud que du Nord, et combien de dirigeants d'entreprises n'ont pas eu recours à la place financière suisse pour conclure légalement (du point de vue de la législation suisse) des actes illégaux (du point de vue d'autres législations, sans parler de la morale)?

² Annuaire Suisse - Tiers Monde 1994, IUED n° 13, Genève.

³ Vers un développement SOLIDAIRE n° 114/octobre 1992. *Fuite des capitaux*, Déclaration de Berne.

⁴ Le Courrier, 16 décembre 1992. *Un demi-milliard de francs ont fui 13 pays africains pour la Suisse*, par J.-P. BUCHS.

L'enquête "mani pulite" en Italie, les enquêtes sur les "affaires" en France ont des ramifications dans des comptes à numéros en Suisse. Dans le cas de l'Iranganate, la Suisse, de par sa place financière, a été une plaque tournante du financement de la "Contra" du Nicaragua⁵. Conséquences: des milliers de Nicaraguayens ont dû fuir les zones de combats et migrer soit à l'intérieur du pays, soit dans les pays voisins (Costa Rica et Honduras). Des Honduriens habitant des zones frontalières ont dû également quitter leur maison. Selon Paolo BERNASCONI, ancien procureur tessinois, spécialiste de la lutte contre le recyclage d'argent de la drogue, les industriels et commerçants suisses ne peuvent vendre leurs produits et leurs services dans le Tiers-Monde sans payer une "commission" de 10 à 20%. De plus, ces pots-de-vin sont, pour les entreprises qui corrompent, déductibles des impôts cantonaux et fédéraux⁶: il s'agit alors de frais d'acquisition de marché.

En considérant la période 1986-1992, les exportations d'armes de la Suisse ont diminué en valeur (cette tendance est générale au niveau mondial), passant de plus d'un demi-milliard en 1986 à un peu plus de 250 millions de FS en 1992. La part des pays en développement dans ces exportations a oscillé entre 16% en 1990 et 55% en 1986. En 1992, cette part s'élève à 37%. Parmi ces pays, la Turquie s'est montrée un des principaux clients. Entre 1982 et 1990, la Turquie a été aussi le premier pays d'origine des demandeurs d'asile en Suisse; elle s'est faite devancer depuis par les demandes en provenance de l'ex-Yougoslavie (voir note 2). En fait une grande majorité des demandes d'asile turques sont le fait de Kurdes. Cette population minoritaire est la cible d'oppression de la part des gouvernements tant turcs qu'irakiens voire iraniens. Les avions Pilatus (ils ne sont pas considérés comme du matériel militaire par la législation suisse) produits à Stans par une filiale d'Oerlikon Bührle (entreprise suisse d'armements) symbolisent une technologie duale, pouvant servir aussi bien des objectifs civils que militaires. C'est ce dernier usage qui les a rendu tristement célèbres, notamment pour lutter contre la guérilla ou les minorités ethniques, que ce soit en Amérique latine (p. ex. au Guatemala contre les Indiens), au Proche-Orient (p. ex. en Irak contre les Kurdes), en Asie (p. ex. en Birmanie), en Afrique (p. ex. en Angola)⁷. Les armements sont le plus souvent utilisés pour tuer, avec comme effet collatéral direct de provoquer des déplacements et des migrations de populations civiles. Les dépenses militaires détournent des moyens financiers déjà faibles au détriment d'investissements dans l'enseignement, la santé et le développement du pays, donc au détriment du maintien des populations sur place.

Dans le commerce extérieur de la Suisse avec les pays en développement, les entreprises suisses désireuses de vendre leurs produits et services (usines, grands barrages, etc.) se prémunissent contre des problèmes de solvabilité ou des difficultés de paiements de leurs clients par le système de la garantie des risques à l'exportation. Il s'agit d'un des plus grands détournements de fonds publics de l'histoire, d'une corruption pour ainsi dire légale⁸. En ce qui concerne la Suisse, quatre acteurs sont au départ concernés par le contrat d'exportation: le banquier qui prête l'argent avec la garantie de l'État, l'exportateur qui veut vendre et être garanti de paiement, l'État du Nord qui octroie la garantie et l'entreprise du Sud ou l'État du Sud qui passe la commande. A la fin ils sont six: les quatre précédents avec en plus les citoyens du Nord qui doivent avancer la somme garantie par

⁵ Vers un développement SOLIDAIRE n° 88/mars 1987. *La Suisse financière, plaque tournante de la "Pax americana"?*, Déclaration de Berne.

⁶ Le Nouveau Quotidien, 4 juin 1992. *La corruption publique ou privée existe depuis la nuit des temps*, par S. COHEN.

⁷ Vers un développement SOLIDAIRE, Déclaration de Berne:
- n° 76/décembre 1984. *Pilatus: une bombe*.
- n° 98/février 1989. *La différence entre une poussette, un vélo et un Pilatus*.
- n° 109/août 1991. *Avions Pilatus - Le camouflage civil d'un avion militaire*.

⁸ P.-L. GIOVANNINI. *Une corruption légale*, In: Cahier 8/janvier 1993, *La corruption: approches interdisciplinaires et modélisations*, Centre interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'homme, Fribourg.

l'État et les citoyens du Sud qui doivent payer la dette pour la réalisation de grands projets qui ne leur sert souvent pas.

Les grands barrages dans le Tiers-Monde symbolisent ces grands projets souvent réalisés avec l'apport d'entreprises suisses⁹ qui bénéficient de la GRE. Le barrage de Manantali au Mali en est un exemple. Inauguré en 1988, il ne fonctionne pas encore car les turbines n'ont pas été livrées tout comme la centrale électrique n'a pas été construite par manque de financement¹⁰. La firme suisse Losinger avait obtenu à la fin de 1983 une garantie des risques à l'exportation pour un montant de 165 millions de FS. Cette GRE concernait les travaux en béton, soit près du tiers du volet génie civil du barrage. Les Maliens, les Sénégalais et les Mauritaniens (ces trois pays font partie du consortium qui a commandé le barrage) versent chaque année 20 à 30 millions de FS (en 1994 ils doivent verser plus de 40 millions!) uniquement pour payer les intérêts d'une oeuvre qui ne leur a produit aucun kilowatt jusqu'à aujourd'hui. Un endettement dramatique pour les populations concernées. Si dans le cas du barrage de Manantali, les 12'000 personnes déplacées ont trouvé un logement adéquat, bien que les nouvelles terres distribuées soient de moins bonne qualité, il n'en va souvent pas de même pour la majorité des grands barrages. La réalisation du barrage d'Atatürk en Turquie, à laquelle participaient des entreprises suisses, a bénéficié de la GRE. Elle a aussi provoqué le déplacement de quelques 55'000 personnes qui sont venues grossir les bidonvilles d'Ankara et d'Istanbul et frapper à la porte des pays occidentaux, dont la Suisse¹¹.

Dans ce contexte, la Suisse n'est pas du tout neutre. De par son activité économique, sa législation et sa politique, la Suisse porte une responsabilité dans les migrations humaines. Responsabilité paradoxale: d'un côté, une Suisse égoïste qui contribue à créer des réfugiés de par ses différentes activités privées et publiques, de l'autre une Suisse solidaire qui, grâce à sa loi progressiste sur la coopération au développement, investit pour empêcher que les gens quittent leur terre, leur pays. Responsabilité en tant qu'actionnaire, responsabilité en tant que citoyen.

A) Violations Du Droit Et Discriminations En Droit Interne

1. Problèmes liés à l'ordre juridique suisse - genèse de la loi sur l'asile.

11. Absence d'un juge constitutionnel.

Il convient de signaler à propos de l'ordre juridique suisse le fait qu'il n'existe pas de tribunal constitutionnel pour les lois fédérales.

Les articles 113 alinéa 3 et 114bis alinéa 3 de la Constitution fédérale prévoient que le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer les lois fédérales, excluant ainsi tout contrôle judiciaire de la constitutionnalité de celles-ci. C'est à l'Assemblée fédérale qu'échoit la tâche de gardienne de la Constitution, en vertu de son article 85 chiffre 8 qui lui charge de prendre les mesures pour faire respecter la Constitution fédérale. L'article 89bis alinéa 3 de la loi fondamentale, interprété a contrario implique également que l'Assemblée fédérale doit respecter la Constitution dans l'exercice

⁹ Vers un développement SOLIDAIRE n°80/septembre 1985. *Petits ou grands barrages?*, Déclaration de Berne.

¹⁰ Vers un développement SOLIDAIRE n° 120/décembre 1993. *Mali: le barrage controversé de Manantali*, Déclaration de Berne.

¹¹ Vers un développement SOLIDAIRE n° 88/mars 1987. *La Suisse, premier pays investisseur en Turquie*, Déclaration de Berne.

de la fonction législative ordinaire. Ceci signifie donc que l'organe législatif fédéral veille lui-même à ce que les lois qu'il vote soient conformes à la Constitution. Ce rôle n'est pas anodin: une fois la loi adoptée, aucune autorité ne peut refuser de l'appliquer sous prétexte qu'elle serait contraire à la Constitution.

Le Tribunal fédéral, quant à lui, a notamment pour tâche de contrôler la constitutionnalité des lois cantonales. Dans le cadre de ce contrôle, il a rendu toute une série de décisions qui font jurisprudence, soulignant notamment que *le législateur n'en a pas moins pour devoir d'adopter une réglementation à même de prévenir autant que possible, la violation ultérieure des droits fondamentaux*.¹² Même si ces injonctions s'adressent aux parlements cantonaux, l'Assemblée fédérale pourrait s'en inspirer. On a pu malheureusement constater que celle-ci a pu voter des dispositions qui sont discutables à cet égard, voire qui violent carrément la Constitution.

Ce débat technique a eu des effets très concrets dans le domaine de la législation sur l'asile. A titre d'exemple, lors de la révision de 1990, il a été inclus un article qui empêche les demandeurs d'asile de toucher les allocations familiales pour leurs enfants restés au pays et déclarés par document officiel, malgré les avertissements du Conseil fédéral au sujet de l'anticonstitutionnalité d'une telle disposition légale. En effet, le Tribunal fédéral a jugé en 1988 qu'un canton ne peut pas priver les requérants d'asile des allocations familiales qui sont versées aux autres catégories d'étrangers de même qu'aux Suisses. La loi sur les mesures de contrainte dans le droit des étrangers est un autre exemple frappant d'une loi fédérale à la constitutionnalité plus que douteuse; cette question sera reprise plus en détail ci-dessous au § 442: La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers.

Dans les deux exemples donnés ci-dessus, il ne fait pas de doute que les parlementaires ont privilégié leurs intérêts sur le respect de la Constitution, recherchant des solutions politiquement "rentables".

Les droits populaires traditionnellement liés à la démocratie semi-directe suisse, et notamment le droit de demander le vote du peuple par référendum, n'offre aucune correction satisfaisante à cet égard. D'une part, le votant sera appelé à se prononcer globalement, par oui ou par non, sur un projet comportant plusieurs dispositions. D'autre part, l'aspect constitutionnel n'est pour ainsi dire jamais un argument percutant dans les campagnes précédant les votations.

12. Absence de droit subjectif.

Lors de l'adoption de la loi sur l'asile en 1979, le Conseil fédéral a insisté sur le fait que *l'asile participe d'un principe politique*¹³. Il s'est en conséquence refusé d'introduire un droit subjectif à l'asile dans la Constitution: le Conseil fédéral a voulu que l'examen des demandes reste à l'intérieur de l'administration¹⁴. C'est à dessein que le gouvernement a voulu fermer toute voie à un recours devant une autorité judiciaire. Les questions liées à la reconnaissance de la qualité de réfugié ne sortiront donc pas des mains des fonctionnaires, et donc du pouvoir exécutif.

C'est toujours au moment de l'adoption de la loi sur l'asile que s'est prise une autre orientation essentielle. Alors qu'on aurait pu imaginer de créer un office spécialisé dans le droit humanitaire, le gouvernement a préféré confier cette tâche au Département fédéral de justice et police (DFJP). Ce sera tout d'abord l'Office fédéral de la police qui examinera les dossiers, sans aucune coordination

¹² Recueil des arrêts du Tribunal fédéral (ATF) volume 119 Ia 321. Cité par Andreas AUER, *La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contraintes à l'égard des étrangers*, chap. I. Voir § 4423.

¹³ Message du Conseil fédéral du 31 août 1977, § 212.

¹⁴ Message du Conseil fédéral du 31 août 1977, § 124.

contraignante avec le Département des affaires étrangères, qui dispose pourtant d'une section travaillant sur les questions liées aux droits de l'homme. L'importance croissante de la section chargée de l'asile justifiera la nomination d'un Délégué aux réfugiés en 1985, puis la création d'un Office fédéral des réfugiés en 1990, sans que ces modifications de structure n'aient d'incidence sur l'aspect qui nous occupe.

La voie du recours reste dans le sein de ce secteur de l'administration: la deuxième instance est le Service des recours du même département. Dans la première version de la loi sur l'asile, une chance était encore accordée par devant le Conseil fédéral, avec la garantie d'échapper cette fois au DFJP. Cette dernière voie ne subsistera pas longtemps: elle a été abrogée lors de la révision partielle de 1983.

L'honnêteté oblige de signaler qu'un recours judiciaire est tout de même prévu, limité au cas de la révocation de l'asile. Il est prévu, dans l'hypothèse où l'Office fédéral révoque l'asile, la voie du recours hiérarchique en premier lieu, puis auprès du Tribunal fédéral en second et dernier lieu. Ces cas s'avérant rares en pratique, cette voie n'aura pas d'incidences notables.

Pour mener en avant la politique et la pratique du droit d'asile, le choix du DFJP, et particulièrement de l'Office fédéral de la police, laisse songeur. Rappelons brièvement ici que la création de la police fédérale des étrangers en 1889 est liée à la surveillance des réfugiés. La classe politique invoquera à l'époque la tradition d'asile pour justifier l'accroissement du contrôle sur les activités politiques en Suisse. La requête du Conseil fédéral a été adoptée à l'unanimité, cette décision aboutissant à la création d'un poste de "secrétaire de chancellerie pour la police des étrangers"¹⁵. C'est assez dire que ce département lira cette tradition d'asile dans une perspective sécuritaire bien plus qu'avec une sensibilité humanitaire ou une volonté de protéger les victimes de l'oppression sociale ou politique.

2. Problèmes liés au déroulement de la demande d'asile.

21. Dépôt de la demande.

211. Les frontières.

2111. Postes frontières habilités - Répression des entrées illégales.

Lors de la révision de la loi sur l'asile en 1986, le législateur a adopté un principe un peu curieux, consistant à désigner des postes frontières habilités à recevoir une demande d'asile (article 13 ancien LA). Si l'intéressé n'était pas muni d'un passeport valable avec un visa d'entrée, il aurait dû être interrogé sur le champ par le fonctionnaire des douanes et il aurait dû rendre vraisemblable le fait que sa demande était fondée pour prétendre recevoir une autorisation d'entrée. Cette idée a été fort critiquée à cause de son caractère irréaliste: comment avertir les futurs requérants d'asile de l'existence de ces postes frontières habilités? Quels moyens allaient être donnés aux douaniers, non formés dans le domaine de l'asile, pour effectuer cette tâche, devant faire face à des personnes qui en majorité ne parlent aucune de nos langues officielles? On craignait que la fermeture des frontières ne devienne une réalité, malgré les dénégations des autorités.

Cette mesure n'a jamais réellement fonctionné: les rares candidats réfugiés qui se sont présentés à ces postes de frontière ont été le plus souvent mal reçus, voire refoulés. Quand bien même ces endroits étaient habilités par la loi à recevoir des demandes d'asile, la législation n'y a pour ainsi dire jamais pu être respectée. En conséquence de quoi, cette mesure a été abandonnée lors de la

¹⁵ Sur cette question, nous signalons plusieurs ouvrages intéressants: *Le tamis helvétique*, Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP, Lausanne 1982; *Cent ans de police politique en Suisse*, ouvrage collectif, Lausanne 1992; "Va-t'en!", *accueil de réfugiés et naissance du mythe de la "terre d'asile" en Suisse*, Thomas BUSSET, Lausanne 1994.

révision ultérieure de 1990. La loi permet actuellement à une personne de présenter une demande d'asile à tous les postes frontières (article 13c nouveau LA), l'Office fédéral étant compétent pour autoriser l'entrée en Suisse.

Ceci étant dit, il convient de préciser que l'immense majorité des demandeurs d'asile entrent clandestinement en Suisse, pour se présenter ensuite à un centre d'enregistrement. Ces entrées illégales ont de tout temps grandement irrité les autorités; elles posent un certain nombre de problèmes juridiques, qu'il convient de présenter rapidement ici. Nous signalons une analyse intéressante de cette question par Madame Marie-Pierre CAMPICHE, publiée en septembre 1994¹⁶, et dont nous avons tiré les extraits ci-dessous.

La LSEE contient un article 23 qui permet, en son alinéa 1, de punir de l'emprisonnement jusqu'à six mois et/ou d'une amende jusqu'à 10'000 fr. au plus, notamment celui qui emploie ou établit de faux papiers, celui qui emploie des papiers authentiques qui ne lui sont pas destinés, et celui qui entre ou réside illégalement en Suisse. Cet article est applicable à tout étranger, quel que soit son statut en Suisse. L'alinéa 3 de ce même article prévoit que *celui qui se réfugie en Suisse n'est pas punissable si le genre et la gravité des poursuites auxquelles il est exposé justifient le passage illégal de la frontière*. Cette disposition correspond en partie à l'art. 31 Convention de Genève, par lequel les États signataires s'engagent à ne pas sanctionner pénalement les réfugiés du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier dans le pays d'accueil, sous réserve du respect de plusieurs conditions (qualité de réfugié; arrivée directe depuis le pays d'origine; annonce sans délai aux autorités du pays d'accueil; raisons valables pour l'entrée illégale).

Il est intéressant de relever que malgré la lettre claire de la LSEE, les cantons suisses, responsables en matière de procédure pénale, ont adopté des attitudes totalement différentes. Ainsi, certains cantons n'ont jamais sanctionné les entrées irrégulières de demandeurs d'asile; d'autres ont cessé d'ouvrir des procédures pénales pour ces faits; certains autres enfin se distinguent en instruisant encore aujourd'hui des procédures pénales aboutissant à des condamnations (c'est le cas des cantons d'Argovie, de Thurgovie, de Schaffouse et des Grisons).

Sans entrer sur une analyse détaillée de la pratique des tribunaux cantonaux, qui est présentée dans le texte cité à la note 16, il faut dénoncer particulièrement le raisonnement juridique qui sous-tend les sanctions prononcées par les cantons précités. En effet, ces décisions se bornent à constater l'entrée irrégulière, mais elles ne se réfèrent ni aux circonstances dans lesquelles le requérant d'asile a quitté son pays pour entreprendre son voyage vers la Suisse, ni au contenu des articles 23 alinéa 3 LSEE ou 31 Convention de Genève. Elles n'examinent donc pas les conditions d'impunité prévues par ces dispositions. La spécificité de la situation d'une personne cherchant protection est ainsi totalement ignorée.

Plus grave encore, lors de recours contre ces décisions, les autorités de seconde instance posent des critères extrêmement sévères s'agissant du critère de l'arrivée "directe" et du critère de l'annonce "sans délai". Cette pratique tend d'une part à renforcer le caractère insulaire de la Suisse, par l'exigence d'une arrivée sans aucun transit par un pays tiers, ce qui ne rendrait légales pratiquement que les demandes d'asile déposées aux aéroports. Elle fait perdre d'autre part à la protection contre les sanctions du fait de l'entrée irrégulière toute raison d'être, en obligeant les candidats réfugiés à s'annoncer uniquement aux postes frontières.

¹⁶ *Entrée illégale et séjour irrégulier des réfugiés et requérants d'asile: la pratique des cantons*, Marie-Pierre CAMPICHE, ASYL, revue suisse pour la pratique et le droit d'asile, 1994/3. Annexe 1.

Relevons que cette opinion de certains cantons, qui ne respecte ni la LSEE ni la Convention de Genève, trouve écho dans l'intérêt manifesté par le Conseil fédéral à l'adhésion de la Suisse à la Convention de premier asile (Convention de Dublin) et aux Accords de Schengen. L'enjeu en l'espèce réside dans le fait de laisser ou non aux personnes provenant de pays non limitrophes et par voie de terre la possibilité de déposer valablement une demande d'asile en Suisse, la tentation des autorités d'obtenir la fermeture des frontières étant très forte.

2112. Exigences des visas.

Une autre manière de rendre difficile l'entrée en Suisse réside dans l'exigence de visas pour les ressortissants de la plupart des pays d'où proviennent les demandeurs d'asile. On peut affirmer que la Suisse provoque elle-même cette "illégalité" des entrées qu'elle déplore par ailleurs en pratiquant une politique des visas très restrictive. Un exemple très frappant a été donné par le cas de la Yougoslavie.

En effet, c'est au début de la guerre civile et les premiers récits des horreurs de l'épuration ethnique que la Suisse a pris la décision d'instaurer le visa obligatoire pour les ressortissants de l'ex-Yougoslavie, avec entrée en vigueur au premier janvier 1992. Les personnes *dont le dernier domicile est la Bosnie-Herzégovine* sont cependant dispensées du visa. Cette heureuse exception durera jusqu'en décembre 1993; depuis lors, les frontières sont bouclées pour tous ceux qui ne sont pas munis du visa. Pour l'obtenir, il faudrait se rendre dans les locaux de la représentation suisse, qui se trouvent soit à Belgrade en Serbie, soit à Zagreb en Croatie. Pour les musulmans bosniaques, il est exclu de passer par Belgrade; s'il se dirigent vers Zagreb, ils doivent en général y séjourner quelque temps pour y obtenir tous les documents d'identité nécessaires.

L'Office fédéral des réfugiés prétend aussi que ceux-ci pourraient s'adresser à l'ambassade de Suisse en Italie (déclaration de Monsieur SCHEIDEGGER, directeur de l'Office fédéral des réfugiés, au Journal de Genève¹⁷). C'est mal connaître la pratique très sélective des ambassades de Suisse dans le monde entier: toute personne dont on soupçonne, à tort ou à raison, qu'elle pourrait déposer une demande d'asile après être entrée en Suisse se verra refuser son visa, même si elle remplit par ailleurs toutes les conditions formelles et présente un certificat d'hébergement réglementaire. D'autre part, le court séjour passé par exemple à Zagreb pour y obtenir des papiers en règle sera utilisé par les autorités suisses pour refuser l'entrée en Suisse. Les personnes qui veulent venir en Suisse n'ont alors plus d'autre choix que celui d'y venir clandestinement.

Depuis l'instauration de l'exigence des visas pour les Yougoslaves, les douaniers tessinois en refoulent en moyenne une douzaine par jour¹⁸. Pourtant, et c'est là que le cas des ex-Yougoslaves est significatif, ceux qui parviennent à déposer une demande d'asile sont assurés de recevoir au moins une admission provisoire, conformément à la décision collective du Conseil fédéral, qui a ainsi tenu compte de la guerre civile et de ses atrocités, sauf pour les Albanais de la Kosovë qui ne seraient pas des déserteurs ou des réfractaires de l'armée fédérale.

Cette politique de refoulement des personnes sans visas est justifiée par l'Office fédéral comme un moyen de lutter contre les passeurs. En réalité, il pénalise les réfugiés en les empêchant de venir manifester leur besoin d'asile. D'autre part, on peut critiquer cette politique sous l'angle de son incohérence: on contraint d'une main les gens à entrer clandestinement en Suisse en les obligeant à risquer un ou plusieurs refoulements, de l'autre main on leur accorde largement une protection, fût-elle provisoire.

¹⁷ A Chiasso, on chasse les bosniaques, Journal de Genève, 11/12 mars 1994. Annexe 2.

¹⁸ Ibidem.

212. L'aéroport ou le no man's land.

La Suisse reprend à son compte les interprétations généralement répandues concernant l'existence d'une zone dite "internationale" qui serait soustraite à sa souveraineté nationale, et donc à sa législation. Cette attitude est critiquable en droit dans la mesure où il n'existe aucun traité international qui confirmerait le renoncement de la Suisse à sa souveraineté sur cette partie de son territoire. Malgré cette absence de texte explicite, un porte-parole de la police genevoise a déclaré publiquement que la zone de transit au sein de l'aéroport constituait *un territoire au statut spécial*¹⁹. En l'état, il faut bien constater que les zones de transit des deux aéroports internationaux de Zurich-Kloten et de Genève-Cointrin sont toujours réputées ne pas être soumises à la législation suisse. Cette question a fait l'objet en juin 1990 d'une journée d'études et de débat, débouchant sur une publication²⁰.

Depuis 1990, la loi sur l'asile prévoit expressément l'hypothèse du dépôt d'une demande d'asile à l'aéroport (article 13d nouveau LA), fixant également dans la loi la collaboration du H.C.R. Le Conseil fédéral a présenté cette modification comme une amélioration, dans la mesure où la procédure ne devrait en théorie plus se dérouler en dehors de la procédure administrative²¹. Avant même d'examiner comment cette disposition est appliquée dans la pratique, nous souhaitons apporter un commentaire. En effet, le dépôt d'une demande d'asile à un aéroport débouche sur une décision préliminaire par laquelle l'Office fédéral des réfugiés doit autoriser le demandeur à entrer en Suisse; or, si l'on admet qu'une personne se trouve sur le territoire national dès qu'elle a posé effectivement un pied hors de l'avion qui la transportait, alors nous devons nous étonner de cette fiction qui voudrait l'obliger à requérir l'autorisation d'entrer sur un territoire où elle se trouve déjà!

Cela étant dit, nous devons constater que la pratique aux aéroports est loin d'être irréprochable. A cet égard, l'Association pour la prévention de la torture (APT) a proposé en mai 1993 un document faisant état de l'évolution de la situation, en complément de son rapport relatif aux conditions de détention en Suisse publié en janvier 1993²²; l'APT y expose quelques questions litigieuses posées par l'action de la police dans les aéroports. Mais la gravité de la situation a rendu nécessaire un nouveau rapport déposé en novembre 1993²³.

Le problème majeur est posé par le caractère fermé de l'aéroport: personne ne se voit reconnaître le droit de se rendre dans les zones où se trouvent les personnes qui cherchent à demander protection. La police est le seul intervenant, car, tant qu'aucune demande d'asile n'a été déposée, elle ne doit même pas en référer à l'Office fédéral des réfugiés, et encore moins au H.C.R. Ceci quand bien même la loi sur l'asile considère que le dépôt d'une demande d'asile existe dès qu'une personne *exprime par écrit, oralement ou d'une autre façon sa volonté de chercher en Suisse une protection contre des persécutions*²⁴. La police ainsi décidé unilatéralement du renvoi de plusieurs personnes en refusant d'entendre leur volonté de déposer une demande d'asile. C'est certainement là, dans cette opacité et cette fermeture de la zone de transit que se situent les plus préoccupantes conséquences du statut spécial qui leur est tacitement reconnu par les autorités suisses.

¹⁹ *Flou juridique dans les zones de transit*, 24 Heures, lundi 9 avril 1990.

²⁰ *Droit d'asile, attachez vos ceintures! la mise en oeuvre du droit d'asile dans les aéroports d'Europe et au centre d'enregistrement de Cointrin*, dossier préparé par M.-C. CALOZ-TSCHOPP et L. MONNIER, chargés de cours à l'Institut d'Études Sociales et à l'Institut Universitaire d'Études du Développement, Genève juin 1990. Annexe 3.

²¹ Message du 25 avril 1990, § 21.045.

²² *Informations concernant les conditions de détention en Suisse*, Association pour la prévention de la torture, mai 1993. Annexe 4.

²³ *Informations de suivi concernant les conditions de détention à l'aéroport de Genève-Cointrin*, Association pour la prévention de la torture, novembre 1993. Annexe 5.

²⁴ Article 13 LA.

Les autres critiques portent sur les conditions de détention. Il s'agit à Cointrin de cellules en sous-sol, situées dans la zone de transit, minuscules et très sombres, dont l'accès est compliqué. Les infirmières de l'aéroport ne sont pas libres de se rendre dans ces lieux, de même que les aumôniers. Les problèmes d'intendance ne sont pas résolus. Malgré cela, des personnes ont été laissées jusqu'à deux semaines dans de telles conditions.

Si nous relevons la conduite critiquable de la police aux aéroports, il ne faudrait pas croire que l'intervention de l'Office fédéral des réfugiés signifie nécessairement la solution de ces problèmes. En effet, en 1993, sur les 350 requérants qui se sont présentés aux aéroports suisses, deux tiers ont été renvoyés rapidement dans un pays tiers en vertu de l'article 13d LA, qui reprend la notion de renvoi préventif lorsqu'une personne a séjourné *quelque temps* dans un tiers pays, notion figurant à l'article 19 LA. Dans les cas où un mandataire a pu être désigné, les autorités ont tendance à ignorer son existence. Il aura fallu attendre une décision de la Commission de recours en septembre 1994 pour que la pratique de l'Office fédéral soit dénoncée comme contraire au droit²⁵.

Défendu par l'association ELISA à Genève, ce cas est intéressant, puisque la décision précitée relève une série d'irrégularités justifiant l'annulation de la décision de première instance²⁶. La Commission de recours a fustigé notamment le fait que le mandataire n'ait pas reçu notification de la décision, cependant que le dossier ne montre nulle trace d'une notification au demandeur en présence d'un interprète. Par ailleurs, l'interprétation donnée par l'ODR de la notion de *quelque temps* est critiquée, dans la mesure où celle-ci est interprétée différemment selon que l'ODR entend appliquer l'article 13d LA ou l'article 19 LA.

Cette victoire dans un cas précis doit être relativisée: il faut encore voir si dit Office va modifier l'ensemble de sa pratique aux aéroports suite à cette décision; quant aux polices d'aéroports, elles ne s'estiment pas liées par ces autorités tant qu'elles ne considèrent pas qu'une demande d'asile a été déposée.

Au surplus nous renvoyons au rapport de l'APT de novembre 1993 (annexe 4): y sont dénoncés six cas qui illustrent tristement ces pratiques arbitraires aux aéroports (détention et renvois).

213 La demande d'asile auprès des ambassades suisses.

La loi sur l'asile prévoit expressément la possibilité pour une personne de déposer une demande d'asile auprès d'une ambassade suisse. Dans une telle hypothèse, la représentation suisse devrait transmettre la demande avec son rapport à l'Office fédéral, qui statue ensuite sur l'entrée en Suisse et sur la qualité de réfugié.

Il convient de signaler ici qu'à l'instar de ce qui s'est passé avec les postes frontière "habilités", le système légal ne fonctionne pas. D'une part, les fonctionnaires des ambassades ne reçoivent pas de formation en relation avec le dépôt d'une demande d'asile. Ainsi, les formulaires préparés par l'Office fédéral des réfugiés ne sont pas ou rarement utilisés. Parfois, les personnes sont tout simplement chassées des locaux de l'ambassade, qui refuse d'enregistrer leur demande.

D'autre part, il n'est jamais procédé à de véritables auditions. Un formulaire est censé être rempli par le demandeur. Les garanties de la procédure d'asile en Suisse, notamment la présence d'un observateur pendant l'audition sur les motifs d'asile, n'existe en conséquence pas non plus. Les rapports transmis par les ambassades tendent plutôt à desservir les candidats.

²⁵ *Asile: l'office fédéral des réfugiés se fait taper sur les doigts*, Le Courrier, 30 septembre 1994. Annexe 6.

²⁶ Commission suisse de recours en matière d'asile, Ière Chambre, décision du 31 août 1994; mandataire: ELISA, M. OTTET, Genève. Annexe 7.

Enfin, la pratique générale de l'Office fédéral consiste à rejeter ces demandes d'asile soit au motif que l'intéressé pourrait s'adresser aux autorités du pays où il réside temporairement, soit au motif que les exigences requises pour la reconnaissance de la qualité de réfugié ne sont pas remplies. On peut remarquer que l'on a renvoyé plusieurs personnes aux autorités de pays qui ne sont pas signataires de la Convention de Genève de 1951, de sorte qu'il n'était tout simplement pas possible de formuler une demande d'asile (par exemple, en Bulgarie). D'autre part, l'examen des motifs est forcément superficiel, puisqu'aucune audition approfondie n'est effectuée et qu'aucune mesure d'instruction supplémentaire n'est ordonnée.

214. Les centres d'enregistrement: création et dénonciations.

Les centres d'enregistrement (CERA) ont été une des conséquences les plus importantes de la deuxième révision de la loi sur l'asile, adoptée en 1986 et entrée en vigueur en 1988. D'une part, les cantons ont été déchargés de toutes les tâches d'enregistrement des demandes d'asile. D'autre part, une répartition équitable des candidats a pu être faite entre tous les cantons suisses. Ces deux améliorations ont cependant été largement compensées par toute une série de problèmes nouveaux posés par ces lieux dans le cadre de la politique d'asile restrictive.

Cette institution n'a pas figuré tout de suite dans la loi sur l'asile, étant d'abord ancrée à l'art. 7 (ancien) de l'ordonnance d'application. L'autorité fédérale a mis en place 4 centres principaux prévus pour l'ensemble de la Suisse: Genève, Bâle, Chiasso, Kreuzlingen. D'autres lieux, appelés centres de transit, seront créés par la suite. Ces centres fonctionnent comme des lieux de semi-détention, les personnes qui s'y annoncent devant y séjourner pendant plusieurs jours, voire plusieurs semaines. Ils sont devenus au fil du temps un maillon essentiel du dispositif dissuasif de la politique d'asile suisse. C'est lors de la révision partielle de juin 1990 que les CERA ont été inscrits dans la loi sur l'asile (article 14 nouveau LA), l'ordonnance ne contenant plus que des précisions en vue de l'application de la loi (articles 6 et 7 Ordonnance 1 sur l'asile, du 22 mai 1991).

En novembre 1989, l'Aumônerie genevoise et oecuménique auprès des requérants d'asile (AGORA) rend public un rapport sur le centre d'enregistrement de Cointrin²⁷. En 1992, le centre d'enregistrement de Genève est transféré des confins de l'aéroport pour être situé en ville dans un immeuble moderne. Il devient alors un véritable centre de détention, capable d'héberger plusieurs centaines de personnes. Dans son rapport de mai 1993 déjà cité au § 212: L'aéroport ou le no man's land, l'Association pour la prévention de la torture (APT) se penche particulièrement sur le nouveau centre d'enregistrement à Carouge. Parmi les reproches formulés dans ces rapports, nous allons présenter ici les faits les plus marquants, sous une forme synthétique.

2141. Organisation matérielle et attitude générale des fonctionnaires.

L'état d'esprit dans lequel sont reçus les requérants d'asile est fortement préoccupant: menaces, insultes, pressions de toutes sortes, expressions racistes. L'AGORA, dans son travail quotidien au sein même du centre, a pu assister à de très nombreuses altercations, car les fonctionnaires se distinguent par une attitude agressive et insultante, voire carrément méprisante. Les requérants d'asile subissent aussi des humiliations et des vexations quotidiennes: à titre d'exemple, les téléphones à l'extérieur sont interdits arbitrairement.

Certaines lacunes sur le plan matériel sont également à relever: absence d'une assistance médicale et sanitaire sur place; mauvaises conditions d'hygiène; difficulté d'accès aux cabines téléphoniques,

²⁷ *Rapport sur le centre d'enregistrement pour requérants d'asile de Cointrin*, Aumônerie genevoise et oecuménique auprès des requérants d'asile (AGORA), Genève octobre 1989. Annexe 8.

etc. L'APT élève des critiques à propos de l'information aux requérants d'asile, qui est défectueuse: uniquement écrite, sans guide des démarches à entreprendre, sans liste de personnes de conseil.

2142. Accès difficile aux tiers - Les Délégués d'oeuvre d'entraide.

Tout montre que les fonctionnaires du CERA cultivent un goût tout particulier pour le secret et préfèrent fonctionner en vase clos. Le travail des intervenants extérieurs est entravé de toutes les façons possibles.

Malgré le fait que, selon l'article 11 LPA, tout requérant d'asile a le droit de se faire assister juridiquement, plusieurs auditions se sont déroulées sans que le mandataire ou l'avocat puisse y participer, faute d'avoir été convoqué. Dans certains cas, des décisions n'ont pas été notifiées au mandataire qui s'était pourtant dûment fait connaître.

Les aumôniers sont autorisés à visiter les requérants d'asile au centre d'enregistrement de Cointrin. Mais c'est une exception: les trois autres centres (Kreuzlingen, Bâle et Chiasso) n'autorisent aucune visite d'aucun type. La situation y est de ce point de vue encore plus précaire.

Jusqu'en 1990, et à cause des critiques faites à propos des agissements des fonctionnaires dans les centres d'enregistrement, l'administration a accepté que des Délégués d'oeuvre d'entraide puissent librement y circuler, comme observateurs. Ceux-ci ont pu apporter aide et conseil à de nombreux requérants d'asile, ainsi que transmettre des informations à l'extérieur.

Les autorités ont simplement toléré ces délégués, dont l'action n'avait pas de base légale. Leur existence était fondée sur un accord conclu entre le Délégué aux réfugiés et les oeuvres d'entraide, dans l'idée d'assurer une certaine transparence à la nouvelle institution des centres fédéraux d'enregistrement. En 1990, la révision propose d'ancrer le principe de ces centres dans la loi et prévoit que des représentants d'oeuvre d'entraide pourraient à l'avenir assister à certaines auditions. Se basant là-dessus, les autorités estiment que la transparence ne passe plus par l'existence des Délégués et l'accord est unilatéralement dénoncé, malgré de nombreuses démarches de protestation.

Le raisonnement des autorités est profondément malhonnête intellectuellement: en effet, les auditions auxquelles les représentants d'oeuvre d'entraide ont accès sont très limitées, et les tâches effectuées par les Délégués dépassaient le seul cadre du déroulement des auditions pour veiller à l'atmosphère générale dans les centres d'enregistrement. Leurs rôles n'étant donc pas comparables, il est oiseux de chercher à les substituer purement et simplement l'un par l'autre. Par ce tour de passe-passe, le gouvernement a en réalité obscurci un peu plus ces lieux déjà fort cachés aux regards²⁸.

2143. Violations du droit d'être entendu.

D'une manière générale, les demandeurs d'asile sont soupçonnés de mentir, de cacher leur passeport et d'être venus en Suisse uniquement pour profiter de la prospérité du pays. Lors des interrogatoires, leurs déclarations ne sont pas retranscrites avec exactitude. Les auditeurs opèrent souvent une sélection arbitraire parmi les motifs d'asile invoqués, certains aspects essentiels étant tout simplement passés sous silence.

Diverses violations des règles de droit et de procédure sont commises. Fréquemment, l'auditeur s'absente et c'est le traducteur qui termine l'audition, même quand il s'agit des parties les plus importantes. De ce fait, celui-ci acquiert un pouvoir exorbitant et il se met à véritablement

²⁸ *Les centres d'enregistrement. DOE mis à la porte: l'aveu*, Isabelle FURRER, VIVRE ENSEMBLE, n° 29, décembre 1990, pp. 4-7. Annexe 9.

interpréter les déclarations du requérant. A d'autres moments, les procès-verbaux sont signés par les demandeurs sans qu'ils leur aient été retraduits.

Quant à l'APT, elle déplore que les certificats médicaux présentés par les requérants soient reçus avec la plus grande réserve par l'Office fédéral des réfugiés, qui préfère son propre réseau d'experts. Or, l'objectivité de ces experts-maison est contestable, surtout quand on voit qu'ils contredisent systématiquement les conclusions de leurs confrères. Des allégations de torture, ou des problèmes médicaux n'ont ainsi pas été pris en compte par l'autorité.

2144. Renvois intempestifs.

Les fonctionnaires du CERA se sont distingués par une application systématique et abusive de l'article 19 LA. Selon cette disposition, *la personne qui a présenté une demande d'asile en Suisse peut y séjourner jusqu'à la fin de la procédure. Elle peut cependant être renvoyée de Suisse si un départ à destination d'un pays tiers est possible et peut être raisonnablement exigé d'elle, notamment si, avant de venir en Suisse, elle a séjourné quelque temps dans ce pays.*

Les fonctionnaires considèrent qu'un simple transit dans un pays tiers constitue un séjour de quelque temps au sens de la loi et prononcent ainsi des renvois au sens de l'article 19 LA. Ceci fait que l'enquêteur, au lieu de se concentrer sur les motifs d'asile, va interroger le candidat réfugié jusqu'à ce que ce dernier avoue avoir transité par un pays tiers; ce genre d'interrogatoire peut durer jusqu'à quatre heures. Dans de telles conditions, il ne fait pas de doute que de très nombreuses personnes ont été empêchées de faire valoir leur droit à l'asile à cause d'un renvoi intempestif arraché à la suite d'un interrogatoire serré.

Ces auditions prolongées ont eu rapidement un effet pervers: les CERA ont été rapidement engorgés et les requérants ont dû attendre longtemps avant d'être simplement admis à y entrer. Bien que ce soit de la négligence de l'autorité que découle l'engorgement, celle-ci a refusé de prendre en charge les frais occasionnés par l'assistance et l'hébergement des personnes. Pendant un certain temps, la pression conjointe des églises, des institutions d'assistance et des organisations de défenses des réfugiés a permis d'obtenir la prise en charge de ces frais par l'Office fédéral; ce principe est cependant remis en cause aujourd'hui (voir § 2147: autres obstacles à l'enregistrement).

2145. Pressions en vue du retrait de la demande d'asile.

Parmi les actes très graves commis dans les CERA, il convient de signaler les pressions psychologiques qui sont faites sur les candidats au cours des auditions, dans le but de les amener à retirer leur demande d'asile.

L'obtention du retrait s'obtient en général de la manière suivante: le fonctionnaire informe le requérant que sa demande n'a aucune chance d'être acceptée; puis la menace d'un renvoi dans un pays tiers sur la base de l'article 19 LA est brandie; enfin, la suggestion du retrait est faite, avec l'offre de rembourser les frais du voyage de retour et de verser une somme de 200 à 300 francs. L'intérêt d'un retrait est bien évidemment de simplifier la procédure, puisque les complications et les surcharges administratives occasionnées par l'application de l'article 19 LA sont ainsi évitées.

Nous remettons en annexe une copie d'une déclaration signée par un demandeur d'asile au centre d'enregistrement qui illustre la pratique ci-évoquée²⁹.

2146. Effets des rapports.

²⁹ Déclaration du 28 novembre 1988, illustrant le système de pression en vigueur au centre d'enregistrement. Le nom du requérant est rendu illisible. Annexe 10.

Le Conseil fédéral ne s'est pas particulièrement ému des rapports qui lui ont été présentés à propos des CERA. Les dénonciations de l'AGORA n'ont donné lieu à aucune ouverture d'enquête. Pire, lors de la révision de la loi sur l'asile en 1990, le gouvernement a affirmé derechef que *l'institution* (des centres d'enregistrement) *a donné satisfaction dans la pratique*³⁰, sans le moins du monde mentionner les dérapages évoqués. Convaincu, le parlement a voté le nouvel article 14 LA qui prévoit l'existence des centres d'enregistrement, auparavant confinés dans l'ordonnance d'application.

A partir de 1990, grâce aux nouvelles possibilités offertes par l'arrêté fédéral urgent, les centres d'enregistrement ont pris une importance croissante et jouer le rôle qu'on avait craint: celui de sas de refoulement. Les refus d'entrer en matière et les renvois immédiats seront pratiqués avec régularité. En 1992, les statistiques démontraient que 30% des demandes étaient traitées selon ces deux catégories, et principalement dans les centres d'enregistrement.

Les rapports de l'APT en 1993 n'ont pas donné non plus lieu à l'ouverture d'enquête, ni à l'établissement de directives destinées à modifier la pratique.

2147. Autres obstacles à l'enregistrement.

Une des dernières innovations en matière d'obstacle à l'enregistrement a été la Directive interne à l'adresse des centres d'enregistrement, *concernant le dépôt de pièces d'identité*, du 10 juillet 1992. Émis par l'Office fédéral des réfugiés, ce texte dispose que, pour être seulement admis à l'intérieur d'un centre d'enregistrement, un demandeur d'asile doit montrer des documents attestant son identité (passeport, carte d'identité, acte de naissance, etc.). Si l'intéressé ne peut pas obtempérer, la directive prévoit qu'il doit être invité à fournir les pièces qu'il a peut-être déposées ailleurs, une attestation officielle lui étant remise. Toujours selon ce texte, celui qui s'annonce une nouvelle fois devra être admis s'il remet la pièce d'identité demandée, ou s'il donne *une raison crédible* pour laquelle il ne peut pas en fournir.

Dans la pratique, cette directive a été appliquée très strictement à Bâle, puis à Genève. Un nombre important de demandeurs d'asile n'est pas admis dans les CERA, car ils ne se sont pas munis de leurs documents d'identité, souvent par manque d'information ou par manque de temps; d'autre fois, ils craignent de déposer toutes leurs pièces lors d'un premier contact avec les autorités d'un pays inconnu. Ainsi, beaucoup de personnes ont dû faire des démarches complexes pour obtenir des documents ou des copies de documents d'identité, avant de pouvoir entrer dans les CERA et déposer leur demande d'asile. Ces démarches ont nécessité l'aide de services bénévoles.

Une règle tacite veut désormais que les candidats démunis de documents seront finalement admis après une attente de 30 jours. Le problème réside dans le fait que durant ce laps de temps, ils n'ont aucun titre de séjour, fût-il temporaire, et partant aucun droit à une aide sociale officielle. C'est ainsi que l'Hôpital cantonal de Genève a signalé le cas d'une personne laissée à la rue et qui était porteuse d'une maladie très infectieuse³¹.

Il est à noter que la loi sur l'asile n'exige pas le dépôt d'une pièce d'identité comme condition pour l'octroi de l'asile. C'est donc sous l'angle de l'obligation de collaborer que les autorités justifient leur directive. Il n'empêche que l'on a le sentiment d'assister à la mise en place d'une procédure d'admission, pourtant refusée par le législateur. L'autre aspect problématique de la directive est le pouvoir concrètement exorbitant qui est donné au responsable de la loge du CERA, soit le plus souvent un officier de sécurité ou un employé de SECURITAS; or, ceux-ci appliquent la directive

³⁰ Message du 25 avril 1990, § 21.051.

³¹ *Asile: requérant malade à la rue*, Journal de Genève, mardi 26 avril 1994. Annexe 11.

de manière discrétionnaire et ne s'estiment guère liés au strict respect des droits fondamentaux de procédure.

Quand bien même de nombreuses personnes ont été empêchées pratiquement de faire valoir leur besoin de protection à cause de ces pratiques formalistes, quand bien même la Commission de gestion du Conseil National a proposé des améliorations en vue de permettre une certaine régularisation du séjour de celles-ci³², le Conseil fédéral a refusé de modifier cette directive. La Commission a en effet exprimé la crainte que la directive dissuade certains vrais réfugiés de déposer une demande d'asile et elle suggère que l'on considère la procédure d'asile comme ouverte dès la première présentation au CERA, une suspension étant prononcée à cause de l'absence de documents d'identité. Le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas possible d'interrompre la procédure de cette manière, car la présentation de papiers d'identité représente un acte de collaboration précédant la litispendance d'une demande d'asile³³. Nous remarquons que de la sorte la Suisse érige indirectement un nouveau critère de reconnaissance du statut de réfugié qui ne trouve ancrage ni à l'art. 3 LA (définition du réfugié) ni à l'art. 1A Convention de Genève.

215. La répartition cantonale: instrument de séparation des familles.

Après qu'une personne a pu entrer en Suisse et déposer sa demande dans un centre d'enregistrement, elle sera attribuée à un canton en vertu de l'art. 14a alinéa 3 LA. Lors de cette répartition, l'Office fédéral doit, selon la loi, prendre en considération *les intérêts légitimes des cantons* et tenir compte, *en particulier, du principe de l'unité de la famille*. Lors de la révision de 1990, la possibilité de contester par le biais d'un recours cette décision d'attribution a été abolie³⁴, de sorte qu'actuellement *l'Office fédéral statue définitivement* (art. 14 a alinéa 3 **in fine** LA).

Des difficultés sont apparues lors de cette répartition des candidats réfugiés, dans la mesure où le principe de l'unité familiale a été interprété de manière restrictive, ou même carrément ignoré. Ainsi, les rapports de famille entre frères et soeurs ne sont pas considérés dans l'unité familiale au sens suisse du terme, limitée au mari, à son épouse et à leurs enfants mineurs. Dans d'autres cas, les mariages coutumiers ne sont pas reconnus, de sorte qu'un couple peut parfaitement se voir séparé par une attribution à deux cantons différents et éloignés.

Nous remettons à titre d'illustration un article publié par le bulletin VIVRE ENSEMBLE³⁵. Cela montre à quel point cette politique aboutit à un éclatement des familles, ce qui a pour effet d'empêcher la constitution d'un réseau d'entraide et de soutien. Sur le plan humain et psychologique, ces décisions de répartition provoquent des troubles parfois graves, rendant nécessaire des thérapies onéreuses ou des hospitalisations. Dans d'autres cas, ce sont des personnes malades ou accidentées qui auraient pu bénéficier du soutien d'un proche et qui se retrouvent seules face à leur désarroi. L'article 8 CEDH semble donc bel et bien violé par cette pratique.

L'expérience montre qu'il ne s'agit pas simplement d'un défaut d'allégation. La plupart des fois, le fonctionnaire de l'Office fédéral est parfaitement au courant de l'existence d'un membre de la famille en Suisse, qui est signalée au procès-verbal d'enregistrement. Nous avons défendu un cas où l'ensemble des informations pertinentes au regard d'un regroupement familial entre deux frères

³² *Inspection relative à la mise en oeuvre de la politique dans le domaine des réfugiés*, rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 5 mai 1994, chiffre 652.

³³ Prise de position du Conseil fédéral du 26 septembre 1994.

³⁴ Il faut toutefois admettre que les recours qui ont été déposés à ce sujet n'ont jamais connu une issue positive, en sorte qu'il n'est pas exagéré de dire que ce moyen était purement formel.

³⁵ *Familles séparées à l'enregistrement, un non-sens!*, VIVRE ENSEMBLE, bulletin de liaison pour la défense du droit d'asile, n° 47, Genève juin 1994. Annexe 12.

libanais avait été alléguée par lettre avec diverses pièces à titre de preuve; le dernier arrivé a été attribué au canton le plus éloigné possible du domicile de son frère.

C'est donc plutôt d'une malveillance délibérée que nous parlons, inscrite dans la perspective d'une dissuasion des demandeurs d'asile. L'argumentation de l'autorité, qui fait référence à la liberté pour chaque requérant d'asile de se déplacer en Suisse quel que soit son domicile d'attribution, ne tient tout simplement pas compte du fait que ces déplacements ne sont pas remboursés par l'aide sociale, et que le maigre pécule donné aux demandeurs en guise d'argent de poche (90 fr. par mois) ne permet pas de payer des déplacements importants.

22 L'audition du candidat réfugié

221 L'audition cantonale

Une fois que les formalités de l'entrée en Suisse et de l'enregistrement sont remplies, et après que le demandeur d'asile s'est rendu dans son canton d'attribution, il sera entendu par l'autorité cantonale (article 15 LA). Ce moment jouera un rôle important, puisque pour la majorité des cas, ce sera la seule occasion donnée au candidat réfugié de s'exprimer exhaustivement sur ses motifs d'asile. S'agissant de l'organisation des auditions, chaque canton est compétent (art. 15 LA). C'est là que commencent les problèmes, puisque le fédéralisme helvétique entraîne une disparité dans le déroulement des auditions cantonales. Cela tient à l'esprit existant dans chaque service cantonal compétent, aux efforts et moyens de formations mis en place.

Le plus souvent, la tâche a été dévolue aux forces de police, jugées suffisamment expérimentées par leur habitude d'interroger les délinquants. L'effet pervers de ce choix réside dans le fait que les enquêteurs tendent à considérer les demandeurs d'asile comme une catégorie de criminels, qu'il s'agit de confondre à tout prix. L'ambiance des auditions s'en est toujours ressentie, ainsi que le respect de certains droits fondamentaux (droit d'être entendu, liberté d'intervention du mandataire, retranscription fidèle des propos, etc.).

Dans la première version de la loi, les auditions cantonales n'étaient que des interrogatoires préliminaires avant l'audition devant l'Office fédéral. A Genève, en décembre 1987, le quotidien 24 Heures se fait ainsi l'écho des agissements des auditeurs genevois: *"Les interrogatoires sont menés tambour battant, plus dans l'esprit d'une enquête à charge que dans celui d'une recherche de la vérité. La traduction est souvent aléatoire, la neutralité des interrogatoires n'est pas respectée, les requérants subissent des pressions. Bref, tous les ingrédients d'une procédure d'exception"* (mardi 15 décembre 1987).

C'est avec la révision de 1986 que les auditions cantonales prennent une importance décisive, puisque l'Office fédéral est autorisé à prendre des décisions sur la base du dossier uniquement. Depuis 1988, date de l'entrée en vigueur de la modification, les polices cantonales procèdent à des interrogatoires approfondis, en présence de représentants d'oeuvre d'entraide. Les personnes chargées des auditions doivent suivre un schéma établi par l'Office fédéral pour contrebalancer les disparités cantonales; elles consignent les déclarations du requérant dans un procès-verbal, qui sera relu et retraduit, puis signé par lui.

D'une manière générale, le défaut de formation des enquêteurs ou auditeurs est critiquable. La qualité des auditeurs est fréquemment remise en question et leur ignorance d'informations essentielles pour la compréhension d'une demande d'asile est parfois stupéfiante. Des exemples ont été rendus publics par la presse³⁶.

³⁶ *Traitement des demandes d'asile, "bricolages au Château", 24 Heures, 26 novembre 1990. Annexe 13.*

Le canton de Vaud a donné un triste exemple matière d'engagement des auditeurs. Cherchant de nouveaux collaborateurs pour effectuer les auditions cantonales, le chef de l'Office cantonal a fait publier en novembre 1990 une annonce dans les journaux en précisant que "*cet emploi s'adresse particulièrement à de jeunes retraités ou à des maîtresse de maison disposant de quelques demi-journées par semaine*"³⁷. Dans cette même annonce, les seules exigences posées sont la maîtrise de la dactylographie et du français. Aux diverses protestations émanant des oeuvres d'entraide ou des mouvements de défense du droit d'asile, les autorités cantonales ont toujours rétorqué que les auditeurs ne nécessitent aucune connaissance particulière et doivent uniquement suivre le schéma d'audition.

Dans un autre style, le canton de Zurich a été assez entreprenant. A fin 1990, ses responsables ont fait appel à Manpower, qui a engagé des intérimaires pour liquider l'arriéré des auditions en suspens³⁸. Un nouveau domaine de privatisation des tâches de l'État était né.

Il faut également noter que les auditeurs chargés des auditions ne savent pas comment travaille l'Office fédéral des réfugiés. Ainsi, dans le canton de Vaud, ces auditeurs n'ont pas la possibilité de lire les décisions rendues dans les cas où ils ont été chargés de procéder à l'audition. Ceci signifie qu'ils ne peuvent pas se rendre compte de la portée de leurs questions et de leur mode de questionner. Cette division extrême du travail met certains auditeurs dans des situations de frustration insupportable. C'est ainsi qu'un fonctionnaire de police a avoué avoir frappé des requérants d'asile, parce qu'il avait le sentiment que ceux-ci mentaient et l'impression de faire *un boulot qui n'a pas de sens*³⁹. Le témoignage de ce policier montre à quel point l'audition de demandeurs d'asile peut créer une nouvelle violence, si l'on ne prend pas toutes les précautions nécessaires.

222. Audition fédérale.

Jusqu'à la révision de 1986 entrée en vigueur en 1988, l'audition fédérale constituait le moment essentiel de la motivation d'une demande d'asile. Actuellement, elle est devenue subsidiaire, l'Office fédéral n'y procédant que dans une minorité de cas. Il s'agit désormais d'une *mesure d'instruction supplémentaire* au sens de l'art. 16c LA, qui est ordonnée lorsque le cas ne paraît ni manifestement infondé (art. 16a LA) ni manifestement fondé (art. 16b LA). Il faut noter que le législateur a adopté des attitudes très changeantes face au principe de l'audition directe.

Ainsi, le message de 1977 affirme l'obligation pour l'autorité chargée de rendre une décision sur l'asile d'entendre personnellement le demandeur, une telle audition étant "*dans l'intérêt non seulement du requérant, mais aussi de l'autorité*"⁴⁰. Puis, lors de la révision partielle de 1983, on a introduit la notion de demande *manifestement infondée* et l'on a autorisé l'Office fédéral à renoncer à une telle audition directe dans ces cas. Lors de la révision de 1986, l'objectif prioritaire annoncé est l'accélération de la procédure, laquelle passe nécessairement, selon le Conseil fédéral, par la suppression de l'obligation pour l'Office fédéral d'entendre personnellement chaque requérant d'asile; cette autorité statuera désormais sur la base du dossier, qui comprendra le procès-verbal de l'audition faite par la police cantonale.

Le Message de 1985 prend exactement le contre-pied de celui de 1977, sans toutefois justifier ce revirement. Toutes les objections qui ont été élevées sur ce point pendant la procédure de

³⁷ Offre d'emploi parue dans le quotidien 24 Heures en octobre 1990. Annexe 14.

³⁸ Offre d'emploi parue dans le Tagesanzeiger, fin 1990. Annexe 14.

³⁹ *Moi, Stéphane Buthey, j'ai sombré dans le racisme. Et je m'en suis sorti.* Le Nouveau Quotidien, mercredi 24 février 1993. Annexe 15.

⁴⁰ Message du 31 août 1977, §222.4.

consultation n'ont pas été retenues. Le Message de 1985 prend certes quelques précautions: seuls 20 à 30 % des cas ne seraient pas convoqués à une audition directe devant l'Office; les décisions sur dossier présupposent que les procès-verbaux cantonaux soient "*complets, clairs et fiables*"⁴¹. Ces précautions ne correspondront pas à la pratique, puisque ce sera bien une majorité des cas qui seront jugés sur papier uniquement. Quant à la qualité des procès-verbaux cantonaux, elle reste largement sujette à caution, comme nous l'avons signalé ci-dessus au § 221: l'audition cantonale.

Mais en 1988, le Conseil fédéral modifie encore l'ordonnance d'application de la loi sur l'asile, instituant ce qui s'est appelé la Procédure 88. Le Délégué aux réfugiés reçoit la compétence d'entendre directement sur leurs motifs d'asile les requérants triés sur la base de la constatation au centre d'enregistrement et au cours de la première audition sommaire que leur demande n'est *pas conforme aux termes de la loi*. Outre cette définition très vague, on soulignera le fait qu'après avoir dit en 1986 qu'il fallait renoncer à l'audition personnelle par l'autorité qui décide pour gagner du temps, on dit ensuite le contraire en 1988.

Cela dit, il convient de préciser que ces auditions fédérales se sont toujours déroulées d'une façon très particulière, et le plus souvent très déstabilisante pour le candidat réfugié. Contrairement aux auditions cantonales depuis 1988, il n'y a pas de schémas d'audition fédérale, de sorte que ni les demandeurs d'asile ni leurs représentants ne peuvent prévoir sur quoi portera l'interrogatoire. Celui-ci est très décousu, le fonctionnaire passant d'un sujet à l'autre sans prévenir. Ainsi, on peut parfaitement interroger une personne sur des faits récents (par exemple: l'arrivée en Suisse), puis sans transition revenir plusieurs années en arrière pour s'enquérir sur les circonstances de l'entrée en politique, et demander moult détails sur des mauvais traitements subis encore à un autre moment. Cette manière de procéder tend à provoquer des confusions dans l'esprit des requérants, qui peuvent facilement perdre leurs moyens ou s'embrouiller dans leurs souvenirs à cause de ces sauts dans le temps. On a le sentiment que l'Office fédéral cherche avant tout à prendre l'intéressé en faute; cette impression est corroborée par le fait que le fonctionnaire abandonne un chapitre dès qu'une contradiction est apparue dans les propos du requérant.

D'autre part, il est très frappant de voir que l'Office fédéral attache une très grande importance au souvenir des dates, demandant aux candidats de se rappeler des événements au jour près. Par contre, les aspects spécifiques à la culture du demandeur (comment le temps est-il perçu au Kurdistan, au Zaïre, etc.) ou à sa personne (s'agit-il d'un jeune homme instruit ou au contraire d'une femme plus âgée et analphabète?) ne sont pas pris en compte.

Enfin, l'atmosphère accusatrice et tatillonne créée par ce mode de procéder est contredite par l'attitude des fonctionnaires. Ceux-ci se montrent exagérément aimables, adoptant un ton rassurant qui tranche avec les formulations assassines utilisés dans les décisions de refus d'asile. On constate aussi une absence de dialogue et de franchise, que le candidat entendu soit ou non accompagné de son mandataire.

23. Problèmes lors de l'instruction du dossier.

231. La consultation du dossier.

La loi fédérale *sur la procédure administrative* prévoit un certain nombre de garanties en matière de droit d'être entendu. Entre dans ce principe le droit de consulter le dossier (art. 26 PA). Pourtant, l'Office fédéral, ainsi que l'autorité de recours, ont toujours interprété d'une manière restrictive ce principe, pourtant garanti par la loi et par la Constitution fédérale. Ainsi, nombre de documents fondant des décisions en matière d'asile ne sont jamais transmis au demandeur d'asile ni à son représentant. Les problèmes ont surgi soit à propos de la documentation interne à l'Office fédéral,

⁴¹ Message du Conseil fédéral du 2 décembre 1985, § 21.05.

soit à propos de diverses communications provenant d'autres autorités. A titre d'exemple, il semble que le ministère public de la Confédération émet des préavis quant au bien-fondé de l'octroi de l'asile; ces préavis sont particulièrement critiques lorsqu'on se trouve face à un authentique réfugié politique déployant ses activités également en Suisse. Or, une telle pièce n'est jamais fournie aux intéressés; leur existence a été révélée lors d'une erreur dans la transmission du dossier, permettant ainsi à un mandataire de découvrir leur contenu...

De plus, l'Office fédéral des réfugiés adopte une pratique contestable s'agissant de la consultation du dossier. L'autorité inférieure transmet effectivement une copie des principales pièces du dossier, mais refuse explicitement de fixer un délai pour déposer des remarques complémentaires, en arguant du fait qu'il *n'existe en principe aucun droit à un échange d'écriture après clôture de l'instruction officielle*. Nous prétendons que cette attitude viole le droit d'être entendu, vidant de son sens le droit à la consultation du dossier.

En effet, il est constant que l'art 26 PA prévoit explicitement qu'une partie à la procédure a le droit de consulter le dossier à la clôture de l'instruction, sous réserve de certaines exceptions prévues à l'art. 27 PA. La doctrine comme la jurisprudence ont toujours considéré que, dans les procédures contentieuses ou non contentieuses, il existe nécessairement un droit à prendre connaissance du résultat de l'instruction et à prendre position face à celui-ci⁴².

En refusant de fixer un délai pour prendre position, l'Office fédéral va donc à l'encontre de la *ratio legis* telle qu'exprimée ci-dessus, tant il est vrai que ce droit découle logiquement de celui de prendre connaissance du dossier.

Il convient par ailleurs de signaler que jusqu'en août 1993, le droit à prendre position à la fin de l'instruction était systématiquement octroyé par l'intimée lorsqu'une telle requête avait été explicitement élevée. C'est donc d'un changement de pratique soudain que nous parlons, lequel ne semble nullement justifié par un intérêt public prépondérant. En vérité, l'Office fédéral s'est contenté d'introduire un nouvel élément de texte précomposé, sans faire état du résultat d'une balance des intérêts entre la garantie de la sécurité du droit et la nécessité de modifications de la pratique. La bonne foi est également mise à mal dans un tel contexte, les critères cumulatifs et impératifs reconnus généralement pour les changements de pratique n'étant manifestement pas respectés.

Dans la plupart des cas, une prise de position aurait donné à l'intéressé l'occasion de développer une argumentation similaire à celle du recours interjeté contre la décision négative de l'Office fédéral. De la sorte, on a empêché la partie de donner toutes les explications nécessaires auprès de la première instance. Il n'est donc pas justifiable non plus de renoncer à fixer un délai sous l'angle de l'économie de la procédure, puisque la deuxième instance est en définitive saisie pour pallier aux omissions de l'autorité inférieure. En réalité, nous avons la conviction qu'il ne s'agit que d'une volonté de restreindre les droits de la défense.

232. Le droit d'être entendu.

La procédure administrative prévoit le principe de la maxime inquisitoire: l'autorité est censée procéder de son propre chef à l'instruction du dossier en constatant les faits d'office (art. 12 PA). En matière d'asile, la constatation des faits se concrétisera par l'audition personnelle du requérant. A

⁴² Le Tribunal fédéral s'exprime en ces termes à ce propos: *Geht es ... darum, einen streitigen Sachverhalt abzuklären, so hat der am Verwaltungsprozess beteiligte Private, verbehältlich gewisser Ausnahmen..., das Recht, an den Beweiserhebungen der Verwaltungsorgane teilzunehmen, und er besitzt in jedem Falle einen Anspruch darauf, zum Beweisergebnis Stellung nehmen zu können* (ATF 104 Ia 69 ss; voir aussi ATF 99 Ia 46/47; ATF 91 I 92).

cette occasion, le principe de la maxime inquisitoire est relativisé par l'obligation de collaborer qui est imposée au candidat réfugié (art. 12b LA), celui-ci devant en principe répondre aux questions qui lui sont posées. En relation avec l'exigence d'un comportement conforme aux règles de la bonne foi, on tire en outre du devoir de collaborer un devoir de dire la vérité.

Compte tenu de la maxime inquisitoire, on ne saurait déduire de l'obligation de collaborer que le candidat réfugié a un devoir d'alléguer spontanément tous les faits relevant de manière complète. En effet, un aspect du principe inquisitoire veut que les autorités doivent signaler au requérant, selon les règles de la bonne foi, les lacunes éventuelles de leurs déclarations qui pourraient avoir des effets défavorables lors de la décision.

Or, on retrouve régulièrement dans les décisions négatives rendues par l'Office fédéral des reproches adressés au candidat réfugiés, sur lesquels soit ce dernier n'a pas été interrogé, soit son attention n'a pas été attirée. Il y a donc manifestement une situation inadmissible qui se crée, puisque des explications auraient souvent pu être apportées en temps utile, si l'autorité avait respecté les principes relevant de la maxime inquisitoire et des règles de la bonne foi. De tels éclaircissements sont apportés lors du recours, où ils sont alors considérés comme tardifs ou non relevant. Pourtant, il est unanimement reconnu que si l'autorité ne satisfait pas à son obligation de poser des questions, le droit d'être entendu est violé.

Une autre violation de la maxime inquisitoire est constituée lorsque l'Office fédéral ne procède pas à des vérifications sur des faits qui pourraient militer en faveur d'un demandeur d'asile. On retrouve dans de nombreux dossiers des noms de personnes qui auraient pu être entendues comme témoins ou des récits d'événements qui auraient pu être vérifiés. Or, on constate que l'autorité ignore dans la plupart des cas ces éléments, pour se limiter à une appréciation interne du dossier sous l'angle des contradictions dans les déclarations ou sous l'angle de la vraisemblance (voir § 242: la vraisemblance et les contradictions).

Lorsqu'on invoque la responsabilité des autorités au regard de la maxime inquisitoire, on nous répond le plus souvent que c'est au requérant de fournir lui-même l'ensemble des allégations et preuves à l'appui de son dossier. Comme on le voit, une telle exigence ne correspond pas à la loi et met sur les épaules des candidats un fardeau de la preuve bien trop lourd.

233. Le rôle discutabile des ambassades.

2331. La consultation des rapports d'ambassade.

Lorsque le fonctionnaire qui étudie un dossier se heurte à des informations qu'il ne peut pas apprécier par lui-même et lorsque l'affaire lui paraît suffisamment sérieuse, il recourt alors aux services des ambassades. Il adresse un questionnaire à la représentation suisse la plus proche du pays d'origine du requérant.

D'une manière générale, l'Office fédéral tient à garder jalousement le secret sur ces recherches à l'étranger. Au mieux, il ne communique aux intéressés qu'un résumé lapidaire du rapport reçu, avec un délai de quelques jours pour faire des remarques. Même quand des contestations surgissent sur la validité des renseignements ainsi obtenus et condensés, il est pour ainsi dire impossible d'obtenir le droit de prendre connaissance directement du rapport d'ambassade.

En 1987, la Commission de gestion du Conseil national a attiré l'attention des fonctionnaires: *la procédure utilisée pour obtenir des renseignements (questions posées à l'ambassade concernée, auxquelles celle-ci répond dans un rapport) comporte des risques de malentendus, comme on a pu le constater. Les renseignements fournis dans le rapport d'une ambassade et les appréciations qui y*

*sont faites peuvent être interprétées par le destinataire dans un sens que l'auteur n'avait pas prévu. On leur accorde alors une valeur absolue et on en tire des conclusions erronées*⁴³.

La Commission de gestion ajoute encore: *la consultation des rapports présentés par les ambassades ne doit pas être refusée de façon générale. La plupart du temps, il suffira de supprimer certains renseignements contenus dans le rapport pour tenir compte des intérêts dignes d'être protégés [...]. Durant l'inspection de la commission, le délégué a publié des instructions [...]. Il faut souhaiter que ces instructions permettent dans chaque cas de prendre en considération les intérêts protégés par la loi et d'accorder davantage qu'auparavant le droit de consulter les rapports des ambassades*⁴⁴.

L'Office fédéral continuera malgré tout à refuser de transmettre les rapports d'ambassade. Or, la Commission de Gestion rappelle également que *la décision portant sur les pièces déterminantes à fournir à l'intéressé [...] doit être prise à la suite d'une comparaison entre les avantages et les inconvénients. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la Constitution exige sur ce point une décision motivée dans chaque cas*. Or, il est manifeste qu'aucune motivation consistante ne vient justifier ces refus de transmettre les fameux rapports.

Dans son rapport du 19 mai 1992 (ad. 92.024), la Commission de Gestion réaffirme la nécessité de garantir cet accès aux rapports d'ambassade.

La Commission suisse de recours a récemment affirmé que *les requérants d'asile ont le droit de consulter les pièces de leur dossier et de faire part, le cas échéant, de leur observations*⁴⁵. Dans le cas d'espèce, l'ODR a été convaincu d'avoir gravement violé les droits d'un requérant d'asile en lui refusant *la possibilité de savoir d'où provenaient des informations qui le concernaient et qui figuraient sur un questionnaire rempli par l'Ambassade de Suisse à Ankara*⁴⁶.

Cette décision de principe a été publiée dans le recueil de la jurisprudence de la Commission suisse de recours en matière d'asile (JICRA) sous la référence 1994/1, dont le résumé en français indique que *le droit à consulter le dossier s'étend non seulement à la réponse écrite de la représentation suisse à l'étranger, mais encore au questionnaire à elle adressé par l'ODR. De tels documents ne constituent pas des pièces internes (considérant. 3c)*.

Il aura fallu attendre sept ans pour que l'on donne formellement raison aux recommandations de la Commission de gestion. Malheureusement, il ne semble cependant pas que l'Office fédéral ait montré, depuis la publication de cette décision sur recours, une volonté de modifier sa pratique: cette autorité persiste au contraire à refuser dans la plupart des cas de transmettre les rapports d'ambassade.

2332. La manière dont les vérifications sont faites sur place par les ambassades.

Dans les cas, encore exceptionnels, où il nous a été permis de lire les rapports d'ambassade, le déroulement concret des vérifications et recherches effectuées n'a pas manqué de surprendre.

Ainsi, pour les ressortissants pakistanais, nous avons pu apprendre que c'est un avocat pakistanais qui est chargé de l'enquête par l'ambassade de Suisse à Karachi. Dans au moins un cas que nous connaissons, cet avocat a reçu documents, photographies de l'intéressé, attestations, témoignages et

⁴³ Rapport de la Commission de gestion au Conseil national du 19 mai 1987, § 42.

⁴⁴ Ibidem, § 331.23.

⁴⁵ Journal de Genève, 15 juin 1994.

⁴⁶ Ibidem.

pièces officielles remises au cours de la procédure. L'enquêteur s'est alors dirigé vers le Cachemire, région où notre requérant a situé sa famille et les persécutions qu'il a subies. Il a procédé à l'interrogation de ses parents, puis des diverses autorités locales. Une visite a été faite au poste de police et un bref contact a été pris avec les services secrets de l'armée, le sinistre ISI (*Inter Services Intelligence*). A ces occasions, il a posé des questions directes, montré les photographies, consulté les dossiers officiels de la police et interrogé des personnes, qui ont en l'occurrence témoigné en faveur du requérant. Enfin, il a consigné les informations obtenues dans un rapport rédigé en anglais, en y adjoignant des réflexions visant à discréditer les témoins (dont un dirigeant de l'organisation politique à laquelle le requérant appartenait) et en concluant au manque de subsistance de la demande d'asile. Il est frappant de constater que les divers témoignages en faveur du demandeur d'asile ont été ignorés dans ces conclusions; d'autre part, les vérifications effectuées ne pouvaient de toutes les façons pas permettre d'obtenir une preuve tangible des persécutions alléguées, puisque les auteurs de celles-ci, en l'occurrence le *ISI*, n'ont pas été interrogés sérieusement. Outre cela, il est inquiétant de constater que la personne de confiance de l'ambassade déclare ouvertement que tous les réfugiés de son pays n'ont pas de motivations politiques. Enfin, relevons que l'ambassadeur a fourni son propre résumé du rapport de l'enquêteur en le rédigeant en allemand; lors de cette opération, il a systématiquement omis de relever les éléments qui confirmaient les propos du requérant en Suisse, rendant le résultat des recherches encore plus négatif. Cet exemple ne semble malheureusement pas isolé, à en croire ce que rapportent de nombreux ressortissants pakistanais.

Pour les ressortissants kurdes de Turquie, nous avons appris qu'un collaborateur a été spécialement délégué à l'ambassade de Suisse à Ankara pour les enquêtes dans ce pays. Ses méthodes de travail sont tout aussi curieuses: non seulement les questions précises posées par l'Office fédéral à Berne ne reçoivent pas toutes une réponse, mais en plus ses affirmations sont basées sur les déclarations de *personnes de contact* qui travaillent au sein de l'administration turque. Cette personne est le plus souvent le *muhtar* (syndic) du village, qui est consulté par téléphone pour savoir si telle ou telle personne est recherchée par la police ou par l'armée. Soumis aux pressions conjointes de l'armée turque et des rebelles kurdes, inquieté par le climat de tension permanente qui existe au Kurdistan, le *muhtar* cherche le plus souvent à se protéger ou à protéger la famille de la personne concernée, et donnera des informations qui ne sont pas toujours le reflet de la réalité. Cet avis sera pourtant fourni comme une vérité incontestable.

Cette manière d'agir auprès des autorités dont le requérant cherche précisément à se protéger viole la promesse faite à ce dernier: pour l'inviter à collaborer à la procédure, l'administration lui donne la garantie que *rien de ce qui ne sera révélé au cours de la procédure d'asile ne parviendra à la connaissance des autorités de votre pays*⁴⁷. On ne peut pas écarter l'hypothèse que ces vérifications sont de nature à provoquer des préjudices graves en cas de retour. Rien ne nous permet d'affirmer que cette apparente collusion entre les autorités suisses et celles des pays de fuite est voulue; l'intérêt que peuvent avoir ces autorités, les unes à dénier le statut de réfugié, les autres à dénier l'existence de persécutions sur leur territoire, crée cependant une rencontre objective au détriment des réfugiés.

2333. Le cas particulier du Zaïre comme exemple illustratif.

Il faut tout d'abord constater que les rapports entre les gouvernements suisses et zaïrois sont excellents, au point que l'attitude de la représentation suisse à Kinshasa paraît farouchement opposée aux réfugiés zaïrois.

⁴⁷ Phrase type figurant dans le schéma d'audition cantonale et lu à chaque requérant d'asile au début de son audition sur les motifs d'asile. En contrepartie de cette garantie du secret, l'office fédéral exige que l'intéressé collabore et dise la vérité.

Nous fournissons pour preuve copie d'un rapport de dite représentation, émanant de l'ambassadeur lui-même⁴⁸. S'il date du 27 mars 1984, il montre cependant bien l'esprit de l'ambassade qui continue à régner aujourd'hui. On peut notamment y lire dès les premières lignes les bonnes relations existant entre l'Ambassadeur et le gouvernement zaïrois, ainsi que l'intérêt de cet interlocuteur. Il en ressort explicitement un accord entre ces deux gouvernements: *il a trouvé très raisonnable que les autorités suisses prennent finalement des mesures plus strictes et renvoient au Zaïre ces "réfugiés économiques" qui peuvent retourner dans leur pays quand ils le désirent*. Il paraît véritablement inquiétant de voir avec quel manque de distance cette opinion d'un officiel zaïrois est reproduite par l'ambassadeur suisse. On retrouve cette triste vision à la fin du rapport: *d'une manière générale, les Zaïrois peuvent être rapatriés. (...) Évidemment, comme il s'agit d'ailleurs presque uniquement de réfugiés économiques et non de réfugiés politiques, ils ne risquent rien si ce n'est malheureusement d'être sans travail ou mal payés et ils se plaindront sans doute de mourir de faim comme le font les 30 millions d'habitants du Zaïre*⁴⁹.

Ce qui est contradictoire avec cette apparente banalisation de l'exil zaïrois, c'est l'affirmation suivante: *il est certain que le Zaïre essaie d'être renseigné sur les agissements de ses ressortissants à l'étrangers. (...) Le gouvernement zaïrois connaît en partie les noms de ses ressortissants qui font partie de mouvements d'opposition*⁵⁰. Outre le fait que l'ambassadeur ne semble absolument pas se formaliser d'une telle surveillance politique effectuée par le Zaïre à l'étranger, la façon dont il minimise les conséquences qu'une telle surveillance implique en termes de répression politique est franchement troublante.

Lorsqu'on constate simplement cela, on doit bien admettre que les vérifications faite par une telle ambassade ne peuvent pas être fiables ou neutres. Les exemples donnés par l'étude de cas d'espèce montrent qu'effectivement, les méthodes de travail de cette dernière sont également critiquables. A titre d'exemple, nous connaissons le cas d'un requérant d'asile zaïrois qui avait demandé à un ami d'aller témoigner personnellement à l'ambassade. Ce dernier a obtempéré et a essuyé un premier refus de la part des collaborateurs de celle-ci. L'entretien aura finalement lieu après une deuxième présentation, et surtout après que l'ambassadeur a obtenu des consignes de la part de l'Office fédéral à Berne. Lors de cet entretien, aucun procès-verbal n'est établi. Une fois le témoin parti, le collaborateur de l'ambassade rédige un résumé des propos de celui-ci, mêlant appréciations personnelles et citations plus ou moins exactes, le tout rédigé au conditionnel, sans faire ni relire ni signer le rapport ainsi constitué. Le résultat en est un texte étrange, qui donne une impression de flou et d'incertitude. Malgré le fait que cette manipulation a été signalée au détriment de sa valeur probante, ce document sera utilisé pour refuser l'asile au requérant, tant en première qu'en deuxième instance.

La représentation suisse utilise une autre technique au Zaïre: l'appel aux services d'un avocat zaïrois, dont l'administration suisse nous dit qu'il est *de confiance*⁵¹. Or, un certain nombre de doutes peuvent être émis à ce propos. Nous ne voulons évidemment pas jeter le discrédit sur l'ensemble de la corporation des avocats zaïrois. Nous constatons par contre que l'ordre des avocats zaïrois est notoirement proche du Mouvement pour la République, parti du dictateur au pouvoir. Autre aspect litigieux: le travail effectué par l'avocat zaïrois est rémunéré; comment empêcher alors qu'il y ait un conflit d'intérêt, un homme bien placé recevant une mission où il est intéressé

⁴⁸ Rapport de la représentation suisse à Kinshasa, daté du 27 mars 1984 et signé par l'Ambassadeur G. FRANEL. Annexe 16.

⁴⁹ Ibidem, sous chiffre 15 (rapatriements).

⁵⁰ Ibidem, sous chiffre 1.

⁵¹ Ibidem, première page.

financièrement et devant enquêter sur des exactions commises dans son propre pays par les autorités qui le gouvernement sur la base de déclarations faites par un compatriotes réfugié à l'étranger? Enfin, la désignation de l'avocat n'est jamais faite avec l'accord du demandeur d'asile en Suisse; personne ne sait quelle garantie l'ambassade de Suisse s'est donnée pour s'assurer les services d'une personne réellement intègre, neutre et capable de critiquer, si besoin est, le régime dictatorial de MOBUTU.

En réalité, bien que nous ne puissions pas en fournir la preuve, nous nous sommes souvent demandés si la Suisse n'était pas prête à payer des sommes exorbitantes, pouvant aller à plusieurs dizaines de milliers de francs suisses, dans le seul but de démontrer que tel réfugié est un menteur, dût-elle pour cela utiliser les services de personnes à l'éthique et à la moralité douteuse.

Le résultat en est que la représentation suisse fournit des informations aux autorités en Suisse qui ne correspondent pas à la réalité. Pourtant, la légitimité de l'avis d'une ambassade sera tel qu'il sera pour ainsi dire impossible de le remettre en question. Il est à ce titre troublant de lire dans le rapport du 27 mars 1984 les affirmations suivantes: *si un document est établi ou prolongé sur demande des autorités suisses auprès de la représentation diplomatique zairoise en Suisse, le Zaïrois rapatrié ne sera probablement même pas interrogé ou sanctionné. (...) Il me semble peu probable que les autorités douanières de l'aéroport soient au courant de la demande d'asile présentée par le Zaïrois rapatrié*⁵². Or, nous reviendrons sur ce point plus bas, des rapports tendent à démontrer très exactement le contraire!

24. La décision de première instance.

241. L'accélération.

Toutes les révisions législatives en matière d'asile ont été justifiées par la nécessité d'accélérer la procédure. Il n'est certes pas souhaitable que les dossiers ne soient pas traités pendant plusieurs années. A cet égard, l'administration suisse a au début des années 1980 accumulé un retard important dans le traitement des affaires. Nous connaissons ainsi le cas d'un demandeur d'asile angolais qui a déposé sa requête en 1980 et qui a reçu sa première réponse en ... 1990, soit 10 ans plus tard!

Le retard pris dans l'examen des dossiers a mis des milliers de personnes dans des situations humaines difficiles: comment envisager une expulsion de Suisse lorsqu'on y a vécu pendant plusieurs années, qu'on s'y est intégré, qu'on y a fait des connaissances ou des amis, qu'on y travaille, que les enfants y sont scolarisés, voire y sont nés? Face à cette incurie administrative, les autorités ont dû octroyer des autorisations de séjour pour cas de rigueur, selon l'art. 13 lettre f OLE. L'application de cette norme a connu des variations très grandes au fil du temps, en sorte que l'égalité de traitement n'a pas été respectée: les modifications des critères utilisés ont conduit les autorités à refuser de régulariser un séjour dans un cas correspondant à un autre qui avait reçu meilleur accueil une année plus tôt... La constante a été dans ce débat que les autorités fédérales et les parlementaires se sont montrés certes gênés par ces situations, mais ils ont toujours résisté à reconnaître l'état de fait créé par la lenteur du traitement des dossiers et à en tirer les conséquences qui s'en imposaient sur un plan humain.

C'est ce constat qui a amené les responsables de l'administration à parler d'accélération de manière systématique. Celle-ci s'est concrètement réalisée au travers de mesures législatives donnant à l'administration une grande marge de manoeuvre qui a pour conséquence de mettre à mal les droits des requérants d'asile. Un exemple frappant en est donné par les décisions de non-entrée en matière avec départ immédiat: si cette faculté a permis de régler très rapidement de nombreux dossiers, il

⁵² Ibidem, sous chiffres 4 et 5.

n'en reste pas moins que les possibilités de vérifier le bien-fondé de ces décisions sont précisément limitées d'une manière excessive par l'exécution immédiate du départ, mettant à mal la garantie d'une voie de recours effective offerte par l'article 13 CEDH.

D'autre part, l'administration n'a pas manifesté un souci prioritaire d'améliorer la formation des fonctionnaires, que ce soit sur le plan juridique ou à propos de la connaissance des pays de provenance. Dans son Message de 1985, le Conseil fédéral relève que *le personnel nouvellement engagé n'a, pour la plupart, pas de connaissances préalables du droit et de la pratique de l'asile et ne remplit les exigences du poste qu'au bout d'une année environ*⁵³. Or, le tournus des collaborateurs chargés de l'asile est très grand, de sorte qu'un nombre important d'entre eux ne restent pas beaucoup plus d'une année au sein de cet office de l'administration. Dans son Message de 1990, le Conseil fédéral constate *qu'en dépit de tous leurs efforts, les autorités qui statueront sur la demande ne disposent toujours que d'informations lacunaires sur les conditions qui existent réellement à l'échelle nationale, régionale et locale dans le pays d'origine du requérant*.⁵⁴

Pour illustrer ce dernier problème, à savoir les lacunes de la documentation en possession de l'Office fédéral, nous pouvons fournir un exemple édifiant en annexe, qui démontre que les informations *de source sûre* sur la base desquelles l'autorité travaille peuvent s'avérer tout simplement fausses. Pire, l'Office fédéral refuse de corriger les erreurs grossières qui lui sont signalées⁵⁵.

Enfin, l'autre outil principal pour produire cet effet d'accélération a consisté dans un premier temps par la mise au point des éléments de texte précomposés (voir ci-dessous § 245: les Textbausteine), puis dans un deuxième temps par l'extrême rationalisation du traitement des dossiers. C'est ainsi que dès fin 1990, les cas sont traités par nationalité, des décisions en série venant frapper toute une communauté simultanément. Cette approche systématique entraîne un risque réel de standardisation: le fonctionnaire appelé à traiter une quantité énorme de cas finit par avoir l'impression qu'ils se ressemblent curieusement, ce qui est logique puisque ces cas proviennent de la même région du monde avec le même environnement politique. Ces similitudes donneront inévitablement à la personne appelée à rendre une décision l'impression que "tous ces réfugiés racontent la même histoire".

Le problème est d'autant plus réel que les exigences posées par l'Office fédéral à ses collaborateurs est avant tout de rendre un certain nombre de décision par semaine (actuellement: 5). Or, si l'on rajoute encore à cette exigence de productivité le fait que les décisions positives doivent être justifiées à plus de cinq reprises auprès du supérieur hiérarchique, alors qu'une décision négative ne doit l'être qu'une seule fois, on s'aperçoit que les conditions et l'organisation du travail sont un facteur important pour expliquer la pratique concrète de l'Office fédéral.

Il faut relever que le principe de la décision sur dossier, actuellement établi dans la loi, joue également un rôle pervers. Le fonctionnaire fédéral, à qui l'on demande de rendre un nombre toujours plus élevé de décisions dans un laps de temps toujours plus court, ne peut pas saisir toutes les nuances de déclarations qui lui sont présentées sous une forme dactylographiée et dépourvue de toutes les expressions non verbales.

⁵³ Message du 2 décembre 1985, § 112 *in fine*.

⁵⁴ Message du 22 avril 1990, § 114.

⁵⁵ *Procédure, erreurs en série. Quand le DAR se trompe*, Yves BRÜTSCH, VIVRE ENSEMBLE, n° 25, février 1990, pp. 5-6. Annexe 17.

A propos d'organisation, l'Organisation centrale suisse d'aide aux réfugiés a démontré en 1990, à l'aide de statistiques, que l'on a pas non plus donné au secteur "décision" les effectifs souhaitables. Ainsi, en 1986, la part des fonctionnaire chargés de l'examen des dossiers d'asile était de 52%, alors qu'en 1990 cette part a passé à 36%; pendant la même période, le nombre de demande déposée a quant à lui sensiblement augmenté. Parmi les 113 nouveaux postes obtenus en 1989 par l'Office fédéral, 32 seulement ont été dévolus au traitement des requêtes. Autre chiffre révélateur: dans la masse salariale de l'Office fédéral, le secteur "décision" comprend 130 postes, les autres secteurs (administration, hébergement, enregistrement, etc.) 1280. On voit bien ici que contrairement à ce qui a été affirmé, le souci n'a jamais été de donner aux fonctionnaires un cadre de travail leur permettant d'analyser sereinement et sérieusement chaque cas, l'accent étant mis, après des années d'assouplissement, sur la pure liquidation des dossiers en attente⁵⁶.

Ainsi, l'accélération de la procédure est devenue avant tout un élément de plus de la politique de dissuasion, et non une exigence d'efficience et d'équité. Citons à cet égard la Commission de gestion du Conseil national: *rendement et efficacité administrative sont certes des conditions nécessaires, mais qui mettent en danger l'approche humanitaire et respectueuse des principes de l'État de droit inhérente à la procédure d'asile*⁵⁷.

Notre critique de l'accélération de la procédure se base également sur la constatation que l'on est arrivé à rendre des milliers de décisions négatives par mois grâce à la standardisation, faisant diligente application de l'article 16a LA (rejet sans autres mesures d'instruction pour les demandes manifestement infondées). Par contre, on doit toujours compter sur une attente d'une année au moins, voire de plusieurs années, pour avoir une réponse positive à une demande d'asile fondée. L'article 16b, qui prévoit l'octroi de l'asile ou de l'admission provisoire sans autres mesures d'instruction pour les demandes d'asile manifestement fondées, et qui est le pendant symétrique de l'article 16a, n'a pas trouvé une application aussi systématique. Cette inégalité de traitement est également révélée par le fait que l'Office fédéral a prévu expressément dans ses directives de pouvoir accélérer le traitement d'une demande d'asile en vue de rendre une décision négative (voir notamment les remarques faites ci-dessous au § 72: les normes d'aide sociale en dessous du minimum vital), alors qu'il n'existe aucun moyen de faire accélérer le traitement d'un dossier solide méritant une décision positive. De nombreuses interventions pour des personnes souffrant de troubles psychologiques liés la longue attente d'une décision n'ont ainsi pas reçu un bon accueil.

Actuellement, il convient de signaler que malgré toutes les mesures prises en vue de l'accélération du traitement des dossiers, il subsiste un nombre de cas non négligeable qui ne sont pas réglés rapidement. Il s'agit en général soit de personnes provenant de pays "à risques" et dont les dossiers sont mis en attente (Sri-Lanka, Pérou, Irak, Iran, etc.), soit de personnes présentant une demande fondée nécessitant des vérifications longues et coûteuses et dont les dossiers sont aussi mis en attente. Même si l'on démontre facilement que la longue durée du séjour qui se crée ressort de la seule responsabilité des autorités suisses, il reste difficile d'obtenir la régularisation du séjour sous l'angle de l'intégration.

242. La vraisemblance et les contradictions.

Pour justifier un refus d'asile, l'autorité se base le plus souvent sur l'article 12a LA, qui prévoit que *quiconque demande asile doit prouver ou du moins rendre vraisemblable qu'il est un réfugié*. En réalité, c'est une interprétation très particulière de la notion de vraisemblance qui sera donnée par

⁵⁶ Pour illustrer notre propos, nous joignons copie d'un double témoignage établi en 1986: *Politique d'asile suisse et pratique de l'office fédéral de la police; deux anciens collaborateurs de l'OFP témoignent*, Comité suisse pour la défense du droit d'asile et Ligue suisse des droits de l'Homme, Lausanne et Genève février 1986. Annexe 18.

⁵⁷ Rapport du 5 mai 1994, § 41.

l'Office fédéral. Contrairement à l'intention du législateur, qui était clairement d'alléger le fardeau de la preuve en ne demandant que la vraisemblance, l'Office fédéral demande le plus souvent une preuve formelle pour octroyer l'asile. Les problèmes que soulèvent une telle interprétation seront repris plus bas au § 411: Interprétation discutable de certaines notions juridiques en défaveur des réfugiés.

Concrètement, les décisions négatives se contentent d'établir un catalogue des éléments en défaveur du requérant, et particulièrement les contradictions à l'intérieur du récit présenté par celui-ci, voire son manque de constance. Or, l'examen de la vraisemblance exige une pondération des éléments négatifs et des éléments positifs (*Abwägungspflicht*); on s'accorde généralement à dire qu'il convient de ne pas surestimer les contradictions et les ambiguïtés dans une procédure avant tout orale, et de distinguer l'essentiel de l'accessoire⁵⁸. Cette absence de pondération est très frappante dans la plupart des décisions négatives, qui représentent depuis plusieurs années plus de 95% des décisions rendues en première instance.

La jurisprudence de la Commission de recours a eu l'occasion de préciser que *l'appréciation de la crédibilité du recourant doit résulter d'une appréciation globale de toutes ses allégations; il faut peser les arguments et indices parlant en faveur ou en défaveur de la vraisemblance des faits invoqués*⁵⁹.

Malgré les avis autorisés de la doctrine et de la jurisprudence, l'Office fédéral persiste dans sa pratique. A titre d'exemple illustratif, nous citerons la prétendue contradiction relevée dans un dossier au sujet de la date du transport d'un journal, événement crucial en l'occurrence. Alors même que l'intéressé n'a pas varié au cours de trois auditions sur les motifs, l'ODR se contente d'une inadvertance manifeste contenue dans le procès-verbal d'enregistrement pour en conclure à l'in vraisemblance de l'ensemble du récit. Une version contre trois autres concordantes, voilà l'illustration du manque flagrant de pondération dont l'autorité se rend régulièrement coupable!

Relevons encore l'attitude ambivalente de l'autorité en ce qui concerne les documents remis à titre de preuve. Il est certain qu'un demandeur d'asile n'aura pour ainsi dire aucune chance d'être reconnu comme réfugié s'il n'est pas en mesure de fournir des preuves documentaires à propos des persécutions qu'il invoque. Les réfugiés turcs ou albanais de Kosovë, à titre d'exemple, ont dû pour être reconnus déposer les jugements qui les avaient condamnés, les pièces démontrant la réalité de leur emprisonnement, voire des attestations médicales décrivant les séquelles des tortures subies. Il en est résulté pour conséquence que les demandeurs d'asile reçoivent régulièrement la recommandation, soit de l'autorité, soit des personnes qui les conseillent, d'apporter le plus grand nombre de preuves possible.

Or, dans nombre de cas, l'Office fédéral dénie toute valeur probante à des preuves documentaires sous prétexte que l'intéressé s'est contredit. Les variations à l'intérieur du récit sont donc plus importantes. aux yeux de l'autorité, que les preuves remises. Nous considérons que c'est un renversement logique qui est opéré, puisqu'à notre sens, les documents déposés devraient l'emporter sur les hésitations des requérants.

Cette appréciation des preuves est très choquante dans le cas de personnes qui ont subi des violences ou la torture. Alors que les descriptions médicales du syndrome de stress post-traumatique relèvent précisément qu'une personne ayant subi un traumatisme sera fréquemment atteinte dans sa capacité de se remémorer les épisodes douloureux de sa vie, l'Office fédéral persiste

⁵⁸ Walter KAELIN, *Grundriss des Asylverfahrens*, Bâle 1990, p. 312 à 314.

⁵⁹ JICRA 1993, n° 11, p. 67.

à se centrer sur les contradictions dans les déclarations plutôt que dans les rapports médicaux décrivant les séquelles psychiques des chocs subis.

Un exemple particulier en a été donné par une décision négative rendue à l'encontre d'une femme musulmane bosniaque qui est venue se réfugier en Suisse, après avoir été violée par des soldats serbes en présence de ses enfants, son mari ayant été tué et son cadavre mutilé. Extrêmement choquée par ces événements, elle a rencontré des difficultés à se souvenir de tous les détails de ce qu'elle a vécu. La décision de l'Office fédéral, rendue par une femme, lui reprochera entre autres ceci:

au cours de l'audition cantonale, la demanderesse a indiqué que six soldats serbes avaient maîtrisé son époux et les autres hommes, puis cinq d'entre eux l'avaient violée, à Givisiez, elle a prétendu qu'il n'y avait que cinq serbes, dont quatre l'avaient violée, que ses propos divergent quant à son état physique au cours de ses viols, celle-ci passant d'un état de semi-conscience (version de l'audition cantonale) à un évanouissement (version de l'audition fédérale)

Pourtant, le sérieux des séquelles psychiques laissées par les violences subies a été attesté par des médecins, ainsi que les problèmes réels de la requérante à se souvenir des faits précis. Il a fallu un recours, appuyé par un article dans la presse et une campagne de lettres de protestation pour que l'Office fédéral revienne sur sa première décision et le préavis négatif émis sur le recours... Malgré l'issue finalement positive de cette affaire, il est à craindre que nombre de personnes effectivement torturées ou violentées ont vu leurs récits écartés à cause des contradictions qu'ils comportent, sans considération pour les causes légitimes de celles-ci.

243. L'utilisation abusive des procès-verbaux.

Jusqu'à la deuxième révision entrée en vigueur en 1988, les contradictions sont recherchées entre les deux procès-verbaux établis lors du rapide interrogatoire cantonal et de l'audition fédérale approfondie. Dès la suppression de l'audition fédérale systématique, les fonctionnaires ne disposent le plus souvent que d'un seul procès-verbal (audition cantonale sur les motifs d'asile). Un glissement s'est alors tout naturellement opéré au profit d'une comparaison entre le procès-verbal établi au centre d'enregistrement et le procès-verbal cantonal, en vue de confondre le requérant d'asile.

Pourtant, on ne saurait mettre sur le même pied l'audition du centre d'enregistrement (CERA) et l'audition cantonale. Selon la loi, la première est avant tout destinée à recueillir "*les données personnelles concernant le requérant*" et l'entend seulement "*de façon sommaire sur les motifs qui l'ont fait quitter son pays*" (art. 14 LA). Au contraire, l'audition cantonale (art. 15 LA) est réputée exhaustive sur les motifs d'asile. La durée de l'audition d'enregistrement n'est pas comparable non plus: une vingtaine de minutes contre plusieurs heures pour l'audition cantonale. Enfin, les fonctionnaires qui procèdent aux auditions d'enregistrement empêchent les candidats de trop donner de détails.

Le professeur KAELIN affirme sur ce sujet que *cette fonction limitée de l'enquête établie dans le centre d'enregistrement interdit de donner trop d'importance aux lacunes et aux contradictions du procès-verbal du centre quand il s'agit de juger de la crédibilité du requérant*⁶⁰. Cet auteur prend également en considération le texte et la systématiques clairs de la loi: selon l'art. 12b LA, le

⁶⁰ ASYL 1990/3, note n° 16.

requérant d'asile est tenu, lors de l'audition sur les motifs d'asile prévue à l'art. 15 LA, d'exposer toutes les raisons qui l'ont incité à demander l'asile, et non pas déjà au centre d'enregistrement⁶¹.

Quant à la Commission de gestion du Conseil national, elle a mis en doute la qualité des procès-verbaux des centres d'enregistrement et, partant, elle a critiqué le fait qu'on se réfère à eux pour apprécier les contradictions⁶².

Interpellé à de multiples reprises sur ce thème délicat, le Conseil fédéral a déclaré en septembre 1989, dans le cadre de l'extension de la procédure accélérée (P88) que désormais les auditions dans les centres d'enregistrement devaient à nouveau être *aussi sommaires que l'avait prévu le législateur*, ce fait empêchant leur usage dans les décisions. A la même époque, une décision du Département fédéral de justice et police, du 18.09.1989 (référence: rec. 89'4946), a annulé une décision de première instance, considérant qu'en raison de leur caractère sommaire, les informations recueillies au CERA ne peuvent être utilisées qu'avec une certaine retenue lors de l'appréciation par l'autorité qui se prononce sur l'octroi ou le refus de l'asile. Ainsi en jugeant que l'Office fédéral avait apprécié les preuves de manière arbitraire, le DFJP a indiqué que, de manière générale, les contradictions entre les auditions ne peuvent pas être retenues de manière illimitée au détriment du demandeur d'asile.

Ces opinions ont été réaffirmées lors de la modification de 1990⁶³, puis par la jurisprudence de la Commission suisse de recours en matière d'asile. Celle-ci a en effet établi que *le procès-verbal établi au centre d'enregistrement n'a qu'une valeur probatoire restreinte dans l'appréciation des motifs invoqués*⁶⁴.

Malgré toutes ces opinions, malgré toutes ces décisions et cette jurisprudence, malgré les déclarations de son directeur auprès de la Commission de gestion⁶⁵, l'Office fédéral n'a pas modifié sa pratique sur ce point. Les fonctionnaires continuent à comparer des procès-verbaux incomparables et à traquer la plus petite divergence, qui peut porter sur la couleur des uniformes des militaires, sur les dates et la durée de l'arrestation, sur le nombre de policiers qui interrogeaient, sur les tortures subies, ou sur toutes sortes de détails (repas pris en prison, etc.).

Outre les considérations que nous venons de développer, il faut encore signaler que ni les procès-verbaux d'enregistrement, ni ceux de l'audition cantonale ne reflètent pas exactement les paroles des candidats. Nous avons signalé ci-dessus les doutes émis par la Commission de gestion sur les procès-verbaux d'enregistrement. En réalité, l'auditeur cantonal ou fédéral écoute la traduction fournie par l'interprète, sans contrôler la qualité du travail de ce dernier. Puis il reformule les propos dans le style qui lui paraît convenir. De toutes les façons, que la traduction soit fidèle ou non, les expressions typiques du requérant sont rarement retranscrites, des détails et certaines nuances sont oubliés, des précisions sont négligées. Aucune place n'est laissée à l'expression des sentiments ou des émotions, pourtant fortes et fréquentes lorsqu'on parle de mauvais traitements ou de la perte

⁶¹ Ibidem.

⁶² Inspection 1989; FF 1990 II p. 781 ss.; particulièrement p. 784.

⁶³ Dans son message adressé au Parlement, le Conseil fédéral n'envisage de prendre note des motifs de départ que dans l'hypothèse où une demande semblerait manifestement mal fondée et où une décision pourrait être prise sur le champ; message du 25 avril 1990, § 21.051.

⁶⁴ JICRA 1993, n° 3, p. 11; n° 12, p. 73.

⁶⁵ Le délégué aux réfugiés a admis que la loi ne permettait pas de se référer au procès-verbal d'enregistrement pour apprécier la vraisemblance des motifs d'asile. Il a même déclaré: *au cas où l'on ferait état des contradictions entre ces deux procès-verbaux d'audition pour mettre en doute la crédibilité d'un requérant, la critique de la Commission (...) serait justifiée également à l'avenir*; Inspection de la Commission de gestion du Conseil national, rapport du 12 novembre 1990, §13.

brutale d'un proche. Par contre, tout ce récit reconstruit, qui a subi le double filtre de l'interprète et de l'auditeur, sera écrit à la première personne, comme si cela représentait vraiment les paroles telles qu'elles ont été prononcées. En conséquence, les erreurs qui y figurent, qu'elles proviennent du requérant, de l'interprète ou de l'enquêteur, seront toujours reprochées au requérant⁶⁶.

244. L'expérience générale de la vie et les Zaïrois.

Face à certaines informations données par les candidats réfugiés et à l'heure de soupeser la vraisemblance de leur demande, l'Office fédéral utilise très souvent une notion particulière: *l'expérience générale de la vie*. Grâce à celle-ci, l'autorité prétend connaître ce qui est acceptable au regard des réalités de tous les pays d'origine des réfugiés.

Les considérations de l'ODR concernant des faits qui paraissent contraire à cette *expérience générale de la vie* sont fréquemment problématiques. Or, il est certain que des cultures et des sociétés différentes engendrent des expériences et des réalités distinctes. Lors de l'audition d'un demandeur d'asile, on assiste à la rencontre de deux cultures fort différentes. Si l'on interprète le récit du requérant et son expérience concrète en fonction de la réalité d'une autre société, on aboutit forcément au sentiment que des contradictions sont apparues.

Que ce soit à dessein ou par manque de moyens, le refus de chercher à comprendre ces apparentes contradictions, par exemple en se procurant des informations plus exactes au sujet de la culture concernée, de même que l'illusion trop courante selon laquelle nos expériences occidentales et de la réalité et de nos conceptions au sujet du comportement humain ont une valeur universelle, entraînent des conséquences graves pour les requérant d'asile: leurs déclarations sont jugées non crédibles et leur demande est rejetée.

Le Zaïre est à cet égard un cas d'école. Depuis des années, le taux d'acceptation des demandes d'asile en provenance du Zaïre est pratiquement nul: 2 décisions positives sur 814 cas traités en 1991, 2 sur 316 en 1990, 1 sur 178 en 1989. Dans la plupart des cas, l'ODR rejette les demandes en invoquant l'in vraisemblance des motifs allégués. Nombre de considérants commencent par l'expression: *il est hors de toute logique*. L'argumentation fait souvent reproche aux réfugiés zaïrois de ce que leurs déclarations soient difficilement admissibles, ou difficilement imaginables, ou encore pour le moins surprenantes. De manière générale, l'absence de document en guise de preuve est fustigé.

Face à cette situation, une rencontre a été organisée en juin 1992 par diverses associations et mouvements de défense du droit d'asile ayant constitué la Commission Zaïre, afin de discuter avec deux experts du pays des affirmations de l'autorité. Un rapport en est sorti⁶⁷ dont nous allons présenter ici un résumé.

Concernant cette exigence de documents à fournir en guise de preuve, citons encore une réflexion qui illustre bien le décalage entre cette réalité zaïroise et les exigences de l'ODR: *Je prends mon cas: j'avais été arrêté par la DSP (Division spéciale présidentielle); de quel droit la DSP peut-elle arrêter un paisible citoyen, l'emmener, l'interroger, le photographier, torturer des personnes en sa présence? Il n'y avait pas de mandat d'amener pour moi; on m'a pris sans ce mandat, et lorsque je*

⁶⁶ Pour une analyse détaillée de ce phénomène de reconstruction d'un récit, voir: *pratiques discursives de l'asile en Suisse: assimiler pour refouler*, Claude CALAME, professeur à l'Université de Lausanne, Revue suisse de sociologie, 1 (1989) pp. 75-94. Annexe 19.

⁶⁷ *Réalités zaïroises: "Hors de toute logique"?*, Commission Zaïre, Case postale 70, 1000 Lausanne 22. Annexe 20.

suis sorti, aucun document ne m'a été délivré. Si je venais aujourd'hui demander l'asile, est-ce que vous me l'accorderiez? On dirait que je raconte des salades! ⁶⁸

Par leurs explications, les présidents des deux principales associations zaïroises des droits de l'homme, qui ont officié en qualité d'experts, nous ont appris à nous méfier des interprétations trop hâtives. Ils ont très directement démontré que nombre des analyses en fonction desquelles les demandes d'asile sont rejetées ne sont en réalité pas fondées.

Ainsi, l'autorité fédérale considère qu'au Zaïre, la police effectuant des contrôles fréquents dans les écoles, celles-ci ne peuvent dès lors pas être utilisées comme lieu de refuge. Or, selon les experts, il est notoire au Zaïre que les campus étudiants sont des mondes un peu à part, on a cité même le cas de personnes s'étant cachées dans des campus pendant... une année!

Autre point manifestement mal apprécié par les fonctionnaires fédéraux: la corruption. La corruption règne de manière importante au Zaïre, facilitant les possibilités d'évasion pour celui qui dispose de revenus ou qui a la chance d'avoir une famille ayant les moyens d'acheter les faveurs d'un gardien ou d'un responsable de prison. Citons les paroles d'un des experts: *"Il faut comprendre que tout le monde est complice à l'intérieur du système de répression au Zaïre. Chacun rend service à quelqu'un à un moment donné ou à un autre. [...] C'est ainsi que nous corrompons les gardiens même pour faire notre travail de recherche et de défense des droits de l'homme."* Or, dans nombre de décisions, le rôle et le mécanisme de la corruption sont carrément nié ou manifestement mal compris par l'Office fédéral.

En particulier, il y a beaucoup de faux papiers qui circulent au Zaïre et le commerce des faux passeport y est florissant. Les fonctionnaires zaïrois trafiquent eux-mêmes des cartes d'identité. Un des experts a signalé qu'il avait pu obtenir facilement une deuxième carte d'identité, après versement d'une certaine somme d'argent et un simple effacement du nom du titulaire précédent de la carte. Pourtant, face à ce genre de situation, l'ODR dénie toute crédibilité au demandeur d'asile, comme par exemple lorsqu'il dit *de sérieux doutes peuvent être émis quant à l'authenticité de la carte d'identité fournie par l'intéressé. A titre d'exemple, on peut constater certaines ratures, notamment à l'emplacement du numéro et de la date d'établissement de la carte*⁶⁹

Nous ne pouvons qu'exhorter les autorités compétentes en matière d'asile à renoncer à travailler selon des critères essentiellement quantitatifs pour rendre enfin justice à ceux qui sont venus ici demander protection. Ils ont en effet droit à ce que la réponse faite à leur demande soit correctement motivée. Le risque qui découle d'une routine fondée sur des **a priori** est trop grave pour continuer d'être pris à la légère. C'est le sentiment d'un des experts: *Quand je vois certaines motivations, en tant que défenseur des droits de l'homme, je suis quand même choqué: est-ce que ces cas ne méritaient pas vraiment une attention particulière? J'aimerais que vous disiez cela à l'autorité, qu'on ne puisse pas concernant la situation de l'individu, le faire de manière stéréotypée, par ordinateur. Le problème est très grave.*⁷⁰

La transmission de ce rapport à l'Office fédéral, de même qu'une rencontre directe organisée entre les deux experts et des responsables de cet Office, n'a cependant pas modifié sa perception. Les décisions frappant les demandeurs d'asile zaïrois persistent à se baser sur une prétendue expérience générale de la vie et à dénier toute crédibilité aux déclarations de ces derniers.

⁶⁸ Ibidem; déclaration de Guillaume NGEFA.

⁶⁹ Ibidem, Décision N 193'067.

⁷⁰ Ibidem, déclaration de BUANA KABUE.

245. Les Textbausteine.

Le domaine de la procédure d'asile a été un champ d'expérience très élargi pour l'introduction du traitement automatique des textes. Comme nous l'avons indiqué plus haut, le souci d'accélérer l'examen des dossiers a entraîné l'apparition de nouvelles formes de travail.

Ainsi, dans le message du 6 juillet 1983, le Conseil fédéral mentionne l'introduction du traitement automatique des textes, en même temps qu'une demande d'augmentation du personnel, une restructuration du secteur des réfugiés en vue d'une spécialisation des collaborateurs dans des secteurs et pour des pays particuliers, la création d'un groupe de travail ad'hoc, des mesures de formation du personnel et une automatisation des statistiques. Le message précise que l'introduction du traitement automatique des textes simplifie et accélère la correspondance, permet de traiter les demandes dans un laps de temps raisonnable par une simplification de la manière de procéder et une systématisation des décisions.

Concrètement, cela se matérialisera sous la forme d'éléments de texte précomposés (en allemand: *Textbausteine*), dont la liste est interne à l'administration. Ils contiennent tant de simples "béquilles" rédactionnelles que des éléments juridiques ou d'appréciation de la situation dans les pays d'origine. Pour rédiger sa réponse, le fonctionnaire de l'Office fédéral n'a qu'à faire appel à des paragraphes entiers pré-rédigés, mis en mémoire dans des machines à traitement de textes, qu'il lui suffit d'insérer dans la rédaction de sa réponse à une demande d'asile.

Le praticien remarquera assez vite l'aspect répétitif du contenu des décisions, dont le texte des motifs figurant sur au moins deux pages réparties en une vingtaine de paragraphes n'en recèle en général que 2 ou 3 qui sont vraiment spécifiques au cas du candidat concerné.

Le recours aussi systématique à ces éléments de texte précomposés a soulevé diverses interrogations. Lors de son inspection de 1987, la Commission de gestion du Conseil national a circonscrit le débat: *dans la mesure où ces textes servent non seulement à la rationaliser les travaux de secrétariat, mais aussi à établir une liste des arguments de fonds concernant l'octroi de l'asile, ils soulèvent (...) de graves problèmes*⁷¹. Reprenant la question en 1988, la Commission se prononce plus en détail sur cette question⁷². Se penchant sur le recueil des éléments de texte, elle y relève des faiblesses. Ainsi, des lacunes apparaissent sur des questions importantes, qui favorisent le risque que les auteurs des décisions négligent certains critères. D'autre part, le fonctionnaire qui est soumis à des normes de production ne reçoit aucune indication quant aux conditions d'utilisation de ces éléments précomposés: il peut donc parfaitement en appliquer un qui n'est pas pertinent pour le cas d'espèce. Problématique est également le fait que le recueil n'est pas publié et n'est pas connu des praticiens ni des requérants d'asile; or, toute une série d'éléments décrivent la situation régnant dans les pays d'origine sans que la personne intéressée puisse se déterminer ou apporter des corrections le cas échéant.

Enfin, cette normalisation ne concerne pas les décisions positives. Le recueil des éléments de textes est donc composé exclusivement d'arguments pour rejeter une demande d'asile. Le Conseil fédéral affirme que l'utilisation de formules de décision ne doit en aucun cas empêcher l'examen minutieux de l'état de fait réel⁷³, les éléments de textes précomposés ne constituant que des éléments d'information. Il tombe cependant sous le sens qu'une telle liste d'éléments uniquement négatifs détermine non seulement la notification de la décision d'asile, mais aussi l'évaluation et la prise de

⁷¹ Rapport du 19 mai 1987, § 333.

⁷² Rapport des Commission de gestion aux Chambres fédérales concernant les inspections et les requêtes en 1987, du 6 avril 1988, référence 88.028, pages 45 à 54.

⁷³ Message du 6 juillet 1983, p. 9.

décision elle-même⁷⁴. Il paraît difficile qu'un fonctionnaire puisse éviter de se référer à ces éléments de texte lorsqu'il interroge le requérant, par exemple, ce qui montre l'influence profonde de cette technique de travail.

Interpellé par la Commission de gestion sur la question de la publication du recueil d'éléments de textes précomposés, le Département fédéral de justice et police a déclaré qu'il craignait les abus. Il ne souhaitait même pas rendre publics les seuls arguments juridiques, qui auraient permis de mieux comprendre comment l'autorité compétente comprend des notions juridiques indéterminées. La Commission de gestion a répliqué que cette crainte des abus ne résistait pas à l'examen, se référant par ailleurs à la pratique constante des tribunaux qui publient leur jurisprudence. Elle a explicitement recommandé que le recueil des éléments de textes soit rendu public ou alors qu'une directive avec des instructions de service soit établie et publiée, en vertu de la sécurité du droit et de manière à ce que les administrés puissent anticiper l'action des autorités.

Il faut déplorer que cette recommandation n'ait jusqu'à aujourd'hui pas été suivie d'effet, l'Office fédéral gardant toujours secret son recueil de *Textbausteine*.

246. L'exigence d'une persécution étatique.

L'Office fédéral des réfugiés rejette certaines requêtes, en se référant au fait que les préjudices ou les menaces invoquées ne proviennent pas des autorités étatiques. Les actions extrajudiciaires ou les actions provenant d'associations privées ne tomberaient ainsi pas sous le coup de la loi sur l'asile.

Cette question est beaucoup plus controversée qu'on ne pourrait le croire lorsqu'on lit la jurisprudence. Elle n'a pourtant pas été largement débattue, car soit elle n'a concerné que quelques cas isolés (ainsi les quelques requérants d'asile équatoriens qui invoquent des persécutions provenant d'escadrons de la mort), soit elle n'a pas eu d'effets concrets, les intéressés n'étant pas expulsés dans les faits (ainsi les Libanais, venus pour la plupart dans les années 1988-1990 et qui n'ont reçu de réponses à leur demande qu'en été 1991, après la stabilisation politique et militaire du pays sous la férule de la Syrie). Le problème a pris de l'acuité avec l'arrivée ces dernières années de réfugiés algériens. La réalité algérienne est particulière, car, comme Amnesty International le montre⁷⁵, elle est composée d'un nombre croissant d'exécutions extrajudiciaires, provenant des forces de sécurités ou des islamistes armés; d'autre part, les dossiers des Algériens sont effectivement traités par l'ODR et ils reçoivent des décisions de renvoi. Des expulsions sont effectivement organisées par les polices cantonales. La pratique habituelle devient donc très problématique, car elle touche concrètement beaucoup de gens.

Cette exigence de la persécution étatique est d'origine floue. Elle est probablement déduite de l'expression *se réclamer de la protection du pays dont elle a la nationalité* qui figure dans la définition du réfugié donnée à l'art 1 section A de la Convention de 1951. Cependant, cette expression n'est pas reprise dans la loi suisse: la définition du réfugié dans la loi sur l'asile ne précise absolument pas qu'elle doit être la source de la persécution. Le Conseil fédéral n'est pas très explicite dans ses messages. En 1977, il écrit: (...) *soustraire (...) à l'emprise de l'État qui le*

⁷⁴ Pour une analyse détaillée de ces questions, voir *le droit d'asile modelé par l'informatique*, Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP, Équinoxe n°3, printemps 1990, pages 150-168. Annexe 21.

⁷⁵ *D'après les statistiques fournies par les autorités elles-mêmes, le nombre des personnes tuées par les forces de sécurité dépasse de loin celui des civils tués par les groupes d'opposition. [...] Bien que les autorités algériennes affirment que les victimes des forces de sécurité ont été tuées dans le cadre d'un conflit armé, les exécutions extrajudiciaires sont devenues de plus en plus fréquentes*, extrait d'un document externe d'Amnesty International, index: MDE 28/07/94.

*persécute*⁷⁶. En 1983, on trouve: *une menace de la part des autorités*⁷⁷. C'est d'autant plus mince qu'au Conseil des États, le rapporteur a laissé entendre que des persécutions d'autres origines entraient aussi en ligne de compte⁷⁸.

Le Haut Commissariat pour les réfugiés a lui aussi pris position sur cette question: *on entend normalement par persécution une action qui est le fait des autorités d'un pays. Cette action peut également être le fait de groupes de la population qui ne se conforment pas aux normes établies par les lois du pays. Lorsque des actes ayant un caractère discriminatoire grave ou offensant sont commis par le peuple, ils peuvent être considérés comme des persécutions s'ils sont sciemment tolérés par les autorités ou si les autorités refusent ou sont incapables d'offrir une protection efficace*⁷⁹.

Nous pouvons également invoquer la jurisprudence du Conseil d'État français, qui a prononcé le 27 mai 1983 la cassation d'une décision de la commission de recours. Sur le sujet qui nous occupe, il dit: *il ne résulte pas de l'article 1er A 2° de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 définissant le réfugié que les persécutions subies doivent émaner directement des autorités publiques; des persécutions exercées par des particuliers, organisés ou non, peuvent être retenues, dès lors qu'elles sont en fait encouragées ou tolérées volontairement par l'autorité publique, de sorte que l'intéressé n'est effectivement pas en mesure de se réclamer de la protection de celle-ci*⁸⁰

Dans une décision du 5 avril 1989⁸¹, le Conseil fédéral a reconnu le problème et il s'est exprimé clairement: il est erroné d'affirmer que notre jurisprudence n'admet que des persécutions étatiques. Il pose par la suite plusieurs critères qui permettent de prendre en compte certaines situations sous l'angle de l'asile, quand bien même il n'y aurait pas de source étatique des persécutions.

Malgré cela, ni la décision du Conseil fédéral, ni le Guide du H.C.R. n'ont changé quoi que ce soit dans la pratique de l'ODR, qui s'en est toujours tenu à ses exigences initiales. Le débat reste donc d'actualité et les personnes invoquant des persécutions considérées comme le fait de tiers privés ne sont pas prises en compte pour l'octroi de l'asile.

247. L'inégalité de traitement.

Nous avons déjà parlé de la manière dont l'Office fédéral tend à traiter les demandes d'asile par vague selon la nationalité. Les dossiers sont de plus en plus examinés en fonction de priorités administratives ou politiques, tout ceci contredisant l'affirmation du Conseil fédéral, selon qui *la seule façon de statuer sur une demande est de l'examiner individuellement*⁸². Un exemple très frappant en est donné par les Somaliens: les dossiers de ceux-ci sont tout d'abord gelés, aucune réponse n'étant donnée à leur demande; puis, en 1992, ils reçoivent tous une décision négative assortie de l'admission provisoire, l'exécution du renvoi ne paraissant pas raisonnablement exigible. Or, dans le lot, nous connaissons plusieurs cas de personnes présentant manifestement un profil politique et ayant pu décrire, voire prouver leurs activités politiques et les persécutions subies de ce fait; celles-ci ont été mises sur le même pied que celles qui ont fui la guerre civile en 1991 et simplement invoqué les désordres ou destructions que cette guerre a impliqués.

⁷⁶ Feuille fédérale 1977 III page 123.

⁷⁷ Feuille fédérale 1983 III page 811.

⁷⁸ Dillier, Bulletin officiel du Conseil des États, 1978, page 81, colonne 1.

⁷⁹ *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, Genève 1979, § 65

⁸⁰ CLUNET 1984, page 119 et suivantes.

⁸¹ Voir la revue ASYL, 1989/3, p. 13.

⁸² Message du 25 avril 1990, § 114.

Cette façon de faire nous paraît de plus contraire à l'égalité de traitement, dans le sens où des cas présentant des caractéristiques semblables reçoivent un traitement différent selon la nationalité. A titre d'exemple, nous pouvons relever qu'au cours de ces dernières années, aucun Pakistanais, aucun Anglais, aucun Bengladaishi, aucun Indien ou aucun Libanais n'a été reconnu comme réfugié, que les demandeurs originaires de ces pays aient déposés des preuves documentaires ou non, qu'ils aient invoqué des persécutions pour des motifs politiques ou religieux, que celles-ci proviennent d'institutions étatiques ou privées. Par contre, les ressortissants de la Chine populaire, et jusqu'à peu les Afghans, à titre d'exemple illustratif, ont un taux de reconnaissance très élevé. Les Irakiens sont très rarement reconnus comme réfugiés, par contre ils sont généralement admis provisoirement, l'exécution de leur renvoi ne paraissant ni raisonnable ni licite; ce n'est pas le cas des Syriens, qui ne sont ni reconnus comme réfugiés ni admis provisoirement.

La guerre civile a été reconnue en Angola, en Bosnie-Herzégovine ou en Somalie, elle est niée au Sri-Lanka ou en Algérie. Ainsi, des 1155 Algériens qui ont déposé une demande d'asile depuis 1992, date où l'Algérie a été retirée de la liste des pays "sûrs", aucun n'a été reconnu comme réfugié et aucun n'a été admis provisoirement. L'examen même superficiel des dossiers ne permet aucunement de comprendre comment et pourquoi l'Office fédéral arrive à un tel taux de refus⁸³.

Si cette approche arbitrairement globalisante est critiquable en soi, nous devons encore déplorer le fait qu'elle ne soit jamais assumée publiquement. Comme le montrent les déclarations de l'Office fédéral interrogé à propos des Algériens, toute décision "politique" concernant les ressortissants de ce pays est déniée⁸⁴.

25. Pays sûrs, ou un concept très paradoxal.

Le concept de "pays exempt de persécution", ou aussi "pays sûr", figure depuis 1990 à l'art. 16 alinéa 2 LA. Dans son message, le Conseil fédéral avait proposé le texte suivant: *si l'étranger provient d'un État où, d'après les constatations du Conseil fédéral, les violations des droits de l'homme sont punies conformément aux principes qui régissent un État de droit, la demande ne peut être considérée comme une demande d'asile* (art. 13 du projet). Les débats au Parlement ont amené un changement et c'est finalement dans l'article prévoyant les cas de non-entrée en matière qu'est inclu le texte suivant:

Le Conseil fédéral peut désigner, sur la base de ses constatations, les États dans lesquels il n'y a pas de persécutions; il revoit périodiquement les décisions qu'il prend sur ce point. Si le requérant provient d'un de ces États, il n'est pas entré en matière sur sa demande ou son recours, à moins que des indices de persécution n'apparaissent en cours d'audition.

L'ambiguïté de ce concept apparaît déjà dans le message: *le Conseil fédéral a la possibilité de réagir de manière adéquate aux changements politiques qui interviennent dans certains pays. Tel est notamment le cas des pays où la démocratie est en progrès mais qui connaissent une émigration économique aussi forte qu'auparavant*.⁸⁵ On voit déjà apparaître que la question n'est pas seulement de désigner les pays où l'on peut affirmer qu'il n'y a pas de persécution politique, mais bien d'obtenir un effet sur les arrivées et les dépôts de demandes d'asile en Suisse. Le jeu consiste alors à déterminer quels sont les États d'où proviennent un grand nombre de demandes d'asile et qui pourraient d'une manière ou d'une autre être considérés comme sûrs. L'exercice a donné des résultats pour le moins discutables.

⁸³ Mille Algériens ont demandé l'asile en Suisse. Aucun ne l'a obtenu, Le Nouveau Quotidien, vendredi 25 - samedi 26 - dimanche 27 novembre 1994. Annexe 22.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Message du 25 avril 1990, § 21.041.

En octobre 1990, le Conseil fédéral a déclaré sûrs les pays du bloc de l'Est montrant une évolution réjouissante sur le plan des droits de l'homme: ce seront la Tchécoslovaquie, la Pologne et la Hongrie. L'effet quantitatif sera à peu près nul: les ressortissants de ces pays ne déposent plus de demande d'asile. Par contre, de nombreuses demandes de permis de travail classiques sont faites par des Polonais, ce qui tendrait à démontrer que les migrants peuvent parfaitement faire la distinction entre fuite et immigration.

En mars 1991, le Conseil fédéral prend plus de risques, en désignant comme "sûrs" l'Algérie, la Bulgarie et l'Inde. Les deux premiers pays désignés soulèvent quelques interrogations, leur transition vers la démocratie étant encore en cours et peu stabilisée. Par contre le cas de l'Inde soulève immédiatement des protestations: Amnesty International fait circuler une pétition, à côté de sa campagne sur les violations des droits de l'homme en Inde, pour protester contre cette décision. Les assassinats brutaux, la pratique de la torture, l'approche sécuritaire des séparatismes au Cachemire et au Punjab ne peuvent certes pas rimer avec pays "sûr". Le Conseil fédéral ne s'en est guère ému, car il considère que les ressortissants indiens peuvent trouver protection grâce à une "alternative de fuite interne". Il faut relever que ce dernier concept ne tient pas compte du caractère national des lois indiennes sur la répression du terrorisme. Toujours est-il que cette désignation sera rapidement mise en application.

En novembre 1991, le Conseil fédéral désigne l'Angola et la Roumanie. Là encore, des voix s'élèvent pour s'inquiéter de la hâte exceptionnelles avec laquelle l'on procède: certes, des efforts louables sont entrepris par les autorités de ces pays pour démocratiser leur régime et offrir une paix sociale réelle, mais il semble à nouveau très prématuré de considérer ces processus comme achevés.

L'actualité donne malheureusement raison aux protestataires: l'annulation des élections en Algérie et en Angola fait tomber ces deux pays dans une guerre civile meurtrière. Le Conseil fédéral ne reviendra que tardivement sur sa décision. Pour l'Algérie, ce n'est qu'en février 1992, après qu'Amnesty International a dénoncé plusieurs centaines de morts et des milliers de prisonniers entassés dans des camps que ce pays est enfin retiré de la liste des pays sûrs. Pour l'Angola, c'est en novembre 1992, après des combats d'une violence inouïe faisant des dizaines de milliers de morts, que ce pays est lui aussi retiré de cette liste.

La désignation de l'Angola comme pays "sûr" a permis de liquider une grande quantité de dossiers de réfugiés angolais en Suisse durant l'été 1992 et de nombreux départs ont été organisés par les polices cantonales. Plusieurs cas nous ont été rapportés où des déboutés venant de Suisse ont été pris dans la tourmente de fin 1992 et sont morts. Les autorités suisses n'ont jamais manifesté le moindre regret devant la précipitation de leur action.

En octobre 1993, l'Albanie, la Gambie, le Ghana et le Sénégal sont désignés comme sûrs, malgré de vives protestations des services qui défendent les réfugiés. Et comme par un fait exprès, la Gambie connaît un coup d'État militaire le 23 juillet 1994, ce qui tendrait à remettre en question la sécurité qui est censée y régner. Là encore, c'est l'inertie qui caractérise la réaction de l'autorité. Interpellé le 23 septembre 1994 en vue d'étudier la révocation du statut de pays exempt de persécution, le secrétaire général du Département fédéral de justice et police répond qu'il ne saurait être question de procéder hâtivement à cette décision: seules des mesures d'urgence sont édictées, invitant l'Office fédéral des réfugiés à ne pas rendre des décisions de non-entrée en matière⁸⁶. L'insécurité juridique ainsi créée ne semble pas admissible.

⁸⁶ Lettre adressée par le secrétaire général du Département fédéral de justice et police au Centre social protestant le 24 octobre 1994. Annexe 23.

Il ressort donc clairement de la pratique du Conseil fédéral qu'il désignera un pays comme "sûr" au moment où cela digne d'intérêt pour l'administration sur un plan quantitatif. Nous en voulons pour preuve le cas de la Bulgarie, de l'Algérie, de la Roumanie, de l'Inde, du Ghana et de l'Angola: ces États ont produit de nombreux candidats à l'asile, ceux-ci représentant une proportion non négligeable des dossiers à l'étude en Suisse. Leur pays d'origine une fois mis sur la fameuse liste des pays "sûrs", les autorités suisses ont pu rapidement rendre des décisions négatives en série, avec départ exigible immédiatement. Pour les nouveaux arrivés en provenance de ces contrées, les centres d'enregistrement ont pu liquider leurs demandes sur place, décisions négatives également assorties d'un départ immédiat. Relevons encore que les décisions de non-entrée en matière se caractérisent par une motivation parfaitement stéréotypée. Cette manière d'agir a permis à l'Office fédéral de montrer avec satisfaction des chiffres "positifs", à savoir la liquidation d'un nombre importants de dossiers en attente, sans qu'aucun débat ne puisse exister sur la légitimité d'une telle approche.

26. Le recours.

261. absence de perspective en cas de recours et disparition progressive de voies de recours au fil des années.

Le droit à une voie de recours effective est établi à l'art. 13 de la CEDH. Pourtant, l'exercice du droit de recours s'est vu progressivement restreint en Suisse, au point que le respect de cette Convention n'est à notre sens plus garanti.

Ainsi, dans la première version de la loi sur l'asile, c'est un double droit de recours qui est institué: auprès du Département fédéral de justice et police contre la décision de l'Office fédéral de la police, puis auprès du Conseil fédéral contre celle du Département fédéral (art. 45 LA). C'est le principe du recours hiérarchique, les décisions accordant ou refusant l'asile restant *du ressort exclusif des autorités administratives*⁸⁷. Seule la révocation de l'asile peut être contestée jusqu'au Tribunal fédéral, parce qu'une telle décision consiste à *retirer après coup un statut juridique spécial et que renforcer (...) la protection juridique du réfugié reconnu répond à la tendance générale du projet*⁸⁸.

La voie du deuxième recours est abolie lors de la révision de 1983. Il ne reste désormais plus qu'une seule chance de contester une décision qui refuse l'asile, la voie du recours au Conseil fédéral étant supprimée. Par contre il reste possible d'y adresser des dénonciations, le Conseil fédéral agissant alors comme autorité de surveillance au sens de l'art. 70 PA. De cette manière, l'administré peut signaler des violations répétées du droit qui nécessiteraient une position de principe, ou invoquer le fait qu'une décision du Département fédéral de justice et police ne respecte pas des principes essentiels de procédure ou viole la Constitution fédérale.

Lors de l'établissement de la Commission suisse de recours en matière d'asile en 1992, l'ordonnance édictée en vue de son organisation fermera la voie de la dénonciation. La nouvelle autorité de recours, tout en restant soumise aux directives du Conseil fédéral, ne peut plus être dénoncée devant lui.

Enfin, l'établissement de la décision de non-entrée en matière, et surtout la possibilité offerte dès 1990 à l'Office fédéral de retirer l'effet suspensif à un recours, rend peu effective la voie du seul recours encore existant. En effet, si l'autorité de recours n'estime pas qu'il s'impose, dans le cas qui lui est soumis, de restituer cet effet suspensif, le départ est exigible nonobstant recours. Par ailleurs, certaines polices cantonales, chargées de la notifications de ces décisions particulières, ont exécuté

⁸⁷ Message du 31 août 1977, § 262.

⁸⁸ Ibidem.

les renvois sans attendre le résultat de la décision sur la restitution de l'effet suspensif. De cette manière, les intéressés sont obligés de quitter la Suisse et leurs procédures d'asile perdent tout intérêt: soit le requérant ne peut pas se constituer un nouveau domicile stable dans un pays tiers et l'affaire est rayée du rôle; soit ils regagnent leur pays d'origine et leur demande d'asile est considérée comme caduque. Relevons qu'en matière administrative, la loi ordinaire considère que l'effet suspensif attaché au recours est la règle (art. 55 PA).

L'honnêteté intellectuelle nous amène à préciser que le taux de succès des recours a toujours été misérable, avoisinant avec peine les 1%. La pratique de la Commission de recours, dont on espérait qu'elle devienne un gage du bon déroulement de la procédure d'asile, n'a pas modifié cette situation. Les statistiques publiées pour les mois de janvier à décembre 1993 sont éloquentes: la Commission a liquidé 10'095 affaires dans cette période; elle en a accepté 98 à propos de l'asile et 53 autres sur l'aspect du renvoi.

Le plus souvent d'ailleurs, c'est l'Office fédéral qui, à la lecture du mémoire contenant les arguments qui contestent sa décision, finit par revenir sur son refus initial, accordant l'asile ou l'admission provisoire. Si l'on peut s'en réjouir dans le cas d'espèce, nous devons déplorer que cette manière de faire empêche l'établissement d'une jurisprudence: comme les décisions positives ne mentionnent jamais les motifs, on ignore tout du raisonnement qui a guidé l'autorité de première instance.

262. La Commission de recours: déception et dépendance.

Les défenseurs du droit des réfugiés ont réclamé pendant des années l'établissement d'une instance de recours indépendante de l'administration, qui pourrait sortir de cette logique politique et policière caractérisant la pratique de l'Office fédéral. Ce n'est qu'en 1990, dans le cadre de l'arrêté fédéral urgent, que le Conseil fédéral propose un article permettant l'institution d'une telle instance, probablement pour rendre acceptable une série de modifications très restrictives par ailleurs. Les débats aux Chambres apportent quelques modifications au projet initial: alors que l'art. 11 alinéa 3 proposé prévoyait explicitement une commission de recours *indépendante*, le texte finalement adopté ne mentionnera que l'expression *une commission de recours*. L'indépendance face à l'administration, pourtant invoquée par le message comme un facteur devant renforcer *la légitimité des décisions d'octroi d'asile ou de renvoi, ce qui devrait avoir pour effet de diminuer le recours à des moyens de droit extraordinaires (demande de révision ou de réexamen, dénonciation au Conseil fédéral)*⁸⁹, est tout simplement passée à la trappe!

Ce n'est que le 18 décembre 1991 qu'est rédigée l'ordonnance *concernant la Commission suisse de recours en matière d'asile*, publiée ensuite dans le Recueil officiel en 1992. La Commission entre en fonction au printemps 1992. Le manque d'indépendance de la nouvelle autorité de recours ne se marquera pas seulement dans sa désignation. Ainsi, l'art. 17 de l'ordonnance prévoit que la commission est placée *sous la surveillance du Conseil fédéral et sous la haute surveillance de l'Assemblée fédérale*. Par contre, comme déjà signalé, *l'abrogation ou la modification de décisions judiciaires n'est pas admise dans le cadre de la surveillance administrative*. C'est le département fédéral de justice et police qui édicte les directives ou les instructions, la commission devant simplement être consultée (art. 19 de l'ordonnance).

D'autre part, son évaluation de la situation dans les pays est liée à celle que fait l'Office fédéral des réfugiés, autorité dont elle est supposée contrôler la pratique. Elle n'aurait de toutes les façons pas les moyens financiers ou en personnel pour établir une propre documentation exhaustive et en tirer sa propre évaluation. Enfin, c'est le mode des juges qui pose problème: il a rapidement été clair que

⁸⁹ Message du 25 avril 1990, § 21.02.

la majorité de ceux-ci seraient des employés de l'ancien service des recours qui avait officié jusque là. Les postes ont été mis au concours et quelques personnalités "progressistes" sont nommées⁹⁰. Elles seront toutefois très minoritaires et leur action sera limitée.

La pratique de la Commission sera à l'image de ces constatations. Celle-ci cherche à imposer un meilleur respect de certains aspects de procédure. Malheureusement, la portée concrète des décisions de principe ne sera pas toujours évidente. Ainsi, les problèmes liés à la notion de réfugié et à l'appréciation de la vraisemblance feront l'objet de décisions intéressantes, mais ces questions restent largement sujettes à interprétation. Et surtout, comme nous l'avons signalé à plusieurs reprises, l'Office fédéral n'a pas toujours modifié sa pratique après publication de principes critiquant sa manière de procéder. Mais la plupart des décisions reprennent le même esprit que l'ancien Service des recours du Département fédéral de justice et police.

Les appréciations sur les pays d'origine sont parfois très contestables. Le Tagesanzeiger du 22 mai 1993 rapporte l'opinion curieuse de la Commission à propos de la situation en Kosovë, les juges reprenant la position des autorités serbes⁹¹.

Autre problème d'importance: la pratique différente des 7 Chambres qui composent la Commission. Alors que les chambres romandes se montrent plutôt prudentes et attentistes, d'autres priorisent avant tout le rendement et traitent les dossiers avec une célérité aveugle. Divers services de consultation, avant tout en Suisse allemande, ont émis des protestations: on survole les recours, on rejette sommairement les argumentations, le souci principal est de traiter un maximum de cas⁹². Les statistiques citées ci-dessus sont significatives à cet égard. L'inégalité de traitement est flagrante, un demandeur d'asile pouvant voir son cas traité d'une toute autre manière et avec une rapidité incomparable selon la Chambre qui le traite.

Comme nous l'avons dit plus haut, gagner un recours n'est pas encore synonyme de victoire. Dans un dossier que nous connaissons, la Commission de recours a annulé en octobre 1993 une décision de l'Office fédéral des réfugiés et lui a renvoyé l'affaire pour nouvelle instruction, certains aspects essentiels du dossier n'ayant pas été suffisamment analysés par l'autorité de première instance. En novembre 1994, plus d'une année après, aucune nouvelle, malgré trois rappels. Si l'Office fédéral aime à citer la Commission de recours lorsqu'elle lui est favorable, il ne semble pas prêt à jouer le jeu lorsqu'elle lui est contraire.

27. Attitude l'administration à l'égard de la société civile: refus de financer une défense d'office.

Nous avons déjà signalé à plusieurs reprises à quel point l'administration suisse cultive un goût du secret, cherchant par tous les moyens à fonctionner en vase clos. Cette attitude se prolonge dans son refus de participer à l'instauration d'une assistance juridique systématique. L'administration prétend que la procédure d'asile est suffisamment simple et elle se retranche derrière le fait qu'elle finance déjà la représentation des oeuvres d'entraide.

La première version de la loi en 1977 prévoit en son article 15 l'institution du représentant d'oeuvre d'entraide (ROE). Celui-ci a le simple droit d'assister aux auditions sur les motifs d'asile et de signaler d'éventuels problèmes qui seraient apparus à cette occasion. Le ROE ne représente pas le

⁹⁰ Notamment un juriste employé à la section suisse d'Amnesty International et le responsable juridique de l'Organisation suisse d'aide au réfugiés.

⁹¹ *HEKS kritisiert Asylrekurskommission* (L'entraide protestante critique la commission suisse de recours en matière d'asile), Tagesanzeiger, 22 mai 1993. Annexe 24.

⁹² *La commission de recours soumise aux feux de multiples critiques*, La Liberté, 21 octobre 1992. Annexe 25.

candidat et il n'a pas le droit de se mêler de sa procédure; il ne peut notamment pas rédiger et signer des lettres au nom du requérant d'asile, ni envoyer un recours. Ce rôle est donc nettement insuffisant en terme des droits de la défense.

Si la procédure administrative est beaucoup plus simple que la procédure pénale, il faut bien constater que la majorité des demandeurs d'asile ne connaît ni les langues officielles suisses, ni la loi sur l'asile, ni les critères posés pour la reconnaissance de la qualité de réfugié. Des conseils seront donc nécessaires, ne serait-ce que pour informer une personne concernée de quels arguments sont déterminants pour être reconnu comme réfugié, de quelles preuves sont attendues et de quels documents sont considérés comme de pure complaisance. Pour ce faire, une personne expérimentée est indispensable.

A notre connaissance, le Conseil fédéral a brièvement reconnu cet état de fait à une seule reprise, dans une décision du 5 avril 1985: il reconnaît que malgré les assouplissements formels de procédure au niveau du recours *les requérants éprouvent certaines difficultés à apprécier la qualification juridique de la notion de réfugié, ce d'autant plus qu'ils ne maîtrisent aucune de nos langues nationales*⁹³. Depuis lors, la mise en oeuvre de l'Arrêté fédéral urgent en 1990 a grandement augmenté les possibilités d'action de l'administration. La complexité de la procédure est devenue un fait incontestable, au travers de l'exigence d'une collaboration accrue, de la nécessité de fournir dès le début tous les éléments d'appréciation et moyens de preuve.

De plus, l'accélération de la procédure rend difficile, voire impossible le contact avec des organisme d'entraide. Ainsi, il n'est absolument plus envisageable d'informer les candidats avant qu'ils soient entendus sur leurs motifs d'asile, les auditions devant avoir lieu dans les vingt jours qui suivent leur entrée en Suisse (art. 15 alinéa 1 LA).

Comme la loi interdit aux requérants d'asile de travailler durant les trois premiers mois de séjour en Suisse (art. 21 LA), ils n'ont pas la possibilité matérielle de s'adresser à un avocat. L'assistance judiciaire n'est à notre connaissance pour ainsi dire jamais accordée pour des procédures d'asile. Ce ne sont donc que les services juridiques gratuits ou extrêmement abordables offerts par les oeuvres d'entraide ou les mouvements militants qui permettent d'assurer la plus grande partie de la défense des demandeurs d'asile.

Et de fait, la défense des demandeurs d'asile repose principalement sur les personnes qui travaillent au sein des oeuvres d'entraide ou des mouvements de défense du droit d'asile, de manière bénévole ou salariée. Les autorités ne peuvent ignorer ce phénomène, car elles reçoivent des lettres et correspondances adressées sur du papier à en-tête. Pourtant, cet état de fait n'est sanctionné par aucune reconnaissance: pas de financement, pas de fonds pour une entraide juridique. Comme le réseau des oeuvres d'entraide ou des bénévoles n'est pas suffisant pour permettre une défense systématique de tous les dossiers, tout cela aboutit à la conséquence qu'en majorité les requérants d'asile se trouvent livrés à eux-mêmes et ne peuvent pas valablement soutenir leur demande.

C'est pour toutes ces raisons que l'Association suisse des centres sociaux protestants fait une proposition en 1990, tendant à un renforcement de la défense des requérants d'asile au travers d'une assistance juridique⁹⁴. Cette proposition, appuyée par le canton de Genève, les Églises protestantes, Amnesty International, les associations des juristes démocrates suisses a été vite enterrée du fait de l'opposition manifestée par l'Organisation centrale suisse d'aide aux réfugiés, qui craignait

⁹³ Décision publiée dans ASYL, 1989/3, p. 13.

⁹⁴ *Assistance juridique, une affaire à suivre*, I. FURRER, VIVRE ENSEMBLE, n° 26, avril 1990, p.6. Annexe 26.

d'introduire trop de conflictualité dans les auditions. Présentée comme complément nécessaire aux modifications de procédure proposées par le Conseil fédéral en avril 1990, l'idée n'a eu aucune suite dans les délibérations des Chambres lors de l'adoption de l'arrêté fédéral urgent sur la procédure d'asile. Les ROE restent donc les seuls représentants de la société civile à avoir droit de cité dans la procédure d'asile, la seule garantie offerte à tous les candidats réfugiés.

28. Les décisions de renvoi et l'exécution des départs.

281. Les décisions de renvoi.

La pratique des autorités suisses est déjà critiquable sur un plan formel. En effet, une des grandes conséquences de la révision de la loi sur l'asile de 1983 a été de joindre les décisions sur l'asile et les décisions sur le renvoi: désormais, c'est un seul office qui prend ces deux décisions dans chaque cas concret. Cette répartition des compétences a certainement contribué à faire glisser la politique d'asile vers une politique de renvoi.

La motivation de ces décisions de renvoi est singulièrement indigente. Il est frappant de constater que les considérants de l'Office fédéral consistent en une série de paragraphes qui sont des éléments de textes précomposés (Textbausteine) que l'on retrouve systématiquement et inchangés dans toutes les décisions. Or, ces éléments de texte ne font que reprendre le texte de la loi, se bornant à affirmer que dans le cas d'espèce, rien ne s'oppose à l'exécution du renvoi ni sur un plan technique (possibilité), ni par rapport aux engagements internationaux de la Suisse (licéité), ni enfin sous un angle humanitaire (exigibilité). Rien ne permet de comprendre concrètement comment l'autorité est arrivée à ces conclusions, quelles sources d'information elle a consultées. Malgré l'invocation d'une violation du droit d'être entendu dans le cadre de nos recours, cette pratique n'a jamais encore été sanctionnée.

L'autre aspect préoccupant de cette politique de renvoi est, comme nous l'avons signalé plus haut à propos des décisions sur l'asile, la propension de plus en plus nette de l'Office fédéral à traiter les dossiers par nationalité et d'une façon globale. Ainsi, pour les ressortissants de pays qui fournissent de nombreux candidats à l'asile, cette manière de travailler par groupe se rapproche dans ses effets d'expulsions collectives, que le Protocole 4 de la CEDH prohibe expressément. Il est à noter que la Suisse n'est pas partie à ce protocole, en sorte qu'elle ne se sent pas liée par cette interdiction.

L'exemple des Albanais de Kosovë et des Tamouls du Sri-Lanka est très frappant à cet égard. Partant du principe que la plupart des demandes d'asile présentées par ceux-ci seront rejetées, les autorités ont déclaré publiquement chercher des solutions en vue de renvois collectifs. Si l'exécution du renvoi dans un cas particulier sera individuelle, nous voyons cependant que l'intention du gouvernement est bel et bien de traiter l'affaire tamoule d'une manière collective⁹⁵. La conférence de presse donnée à cette occasion par le Conseiller fédéral KOLLER, destinée à mettre fin à plusieurs années de gel des dossiers de Tamouls et de suspension tacite de l'exécution des renvois, montre cette volonté globalisante.

Il est par ailleurs frappant de constater que l'administration suisse s'en tient strictement aux conclusions de son évaluation, quand bien même des organisations non gouvernementales sérieuses arriveraient à d'autres résultats ou quand bien même les autorités du pays d'origine manifesteraient leur volonté discriminante ou persécutrice. Le débat à propos du renvoi des Tamouls est édifiant à cet égard, l'Office fédéral des réfugiés refusant de revenir sur sa position malgré l'attentat meurtrier

⁹⁵ *Des milliers de Tamouls seront expulsés vers le Sri-Lanka. La politique d'asile de la Suisse continue de se durcir. L'exception tamoule a vécu*, Journal de Genève, jeudi 21 avril 1994. Annexe 27.

d'octobre 1994 contre le dirigeant de l'opposition au Sri-Lanka⁹⁶. La question des Albanais de Kosovë ne l'est pas moins: les autorités serbes ont en effet déclaré ne pas vouloir reprendre ces *Albanais sécessionnistes*, ce qui n'a pas ému nos autorités fédérales⁹⁷.

Enfin, il faut signaler que les exigences des autorités suisses à propos de l'exigence de persécutions d'origine étatique posent aussi des problèmes sous l'angle de l'exécution des renvois. Il apparaît en effet que tant l'Office fédéral que la Commission de recours limitent leur analyse au principe du non-refoulement de la Convention de 1951 et à l'art. 3 CEDH, oubliant l'existence d'autres engagements internationaux clairs et explicites. Il est ainsi fait interdiction aux États *d'expulser ou de refouler une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture*⁹⁸; ou *lorsqu'il y aura des raisons valables de craindre qu'elle soit victime d'une exécution extrajudiciaire, arbitraire ou sommaire dans ce pays*⁹⁹; ou encore *s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'une disparition forcée dans cet autre État*¹⁰⁰. En n'examinant jamais la situation des demandeurs d'asile sous l'angle de ces normes internationales, les décisions des autorités suisses pèchent ainsi manifestement par omission.

Sur un plan général, et pour montrer que la Suisse n'est pas toujours épargnée de critiques officielles, nous citons les conclusions que le Comité des Nations Unies contre la torture a prises le 20 avril 1994 après l'examen du deuxième rapport périodique de la Suisse: *le Comité exprime ces craintes que certaines dispositions de la législation en matière d'asile n'autorisent le renvoi et l'extradition vers des États où le requérant s'expose à des risques réels d'être soumis à la torture, et cela en contradiction avec l'article 3 de la Convention (contre la torture)*¹⁰¹. Ces préoccupations n'ont entraîné aucun changement de législation ou de pratique.

282. Les réfugiés de la violence.

Nous signalons l'émergence récente d'un débat sur les nouvelles formes prises par l'exil et la fuite au cours des années 80-90. Nous avons constaté l'arrivée en Suisse d'un nombre toujours plus élevé de personnes qui ne représentent plus des réfugiés politiques au sens de militants engagés politiquement dans des organisations d'opposition et persécutés de ce fait, mais plutôt des réfugiés de la guerre. Ces gens que l'on appelle communément les réfugiés de la violence proviennent pour la plupart de la Somalie, du Liberia, de l'Angola ou de l'ex-Yougoslavie.

Il est intéressant de noter que depuis 1991, les personnes originaires de ces pays représentent plus de 60% des demandeurs d'asile en Suisse. Or, il est constant que le sort de ces derniers est réglé de plus en plus au travers de l'admission provisoire, qui vient se substituer à l'exécution d'un renvoi considéré à tout le moins comme raisonnablement inexigible. Or, les déclarations publiques des autorités ou des responsables de l'administration n'ont jamais expliqué à la population suisse que ces personnes étaient admises provisoirement en raison des dangers qui les guettent en cas de retour. Nous pouvons légitimement nous demander si de cette manière, les autorités suisses n'ont pas pêché par omission et contribué à augmenter les tensions entre Suisses et réfugiés, ceux-là ne comprenant pas pourquoi des gens dont on dit qu'ils sont des "profiteurs" et des "faux réfugiés" finissent par résider plusieurs années sur le territoire helvétique.

⁹⁶ *L'assistance aux requérants d'asile coûtera 30 millions de moins à Berne*, 24 Heures, samedi-dimanche 29-30 octobre 1994, où il est incidemment question du renvoi des Tamouls et des Albanais de Kosovë. Annexe 28.

⁹⁷ *Belgrade refuse les Kosovars rejetés de Suisse*, Le Nouveau Quotidien, 22 novembre 1994. Annexe 29.

⁹⁸ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, article 3.

⁹⁹ *Principes des Nations Unies relatif à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires*, n° 5.

¹⁰⁰ *Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ou involontaires*, article 8.

¹⁰¹ Cité et commenté par Alain BOVARD, *ASYL*, 1994/2, p. 47.

L'autre aspect problématique de l'attitude suisse face aux réfugiés de la violence est que l'on ne contente pas de considérer l'exécution de leur renvoi comme déraisonnable, le principe du non-refoulement au sens de la Convention de 1951 ne semblant pas applicable selon les autorités suisses. Il s'agit donc d'un "petit asile humanitaire", si l'on peut dire. Or, on peut légitimement se demander si diverses normes internationales, comme celles que nous avons signalées ci-dessus au § 281: les décisions de renvoi, ne permettraient pas de mettre ces réfugiés à un meilleur niveau de protection, ce qui atténuerait l'aspect provisoire de leur statut.

Il convient en effet de préciser que l'admission provisoire est assortie de conditions de résidence assez strictes: pas de possibilité de changer de canton de domicile; normes d'assistance en-dessous des minima reconnus pour les Suisses; pas d'aide à l'intégration; pas de cours de langue; pas de droit à voyager hors de Suisse et à obtenir des documents de voyage, sauf exceptions; révocation du statut possible en cas de commission d'un délit même mineur. Cet asile "au rabais" finit par provoquer chez les bénéficiaires des tensions psychologiques et une marginalisation sociale qui sont préoccupantes.

283. L'exécution des renvois.

La production principale des autorités fédérales consiste en une masse d'ordre de départ. Une fois la décision de renvoi exécutoire, un délai est fixé à l'intéressé pour quitter volontairement le territoire suisse. A l'échéance de ce délai, si ce dernier se trouve toujours en Suisse, il est du ressort des polices cantonales d'organiser les modalités du retour, voire de refouler la personne concernée avec des mesures de contrainte.

Particulièrement inquiétant est le fait de savoir comment l'Office fédéral des réfugiés surveille les conséquences des décisions qu'il prend. Or, saisie des cas de deux ressortissants turcs, la Commission de gestion du Conseil national a constaté que *si le Délégué aux réfugiés ne dispose pas de renseignements fiables, il n'entreprend aucune démarche pour garantir la sécurité personnelle des requérants d'asile renvoyés dans leur pays et n'agit que lorsqu'il apprend de tiers les difficultés auxquelles se heurtent des personnes retournées dans leur pays. La Confédération se soustrait ainsi à une responsabilité, tout au moins morale. Mais, sur le plan juridique également, la question se pose de savoir si, pour respecter l'article 3 CEDH, il ne faudrait pas examiner les indices incertains*¹⁰².

La Commission conclut ainsi: *du point de vue du contrôle administratif, il est en outre inquiétant que, dans ces conditions, le délégué aux réfugiés n'ait pas connaissance des conséquences effectives de sa pratique: il ne reçoit pas d'information en retour lui permettant de savoir si sa décision était bonne. Il importe à cet égard de rechercher des moyens propres à faciliter un meilleur contrôle a posteriori.*¹⁰³.

Cette situation, que l'Office fédéral n'a pas cherché à modifier le moins du monde, lui permet d'affirmer l'absence de risques en cas de retour. Ceci ne l'engage finalement à rien, puisque rares seront les cas où l'on pourra vérifier les conséquences du départ. Les réactions excessivement agacées et maladroites qui ont accueilli les dénonciations publiques de certains cas malheureux illustrent bien combien l'administration n'aime pas être mise devant ses responsabilités.

Mais ce n'est pas tout. Un Kurde de Turquie et un Tamoul du Sri-Lanka ont tous deux été renvoyés dans leurs pays d'origine respectifs à la suite d'une procédure d'asile complète qui a débouché sur une décision de renvoi exécutoire. A leur arrivée, ils ont subi arrestation et mauvais traitements.

¹⁰² Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 12 novembre 1990, § 22.

¹⁰³ Ibidem.

Survivant à ces préjudices, ils sont revenus en Suisse pour y déposer une nouvelle demande d'asile. Fait intéressant: ils ont exigé une réparation pour le dommage subi du fait des décisions de renvoi et leurs cas ont été jugés par le Tribunal fédéral le 24 septembre 1993. Cette autorité a dû constater que la loi sur la responsabilité de la Confédération ne s'applique pas à des décisions entrées en force et conformes à la loi. Autrement dit, rien dans la législation ne permet d'indemniser un requérant arrêté et torturé après son renvoi. Cette lacune juridique enlève à l'administration toutes les conséquences gênantes d'une éventuelle responsabilité, et elle devrait à notre sens être comblée rapidement.

284. Les disparitions.

Le résultat principal de cette manière d'interpréter et d'appliquer la loi n'est paradoxalement pas celui escompté par les autorités. La réalité montre en effet que ces ordres de départ aboutissent surtout à créer des réfugiés en orbite.

Certaines expulsions musclées ou certains retours au pays suivis de nouveaux préjudices ont illustré à quel point les décisions de l'Office fédéral des réfugiés peuvent être discutables. Mais à part ces cas dramatiques et quelques autres où le retour se passe bien, la plupart des déboutés ne donne pas suite aux ordres de départ et "disparaît".

La Commission d'experts "Contrôle des personnes à la frontière", mise en place par le Conseil fédéral pour étudier l'intérêt de certains accords européens (particulièrement ceux de Schengen), constate ainsi que l'Office fédéral des réfugiés rend des refus assortis d'ordre de départ dans 95,5% à 97% des cas traités¹⁰⁴. A ceci correspond un autre chiffre impressionnant: 70% des départs ne sont pas contrôlés¹⁰⁵.

La réalité des requérants déboutés plongeant dans la clandestinité à l'issue d'une procédure leur ordonnant de regagner leur pays d'origine est donc admise par les autorités elles-mêmes. Les conclusions à tirer de ce constat sont par contre divergentes. En tant que praticiens et militants du droit d'asile, nous voyons dans ce chiffre l'aveu accablant de l'échec d'une vision restrictive et la sanction de l'absence d'une réelle politique d'aide au retour. On prétend résoudre le problème, alors qu'en réalité on crée des milliers de clandestins sans éradiquer les causes de fuite.

La logique policière quant à elle ne cherche pas à remettre en question la politique des autorités. A titre d'exemple, la Commission précitée prend acte de ce chiffre de 70% de départs échappant au regard de l'administration pour ranger en définitive les réfugiés dans les mouvements migratoires incontrôlés. Cette classification indifférenciée justifie par la suite que l'essentiel de l'attention de la Commission soit porté sur le contrôle et sur la répression des séjours illégaux, puisque de son avis, *"les étrangers en situation illégale [...] doivent assurer leur existence [...] par des activités criminelles"*¹⁰⁶.

D'autre part, il faut bien dire que ces "disparitions" correspondent en réalité à un départ clandestin dans un pays tiers, où les réfugiés déboutés chercheront un meilleur sort, déposant une nouvelle demande d'asile, parfois sous le même nom, parfois sous un nom différent et avec une histoire différente. Ce mouvement est très préoccupant, car il justifie en lui-même l'accroissement de

¹⁰⁴ Papier de discussion intitulé *Problèmes nationaux et internationaux dans le domaine de la sécurité intérieure*, élaboré au début de l'année 1993, point 1.3, page 5.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ *Rapport 1 sur la sécurité intérieure* annexé au Papier de discussion cité ci-dessus, point 1.3, page 8. Par rapport aux problèmes posés par les accords de Schengen, nous ne pouvons que recommander la lecture de l'ouvrage *Europe, montrez patte blanche! Les nouvelles frontières du "laboratoire Schengen"*, Coordination Asile Suisse, Mouvement pour une Suisse ouverte, démocratique et solidaire, SOS-Asile Vaud, Genève décembre 1993.

mesures policières ou restrictives. C'est ainsi que les empreintes digitales sont relevées sur chaque demandeur d'asile et que des accords bilatéraux existent, afin de faciliter l'échange de données sur ce point. Autre développement inquiétant: l'inclusion dans la loi de la possibilité de rendre une décision de non-entrée en matière avec départ immédiat en cas de deuxième demande d'asile.

Ainsi, face à l'arrivée des demandeurs d'asile, les modifications législatives successives ont permis une pratique toujours plus dissuasive qui se concrétise par une augmentation des décisions négatives et des ordres de départ. Cette pratique, justifiée par la nécessité de garder le contrôle de la situation, produit de plus en plus de départs incontrôlés. Ceux-ci justifient ensuite un renforcement de la dissuasion à travers de nouvelles modifications de la loi. Et ainsi de suite, jusqu'à l'adoption de mesures qui portent gravement atteinte aux droits fondamentaux.

285. La détention en vue du refoulement.

En 1985, le Conseil fédéral propose d'introduire une détention en vue du refoulement, dont la durée serait de 30 jours maximum, et qui interviendrait à l'échéance du délai de départ imparti pour quitter la Suisse. Le Conseil fédéral précise dans son message qu'*une détention préventive est exclue*¹⁰⁷, ce qui sera remis en cause par la loi sur les mesures de contrainte dont il sera question plus bas. Le Conseil fédéral met d'autres garde-fous dans son message. Il faudra ainsi *de fortes présomptions que l'étranger entend se soustraire au refoulement*. Il faudra juger d'après les conditions personnelles de la personne visée, une famille étant moins susceptible de se soustraire au refoulement qu'un homme seul; l'âge et l'état de santé doivent également être pris en compte. Une simple surveillance est également possible. Quant aux conditions de détention, elles doivent être plus souples que pour un délinquant¹⁰⁸.

Le Conseil fédéral voulait à l'époque se montrer rassurant, en disant: *contrairement à certains avis exprimés, nous estimons que le seul fait qu'une personne a déposé une demande d'asile n'est pas un motif suffisant pour mettre cette personne en détention*. Cette perspective sera également remise en cause par la loi sur les mesures de contrainte.

La pratique a démontré que le message du Conseil fédéral n'a pas hanté l'esprit des fonctionnaires de polices. Les juges qui ordonnent la mise en détention ne peuvent juger que sur la base des faits présentés par la police et ils ne se sentent pas le droit de contredire celle-ci. Par surcroît, les fortes présomptions sont une notion sujette à interprétation. Quant aux conditions de détention, elle sont généralement identiques à celles que connaissent les criminels: les lieux d'emprisonnement sont les mêmes, les gardiens aussi, et la liberté de s'entretenir et correspondre avec le mandataire reste souvent théorique.

Nous voulons ici mentionner une affaire qui a été rendue publique¹⁰⁹ et qui illustre comment cette détention en vue du refoulement est appliquée en réalité. En novembre 1991, un Libanais est intercepté par les policiers allemands à la gare frontière de Bâle, alors qu'il cherchait à rejoindre l'Allemagne; remis à la police bâloise, il fut renvoyé à Sion où il avait séjourné pendant toute sa procédure d'asile, conclue sur un refus d'asile et un ordre de départ. Il est alors incarcéré par un Juge valaisan qui prononce une détention en vue du refoulement. Par l'intermédiaire d'un avocat, il dépose un recours auprès du Tribunal fédéral. Celui-ci délibérant avec célérité le libère à fin novembre 1991.

¹⁰⁷ Message du 2 décembre 1985, § 22.1.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ *Kamal hors de cabane, Libanais refoulé envoyé trop lestement en geôle à Sion. Libéré par le TF!* Le Matin, 1er décembre 1991. Annexe 30.

Ce jugement relève qu'une détention jusqu'à trente jours *représente une grave atteinte à la liberté personnelle*. Mais surtout, le Tribunal fédéral reproche au Juge et aux policiers valaisans d'avoir agi avec précipitation. Le jugement souligne ceci: *il ressort du dossier que le recourant a effectivement quitté la Suisse, mais qu'il a voulu aller en Allemagne pour y rejoindre un frère et un cousin, tout en sachant qu'il n'avait pas l'autorisation de se rendre dans un pays limitrophe. (...) On peut donc tout au plus en déduire que le recourant craignait de retourner dans son pays d'origine, comme il n'a cessé d'en expliquer les raisons dans la procédure d'asile, puis devant le Juge d'instruction pénale, mais non qu'il allait demeurer clandestinement en Suisse pour se soustraire à son refoulement.*

Le Tribunal constate donc que *le recourant a (...) été mis en détention sans qu'aucune autorité judiciaire se prononce sur le bien-fondé de la mesure, alors que, dans son attitude, aucun motif sérieux ne démontrait qu'il avait réellement l'intention d'échapper à son renvoi de Suisse* ¹¹⁰.

Précisons aussi que dans cette affaire, le Juge valaisan avait refusé de se prononcer sur la demande d'assistance judiciaire présentée par l'avocat et avait maintenu la mesure de détention au-delà des 48 heures sans motiver sa décision ni examiner si les conditions légales étaient requises.

Si cette jurisprudence du Tribunal fédéral ne peut que nous réjouir, nous devons cependant admettre qu'elle constitue une exception. Il est en effet certain que la plupart des déboutés qui ont été détenus cherchaient en réalité à donner suite à l'ordre de départ et à quitter la Suisse. Une fois emprisonnées, ces personnes n'ont pas pu contacter un avocat, ce d'autant plus que les juges n'accordent pas l'assistance judiciaire. Ainsi, le cas de ce requérant du Bangladesh, incarcéré durant un mois dans le canton de Saint-Gall, sans même que son mandataire ne soit prévenu¹¹¹. En conséquence, le renvoi s'exécute par la force, sans qu'aucun véritable contrôle n'ait pu s'effectuer.

286. La situation des Zaïrois comme exemple illustratif.

A nouveau, nous pouvons prendre l'exemple des Zaïrois pour illustrer la pratique suisse en matière de renvoi. Nous devons signaler tout d'abord que d'une manière générale, l'Office fédéral estime que le retour au Zaïre des déboutés de l'asile ne pose aucun problème. Les appréciations de la représentation suisse à Kinshasa jouent certainement un rôle important à cet égard (voir ci-dessus § 2333: le cas particulier du Zaïre comme exemple illustratif, et l'annexe 15). Quant à la Commission de recours, elle adopte une évaluation un peu plus fouillée, qui conclut également au caractère licite et raisonnablement exigible de l'exécution du renvoi. En particulier, il est formellement nié que ce pays connaisse une violation massive des droits de l'Homme.

Or, une affaire intéressante a critiqué cette vision des choses. Saisi d'une communication individuelle provenant d'un membre des Forces armées zaïroises devenu adhérent de l'Union pour la démocratie et le progrès social (UDPS), organisation d'opposition, et ayant subi des préjudices de ce fait, le Comité des Nations Unies contre la torture a adopté des constatations contredisant la décision de refus d'asile et de renvoi prise de manière exécutoire par la Suisse à son encontre¹¹². Le Comité a entre autres exprimé qu'il était *conscient de la gravité de la situation des droits de l'homme au Zaïre exposée, entre autres, à la Commission des droits de l'homme de l'ONU par le Secrétaire général ainsi que par le Rapporteur spécial de la Commission sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, le Rapporteur spécial sur la torture et les Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires. (...) Le Comité ne peut qu'en conclure qu'il*

¹¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral suisse, IIe Cour de droit public, 26 novembre 1991. Annexe 31.

¹¹¹ Une indemnité de fr. 5'000.-- lui a été ultérieurement octroyée. Ce cas a été rapporté par la *Wochenzeitung* du 25 mars 1994, cité par VIVRE ENSEMBLE, numéro 49, novembre 1994, p. 16.

¹¹² Communication N° 13/1993, Comité contre la torture, décision du 27 avril 1994. Annexe 32.

*existe bien, au Zaïre, un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives et que la situation est peut-être en train de se détériorer*¹¹³. En conséquence des recommandations données par le Comité, la Suisse a dû admettre provisoirement l'intéressé.

Ce qu'il y a de grave à notre sens sont les déclarations de l'Office fédéral au lendemain de la décision précitée. Un porte-parole a clairement dit que l'Office allait attendre d'autres cas jugés par l'ONU pour attendre une confirmation de cette jurisprudence, avant de modifier *éventuellement* (sic) son attitude¹¹⁴. Cette formulation illustre bien le mépris des autorités suisses pour toute opinion qui est contraire aux évaluations servant sa politique restrictive.

Un autre aspect très grave du renvoi des Zaïrois consiste dans le fait que les autorités suisses, appuyée par l'ambassadeur en place au Zaïre, nient fermement que l'organisation des départ de Zaïrois permette de faire connaître aux autorités zaïroises le dépôt d'une demande d'asile. Outre la surveillance des opposants à l'étrangers, il convient de signaler deux témoignages concordant. Selon le rapport présenté par un juriste de l'EPER¹¹⁵, *avant leur entrée dans l'avion, l'autorité qui exécute la décision de renvoi remet au commandant de bord la liste des personnes concernées. De son côté, un fonctionnaire d'ambassade travaillant pour l'ANI (Agence Nationale d'Immigration, agence qui est en réalité une des polices politiques du régime) informe par téléphone ou téléfax le chef de poste à l'aéroport à Ndjili. Ce dernier informe à son tour les agents chargés de ramasser les "diffameurs du Président à l'étranger" comme on se plaît à les désigner. Ils sont appréhendés immédiatement dans l'avion et acheminés dans une fourgonnette à destination de l'ANI. Ils iront subir des interrogatoires et purger une peine privative de liberté d'une durée indéterminée.*

Cette description est corroborée, avec quelques nuances, une ONG zaïroise rapporte ceci: *lors du refoulement, la personne expulsée est généralement confiée à un policier ou un commandant de bord qui garde tous les papiers. A l'arrivée au Zaïre, le refoulé est remis entre les mains des agents de Service d'Intelligence et Protection (SNIP) / Direction d'Immigration et est gardé dans une sorte de cellule au sein même de l'aéroport. Il peut ainsi y passer des heures voire des jours. Il est auditionné sur un procès-verbal. S'il est établi que le refoulé ne présente réellement aucun danger pour le pouvoir en place, qui continue à garder sa mainmise sur les Forces Armées Zaïroises (FAZ) et les services de sécurité, les commis d'Immigration (SNIP) ne posent généralement pas de problème sérieux aux refoulés, sinon ils leur exigent tout simplement de payer cher leur retour en famille*¹¹⁶.

Aussi ne peut-on sérieusement prétendre que les autorités zaïroises ne sont pas au courant du fait qu'une personne refoulée a déposé une demande d'asile en Suisse, dès lors que la représentation zaïroises en est informée, ainsi que les divers officiels zaïrois au cours du voyage. Or, cet aspect n'est jamais pris en compte dans l'appréciation du renvoi et de son exécution.

Il faut encore mentionner l'opération "Automne Noir", qui s'est déroulée le 3 novembre 1985. Véritable tournant médiatique et fortement médiatisé de la politique d'asile, cette sinistre opération de police a abouti à l'expulsion d'un charter de 59 Zaïrois. Le déroulement très particulier des faits mérite quelques commentaires. Une grande rafle a été opérée dans les premiers jours de novembre,

¹¹³ Ibidem, § 9.5.

¹¹⁴ *Condammée par l'ONU, la Suisse ne pourra pas expulser un requérant d'asile zaïrois*, Le Nouveau Quotidien, vendredi 17 juin 1994. Annexe 33.

¹¹⁵ Conférence donnée à la Fachgruppe de l'EPER, G. DEMOFIKE, Zurich le 29 octobre 1991, remis à jour à Genève le 11 novembre 1991. Annexe 34.

¹¹⁶ *Économie du rapport sur les conditions d'accueil au Zaïre des Zaïrois refoulés de l'Occident*, La Voix des Sans Voix pour les droits de l'homme, septembre 1994. Annexe 35.

la police genevoise arrêtant plusieurs dizaines de demandeurs d'asile zairois sur la base de décisions d'internement en vue du refoulement rendue par l'Office fédéral de la police.

Premier problème: ces décisions d'internement étaient à l'époque illégales, puisqu'elles ne se fondaient sur aucune base juridique, la détention en vue du refoulement n'ayant été adoptée par l'Assemblée fédérale qu'en 1986 et n'étant entrée en vigueur que le 1er janvier 1988!

Deuxième problème: ces décisions contenaient des vices de forme manifestes: rédigées en blanc et non datées, elles laissaient à la police cantonale le soin de choisir les personnes visées. Le bulletin VIVRE ENSEMBLE a publié un fac-similé d'une de ces décisions d'internement, qui met en lumière le fait qu'elle était sans date; il ressort également de l'agencement des paragraphes, des caractères typographiques et de l'alignement des lettres que le nom de la personne visée a été rajouté après que la décision a été rédigée et par un autre auteur¹¹⁷. Sur un plan strictement formel, on est ici à la limite du faux en écriture!

Troisième problème: l'ensemble de l'opération reposait sur l'accusation de fausse identité des 59 Zairois expulsés. Or, les récits de personnes ayant pu échapper par chance à la rafle, ou ayant assisté aux événements, montrent que ces accusations étaient extrêmement légères, voire carrément fausses dans certains cas. Comme l'a dit à l'époque Yves BRÜTSCH, *il est impossible d'exclure qu'il y ait eu des erreurs graves*¹¹⁸.

L'expulsion elle-même s'est déroulée d'une manière brutale: personnes menottées, brutalités et injures policières, etc. Il s'agit clairement ici d'une expulsion collective, prohibée par l'art. 4 du Protocole 4 à la CEDH. Comme nous l'avons déjà relevé, le fait que la Suisse n'a pas adhéré à ce protocole n'a pas permis de dénoncer la Confédération auprès des instances européennes sur ce point. L'ensemble de l'opération est cependant resté dans les mémoires comme un exemple d'arbitraire manifeste et de gestion purement policière de la question d'asile.

Évaluation fautive de la situation des droits de l'homme, collaboration entre le gouvernement suisse et celui du pays d'origine, mise en danger des personnes refoulées individuellement, négation des risques en cas de retour, recours à des expulsions collectives, décisions sans base légale: voilà l'édifiant résumé de la politique suisse en matière de renvoi à la lumière du dossier des Zairois!

287. Expulsions choquantes: cas où la Suisse a expulsé des personnes ayant été persécutées à leur retour.

Malgré le nombre important de déboutés qui ne se soumettent pas à la décision de rapatriement prononcée par la Suisse, nous avons connu plusieurs cas où les expulsions ont conduit à de véritables drames. Nous voulons ici signaler quelques affaires particulièrement graves.

Tout d'abord, nous joignons une liste de personnes refoulées vers la prison et la torture, établie par Yves BRÜTSCH en 1990¹¹⁹. Comme ce dernier l'indique, cette liste est déjà longue, pourtant elle ne reflète que très partiellement la réalité, puisqu'il est le plus souvent impossible de suivre le destin de ceux qui sont expulsés. Il ressort des cas signalés que la Suisse a effectivement renvoyé de nombreuses personnes vers une situation dangereuse, des atteintes à des biens juridiquement protégés tels que la vie, la liberté ou l'intégrité corporelle ayant été gravement atteints.

¹¹⁷ Fac-similé d'une décision d'internement rendue par l'Office fédéral de la police; publiée par VIVRE ENSEMBLE, n° 2-3, décembre 1985 - janvier 1986. Annexe 36.

¹¹⁸ *Le droit sert-il à quelque chose?*, Yves BRÜTSCH, VIVRE ENSEMBLE, n° 2-3, décembre 1985 - janvier 1986. Annexe 37.

¹¹⁹ *Renvois, refoulés vers la prison et la torture. N'oublions jamais*, Yves BRÜTSCH, VIVRE ENSEMBLE, n° 27, juin 1990, pp. 10-11. Annexe 38.

Nous ne ferons ici que mentionner l'affaire MAZA. Celle-ci faisant l'objet du témoignage annexé au présent rapport, nous renvoyons aux édifiantes descriptions qui y sont exposées.

Nous voulons consacrer quelque attention au cas tristement exemplaire de Januz SALIHI¹²⁰. Albanais de Kosovë, militant politique indépendantiste dans son pays, il vient en Suisse déposer une demande d'asile en 1982. Après plus de quatre ans de vie à Genève, au cours desquels il s'est intégré à son pays d'accueil, il reçoit une décision négative exécutoire le 30 juillet 1986. Le délai de départ est fixé au 16 décembre 1986. Mais SALIHI est expulsé subitement le 25 novembre 1986 vers Belgrade, soit 3 semaines avant l'échéance du délai imparti. Le Chef du département cantonal de justice et police prend l'exemple de cet homme pour montrer sa détermination à exécuter un renvoi envers et contre tout; il va jusqu'à publier un communiqué de 4 pages pour justifier sa démonstration de force.

Hélas! L'exemple est mal choisi: les antécédent de SALIHI, les activités politiques déployées en Suisse, les agissements notoires des agents du contre-espionnage serbe font qu'il sera arrêté à son retour. Les policiers yougoslaves le prennent en charge dès son arrivée, puisqu'il leur sera remis directement par les deux policiers suisses qui l'ont accompagné dans l'avion. Emprisonné, sévèrement maltraité, il sera jugé et condamné le 15 avril 1987 à 6 ans et demi de réclusion pour "activités politiques anti-yougoslaves". Durant son emprisonnement, il subira des sévices psychiques et physiques. Libéré conditionnellement aux deux-tiers de sa peine, SALIHI revient à Genève en décembre 1991; sa deuxième demande d'asile aboutit à un rapide octroi d'asile en janvier 1992.

Ce qui est grave dans cette affaire est que les risques encourus avaient été dûment signalés aux autorités cantonale et fédérale, sur la base de précédents. Compte tenu de la campagne de soutien qui avait eu lieu, compte tenu des informations données aux autorités, compte tenu des incontestables activités politiques déployées en Suisse, ces mêmes autorités ne pouvaient décentement pas se réfugier derrière leur ignorance... C'est à tout le moins une légèreté coupable qu'il nous faut stigmatiser en l'occurrence.

Cette affaire a fait grand bruit à l'époque, car elle a aussi représenté un des premiers cas de renvoi exécuté malgré le long séjour en Suisse: plus de quatre ans après son arrivée à Genève, après une longue procédure d'asile, après une intégration réussie sur le plan local, comme en ont témoigné les multiples manifestations de soutien organisées pour protester contre l'expulsion, tous ces éléments ne pouvaient-ils pas entrer en compte dans la régularisation du séjour? Le Conseiller d'État chargé en premier lieu de l'affaire, Monsieur FONTANET, avait reconnu cet état de fait et cherché à geler le dossier; c'est son successeur, Monsieur ZIEGLER, qui a finalement ordonné l'exécution du renvoi.

Enfin, il est frappant de constater à nouveau que c'est à peine si un mot d'excuse ou de regret a été prononcé par les responsables de l'administration. Cette froideur face à des drames bien humains, ce mépris pour les interventions de la société civile, cette raideur et cette incompréhension face à la rigueur excessive d'un renvoi après des années de vie en Suisse, cette irresponsabilité face aux conséquences tragiques d'une décision étatique, mettent en lumière la triste manière dont les autorités suisses mettent en pratique *la traditionnelle politique d'accueil et d'asile*..

¹²⁰ *Expulsé de Suisse en 1986, Januz SALIHI raconte. Cinq ans de prison pour une bavure*, La Suisse, 28 janvier 1992. Annexe 39.

3 Rapports de la Suisse avec les pays où existent des violations des droits de l'homme

31. Combien de temps le Conseil fédéral veut-il encore attendre? Berne approuve les tortures infligées aux Kurdes!

Ludwig A. MINELLI, MENSCH + RECHT, n° 53, septembre 1994.

Traduction française et adaptation par Christophe TAFELMACHER.

Les rapport qui nous proviennent de la Turquie montrent que les méthodes cruelles de torture et de guerre appliquées par la police et les militaires turcs contre le peuple kurde n'ont pas cessé d'exister. Au contraire, elles sont utilisées toujours plus fréquemment.

Dans deux régions au Sud-Est de la Turquie, près de Damlatepe près de Hani dans la province Diyarbakir et près de Beytüssebap dans la province Hakkari, la Turquie a construit des camps de concentration. On déporte et enferme là-bas les habitants survivants de villages qui ont été détruits sans scrupules. Des milliers d'êtres humains, parmi eux beaucoup d'enfants, sont torturés, maltraités, abusés sexuellement ou tués de manière cruelle.

L'Association turque des droits de l'homme a rapporté que dans les deux dernières années, l'armée turque ou les groupes paramilitaire qui dépendent d'elle ont mis le feu à 1'360 villages et les ont détruits. Les escadrons de la mort, visiblement tolérés par la police et les militaires, ont tué plus de 1'550 personne dans la même période; aucun membre de ces escadrons n'a été arrêté ou déféré en justice.

C'est pourquoi Amnesty International vient de faire un appel urgent au gouvernement turc. Mais cet appel n'a eu encore aucun effet sur les responsables politiques turcs.

Environ deux millions de Kurdes ont quitté leur pays vers l'ouest pour y chercher protection. Une partie d'entre eux vient dans notre pays et demande l'asile. D'autres choisissent de s'engager dans les groupes paramilitaires kurdes pour combattre l'occupant cruel de la même manière cruelle.

311. Que fait la Berne officielle?

La Berne officielle connaît la situation en Turquie. Les rapports des diplomates suisses accrédités à Ankara ne sont pas nécessairement fiables, vu que certains d'entre eux ont pour seule source d'information l'ambiance feutrée des cocktails du Corps diplomatique. Le gouvernement suisse peut néanmoins le savoir à travers la lecture de la presse helvétique, spécialement de la *Neuen Zürcher Zeitung* qui est toujours bien informée. Les forces de sécurité turques ont d'ailleurs arrêté temporairement et ont menacé d'expulser des journalistes suisses qui ont le souci de donner des informations exactes. La liberté de mouvement et d'information est de plus en plus limitée pour les journalistes étrangers en Turquie.

Certes, la Turquie a signé et ratifié ces dernières années toutes les conventions internationales qui prohibent la torture et protègent les droits de l'homme. Mais il y a loin de l'adhésion à la pratique. Et à part les exhortations polies et les préoccupations exprimées sur le plan diplomatique, les dirigeants turcs n'ont rien à craindre de la communauté des États libres.

Il y aurait pourtant un moyen de citer le comportement général de la Turquie envers les Kurdes devant un forum international: la plainte d'État selon l'art. 24 CEDH serait la voie appropriée. Or, apparemment, la Suisse et le Conseil fédéral n'ont pas fait usage de la plainte d'État, exprimant tout

au plus quelques légères critiques concernant la situation des droits de l'homme. Faut-il en conclure qu'ils se rendent complices des tortures exercées par le militaire et la police turcs?

Il faut également stigmatiser ici l'attitude de l'Assemblée fédérale. Le Conseil national et le Conseil des États se désintéressent de ces questions. Le Parlement qui contrôle le Conseil fédéral aurait dû depuis longtemps l'obliger à publier les rapports de l'ambassade suisse à Ankara. D'un côté, nous aurions pu savoir si nos diplomates remplissent vraiment leur devoir, d'un autre côté nous aurions pu contrôler quelles informations possède le Conseil fédéral officiellement pour lui permettre de justifier son inaction.

312. Un acte inamical.

Le petit nombre de plaintes d'État est explicable parce que cette plainte est considérée comme un acte inamical dans la communauté homogène des États européens d'aujourd'hui. C'est ce qu'exprime le professeur Mark E. VILLIGER, un des meilleurs connaisseurs de la CEDH¹²¹. Cette phrase pourrait constituer un des arguments avancés par les États de l'Europe de l'ouest, au moment où on leur reprocherait de tolérer les méthodes de tortures et les camps de concentration turcs. Des États qui entretiennent entre eux des relations assez bonnes hésitent avant de commettre un acte inamical. Cette hésitation est tout à fait compréhensible. Seulement, elle est fondé sur un malentendu.

Car, dans son ouvrage, le professeur VILLIGER souhaite explicitement conserver l'institution de la plainte d'État, pour que les États puissent faire valoir le standard minimum européen des droits de l'homme lorsque ce standard est violé dans un État-Membre d'une manière générale et pas seulement dans des cas particuliers. D'autre part, il faut admettre que la signature et la ratification de la CEDH par un État européen devrait l'obliger à faire respecter généralement ces principes fondamentaux sur son territoire.

Si un État tolère que l'armée, la police et les escadrons de la mort violent la CEDH, cela constitue un acte inamical beaucoup plus grave envers les États qui en principe respectent la Convention. Il met les membres des gouvernements des autres États en danger d'être accusés de complicité avec l'État-Membre incriminé face à une situation contraire aux droits de l'homme.

Pour les violations des droits de l'homme, il faudrait donc faire valoir le principe bien connu: *le receleur est aussi punissable que le voleur*. Dans cette mesure, on ne devrait pas traiter différemment la Première ministre turque CILLER qui tolère la torture dans son pays et les Conseillers fédéraux Flavio COTTI et Arnold KOLLER qui tolèrent également la torture en Turquie par leur inaction.

32. La protection apportée à des persécuteurs

Nous voulons ici parler d'une affaire qui a fait grand bruit en Suisse en été 1994 et qui a mis en évidence comment la Suisse peut parfois protéger des persécuteurs notoires¹²².

Monsieur Félicien KABUGA, ressortissant ruandais, est le président et le principal actionnaire de la "Radio-Télévision libre des Mille Collines". Cette station a été créée en 1993 par la frange la plus extrémiste du pouvoir hutu en place à Kigali. Elle a appelé au meurtre des Tutsis et de l'opposition démocratique tout au long du génocide qui a mis le Rwanda à feu et à sang au printemps 1994. KABUGA est donc une personne éminemment impliquée dans des crime de

¹²¹ Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Strasbourg/Zurich.

¹²² *Affaire KABUGA, conclusions de l'enquête administrative*, Journal de Genève, jeudi 10 novembre 1994, p. 20. Annexe 40.

guerres, voire des crimes contre l'humanité. le *US Committee for Refugees* l'a placé sur une liste des personnes qui ont organisé le génocide et les massacres au Rwanda.

Or, cet homme dépose une demande de visa à l'Ambassade de Suisse à Kinshasa, pour lui-même et sa famille, le 6 juin 1994. Aucune mention n'est faite de renseignements compromettants sur le passé de KABUGA.

Premier fait surprenant: il obtient une autorisation d'entrée le 9 juin 1994, soit trois jours plus tard. Une telle rapidité dans l'octroi de visa n'est certes pas coutumière. Une enquête ultérieure démontrera que le Chef de l'Office fédéral des étrangers (OFE), Monsieur Alexandre HUNZIKER, a donné le feu vert à l'Ambassade en se limitant à vérifier la situation financière du demandeur, excellente au demeurant.

Le 14 juin 1994, le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), informe l'Ambassade de Suisse à Kinshasa que KABUGA est accusé par l'organisation "Reporters sans frontières" d'être un criminel de guerre. Le lendemain, le DFAE insiste en expliquant que des indices sérieux montrent que KABUGA est coresponsable de violations massives des droits de l'homme au Rwanda.

Le DFAE n'en reste pas là: début juillet, il établit une liste des Ruandais indésirables en Suisse, où figure KABUGA. Cette liste est donnée à HUNZIKER en tant que chef de l'OFE. Elle est distribuée le 13 juillet 1994 à toutes les ambassades de Suisse.

Deuxième fait surprenant: KABUGA ne fait usage de son visa que le 22 juillet 1994, date à laquelle il franchit sans encombre la frontière pour rejoindre sa famille déjà installée à Berne. Cette étonnante entrée en Suisse d'une personne figurant sur une liste de personnes indésirables s'explique par le fait que HUNZIKER n'a pas transmis cette liste aux postes-frontières. Il n'a pas non plus donné des instructions particulières à ses collaborateurs au sein de l'OFE.

Le 4 août 1994, le DFAE informe officiellement HUNZIKER de la présence de la famille KABUGA en Suisse, signale le lien entre celle-ci et la Radio-Télévision "Mille Collines" et demande expressément au chef de l'OFE de prendre les mesures nécessaires en vue de l'annulation du visa et de l'expulsion de ces Ruandais du territoire suisse.

KABUGA dépose cependant une demande d'asile, en sorte que l'OFE se contente de transmettre le dossier à l'Office fédéral des réfugiés (ODR). Cet Office rejette rapidement la demande et ordonne le renvoi de Suisse.

Troisième fait surprenant: KABUGA quitte librement la Suisse le 18 août 1994, puisqu'il est simplement mis dans un avion en partance pour Kinshasa, sans escorte policière. Or, l'Association Suisse-Rwanda avait explicitement demandé son arrestation, afin qu'il soit jugé en Suisse par la justice militaire pour crimes relevant du droit international. D'autre part, un Suisse ayant subi la violence des milices hutues dépose une plainte auprès du procureur genevois. Enfin, les autorités de Kigali préparent une demande d'extradition. Tout le monde comprend que les autorités fédérales ont précipité l'expulsion pour prendre de vitesse ces initiatives. Malgré tout, la demande de l'Association Suisse-Rwanda était connue avant le 18 août 1994: c'est donc en pleine connaissance de cause que le Conseiller fédéral KOLLER en personne a donné son accord pour l'expulsion.

Le scandale éclate peu après lorsque les journaux révèlent l'affaire. L'ampleur de l'émotion soulevée par celle-ci est telle que le Conseiller fédéral KOLLER se sent obligé d'ordonner une enquête administrative le 8 septembre 1994. En annonçant sa décision à la presse, KOLLER insiste d'emblée sur le fait qu'il ne voit pas de scandale en l'espèce. Il précise encore que le chef de l'OFE

n'a selon lui commis aucune faute nécessitant l'ouverture d'une procédure disciplinaire: l'enquête administrative n'aura donc pour objet que de déterminer quelles sont les irrégularités de fonctionnement de l'OFE qui peuvent être décelées... KOLLER justifie aussi sa décision d'expulsion en estimant que l'arrestation de KABUGA ou son extradition auraient nécessité d'attendre plusieurs semaines, durant lesquelles cet individu aurait pu séjourner légalement et librement en Suisse.

Le mercredi 9 novembre 1994, le service d'information du DFJP publie un laconique communiqué de presse faisant état des conclusions de cette enquête administrative. Il en ressort notamment que KABUGA n'aurait tout d'abord jamais dû recevoir un visa. Le rapport constate que *le jour où le visa a été délivré, l'OFE ne savait certes pas que KABUGA était une personne indésirable; néanmoins, une procédure ordinaire ainsi qu'un examen attentif et adapté aux circonstances globales du cas d'espèce auraient pu et dû empêcher l'octroi du visa*. Deuxième reproche contre le chef de l'OFE: son inaction entre la délivrance du visa et l'entrée en Suisse de KABUGA. A ce propos, le rapport dit: *entre le moment où le visa a été délivré et l'arrivée de KABUGA dans notre pays, il y a eu maintes occasions pressantes d'empêcher KABUGA d'entrer en Suisse. Une interdiction d'entrée aurait pu et dû être décrétée*.

Par contre, les conclusions de l'enquête n'apportent aucun élément nouveau sur l'expulsion hâtive de KABUGA en août 1994. Ce qui est regrettable, puisque la Suisse aurait pu là racheter les erreurs initialement commises en arrêtant un criminel de guerre et en permettant son jugement, voire son extradition.

La seule conséquence de cette affaire sera la mise à la retraite anticipée de HUNZIKER, pour "raisons de santé". Officiellement, aucun lien n'est fait entre les conclusions de l'enquête et cette retraite. Tout le monde interprète cette circonstance comme une sanction déguisée. Toutefois, le Conseil fédéral a toujours couvert HUNZIKER et aucune faute n'a été reconnue officiellement.

Cette affaire a par ailleurs permis de rappeler que la Suisse n'a même pas signé la Convention du 9 décembre 1948 *pour la prévention et la répression du crime de génocide*, qui était donc inapplicable en l'espèce.

Cette affaire jette aussi une lumière trouble sur les rapports entretenus par les hautes instances de l'administration et certains gouvernements de pays persécuteurs. Personne au sein du gouvernement fédéral ne pouvait ignorer ce qui se tramait au Rwanda, dès lors que ce pays faisait l'objet d'une attention toute particulière en matière d'aide au développement. Un conseiller spécial a même été offert à la présidence hutue. Or, finalement, KABUGA a été accueilli en Suisse et en est parti libre. On en tire comme désagréable conclusion que certains des plus hauts responsables politiques suisses ont protégé efficacement un criminel de guerre notoire et avéré, sans même que l'on ne considère cette protection offerte de facto comme méritant des sanctions personnelles à ceux qui l'ont rendue possible.

Cet épisode est d'autant plus choquant lorsqu'on constate la rigueur de ces mêmes autorités et responsables politiques à l'égard de ceux qui mériteraient vraiment protection, lorsqu'on voit les difficultés que ceux-ci connaissent lorsqu'ils demandent des visas d'entrée en Suisse, lorsqu'on constate le développement d'une politique restrictive en matière d'asile et de police des étrangers.

4. État de droit, étrangers et droit d'asile

41. Évolution de la loi sur l'asile et de sa mise en pratique

411. **Interprétation discutable de certaines notions juridiques en défaveur des réfugiés**

Nous avons tenté de montrer que la législation sur l'asile et sa mise en pratique sont devenues toujours plus complexes, offrant une marge de manoeuvre toujours plus grande au profit de l'administration. Nous voulons ici rapidement commenter comment cette marge de manoeuvre aboutit à des résultats qui mettent à mal l'égalité de traitement protégée par l'art. 4 Constitution fédérale, en nous inspirant d'une étude sur ce sujet faite par le professeur Andreas AUER¹²³. Les distinctions résultant de l'application de la loi n'existent toutefois pas que dans le domaine de l'asile. Nous allons donner ci-après quelques exemples illustratifs.

A) La notion de vraisemblance est un élément-clé dans la production de décisions négatives par l'Office fédéral des réfugiés. Cette notion est connue dans divers domaines juridiques, notamment en droit fiscal, en matière de protection de la personnalité, ou encore en procédure civile. Il s'agit d'une notion juridique indéterminée, qui ne reçoit de sens précis qu'au moment où la norme pertinente est appliquée.

Toutefois, la doctrine et la jurisprudence en Suisse comprennent une interprétation homogène de la notion de vraisemblance. A titre d'exemple, un commentateur de la procédure civile précise qu'un juge peut tenir un fait pour vraisemblable lorsqu'il est persuadé que les faits se sont probablement déroulés tels qu'ils ont été allégués, et non pas que ceux-ci ont dû réellement se passer ainsi¹²⁴. Dans le même sens, le Conseil fédéral a affirmé qu'il est suffisant, au regard de l'exigence de la vraisemblance, que l'on tienne pour probable le fait à prouver, même s'il faut s'attendre à l'éventualité qu'il pourrait ne pas s'être produit¹²⁵.

Or, la pratique en matière d'asile confère, comme on l'a vu plus haut, un sens beaucoup plus restreint à cette notion, en sorte que "rendre vraisemblable" en est venu à signifier "fournir la preuve". Les précisions apportées dans la loi sur l'asile par la modifications de 1990 n'ont malheureusement rien changé à la manière dont l'autorité pratique.

Lorsqu'une notion imprécise reçoit une interprétation aussi divergente dans un seul domaine, si elle y est pratiquée de manière excessivement restrictive, il en résulte une inégalité de traitement. Si celle-ci ne se justifie pas par un motif pertinent, ce qui n'est pas le cas à nos yeux en matière d'asile, elle constitue une discrimination contraire à la Constitution.

B) La notion d'"actes répréhensibles" joue un rôle important en matière d'asile, puisqu'un étranger qui a commis de tels actes est indigne de recevoir l'asile selon l'art. 8 LA. Les travaux préparatoire indiquent que cette notion était reprise de l'art. 21 OSEE de la Convention sur le statut des réfugiés, de l'art. 14 alinéa 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que, indirectement, de l'art. 70 Cst. De ces textes ressort clairement que les actes visés devraient atteindre un certain degré de gravité.

La pratique des autorités compétentes en matière d'asile comprend cette notion d'actes répréhensibles d'une manière bien plus large. L'asile est refusé à tout requérant qui a fait l'objet d'une condamnation pénale, que ce soit pour des délits mineurs comme le vol à l'étalage, le petit trafic de drogue ou des infractions à la législation sur la circulation routière. Plus grave: le simple fait qu'une procédure pénale soit pendante suffit pour justifier un refus d'asile, quel que soit le résultat final de celle-ci.

¹²³ *La prohibition de la discrimination des requérants d'asile et des réfugiés*, Andreas AUER, professeur à l'Université de Genève, in: Walter KÄLIN (éd.), *Droit des réfugiés*, Fribourg 1991, pp. 269-284.

¹²⁴ *Grundriss des Zivilprozessrechts*, KUMMER, Berne 1984, p. 135.

¹²⁵ Décision du 15 avril 1987, VPB 51/1988, n° 64, p. 432.

Enfin, il est constant que les autorités d'asile ne tiennent aucun compte des appréciations des juges pénaux, notamment lorsque ceux-ci accordent le sursis à l'expulsion pénale en raison du bon pronostic d'amendement, ni de celles des autorités d'exécution pénales, lorsqu'elles accordent la libération conditionnelle en raison du bon comportement de l'intéressé durant sa peine. De cette façon aussi, nous prétendons que la pratique de l'autorité fédérale est discriminatoire.

C) Malgré le fait que l'art. 65 PA définit clairement les conditions qui permettent à l'administré de bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite, et partant des services d'un avocat d'Office, le DFJP considère que celles-ci ne sont jamais réalisées en matière d'asile.

Le Département estime en effet que les requérants d'asile peuvent parfaitement assumer eux-mêmes leur propre défense, ou recourir aux services des oeuvres d'entraide. Systématiquement refusée, la demande d'assistance judiciaire gratuite n'a pratiquement plus été élevée par les intéressés.

En 1989, le Conseil fédéral, saisi d'une dénonciation sur ce point, a sévèrement critiqué la pratique du DFJP¹²⁶, ce qui tendrait à démontrer que celle-ci était discriminatoire. Cependant, cette décision est restée isolée et l'assistance judiciaire continue à ne pas être attribuée...

D) Signalons que dans plusieurs autres domaines juridiques, les candidats réfugiés se trouvent face au même phénomène, à savoir l'interprétation spécialement restrictive en leur défaveur de notions usuelles. Ainsi pour le logement (discriminations provenant des gérances et propriétaires), en matière d'emploi (interdiction de travail pendant trois mois, non-reconnaissance des formations antérieures, etc.), en matière de formation (accès à des écoles ou des formations professionnelles refusé à de jeunes demandeurs d'asile, accès à certaines bibliothèques publiques refusé), en matière d'aide sociale (application de normes particulières inférieures aux normes applicables aux Suisses), en matière d'assurances (réserves systématiques imposées par certaines caisses-maladie, refus d'appliquer la loi vaudoise d'encouragement à l'assurance-maladie en vue de réduire les primes, etc.), en matière de soins (refus de prendre en charge les affections déclarées avant l'arrivée en Suisse), en matière de mariage (exigences excessives en matière de papiers d'état civil). Cette liste n'est malheureusement qu'indicative.

E) Il est indispensable de mentionner ici une expérience curieuse. La Commune de Thoune (canton de Berne), a institué en décembre 1985 une monnaie destinée aux seuls réfugiés, les *Thuner Asylanten-Batzen*. Le principe était que cette monnaie était le seul moyen pour les requérants de s'approvisionner en produits d'alimentation et de toilette dans une soixantaine de commerces de la commune. Exemple-type d'une action discriminatoire, cette mesure a été abandonnée une année plus tard, après qu'un avis de droit a démontré son anticonstitutionnalité.

On constate donc au travers de ces divers exemples que le monde dans lequel se meuvent les candidats réfugiés s'est défini peu à peu comme un monde à part, où les notions, évaluations et appréciations qui valent généralement dans le système juridique suisse sont transformées dans un sens qui arrange toujours l'administration ou les autres intervenants juridiques, au détriment de l'administré ou du cocontractant que constituent en l'occurrence les demandeurs d'asile.

412. Rôle excessif donné aux directives.

Une des caractéristiques du droit des étrangers et des réfugiés en Suisse est très certainement d'être devenu un domaine juridique où règnent les "directives". Dans les bureaux de l'administration, pour le fonctionnaire chargé d'appliquer très concrètement et très quotidiennement la loi ou son

¹²⁶ Décision du 5 avril 1989, ASYL 1989/3, p. 13.

ordonnance d'application, les "directives" sont peu à peu devenues des textes de référence essentiels, car contenant des indications très précises quant à l'orientation du travail. On peut constater que nombreux sont les fonctionnaires qui connaissent bien mieux les directives que la loi ou la Constitution fédérale. Il convient donc de s'interroger rapidement à ce sujet.

En théorie, la directive n'est, en droit administratif suisse, qu'un texte interne à l'administration. *Selon la doctrine dominante, la directive n'est pas un acte juridique contraignant pour les administrés car elle ne contient aucun droit ni aucune obligation le concernant, c'est pourquoi elle ne nécessite aucun contrôle démocratique*¹²⁷. Mais c'est bien là que réside le problème: les directives sont du seul ressort de l'administration et leur élaboration ne passe pas par les procédures habituelles de production des normes juridiques (publication dans le Recueil officiel, message du gouvernement et débats au Parlement, etc.). En particulier, le fait qu'elles ne doivent pas être publiées pour être valides obscurcit dangereusement la pratique de l'autorité, puisque l'administré ou son conseil ne seront pas toujours à même de connaître les normes qui guident cette pratique.

De la sorte, les directives sont des textes de nature à donner à l'administration un pouvoir exorbitant, puisque celle-ci peut donner des instructions qui détournent une disposition de la loi ou la vident de toute substance. Nous avons abordé ce problème par exemple avec la Directive *concernant le dépôt de pièces d'identité*, du 10 juillet 1992 (voir § 2147: autres obstacles à l'enregistrement), qui posent des obstacles concrets et sérieux au dépôt d'une demande d'asile.

Comme le dit un auteur, *l'ordonnance administrative s'intercale dans le processus qui conduit de la norme à la décision; elle anticipe les choix que l'agent public devrait faire dans chaque situation concrète. (...) A nos yeux, il est en conséquence une fiction que de penser qu'en prescrivant de manière impérative et détaillée à l'agent public le comportement qu'il devra avoir dans ses rapports avec les individus, l'on ne fait, en toutes circonstances, qu'oeuvre purement interne*¹²⁸.

Un autre problème réside dans le fait que certaines directives sont adressées par l'autorité fédérale aux autorités cantonales. L'auteur cité se demande s'il n'y aurait pas lieu d'émettre une réserve sur le caractère contraignant des directives fédérales à destination des cantons concernant la mise en oeuvre du droit fédéral: *le principal argument qui pourrait être invoqué en faveur de cette réserve réside en ce que, (...) sous réserve de dédoublement fonctionnel et en raison même du fédéralisme, les cantons ne sont pas soumis à un pouvoir hiérarchique (...). En particulier, la Confédération ne dispose pas de pouvoir disciplinaire à l'égard des cantons*¹²⁹. Or, il est constant dans le domaine qui nous occupe que les cantons n'ont, à notre connaissance, jamais remis en question les instructions qui leur sont enjointes.

Si l'on prend l'exemple du schéma d'audition cantonale, on s'aperçoit que ce texte a valeur de directive pour le travail des auditeurs cantonaux chargés d'effectuer les auditions sur les motifs selon l'art. 15 LA. Il est bien sûr souhaitable qu'une certaine uniformité existe au niveau national dans le déroulement de ces auditions. Cependant, nous avons vu que des difficultés importantes surgissent lors des auditions cantonales (voir § 221: l'audition cantonale). Nous allons aussi voir plus bas que ce schéma est pour le moins lacunaire sur certains points: ainsi, il est totalement inadapté à la situation des mineurs non-accompagnés, qui sont effectivement interrogés alors qu'ils ont parfois tout juste 14 ans (voir § 536: audition sur les motifs d'asile); il est tout aussi inadapté à

¹²⁷ *Éthique et asile en Suisse: le cas de l'Office cantonal des requérants d'asile (Vaud)*, S. BONJOUR et M. BUTTY, IDHEAP, Cours de management public, Lausanne juin 1994.

¹²⁸ *Nature et effets juridiques des ordonnances administratives*, Pierre-Louis MANFRINI, Thèse n° 634, Genève 1978.

¹²⁹ Ibidem.

la situation de certaines femmes réfugiées, qui connaissent des situations d'oppression spécifiques particulièrement difficiles à exposer (voir § 64: des motifs de fuite et des obstacles au renvoi spécifiques aux femmes au cours de l'audition).

Malgré ces problèmes, qui ont été constatés par les auditeurs eux-mêmes et qui ont été signalés à maintes reprises par divers intervenants, les cantons n'ont jamais apporté de corrections au schéma d'audition proposé par l'Office fédéral. Lorsqu'ils sont interpellés, les responsables cantonaux se réfugient le plus souvent derrière le fait que la compétence en matière de procédure d'asile est fédérale, ce qui leur ôterait toute marge de manoeuvre.

Si l'on considère cependant que *les auteurs ont admis, en faveur des agents publics, un pouvoir de contrôle de la validité des ordres émis par leurs supérieurs et par là-même, (...) la possibilité de désobéir à ces ordres*¹³⁰, alors on doit admettre qu'en matière d'audition sur les motifs d'asile, les cantons auraient pu *remettre en cause les instructions fédérales en les déclarant comme non conformes à la lettre de la loi, voir mettre en place leur propre modèle d'audition, mieux à même de tenir compte du contexte moral dans lequel peut se trouver le requérant et de mettre fin à un type de relation unilatérale et inégale dans laquelle l'administration détient le monopole de ce qui est juste et vrai*¹³¹.

42. Une législation sur l'immigration raciste: la politique des trois cercles.

Nous voulons ici situer le débat sur l'asile dans le contexte général de la politique suisse à l'égard des étrangers et de l'immigration. Pour ce faire, nous nous sommes inspirés d'une réflexion de Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP à ce sujet¹³².

Il convient de préciser que la politique d'immigration suisse est caractérisée depuis longtemps par une approche qui repose sur deux piliers. Tout d'abord, la législation suisse intègre la notion de *surpopulation étrangère* (en allemand: *Überfremdung*) à l'art. 16 LSEE: *pour les autorisations, les autorités doivent tenir compte des intérêts moraux et économiques du pays, ainsi que du degré de surpopulation étrangère*. Le deuxième pilier est la notion de division du monde en deux ou trois zones, qui se matérialise à l'art. 8 OLE: *une autorisation de séjour initiale sera accordée en premier lieu aux travailleurs ressortissants de l'AELE et de la Communauté européenne (CE), et en second lieu aux travailleurs ressortissants d'autres pays de recrutement traditionnel*.

Cette conception a trouvé une véritable consécration dans le rapport du Conseil fédéral *sur la politique à l'égard des étrangers et des réfugiés*, du 15 mai 1991. Ce rapport présente un modèle appelé *des trois cercles*, qui définit ainsi:

- **un cercle intérieur**, où règne le principe de la libre circulation: il ne comprend que les États de la CE et de l'AELE; les limitations en matière de politique à l'égard des étrangers et de marché du travail qui touchent la libre circulation des personnes doivent y être progressivement abolies;
- **un cercle médian**, où règne le principe du recrutement restreint: il comprend les pays qui ne sont ni membres de la CE ni de l'AELE, comme les États-Unis et le Canada; à l'avenir, certains États de l'Europe de l'Est pourrait y être intégrés; il y est possible de faciliter l'admission de main-d'oeuvre particulièrement qualifiée, de simplifier les procédures administratives et l'intégration des intéressés tout en maintenant le principe de la politique restrictive;

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ *Éthique et asile en Suisse...*, BONJOUR et BUTTY, op. cit. p. 28.

¹³² *La politique des trois cercles, un enjeu de ... civilisation*, Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP, in: *Europe! Montrez patte blanche! Les nouvelles frontières du "laboratoire Schengen"*, Coordination Suisse Asile, Mouvement pour une Suisse ouverte démocratique et solidaire, SOS-Asile Vaud, CETIM Genève 1993, pp. 316-351.

- **un cercle extérieur**, où règne le principe de l'impossibilité de tout recrutement, sauf exceptions limitées: il englobe tous les autres pays du monde; les autorisations de séjour ne doivent y être données que pour des cas exceptionnels, dans le cas de spécialistes très qualifiés, et pour des séjours d'une durée limitée.

Comme on le voit, ce modèle trace une limite claire entre les ressortissants de l'EEE (Espace Économique Européen = AELE + CE) et ceux du reste du monde. La seule souplesse se situe au niveau d'une inclusion possible des États de l'Europe de l'Est. Cette perspective a été réaffirmée à plusieurs reprises, en sorte que l'on peut dire qu'il s'agit là de la stratégie générale du Conseil fédéral, du Département fédéral de justice et police, ainsi que celui de l'économie publique concernant la politique d'immigration, la politique d'asile, mais aussi la politique de coopération.

Ainsi en 1992, la Commission d'expert "Contrôle des personnes à la frontière" indique qu'en matière de politique à l'égard des étrangers, *il s'agit de maintenir la politique de limitation et notamment de limiter strictement l'admission de ressortissants d'États non membres de l'EEE.*

Le rapport du 15 mai 1991 est édifiant également dans sa description des rapports Nord-Sud. Le Conseil fédéral admet que *le fossé grandissant entre les États riches et les États pauvres, les régions politiquement stables et celles ébranlées par les crises ne fait qu'accroître le nombre des émigrants. (...) Rien n'indique à l'heure actuelle que les différences s'atténueront. La Suisse, l'Europe de l'Ouest, l'Amérique du Nord, le Japon, l'Australie, certains États du Sud-Est asiatique, et dans un avenir proche, quelques États d'Europe centrale et de l'Est deviennent des îlots de prospérité dans un monde de privation.* Cependant, les conclusions qu'il tire de ce constat illustrent cette volonté de fermeture: *il s'avère de plus en plus que si les pays du Tiers-Monde venaient à copier ce modèle de société, à supposer que cela soit possible, on aboutirait à une catastrophe écologique. (...) Force est de constater que les critères de civilisation que connaissent nos sociétés occidentales ne peuvent servir de modèle à un ordre mondial viable.*

Dans le rapport du 15 mai 1991, les limites tracées par les trois cercles sont en réalité beaucoup plus floues qu'on peut le penser au premier abord. C'est lorsque le Conseil fédéral tente de préciser ces limites que le caractère raciste du modèle apparaît le plus clairement. Ainsi, précisant la notion de pays de recrutement traditionnel, le Conseil fédéral désigne certaines régions du monde *où les valeurs culturelles, religieuses, sociales correspondent aux nôtres.* Puis, plus loin dans le texte: *l'appartenance de ces pays à la même culture (marquée par les idées européennes au sens large), étant entendu que leurs conditions de vie sont similaires aux nôtres.* C'est bien une différenciation culturelle qui est posée comme base pour hiérarchiser et exclure des civilisations, avec pour référence un *Nous* qui signifie les Suisses, mais aussi les Européens. La Turquie ou l'ex-Yougoslavie, pays pourtant fournisseurs d'une main d'oeuvre nombreuse et appréciée, sont rétrogradés dans le cercle extérieur, à cause notamment de la religion musulmane qui y est pratiquée.

Un autre indice clair indiquant le caractère raciste de la politique d'immigration suisse ainsi définie est fourni par le Conseil fédéral lui-même. Lorsqu'il présente son message aux Chambres en vue de la ratification de Convention internationale de 1965 *sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*¹³³, le Conseil fédéral signale la réserve qu'il a faite à propos de l'art. 2 alinéa 1 lettre a de la Convention: *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.* Les juristes

¹³³ Message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, Berne, 2 mars 1992.

de l'administration ont en effet signalé que faute d'une telle réserve, la Suisse risquait d'être citée devant le Comité de contrôle de l'ONU pour violation de la Convention.

Ce qu'il y a d'intéressant dans la formulation de cette réserve, et qui illustre bien l'attitude générale de la Suisse en ce domaine, c'est que l'adhésion à un instrument international prohibant la discrimination raciale n'a pas pour finalité, dans l'esprit du Conseil fédéral, d'amener la Suisse à modifier son droit interne pour respecter l'engagement international pris. Elle n'a pour but que de donner une certaine image extérieure du pays, les réserves venant empêcher que l'orientation générale d'une politique interne ne doive être modifiée de fond en comble.

Il convient enfin de relever que l'asile est généralement assimilé à l'immigration, la notion de droit d'asile et la valeur d'hospitalité s'effaçant derrière la question des migrations. Lorsque la Suisse est prise entre ses intérêts économiques et ses intérêts politiques, ce sont les premiers qui priment. Ainsi, si un pays connaît des violations des droits de l'homme, le rapport du 5 mai 1991 indique qu'il doit être mis dans le cercle extérieur; par contre, il n'est nulle part dit que la Suisse doit prendre des mesures pour tenter de mettre fin à ces violations...

Cet amalgame entre asile et (im)migration nous paraît inadmissible. En effet, s'il est vrai que les pays de provenance des réfugiés connaissent des situations de misère, l'élément déterminant qui provoque la fuite réside dans la persécution ou la violence subie. Il faut bel et bien parler d'exil forcé, où la contrainte joue un rôle essentiel, ceci d'autant plus que ces pays d'origine se caractérisent d'abord par des guerres civiles ou par des régimes autoritaires, voire foncièrement liberticides. Il est révélateur que dans leur prise de position ou dans leurs rapports, les autorités suisses restent muettes sur ce point, privilégiant toujours une approche sécuritaire qui tend vers une négation du droit d'asile¹³⁴.

Nos réflexions sur la politique d'immigration resteraient incomplètes, si nous ne faisons pas mention d'un personnage important: Monsieur Alexandre HUNZIKER, devenu chef de l'OFE en 1986. Ce personnage illustre à nos yeux d'une manière parfaite ce que sont les rapports de la Suisse à l'égard des étrangers et à l'égard des gouvernements étrangers. Nous avons déjà parlé de lui ci-dessus, en décrivant sa trouble implication dans l'affaire KABUGA, qui l'a contraint à prendre sa retraite anticipée.

Anticommuniste acharné, produit de la guerre froide, HUNZIKER sera un chef d'Office dur avec les faibles: les employés d'ambassade qui perdent leur emploi après quinze ans de séjour, les immigrés retraités dans leur pays d'origine qui souhaitent revenir dans leur pays d'adoption, les saisonniers qui ne remplissent pas au jour près les conditions légales, aucun de ces gens modestes ne recevra d'autorisation de séjour. HUNZIKER ne critique pas les initiatives xénophobes au début des années 80, déclarant à l'époque *le territoire suisse est déjà surpeuplé*¹³⁵. Lors de l'arrivée de demandeurs d'asile en provenance du Sri-Lanka, il affirme dans une Commission parlementaire: *l'arrivée des Tamouls est un complot de Moscou pour déstabiliser la Suisse*¹³⁶.

¹³⁴ Voir à ce propos: *Commentaire sur le papier de discussion intitulé "Problèmes nationaux et internationaux dans le domaine de la sécurité intérieure", élaboré au début de l'année 1993 par la Commission d'experts "Contrôle des personnes à la frontière" (CECF) mise en place par le Conseil fédéral (gouvernement suisse), Christophe TAFELMACHER et Léonard OKITUNDU, in: Europe! Montrez patte blanche! Les nouvelles frontières du "laboratoire Schengen", Coordination Suisse Asile, Mouvement pour une Suisse ouverte démocratique et solidaire, SOS-Asile Vaud, CETIM Genève 1993, pp. 185-192.*

¹³⁵ *Visas ruandais. L'homme par qui le scandale arrive*, Alain MAILLARD, L'Hebdo, n° 37, 15-21 septembre 1994.

¹³⁶ Ibidem.

En même temps, il est un homme connu dans les ambassades, il est invité à déjeuner: *diplomate sans l'être vraiment, il évolue dans les sphères de la diplomatie*¹³⁷. Voilà donc l'homme qui a régné en maître sur la politique suisse à l'égard des étrangers, jusqu'au jour où sa manière de protéger un peu trop ouvertement un criminel de guerre l'a désigné au scandale public...

**43. La langue comme moyen de discrimination et de criminalisation.
Erika BURGAUER, permanente de la Coordination Asile Suisse.
Traduction française par Werner KELLER, Neuchâtel.**

Depuis que la Suisse a une politique des étrangers, la langue, elle aussi, reflète une évidence: cette politique ne vise pas prioritairement l'intégration, profitable à tout le monde, des hommes et des femmes étrangers dans le quotidien suisse, mais elle s'évertue à les tenir à l'écart du pays par n'importe quel moyen. Les périodes de haute conjoncture à la fin des années 70 et dans les années 80 ont formé une exception, même si les conséquences étaient indésirables. Comme l'a formulé Max FRISCH: *nous avons appelé des bras, et ce sont des hommes qui sont venus*. Même celles et ceux que la Suisse, une fois leur besogne accomplie, a dû "garder" bon gré mal gré, parce qu'ils sont restés longtemps dans le pays en dépit de l'automatisation croissante, du chômage et de la réduction du temps de travail, ne doivent surtout pas s'imaginer qu'ils puissent vivre ici comme citoyennes et citoyens égaux en droits, car on refuse même à leurs enfants, nés ici et ne connaissant pas d'autre "patrie", la naturalisation facilitée.

Un autre moyen d'exclusion permanente est le langage que les autorités, mais aussi les médias et finalement aussi de larges couches de la population utilisent en parlant des étrangers. très tôt, la formule de la (possible) *surpopulation étrangère* a fait son apparition, avec l'idée d'être menacé par des gens venus d'ailleurs. Cette crainte est aussi à la base de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) datant de 1931. On se rappelle les initiatives successives *contre la surpopulation étrangère* des années 70 et 80, qui certes ont toutes été rejetées parce qu'il y avait pénurie de main-d'oeuvre, mais qui chaque fois ont trouvé l'adhésion d'une partie considérable des votants.

Le contraste grandissant entre les États industrialisés du Nord et le reste du monde, la fin de la guerre froide, les nombreux conflits nés de la lutte pour de nouveaux équilibres, l'ouverture de nombreuses frontières et les profonds changements dans l'économie globale ont massivement contribué à radicaliser l'attitude d'exclusion hostile envers les étrangères et les étrangers, surtout celles et ceux venant d'autres continents. Dans cette évolution, similaire dans tous les pays européens, la Suisse a souvent donné l'exemple, avec des conséquences particulièrement graves dans la politique d'asile.

C'est ainsi que dans les années 80 on constate l'emploi de plus en plus fréquent de l'expression *faux réfugié* ou encore *réfugié économique*, ce qui sous-entend que celle et celui qui demande l'asile le fait uniquement pour pouvoir profiter - de façon injustifiée, bien entendu - de notre richesse et que les indigènes doivent se défendre contre de si noirs desseins. Plus subtil, mais suggérant la même idée, est le terme *requérant d'asile* : la décision d'accorder ou de refuser l'asile est entièrement laissée à l'appréciation (arbitraire) des autorités suisses, les motifs de la fuite passant au second rang; ce qui prime, c'est l'intérêt de la Suisse dans une situation donnée de recevoir ou non des réfugiés, comme s'il n'y avait pas de conventions sur les réfugiés et sur les droits de l'homme.

¹³⁷ Ibidem.

Dans diverses ordonnances, directives et messages, la Confédération fait comprendre que les requérants d'asile sont des quémandeurs qu'il faut tenir à l'écart. Il y est question *d'exécution des renvoi* et l'on y parle des réfugiés comme s'il s'agissait d'objets et non pas d'êtres humains.

Un pas de plus a été constitué par la création dans la langue allemande du mot *Asylant* (demandeur d'asile), qui prend une connotation péjorative à cause de sa terminaison en *-ant*. On a également introduit des tournures telles que *flux de réfugiés*, *afflux massif de réfugiés*, ou en langue allemande *Asylantenschwemme* (marée humaine), créant ainsi une impression de menace contre laquelle il est tout à fait "normal" de se défendre. En même temps, ces expressions font disparaître les destins individuels dans une masse anonyme sans visage.

Les femmes également s'effacent dans cette masse anonyme, aussi et d'abord sur le plan de la langue. Jusqu'à ce jour, des formulations féminines n'ont pratiquement pas trouvé place dans les textes officiels. Cette discrimination a aggravé le sort des femmes dans le domaine de l'asile, car les femmes n'existant pas en tant que sujets linguistiques, on ne peut guère s'attendre à ce que des motifs de fuite spécifiquement féminins soient retenus et reconnus. Cela ne va sans doute pas changer même après la révision totale en cours de la loi sur l'asile, car même si l'on s'est efforcé d'introduire des formules telles que *requérantes et requérants*, l'attitude de l'administration ne donne aucun signe de modification.

Une détérioration supplémentaire et décisive, encore très visible dans le langage employé, a été atteinte avec la nouvelle loi *sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers*, dont l'intitulé en soi est déjà éloquent. Jamais une loi bafouant à ce point la dignité humaine n'a probablement été adoptée, ni en Suisse ni dans un autre pays se réclamant des droits de l'homme. Il est ouvertement question de *contrainte*, c'est-à-dire qu'il n'y a plus de place pour la liberté. Des droits de l'homme qui par définition devraient être valables pour tous, Suisses et étrangers, femmes et hommes, sont jetés par dessus bord. Des principes qui forment la base d'un État de droit sont subitement déclarés caducs pour une catégorie d'êtres humains, des droits fondamentaux garantis par la Constitution sont suspendus dans cette loi.

Premiers visés - le Conseil fédéral l'écrit dans le message destiné au Parlement - sont les requérants d'asile *délinquants et asociaux et d'autres catégories d'étrangers*. Un lien est ainsi établi entre délinquance d'une part, et requérant d'asile et étrangers d'autre part. Le Conseil fédéral assimile très rapidement le *comportement asocial* à la délinquance, prévoyant notamment une détention préparatoire et une détention en vue du refoulement d'une durée totale d'une année pour des étrangères et des étrangers qui ne détiennent pas d'autorisation de séjour, sans qu'ils aient commis le moindre délit pénal; or, une détention fait nécessairement penser à un délit. *Asociaux, étrangers, réfugiés, requérant d'asile, contrainte*, l'amalgame est complet.

Bien sûr, le Conseil fédéral proteste que ce n'est pas là son intention: au contraire, cette loi est censée lutter contre le racisme qui pourrait se manifester. Elle serait une réaction au problème posé par le "Letten"¹³⁸, *l'enfer de la drogue* dont un journal suisse-allemanique à grand tirage a fait son cheval de bataille. Alors on a précipitamment déclaré 1994 *année de la sécurité intérieure* dans le but de combattre *la criminalité internationale* et les *dealers requérants d'asile*: On en arrive ainsi à la criminalisation de tout un groupe d'êtres humains sur la seule base de leur statut juridique, cette discrimination étant admise et approuvée sans réserve par de larges couches de la population, intensément "préparées" dans ce sens il est vrai. Et pourtant, vu nos expériences historiques, une telle évolution devrait faire réfléchir.

¹³⁸ Scène ouverte de vente et de consommation de la drogue à Zurich.

44. Une loi anticonstitutionnelle: les mesures de contrainte.

Après une polémique populiste et une surenchère sur le thème des étrangers et réfugiés délinquants, qui s'est développée vers la fin de l'été 1993 et qui a mis en évidence les dirigeants des partis politiques de droite, le Conseiller fédéral KOLLER a donné à la commission d'expert qui travaillait déjà sur une révision totale de la loi sur l'asile le mandat d'étudier des mesures qui pourraient être rapidement présentées au Parlement fédéral, avec pour mission de trouver une réponse aux problèmes posés par cette catégorie de délinquants.

Il en est résulté un projet qui a été présenté et adopté à la session des Chambres de mars 1994. Le référendum a été demandé contre cette loi. Appelé à se prononcer dans le cadre d'une campagne émotionnelle marquée par les sirènes populistes dénonçant les étrangers et réfugiés délinquants, le peuple suisse a accepté cette loi avec 72,8% des voix et une participation de plus de 40% des électeurs.

L'importance des mesures qui ont été ainsi adoptées par le Parlement et ratifiées par le vote populaire, le danger qu'elles représentent pour les droits fondamentaux, leur caractère excessivement répressif, tous ces éléments nous ont paru justifier que l'on consacre à ce sujet une place importante dans le présent rapport. Nous présentons ci-après deux études faites l'une par un praticien genevois, l'autre par un professeur genevois lui-aussi. Puis, nous donnons l'opinion plus polémique d'un éminent juriste zurichois.

441. Mesures de contrainte ou loi martiale ?

Jean-Pierre GARBADE, avocat inscrit au Barreau de Genève, 15.11.1994.

4411. Contexte général

Les mesures de contrainte adoptées le 18 mars 1994 par le législateur helvétique, modifiant une série de dispositions de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (ci-après: LSEE), sont l'expression d'une discrimination arbitraire de cette frange de la population étrangère qui vient du Tiers-Monde et qui, tout en résidant légalement en Suisse, ne peut y travailler parce que priorité est donnée aux ouvriers en provenance des pays industrialisés en vertu de la politique dite des trois cercles.

Elles visent en priorité ceux que la situation de non-emploi rend *rétif ou asocial* comme l'exprime le gouvernement suisse dans son Message¹³⁹ ou oblige à commettre de petits délits afin de satisfaire l'attente de leurs proches restés dans le pays. Il n'est pas facile de résister les bras croisés aux tentations innombrables de notre société de consommation lorsque la famille crève de faim dans les bidonvilles de Manille ou d'Afrique.

La motivation qui a conduit le Conseil fédéral à proposer ces nouvelles dispositions de contrainte en matière de droit des étrangers sont à cet égard instructives. Il est utile de les rappeler:

Il ne faut pas se faire d'illusions: les petits criminels étrangers ne se laissent guère impressionner par l'arsenal répressif de notre Code pénal. La plupart d'entre eux ne souhaitent pas rester durablement en Suisse. Notamment lorsqu'il s'agit de petits trafiquants de drogue, dont les délits ne dépassent pas un certain degré de gravité, il est très rare qu'une peine d'emprisonnement ferme soit prononcée comme le montre la pratique des tribunaux. Même si ces étrangers risquent une peine ferme de prison, la purger est largement compensé par le bénéfice qu'ils comptent tirer en Suisse de leurs activités criminelles, en tout cas lorsque ce bénéfice ne peut pas être confisqué.... Ces personnes ne souhaitent pas non plus l'exécution

¹³⁹ FF 1993, page 324, § 215.

*rapide d'une éventuelle procédure d'asile ou de renvoi. Aussi néglige-t-elle le plus souvent leur obligation de collaborer, ce qui rend fréquemment impossible ou complique considérablement la décision de renvoi et plus précisément son exécution. C'est pourquoi les mesures prévues dans le droit des étrangers et de l'asile permettront de compléter l'arsenal pénal*¹⁴⁰.

Les mesures de contrainte visent donc à empêcher des étrangers qui ne bénéficient pas, en Suisse, d'une autorisation de travail, de venir gagner de l'argent en Suisse en dehors des secteurs dans lesquels on les tolère même s'ils sont clandestins, parce que notre économie en a besoin (exemple: les Tamouls dans la restauration ou les Philippines comme employées domestiques). Nous importons des bananes, des fruits tropicaux, du chocolat et du café du Tiers-Monde. Nous importons des tonnes de cocaïne, d'héroïne et de haschich de ces mêmes pays pour satisfaire nos besoins de consommation. Le trafic aérien devient de moins en moins cher. Mais les ouvriers de ces pays, exclus du marché du travail par les méthodes d'exploitation modernes des multinationales européennes, n'ont pas le droit d'accompagner les fruits et légumes exportés de leur pays. Ce ne sont pas de grands criminels que les mesures de contrainte veulent combattre, mais ces ouvriers du Tiers-Monde conduits dans la petite criminalité par le besoin de nourrir leurs familles restées chez eux, ces "parasites" des fruits et légumes exotiques que nous importons. A part ces "petits criminels" comme les appelle le Conseil fédéral, la loi vise également *au bas de l'échelle des sanctions* l'étranger qui *enfreint grossièrement les règles tacites de la cohabitation sociale celui qui a un comportement rétif ou asocial*, que les nouvelles dispositions permettent également de sanctionner¹⁴¹.

Pour atteindre cet objectif, les mesures de contrainte procèdent à deux amalgames:

- a) amalgame entre droit pénal et sanction administrative: on arrête et emprisonne sans procès des candidats au refoulement pour des comportements qui constituent par ailleurs des infractions pénales ;
- b) amalgame entre procédure d'asile et procédure de renvoi, lorsque l'étranger se comporte mal à la table du patron helvétique; on juge une demande d'asile en fonction du caractère du requérant et pas en fonction des motifs de persécution.

Or, comme ces deux déviations conceptuelles sont incompatibles avec les engagements juridiques internationaux, les mesures de contrainte critiquées ont des allures de loi martiale ou de loi d'exception promulguées sous état de siège.

4412. Droits à libre circulation des étrangers.

L'art. 12 du Pacte international *relatif aux droits civils et politiques* du 23 mars 1966, ratifié par la Suisse, dispose que quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. Ce droit ne peut être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publique et les droits et libertés d'autrui et compatibles avec les autres droits reconnus par le pacte.

La notion de *se trouver légalement* sur un territoire vise la régularité du séjour sur le territoire et non pas le caractère licite ou illicite de l'entrée dans le pays. Ainsi une personne qui est entrée légalement peut, après l'expiration de son autorisation de résidence ou de séjour, se trouver dans l'illégalité alors qu'une personne entrée illégalement dans un pays peut s'y trouver légalement, notamment lorsqu'elle y a déposé une demande d'asile politique.

¹⁴⁰ Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi fédérale sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers du 22.12.1993, FF 1993, page 311 ss.

¹⁴¹ Message, FF page 324, § 215.

L'art. 31 de la Convention *relative au statut des réfugiés* adoptée le 28 juillet 1951, dispose quant à lui que les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement d'un territoire où leur vie ou leur liberté était menacée, entrent ou se trouvent sur le 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. Le chiffre 2 de ce même article dispose que les États contractants n'appliqueront aux déplacements de ces requérants d'asile que les restrictions qui sont nécessaires et seulement en attendant que leur statut dans le pays d'accueil ait été régularisé. Lorsque ces réfugiés se trouvent régulièrement sur son territoire, le droit d'y choisir leur lieu de résidence et d'y circuler librement leur est garanti sous les réserves instituées par la réglementation applicable aux étrangers en général dans les mêmes circonstances (art. 26 de la Convention). L'obligation de tolérer jusqu'à un certain point la libre circulation des requérants d'asile implique bien évidemment l'existence d'un droit de résidence, certes provisoire et sujet à des restrictions, mais réel et indépendant de la légalité de leur entrée sur le territoire de l'État refuge.

En Suisse le droit de tout requérant d'asile de séjourner dans notre pays, lorsqu'il y dépose à l'intérieur ou à la frontière une demande d'asile, est explicitement reconnu à l'art. 19 loi sur l'asile (ci-après: LA). Si la demande d'asile est rejetée et que son renvoi ou son expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigé, l'étranger doit être admis provisoirement. Son autorisation de résidence, certes provisoire, est prolongée (art. 14 a al. 1 LSEE).

4413. Détention préventive en vue de refoulement

La nouvelle loi sur les mesures de contrainte prévoit une sévère restriction à ce droit de libre circulation et de choisir librement sa résidence sous deux formes. D'une part en autorisant la mise en détention de la personne à titre dit *préparatoire* pour une durée de trois mois au plus pendant la préparation de la décision sur son droit de séjour d'abord, aux fins d'assurer l'exécution d'une décision de renvoi ou d'expulsion ensuite, la durée totale de la détention pouvant atteindre 12 mois.

D'autre part, en permettant à l'autorité administrative, sous réserve d'un recours à une autorité judiciaire, de restreindre la liberté de mouvement des étrangers par l'assignation à résidence ou le bannissement d'une zone ou région déterminée, s'il trouble ou menace la sécurité et l'ordre publics, notamment en vue de lutter contre le trafic illégal de stupéfiants (art. 13 e LSEE). Nous évoquerons d'abord la détention à titre *préparatoire* et les conditions légales prévues pour son application.

La première question qui se pose est celle de savoir si la détention *préparatoire* est compatible, au regard de son but, avec la Convention européenne *de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* et notamment son art. 5 qui énumère de manière exhaustive les cas dans lesquels une personne peut être privée de sa liberté. Son art. 5 ch. 1 lettre f) autorise l'arrestation ou la détention régulière 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. La Commission européenne des droits de l'homme a jugé qu'il n'était pas nécessaire, pour prononcer la détention d'une personne, qu'une ordonnance d'expulsion soit effectivement en vigueur contre elle. Il suffit *qu'une procédure d'expulsion soit en cours*, pourvu qu'une telle procédure régulière d'expulsion ait été engagée et soit sérieusement poursuivie (décision du 3 mars 1978 dans l'affaire *Caprino c/ Royaume Uni* Vol. 12, page 14; 28/29). Or, la loi du 18 mars 1994 permet d'ordonner la détention de toute personne qui a formulé une demande d'asile, pendant la préparation de la décision sur le bien-fondé de cette demande, alors même que cette personne possède un droit de résidence en Suisse. Comprise ainsi, la détention préparatoire a pour effet de faire de toute procédure d'asile une procédure régulière de renvoi et de transformer tout demandeur d'asile en une personne *contre*

laquelle une procédure d'expulsion est en cours. Elle préjuge comme le note le Prof. AUER, que toute demande d'asile fera l'objet d'une décision de non-entrée en matière ou de rejet. Elle en finit donc, et pour de bon, avec tout ce que le droit suisse peut encore dire à propos du droit d'asile. La détention *préparatoire* ne serait compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme, que si la demande d'asile paraissait d'emblée vouée à l'échec ou irrecevable. Or, quelles sont les conditions que prévoit l'art. 13 a de la nouvelle loi pour autoriser ces détentions préparatoires:

- a) le refus de décliner sa (véritable) identité, le dépôt de plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes ou le refus de donner suite à réitérée reprise, sans raison valable à une convocation;
- b) le fait de quitter une région qui est assignée à l'étranger ou de pénétrer dans une zone qui lui est interdite;
- c) le fait d'avoir pénétré en Suisse en violation d'une interdiction d'entrée et de ne pas pouvoir être renvoyé immédiatement;
- d) le dépôt d'une demande d'asile après une décision d'expulsion administrative entrée en force ou d'une expulsion judiciaire inconditionnelle;
- e) le fait de menacer sérieusement d'autres personnes et de mettre gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle et d'avoir été pour ce motif, condamné ou l'objet d'une poursuite pénale.

Il saute aux yeux qu'aucune de ces conditions ne permet de porter un jugement sur le bien-fondé d'une demande d'asile et de prouver que celle-ci serait d'emblée manifestement mal fondée ou irrecevable. Le refus de décliner sa véritable identité ou le dépôt de plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes constitue certes une violation du devoir de collaboration du requérant à la procédure. Mais, comme la Cour constitutionnelle autrichienne l'a jugé récemment, le but de s'assurer de la coopération du requérant dans la procédure d'asile est étranger à celui poursuivi par l'art. 5 ch. 1 lettre f) CEDH, en ajoutant que la procédure d'asile ne pouvait être considérée comme une simple partie de la procédure d'expulsion au sens de l'art. 5 CEDH (décision du 12 décembre 1992 publiée dans: EuGRZ 1994, page 176). La détention dite préparatoire ne serait conforme à cette disposition conventionnelle qu'à l'égard des clandestins et des personnes dont l'autorisation de séjour est expirée et qui n'ont pas déposé de demande d'asile si l'exécution de leur renvoi ou de leur expulsion est possible et ne contrevient à aucune interdiction juridique ou impossibilité matérielle (voir art. 13 c al. 5 let. a de la loi).

4414. Détention en vue de refoulement

Avant l'introduction de la nouvelle loi, un étranger pouvait être mis en détention pour une durée n'excédant pas 30 jours s'il existait de fortes présomptions qu'il entend se soustraire au refoulement, à condition bien sûr que l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère possible. Or, le nouvel art. 13 b de la loi autorise la détention, après une première décision de renvoi ou d'expulsion, dans les mêmes hypothèses que celles prévues pour la détention dite préparatoire, assimilant la violation d'une interdiction d'entrée en Suisse ou le non-respect d'une assignation à résidence ou d'un ban régional, ou encore l'implication dans une procédure pénale pour mise en danger de la vie ou l'intégrité corporelle, à une volonté de se soustraire au refoulement. Une telle assimilation apparaît d'emblée comme arbitraire et insoutenable. Comme le souligne le Prof. AUER, il est dès lors très difficile de prétendre qu'une détention prononcée contre un étranger pour ces motifs-là poursuive véritablement le but visé par l'art. 5 ch. 1 let. f) CEDH, à savoir la garantie de l'exécution du renvoi. La détention ordonnée pour ces motifs-là, vise au contraire manifestement un but répressif. Selon les termes mêmes utilisés par le Conseil fédéral dans son Message, il s'agit de sanctionner l'insoumission et l'indiscipline. La nature de cette détention est manifestement pénale. Or, les restrictions qui, aux termes de la convention, sont apportées aux droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues (art. 18 CEDH).

La perversion des objectifs saute particulièrement aux yeux pour l'art. 13a let. e) de la loi qui vise l'étranger qui *menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie* et qui de surcroît, *pour ce motif, fait déjà l'objet d'une poursuite pénale ou d'une condamnation pénale*. La détention administrative a ici pour but avoué d'emprisonner, sans jugement, un étranger qu'un juge pénal a décidé de laisser ou de remettre en liberté dans le cadre d'une procédure pénale ou après condamnation, pour le même genre d'infraction. Sans jugement et sans que la personne visée ne puisse bénéficier des garanties de procédure instaurées par la procédure pénale. Une telle détention contient tous les ingrédients de l'arbitraire au sens de l'art. 9 ch. 1 du Pacte international.

Le même caractère de sanction pénale adhère aussi à la détention pour avoir enfreint une interdiction d'entrée (art. 13 a let. b de la loi). Ce comportement est en effet déjà explicitement érigé en infraction à l'art. 23 al. 1 LSEE, en punissant de l'emprisonnement jusqu'à 6 mois celui qui entre ou réside en Suisse illégalement. L'art. 23 al. 3 LSEE exempte cependant de toute peine celui qui se réfugie en Suisse si le genre et la gravité des poursuites auxquelles il est exposé justifie le passage illégal de la frontière. Ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus cette exemption de peine repose sur l'art. 31 ch. 1 de la Convention *relative au statut des réfugiés* de 1951 qui interdit aux États contractants d'appliquer des sanctions pénales du fait de l'entrée ou du séjour irrégulier des réfugiés. L'art. 13 a let. c de la loi sanctionne donc par une détention pouvant aller jusqu'à 12 mois un comportement que cette même loi et l'art. 31 de la Convention *relative au statut des réfugiés* exemptent de toute sanction, alors même qu'il n'existe pas de présomption particulière que l'étranger entende se soustraire au refoulement.

Enfin, le non-respect de l'assignation à une région ou la pénétration dans une zone dont l'étranger a été banni, constituent eux aussi des comportements, explicitement punissables d'une sanction pénale aux termes de l'art. 23 a (nouveau) de la loi:

quiconque n'observe pas les mesures ordonnées en vertu de l'art. 13 e) sera puni d'une peine d'emprisonnement d'un an au plus ou de la détention, s'il s'avère que l'exécution du renvoi ou de l'expulsion est impossible pour des raisons juridiques ou matérielles.

Il est vrai que cette dernière infraction n'est punissable que si l'étranger ne peut être expulsé. La sanction pénale remplace alors la détention administrative puisque celle-ci doit être impérativement levée s'il s'avère que le renvoi ne peut être exécuté pour des raisons juridiques ou matérielles (art. 13c al. 5). Cette circonstance n'enlève pas pour autant le caractère d'infraction pénale au comportement incriminé. Seule la sanction diffère. Si à première vue, le refoulement de l'étranger paraît envisageable, il sera privé de sa liberté sans autre forme de procès! Dans le cas contraire, il risque une peine d'emprisonnement deux fois supérieure à celle prévue pour des infractions bien plus graves comme celle d'établir de faux papiers de légitimation destinés à être employés dans le domaine de la police des étrangers, d'en falsifier d'authentiques, d'entrer en Suisse illégalement ou d'y résider illégalement, infractions punissables d'emprisonnement jusqu'à 6 mois au maximum (art. 23 al. 1 LSEE).

Cette inégalité de traitement entre le justiciable qui peut être refoulé - et risque une détention maximale de 12 mois, mais sans procès - et celui qui ne peut être expulsé - qui risque une condamnation pénale de 6 mois après procès - manque clairement de justification objective et raisonnable et viole de ce fait aussi l'art. 14 CEDH qui consacre un droit à la non-discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention. La Cour européenne des droits de l'homme considère que l'existence d'une justification objective et raisonnable à un traitement inégal doit s'apprécier *par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques* (Arrêt Cour europ. DH

du 23 juillet 1968, Affaire linguistique belge, Série A N° 6 § 10). La doctrine en déduit que la clause de la nécessité *dans une société démocratique* qui détermine la proportionnalité des restrictions aux droits et libertés garantis par la Convention s'applique aussi dans le contexte de l'art. 14 CEDH¹⁴².

4415. Violation des garanties procédurales liées à la commission d'une infraction

C'est parce que la détention administrative instaurée en lieu et place d'une sanction pénale prive le justiciable de façon arbitraire des garanties accordées dans tout État de droit à une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction (présomption d'innocence, droit à un procès équitable, droit d'être libéré sous caution etc. art. 9 chiffre 3 Pacte international ou art. 5 ch. 1 let. c), 2 et 3 CEDH) que la perversion des objectifs est prohibée par l'art. 18 CEDH.

L'art. 5 ch. 1 CEDH contient en effet une disposition spécifique, la let. c, pour couvrir l'arrestation et la détention d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction. Elle n'autorise la détention de ces personnes que dans le but de les conduire devant une autorité judiciaire et seulement s'il existe des raisons concrètes de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une nouvelle infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci. En règle générale, le Tribunal fédéral estime qu'une personne soupçonnée d'une infraction doit être conduite devant une autorité judiciaire dans les 48 heures au plus tard. Les lois de procédure pénale cantonales prévoient souvent des délais encore plus brefs.

Toute personne soupçonnée d'une infraction a ensuite droit à un procès équitable, au sens de l'art. 6 CEDH dans le cadre duquel elle peut disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et bénéficier de l'assistance d'un défenseur même gratuit s'il est indigent, pour faire valoir son point de vue et se défendre. C'est à cette condition seulement que le principe de la présomption de son innocence est respecté. Or, toutes ces garanties font défaut dans la procédure de mise en détention prévue par la nouvelle loi sur les mesures de contrainte. Le délai pour voir examinés la légalité et l'adéquation de la détention, par une autorité judiciaire, n'est pas de 48 heures mais de 96 heures (4 jours; art. 13c al. 2). La personne reste détenue sans jugement jusqu'à son refoulement sans pouvoir contester dans le cadre d'une procédure équitable les charges motivant sa détention. Elle ne peut demander sa mise en liberté qu'une fois par mois, et seulement tous les deux mois après qu'une décision de renvoi a été prise en première instance (art. 13c al. 4), alors que toutes les procédures pénales suisses autorisent un prévenu à solliciter sa mise en liberté en tout temps. Non seulement les restrictions apportées à la liberté de l'étranger sont-elles appliquées dans un autre but que celui pour le lequel elles ont été prévues (violation de l'art. 18 CEDH), elles le sont encore dans des conditions de forme et de fond contraires à l'art. 5 et 6 CEDH. C'est du droit pénal déguisé, soustrait aux garanties procédurales et constitutionnelles. Or, une telle soustraction n'est possible qu'en cas de guerre ou d'autres dangers publics menaçant la vie de la nation (art. 15 ch. 1 CEDH) Il est évident que ces conditions ne sont pas remplies aujourd'hui en Suisse. Le fussent-elles, que la partie contractante devrait tenir le secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirés, ainsi que de la date à laquelle elles cessent d'être en vigueur, car de par leur nature, de telles mesures d'exception doivent être limitées dans le temps.

4416. Perquisition à domicile

Aux termes de l'art. 14 (nouveau) al. 4 de la loi l'autorité judiciaire peut ordonner la perquisition d'un appartement ou d'autres locaux lorsqu'il est présumé qu'un étranger faisant l'objet d'une

¹⁴² Professeur AUER, Note 53; Jacques VELU/Rusen ERGEC "La Convention européenne des droits de l'homme", Bruxelles 1990 N° 153.

décision de renvoi ou d'expulsion s'y trouve caché. Il faut qu'une décision de première instance ait été rendue.

Ce qui étonne, c'est qu'il ne soit pas nécessaire que cet étranger fasse l'objet d'une décision de mise en détention en vue de refoulement au sens de l'art. 13 b de la loi. Il n'est pas non plus nécessaire que le renvoi puisse être exécuté immédiatement.

4417. Arbitraire et notions juridiques imprécises

Toute mesure de contrainte est d'autant plus dangereuse qu'elle peut être ordonnée sur la base de critères flous et peu précis. Le danger pour nos libertés personnelles ne résulte pas tant de la punissabilité de certains comportements érigés en infractions, mais des mesures de contrainte autorisées en cas de soupçons d'infraction. S'il est vrai que ces soupçons doivent reposer sur des indices concrets, ils deviennent cependant vagues lorsque l'infraction elle-même n'a pas des contours précis. Il est plus difficile de justifier les soupçons d'un meurtre que des soupçons de l'appartenance à une association de malfaiteurs ou d'actes préparatoires, puisque ces derniers peuvent porter sur des comportements forts divers et mal définis. Si certaines conditions justifiant une mise en détention préparatoire à l'égard d'un étranger sont définies de manière claire par la loi, d'autres le sont beaucoup moins et donnent à l'autorité administrative de la police des étrangers une marge d'appréciation énorme. C'est cette grande marge d'appréciation dans l'interprétation des termes juridiques qui pose problème dans les cas suivants au regard de la sévérité des sanctions qui s'y attachent:

- l'appréciation de la validité des raisons que peut invoquer un étranger pour ne pas donner suite à une convocation;
- l'appréciation de la validité des motifs qui amènent un étranger à quitter le périmètre de résidence autorisé;
- l'appréciation de la responsabilité d'un étranger dans les menaces ou la mise en danger de la vie ou de l'intégrité corporelle d'autres personnes. Rappelons que selon le Message du Conseil fédéral, cette disposition viserait surtout les menaces dirigées contre les dirigeants d'un centre d'hébergement pour requérants d'asile. Or, l'on sait la difficulté qu'il y a d'établir les responsabilités individuelles dans des troubles survenus à l'intérieur d'une institution, que se soit à la prison, à l'armée ou dans tout autre asile. La tentation est grande de faire porter le chapeau d'un trouble à l'un ou l'autre des requérants d'asile, sans qu'il ne puisse bénéficier d'une procédure équitable pour établir son innocence.

L'expérience a montré dans l'application de l'ancien art. 14 LSEE que les juges cantonaux font preuve d'une grande retenue dans l'examen du bien-fondé d'une détention administrative en vue de refoulement. Ils respectent ce que le Prof. AUER appelle la "responsabilité politico-administrative de l'administration" et se sentent d'autant moins concernés qu'ils ne sont pas partie à la procédure d'asile. L'on peut d'ailleurs douter qu'ils aient le temps de prendre connaissance, de manière approfondie de cette procédure pour juger de "l'adéquation" de la détention administrative dans un cas particulier.

4418. Conclusions

Au delà de la violation grave de certains droits attachés à la notion même d'État de droit, la nouvelle loi cache mal sa méfiance face au juge accusé de laisser les petits trafiquants de drogue en liberté. Elle cache mal sa façon discriminatoire de concevoir les libertés, son incapacité de reconnaître aux étrangers, même en situation illégale, les mêmes envies de consommation, de circulation et d'activité commerciale qu'aux personnes résidant en Suisse depuis longtemps. Elle cache mal la conception colonialiste des rapports de la Suisse avec le Tiers-Monde dont on veut bien importer les matières premières et les fruits, mais pas ceux qui les produisent. On veut bien les

bras mais pas les hommes. Elle oublie qu'on ne peut pas faire pousser les hommes hors-sol comme des tomates.

442 La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers.

Andreas AUER, Professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève¹⁴³.

4421. Introduction.

Adoptée le 18 mars 1994, la loi fédérale sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers¹⁴⁴ opère une série de modifications de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE)¹⁴⁵, ainsi que de la loi sur l'asile du 5 octobre 1979 (LA)¹⁴⁶. Selon le Conseil fédéral, ces modifications ont pour but central *d'assurer l'exécution du renvoi des étrangers qui ne détiennent pas d'autorisation de séjour ou d'établissement*¹⁴⁷. La question de savoir si ces mesures sont conformes à la Constitution fédérale et aux Conventions internationales liant la Suisse a été *minutieusement examinée*¹⁴⁸ par le Conseil fédéral qui a fait de la réponse affirmative à laquelle il est parvenu un argument politique central — devant les Chambres et l'opinion publique — en faveur des mesures de contrainte. Quant à la doctrine, à l'exception de l'un des experts consultés par les autorités fédérales¹⁴⁹, elle n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer en détail même si, dans la presse, quelques voix discordantes se sont faites entendre¹⁵⁰.

Le présent article se propose de réexaminer cette question, à la lumière surtout de deux éléments clef de notre ordre constitutionnel, à savoir l'interdiction des discriminations (§ 4425) et la protection des libertés (§4424). Auparavant, il y aura lieu de résumer succinctement le contenu principal de la loi du 18 mars 1994 (§ 4422). Puis, il ne sera sans doute pas inutile de rappeler certains traits caractéristiques de l'ordre constitutionnel suisse en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales (§ 4423). Il apparaîtra ainsi que l'Assemblée fédérale, en votant la loi sur les mesures de contrainte, n'a pas correctement rempli le rôle — assurément difficile — de gardienne de la Constitution qui est le sien.

4422. Les mesures de contrainte

La première mesure est la détention dite préparatoire. Inconnue en droit positif, elle permet d'emprisonner un étranger sans autorisation régulière, pour une durée de trois mois au plus, si l'une des conditions énumérées à l'art. 13a let. a - e LSEE (nouveau) est remplie. Ces conditions visent ou créent des infractions administratives telles que le refus de décliner son identité, le non-respect d'une interdiction d'entrée ou le dépôt d'une demande d'asile après une décision d'expulsion administrative ou judiciaire. Particulièrement importante est la disposition de l'art. 13a lettre e LSEE (nouveau). Elle permet l'emprisonnement d'un étranger sans papiers qui *menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle*

¹⁴³ Monsieur le professeur AUER remercie Mme Catherine TIREFORT, assistante, de l'important travail de réflexion, de critique et de vérification qu'elle a bien voulu fournir dans le cadre de la préparation de cette contribution. Quant à nous, nous remercions le professeur AUER d'avoir bien voulu autoriser la reprise de son article dans le cadre du présent rapport.

¹⁴⁴ FF 1994 II 283.

¹⁴⁵ RS 142.20

¹⁴⁶ RS 142.31

¹⁴⁷ FF 1994 I 301, 302.

¹⁴⁸ FF 1994 I 333.

¹⁴⁹ Stefan TRECHSEL, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, AJP/PJA 1994 43-59; rédigé avant l'adoption de la loi par les Chambres, cet article ne traite pas de toutes les mesures proposées.

¹⁵⁰ Voir un article de Bruno Clément dans Le Courrier du 22 mars 1994 ainsi que ma prise de position dans *Domaine public* No 1167 du 28 avril 1994.

et qui *pour ce motif, (...) fait l'objet d'une poursuite pénale ou a été condamné*. La décision de détention est prise par l'autorité administrative cantonale, à savoir, selon les cantons, par un fonctionnaire de police. Sa *légalité*¹⁵¹ et son *adéquation* doivent être examinées dans les 96 heures — soit quatre jours — au plus tard par une autorité judiciaire au terme d'une procédure orale¹⁵². Selon la formule choisie, elle ne peut pas concerner un enfant ou un adolescent de moins de quinze ans¹⁵³.

La seconde mesure est la détention en vue du refoulement. Consacrée depuis 1986 à l'art. 14 LSEE qui exige cependant que la décision de renvoi ou d'expulsion soit exécutoire et qui limite la durée de la détention à trente jours, la nouvelle mesure privative de liberté peut être prise dès la notification d'une décision de renvoi ou d'expulsion — soit avant l'expiration du délai de recours — et ce pour une durée maximale de neuf mois. La détention en vue du refoulement peut être prononcée pour les mêmes motifs que ceux qui justifient la détention préparatoire; elle est en outre possible *lorsque des indices concrets font craindre que (l'étranger renvoyé ou expulsé) entend se soustraire au refoulement, notamment si son comportement jusqu'alors mène à conclure qu'(il) se refuse à obtempérer aux instructions des autorités*¹⁵⁴.

Comme troisième mesure privative de liberté, la loi du 18 mars 1994 introduit la possibilité d'arrêter, pendant une durée maximale de 72 heures, un étranger dont le renvoi peut être exécuté immédiatement et qui a déposé une demande de restitution de l'effet suspensif¹⁵⁵. Il s'agit — dit le Conseil fédéral — d'éviter par ce moyen que les requérants qui ont fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière ne passent à la clandestinité¹⁵⁶. Prise par l'autorité administrative, cette mesure ne fait pas en principe l'objet d'un contrôle judiciaire.

D'autres mesures ne sont pas privatives mais restrictives de la liberté personnelle¹⁵⁷. Aux termes de l'art. 13e al. 1 LSEE (nouveau), l'autorité cantonale peut assigner un étranger en situation irrégulière *qui trouble ou qui menace la sécurité et l'ordre publics* à un *territoire* ou lui interdire de pénétrer dans une *région* déterminés. Selon le message du Conseil fédéral, l'autorité cantonale doit jouir d'une large liberté d'appréciation, notamment pour déterminer l'aire géographique de l'assignation qui peut s'étendre à une région, un canton, une ville, un village ou un arrondissement urbain¹⁵⁸. En cas de désobéissance, une détention préparatoire et/ou une détention en vue du refoulement peut être prononcée.

Enfin, la nouvelle loi étend considérablement la possibilité, pour les autorités administratives et judiciaires, d'ordonner la fouille de personnes et la perquisition de locaux. Les étrangers en procédure de renvoi peuvent être fouillés par les fonctionnaires de la police lorsqu'il s'agit de *mettre en sûreté des documents de voyage et d'identité*¹⁵⁹. Suite à une première décision de renvoi ou d'expulsion, le juge peut en outre ordonner la perquisition d'appartements et de locaux lorsqu'il

¹⁵¹ Le texte français de la loi du 18 mars 1994 est une traduction parfois très approximative de la version allemande. Ainsi le juge doit examiner non seulement la légalité mais la *Gesetzmässigkeit*, à savoir la conformité au droit, de la décision de détention. De même, la formulation de l'art. 13a premier paragraphe est grammaticalement erronée au point d'être incompréhensible.

¹⁵² Art. 13c al. 2 LSEE (nouveau).

¹⁵³ Art. 13c al. 3 in fine LSEE (nouveau).

¹⁵⁴ Art. 13b al. 1 let. c LSEE (nouveau). Ici aussi, la traduction française est fort mauvaise.

¹⁵⁵ Art. 47 al. 2 bis LA (nouveau) en relation avec l'art 17a LA (nouveau).

¹⁵⁶ FF 1994 I 330.

¹⁵⁷ Sur la distinction entre la privation de la liberté et la restriction à la liberté, voir TRECHSEL (note 6) 50-52.

¹⁵⁸ FF 1994 I 313/314.

¹⁵⁹ Art. 14 al. 3 LSEE (nouveau)

présume qu'un étranger faisant l'objet d'une telle décision *s'y trouve caché*¹⁶⁰. Cette dernière disposition restreint donc la liberté personnelle de toute personne, suisse ou étrangère, qui en remplit les conditions.

Ajoutons encore que la loi du 18 mars 1994 supprime la possibilité, pour l'Office fédéral des réfugiés, d'interner des étrangers renvoyés lorsque l'exécution du renvoi n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée¹⁶¹. Seule reste alors la possibilité de l'admission provisoire. Les Chambres ont suivi à cet égard l'avis de l'expert du Conseil fédéral qui avait considéré que cette mesure d'internement, peu utilisée au demeurant, était contraire à l'art. 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁶². Sur ce point, la révision votée élimine fort opportunément une violation de la Convention que le Tribunal fédéral a pourtant laissé passer¹⁶³. On verra que, malheureusement, ce petit rayon de soleil est obscurci par de gros nuages.

4423. Le caractère incomplet du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et ses conséquences

Contrairement à une opinion malheureusement fort répandue, le législateur suisse est tenu de respecter la Constitution. Cette obligation résulte de la lettre¹⁶⁴, de la systématique¹⁶⁵ et de la nature juridique de la Constitution fédérale¹⁶⁶. Si les art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. prévoient que le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer les lois fédérales et excluent ainsi tout contrôle judiciaire de la constitutionnalité de celles-ci, cela ne peut conférer aucun "droit" à l'Assemblée fédérale de se mettre au-dessus de la Constitution. Au contraire, il faut admettre qu'en posant cette règle, le constituant de 1874 a voulu que l'Assemblée fédérale soit la seule gardienne de la Constitution¹⁶⁷. Cette exclusivité a pour effet d'alourdir considérablement la responsabilité juridique de cet organe, pourtant éminemment politique: il doit se donner les moyens de veiller à ce que les lois qu'il vote soient conformes à la loi fondamentale¹⁶⁸.

L'exclusion du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales ne s'adresse pas seulement au Tribunal fédéral, mais à toutes les autorités chargées de l'application de ces lois. Aucun juge, aucun fonctionnaire ne peut refuser d'appliquer une loi fédérale pour le motif qu'elle lui paraît contraire à la Constitution. Approuvée par la doctrine unanime¹⁶⁹ et confirmée par une jurisprudence constante, cette extension du sens littéral de la règle de l'art. 113 al. 3 Cst. aura des effets importants, dans le domaine qui nous occupe, sur la portée et l'efficacité du contrôle judiciaire exercé sur les décisions de détention. Dans le processus d'application de la loi, le juge ne pourra pas remettre en cause le principe de la mesure de détention et devra se contenter d'en examiner la conformité à la loi et l'adéquation. En aucun cas, l'intervention du juge ne pourra compenser ou corriger une irrégularité constitutionnelle qui se trouverait dans la loi.

¹⁶⁰ Art. 14 al. 4 LSEE (nouveau).

¹⁶¹ Art. 14a al. 1 LSEE (nouveau).

¹⁶² TRECHSEL (note 6) 49.

¹⁶³ ATF 119 Ib 202, 207 Kolb; 110 Ib 1, 8 X..

¹⁶⁴ En chargeant l'Assemblée fédérale de "prendre les mesures pour faire respecter la Constitution fédérale", l'art. 85 ch. 8 Cst. lui demande indirectement de la respecter elle aussi.

¹⁶⁵ En prévoyant la possibilité, pour les Chambres, de voter un arrêté urgent non conforme à la Constitution, l'art. 89bis al. 3 Cst. implique bien qu'elles respectent la Constitution dans l'exercice de la fonction législative ordinaire.

¹⁶⁶ En tant que constitution formelle (art. 118 à 123 Cst.), la Constitution fédérale ne peut vouloir être à la portée du législateur ordinaire.

¹⁶⁷ Le Tribunal fédéral le reconnaît implicitement, voir notamment ATF 106 Ib 182, 190 Henggeler.

¹⁶⁸ *Unter diesen Umständen kommt dem Gesetzgeber eine besonders hohe Verantwortung beim Erlass von Bundesgesetzen (...) zu*, Walter KÄLIN, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2e éd. Berne 1994 10.

¹⁶⁹ KÄLIN (note 25) 10 et les nombreuses références citées.

Certes, le juge pourra ordonner dans un cas particulier la libération d'un étranger dont la détention lui paraît non conforme aux exigences légales ou contraire à la règle de la proportionnalité¹⁷⁰. Il lui faudra pourtant vaincre deux obstacles, qui sont de taille. Les mesures de contrainte dans le domaine du droit des étrangers sont en effet formulées comme des *Kannvorschriften* qui laissent à l'administration le soin de décider si elles doivent être ordonnées. Pour que l'exercice de ce choix puisse être sanctionné par le juge, il faudra établir l'existence d'un véritable abus du pouvoir d'appréciation¹⁷¹. Or en cette matière où considérations pénales, préoccupations de maintien de l'ordre public et constatations de fait se mélangent inévitablement, il faudra une haute dose d'erreur, de la part de l'administration, pour que le juge puisse ou doive conclure à un abus du pouvoir d'appréciation, ce d'autant plus qu'il doit prendre sa décision à l'issue d'une procédure orale et dans un délai très bref. Mais il y a plus. En définissant les conditions de mise en détention, la loi du 18 mars 1994 fait appel à des notions juridiques indéterminées¹⁷². Celles-ci confèrent à l'administration une importante marge d'appréciation pour déterminer leur sens précis. Il est vrai que le juge peut théoriquement librement revoir l'exercice de cette marge d'appréciation, tant il est vrai qu'il s'agit là d'une question de droit¹⁷³. Mais ici aussi, il lui faut respecter ce que Pierre MOOR appelle judicieusement "la responsabilité politico-administrative" de l'administration¹⁷⁴, une responsabilité qui, en matière du droit des étrangers et s'agissant de mesures de contrainte, est particulièrement lourde et donc délicate pour le juge. Tout porte donc à croire que le contrôle judiciaire des mesures de contrainte aura une portée pratique fort limitée.

Le contrôle préventif — obligatoire et exclusif — que l'Assemblée fédérale exerce sur la constitutionnalité des lois fédérales est nécessairement un contrôle abstrait qui porte sur la norme elle-même et non sur un cas d'application. Or la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au contrôle abstrait d'actes normatifs cantonaux contient un certain nombre d'éléments dont les Chambres auraient de bonnes raisons de s'inspirer. Ainsi s'applique notamment le principe dit de l'interprétation conforme à la Constitution¹⁷⁵. Ce principe signifie que toute autorité appelée à juger de la conformité d'une norme à une norme supérieure doit s'efforcer de conférer à la première un sens qui soit en harmonie avec la seconde. Saisi d'un recours de droit public dirigé contre un arrêté, le Tribunal fédéral n'annulera ce dernier que s'il ne se prête à aucune interprétation conforme au droit constitutionnel invoqué¹⁷⁶. Appelé à interpréter les lois fédérales, il choisira, lorsque plusieurs interprétations sont possibles, celle qui est conforme à la Constitution¹⁷⁷. En d'autres termes, la simple éventualité d'une application inconstitutionnelle d'une loi ne justifie pas l'annulation de celle-ci par le juge constitutionnel. En revanche, la jurisprudence a clairement rappelé que *le législateur n'en a pas moins pour devoir d'adopter une réglementation à même de prévenir, autant que possible, la violation ultérieure des droits fondamentaux*¹⁷⁸. Trois critères sont déterminants dans cette appréciation. D'une part, le législateur doit tenir compte *de la nature et de la portée des droits individuels en jeu et tout particulièrement de la gravité de l'atteinte dont ils sont menacés*¹⁷⁹. Ensuite, *sans se borner à traiter le problème de manière purement abstraite*¹⁸⁰, il doit *prendre en considération les conditions dans lesquelles la règle qu'il édicte sera appliquée et, en particulier, la*

¹⁷⁰ Art. 13c al. 2 LSEE (nouveau).

¹⁷¹ Sur cette notion voir Pierre MOOR, *Droit administratif*, vol. I Berne 1988 323/324.

¹⁷² Menace sérieuse pour d'autres personnes, grave mise en danger de la vie ou de l'intégrité corporelle, indice concret qui fait craindre qu'une personne entend se soustraire au refoulement, etc.

¹⁷³ André GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984 vol. I 336.

¹⁷⁴ MOOR (note 28) 331.

¹⁷⁵ Andreas AUER, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle 1983 No 147-156.

¹⁷⁶ ATF 118 Ia 64,72 MINELLI; KÄLIN (note 25) 198.

¹⁷⁷ ATF 119 Ia 241, 248 A.S.

¹⁷⁸ ATF 119 Ia 321, 326 D

¹⁷⁹ ATF 114 Ia 350, 355 X.

¹⁸⁰ ATF 111 Ia 23, 26 Hôtel Astoria.

*qualité des organes chargés de cette application*¹⁸¹. Il doit enfin examiner si la perspective d'un contrôle ultérieur offre des garanties suffisantes aux destinataires de la norme litigieuse¹⁸². S'il est vrai que le *juge constitutionnel ne saurait laisser subsister une norme dont la teneur permet de craindre, avec une certaine vraisemblance et au vu des circonstances, qu'elle soit interprétée à l'avenir contrairement à la Constitution*¹⁸³, alors il faut conclure que l'Assemblée fédérale, gardienne de la Constitution, n'a tout simplement pas le droit d'adopter une telle norme.

C'est dans cette perspective, imposée par le caractère incomplet de la juridiction constitutionnelle en Suisse, qu'il convient d'aborder la question de la constitutionnalité de la loi du 18 mars 1994.

4424. L'interdiction des discriminations.

Discriminer signifie faire subir à une personne ou à un groupe social déterminé un traitement à part qui leur est préjudiciable et qui ne se justifie ni par les faits à régler ni par les circonstances. Trois éléments sont caractéristiques: le traitement particulier qui sépare et qui isole la personne ou le groupe visé, le préjudice que ce traitement implique et l'idée que ce préjudice s'impose et se justifie par l'infériorité de cette personne ou de ce groupe¹⁸⁴.

Les requérants d'asile et les réfugiés constituent par définition un groupe social susceptible de faire l'objet de mesures discriminatoires. De telles mesures, d'abord, sont très souvent à l'origine de leur départ du pays et de l'impossibilité d'y retourner¹⁸⁵. En demandant l'asile, ils se mettent ensuite d'emblée dans une position de dépendance à l'égard de l'État d'accueil. Souvent, ils viennent d'un pays du Sud, ce qui implique que leur origine ethnique, leur apparence physique, leur appartenance religieuse et leur statut social les marginalisent au sein de la société civile du pays d'accueil. Tous les éléments sont donc réunis pour que cette société et/ou l'État soient tentés de leur faire subir un traitement discriminatoire.

Le principe d'égalité garanti par l'art. 4 Cst. consacre, pour l'État, une interdiction générale de discriminer, à savoir de faire subir à une personne un traitement particulier pour un motif qui n'est pas justifié par les circonstances. Depuis plus d'un siècle¹⁸⁶, cette interdiction s'adresse aussi bien à celui qui fait la loi qu'à ceux qui sont chargés de son application. Dans notre contexte, seule la prohibition de l'inégalité dans la loi, dirigée contre les discriminations qui sont le fait du législateur, est pertinente. Il est vrai que le pouvoir d'appréciation du législateur quant aux distinctions et assimilations qu'il entend opérer est nécessairement large, étant donné que légiférer signifie inévitablement distinguer, classifier et grouper. Mais l'art. 4 Cst. lui interdit — selon la formule jurisprudentielle bien connue — de faire des distinctions juridiques qui ne trouvent pas de justifications dans les faits à régler¹⁸⁷. Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral est même allé plus loin en opérant une distinction entre l'inégalité dans la loi ainsi définie et la discrimination, à savoir *un traitement inégal qui touche l'homme dans sa valeur de personne* qui ne serait admissible au regard de la Constitution qu'en présence de *raisons pertinentes et sérieuses découlant des différences de fait*¹⁸⁸. Mais il n'est pas certain que cette distinction soit utile en droit, car la marge

¹⁸¹ ATF 119 Ia 321, 326 D.; Ainsi, le Tribunal fédéral tient compte, dans l'examen de la constitutionnalité d'un règlement de prison, du fait que ce dernier s'adresse en premier lieu à des fonctionnaires de la police cantonale, sans formation juridique particulière, voir ATF 106 Ia 136, 138 G.

¹⁸² ATF 114 Ia 350, 355 X.

¹⁸³ ATF 119 Ia 321, 326 D.

¹⁸⁴ Andreas AUER, La prohibition de la discrimination des requérants d'asile et des réfugiés, in: Walter KÄLIN (éd.), *Droit des réfugiés*, Fribourg 1991 269.

¹⁸⁵ Haut Commissariat des Réfugiés, *Les réfugiés dans le monde 1993: l'enjeu de la protection*, Paris 1993 13-29.

¹⁸⁶ ATF 6, 171 Jäggi.

¹⁸⁷ ATF 119 Ia 123, 128 Dr. Paul Kuhn, 118 IV 192, 195 S.

¹⁸⁸ ATF 106 Ib 182, 188/89 Henggeler

d'appréciation du législateur, et le pouvoir d'examen du juge qui en résulte, varie nécessairement en fonction, d'une part, de chaque critère de distinction et, d'autre part, de chaque situation concrète dans laquelle il s'applique¹⁸⁹. L'interdiction des discriminations législatives et le principe de l'égalité dans la loi sont donc, du moins dans notre contexte, des concepts équivalents.

L'art. 26 du Pacte international *relatif aux droits civils et politiques* de 1966 que la Suisse a ratifié en 1992¹⁹⁰ prévoit que *toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi*. Cette disposition consacre donc expressément le principe de non-discrimination comme un principe fondamental et général en matière des droits de l'homme. Selon le Comité des droits de l'homme, le terme *discrimination doit être compris comme s'étendant à toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Et de préciser: *lorsqu'un État partie adopte un texte législatif, il doit, conformément à l'art. 26, faire en sorte que son contenu ne soit pas discriminatoire*¹⁹¹.

Pour sa part, l'art. 14 CEDH consacre un droit à la non-discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention¹⁹². Selon la doctrine et la jurisprudence, cette interdiction des discriminations ne va cependant pas plus loin que l'égalité garantie par l'art. 4 al. 1 Cst.¹⁹³. Elle revêt cependant une importance particulière chaque fois qu'une différenciation législative a des effets sur la titularité ou la portée des libertés. L'art. 14 CEDH a ainsi une portée certes accessoire¹⁹⁴, mais autonome, en ce sens qu'une mesure étatique peut être discriminatoire tout en constituant une restriction admissible à une liberté. La Cour a considéré que *l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable* en précisant que *l'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques*¹⁹⁵. La doctrine en déduit que la clause de la *nécessité dans une société démocratique* qui détermine la proportionnalité des restrictions aux droits et libertés garantis par la Convention s'applique aussi dans le contexte de l'art. 14 CEDH¹⁹⁶.

Le critère de la nationalité constitue assurément un critère en principe valable de distinctions législatives. Il existe de très nombreux exemples de lois et d'actes réglementaires qui traitent différemment les Suisses et les étrangers. Mais il n'en reste pas moins que, malgré la lettre claire de l'art. 4 al. 1 Cst., le principe d'égalité appartient aussi aux étrangers. Doctrine et jurisprudence sont unanimes sur ce point¹⁹⁷. Dès lors, l'interdiction de discriminations est un droit de l'homme et non

¹⁸⁹ AUER (note 41) 272.

¹⁹⁰ RO 1993 747, 750; ci-après Pacte II.

¹⁹¹ Observation générale 18 (37) du 9 novembre 1989, cité par Walter KÄLIN/Giorgio MALINVERNI/Manfred NOWAK, *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Bâle 1991 176.

¹⁹² Jacques VELU/Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1990 No 132-167.

¹⁹³ ATF 118 Ia 341 M.

¹⁹⁴ En ce sens qu'il ne peut pas être invoqué seul, indépendamment du grief d'une atteinte illicite à l'une des libertés garanties par la CEDH.

¹⁹⁵ Arrêt affaire linguistique belge du 23 juillet 1968, Série A No 6 § 10.

¹⁹⁶ "Les indices d'une discrimination seront déduits d'un examen comparatif des systèmes juridiques démocratiques", VELU/ERGEC (note 49) No 153.

¹⁹⁷ Georg MÜLLER, *Commentaire de la Constitution fédérale*, art. 4, No 26 (1987); Jean-Louis Duc/ Pierre-Yves GREBER, *La portée de l'article 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale*, RDS 1992 II 473, 568-578; ATF 93 I 1, 3 X. et la jurisprudence constante.

pas un droit des citoyens. Depuis quelques années, le Tribunal fédéral a d'ailleurs commencé à poser quelques limites au pouvoir du législateur d'opérer des distinctions selon la nationalité. Ainsi, en 1988, il a jugé qu'un canton ne peut pas priver les requérants d'asile des allocations familiales qui sont versées aux autres catégories d'étrangers de même qu'aux Suisses¹⁹⁸. La même année, il a encore dit que, pour fixer le montant d'une redevance de chasse, le critère de la nationalité manque de pertinence¹⁹⁹. Et en 1993, il a constaté, en ce qui concerne l'exercice de la profession²⁰⁰ respectivement l'admission au stage d'avocat²⁰¹, que l'exigence de la nationalité suisse est, à elle seule, inconstitutionnelle²⁰².

La loi du 18 mars 1994 s'adresse, d'après sa lettre claire, à tous les étrangers qui ne possèdent pas d'autorisation régulière de séjour ou d'établissement²⁰³. Le critère formel dont elle se prévaut n'est donc pas, ou pas seulement, celui de la nationalité²⁰⁴ mais celui de la nature de l'autorisation de police des étrangers détenue. Cela exclut négativement et les Suisses et tous les étrangers qui sont au bénéfice d'un permis gris (B) ou vert (C). Cela inclut d'autre part différentes catégories d'étrangers. Il y a d'abord et principalement les requérants d'asile qui n'ont que provisoirement le droit de séjourner en Suisse²⁰⁵. Il y a ensuite les *personnes en séjour illégal* soit les étrangers clandestins et ceux dont le permis a cessé d'être valide qui peuvent être tenus en tout temps de quitter la Suisse²⁰⁶. Il y a encore les personnes bénéficiant d'une admission provisoire qui, comme mesure de remplacement, est en règle générale prononcée pour une durée de douze mois, renouvelable²⁰⁷. S'y ajoutent enfin tous les étrangers qui ont un permis autre que de séjour ou d'établissement, à savoir les saisonniers²⁰⁸, les frontaliers²⁰⁹, les stagiaires, étudiants, rentiers etc.

Toutes ces personnes ne sont cependant soumises aux dispositions de la loi du 18 mars 1994 que si elles ont fait ou sont "susceptibles" de faire l'objet d'une mesure d'éloignement — renvoi ou expulsion — dont la loi entend précisément garantir l'exécution. C'est bien de "mesures de contrainte" qu'il est question. A ce sujet, la loi procède à une assimilation pour le moins surprenante, sinon abusive entre les requérants d'asile dont la demande est pendante et qui ont le droit de séjourner en Suisse jusqu'à la fin de la procédure²¹⁰ et les requérants déboutés (refus d'entrer en matière ou rejet de la demande) qui ont fait l'objet d'une décision de renvoi²¹¹. Tous deux sont en effet soumis aux mesures de contrainte: détention préparatoire pour les premiers, détention en vue du refoulement pour les seconds. C'est dire que le "groupe-cible" des mesures de contrainte est bel et bien celui des demandeurs d'asile qui, comme le dit ouvertement le message, *peuvent tous être sommés de quitter le pays*²¹². Cette assimilation de tout demandeur d'asile à un étranger renvoyé n'est pas conforme aux exigences des art. 4 Cst. et 26 du Pacte II. Elle n'est pas

¹⁹⁸ ATF 114 Ia 1, X.; voir toutefois l'art 21b LA, adopté en 1990, soit après l'arrêt du Tribunal fédéral, qui réintroduit cette discrimination.

¹⁹⁹ ATF 114 Ia 8 Gaioni.

²⁰⁰ ATF 119 Ia 35 Dr. S.

²⁰¹ SJ 1993 668.

²⁰² Il est vrai que ces derniers arrêts constatent une violation de l'art. 31 et non de l'art. 4 Cst; le résultat est cependant le même.

²⁰³ Seule la disposition concernant la perquisition de locaux suite à une décision de renvoi (art. 14 al. 4 LSEE (nouveau)) pourra s'appliquer aux étrangers en situation régulière ainsi qu'aux Suisses, supra No 7.

²⁰⁴ Le message admet d'ailleurs que si tel était le cas, l'art. 4 Cst. serait violé, FF 1994 I 307.

²⁰⁵ Art. 19 al. 1 LA.

²⁰⁶ Art. 12 LSEE.

²⁰⁷ Art. 14a et 14c LSEE.

²⁰⁸ Art. 16 de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers, du 6 octobre 1986 (OLE).

²⁰⁹ Art. 23 et 24 OLE.

²¹⁰ Art. 19 LA

²¹¹ Art. 17 LA.

²¹² FF 1994 I 310.

justifiée par les faits à réglementer dans la mesure où la situation juridique de ces deux catégories de requérants est radicalement différente. Elle est insoutenable parce qu'elle sous-entend que le simple fait de déposer une demande d'asile rend possible le renvoi qui, à son tour, justifie une détention. C'est donc bien d'une discrimination qu'il s'agit, d'une discrimination étatique contre une catégorie d'étrangers qui, nous l'avons dit, est fortement exposée à de nombreuses discriminations sociétales contre lesquelles le droit est souvent impuissant.

Le critère formel de distinction retenu par la loi du 18 mars 1994 s'avère discriminatoire à un autre niveau encore. Parmi les motifs qui peuvent justifier une détention préparatoire²¹³, il en est un qui est manifestement étranger à ce critère: la lettre e du nouvel art. 13a LSEE proposé. Que l'on soit en possession d'un permis ou non, que l'on ait ou que l'on ait pas fait l'objet d'une décision de renvoi, que l'on soit demandeur d'asile ou étranger en séjour, que l'on soit suisse ou étranger — ces distinctions sont sans pertinence pour déterminer quelle sanction doit encourir une personne *qui menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle*. Cette norme permet, en d'autres termes, l'emprisonnement d'un étranger qui n'a peut-être commis aucun délit, alors qu'un Suisse ou un étranger avec permis qui se comporteraient de la même manière ne peuvent être privés de leur liberté que dans les conditions strictes prévues par le droit pénal. On peut dire aussi qu'elle crée une espèce de détention préventive déguisée pour requérants d'asile et étrangers en séjour illégal²¹⁴. Il faut même dire qu'en permettant de punir un étranger qui a déjà fait l'objet d'une condamnation, la loi crée une forme de peine non prévue par le code pénal qui s'appliquera, dans les faits, uniquement aux requérants d'asile. Un étranger sans permis qui *menace sérieusement d'autres personnes* et qui *fait l'objet d'une poursuite pénale* ne doit pas être traité différemment qu'un étranger avec permis ou un Helvète qui observeraient le même comportement²¹⁵. Bref, la loi du 18 mars 1994 peut constituer un bel exemple d'école d'une loi discriminatoire, incompatible avec les art. 4 Cst. et 26 du Pacte II, notamment parce qu'elle établit une distinction *ayant pour effet ou pour but de compromettre (...) la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales*²¹⁶.

Les mesures de contrainte ont pour but et pour effet de restreindre la liberté personnelle des étrangers sans permis de séjour ou d'établissement. Impliquant une privation de la liberté pendant trois respectivement neuf, voire douze mois, elles constituent une restriction grave à la liberté, au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral²¹⁷. Nous verrons que cette restriction générale n'est pas conforme aux garanties constitutionnelle et conventionnelle de la liberté personnelle²¹⁸. Il se pose dès lors la question de sa conformité à l'art 14 CEDH: elle est fortement compromise. Les libertés garanties par l'ordre constitutionnel suisse appartiennent, sauf exception rare, tant aux Suisses qu'aux étrangers²¹⁹. La nationalité n'est plus guère un critère valable pour déterminer le cercle des titulaires des droits fondamentaux. Ce n'est pas cette titularité d'ailleurs que les mesures de

²¹³ Art. 13a let. a - e LSEE (nouveau).

²¹⁴ Dans la pratique, un requérant d'asile délinquant a cependant de fortes chances d'être détenu préventivement sur la base du droit cantonal de procédure.

²¹⁵ Le Comité exécutif du Haut Commissariat pour les réfugiés a adopté, lors de la 28e session tenue en 1977, une conclusion No 7 (XXVII) dont la lettre d recommande que, *dans les cas où l'exécution d'une mesure d'expulsion est impraticable, les États devraient envisager d'accorder aux réfugiés délinquants le même traitement qu'aux délinquants nationaux*, voir Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés, Conclusions sur la protection internationale des réfugiés, Genève 1993 15. La Suisse, qui a participé à l'adoption de cette conclusion, est loin d'"envisager" pareille égalité de traitement.

²¹⁶ Comité des droits de l'homme (note 48) 177.

²¹⁷ ATF 119 Ia 221, 233 H.

²¹⁸ Infra No 26 ss.

²¹⁹ Jörg Paul MÜLLER, Commentaire de la Constitution fédérale, Introduction au droits fondamentaux, No 99-102 (1987).

contrainte remettent en cause. Elles s'en prennent bien plutôt à la portée des libertés. Les étrangers sans permis doivent subir, en tant que groupe, des restrictions graves à leur liberté personnelle qui n'existent pas pour les étrangers avec permis et pour les Suisses. Ces restrictions se justifient, selon les autorités, par le souci de garantir le départ effectif de Suisse des étrangers renvoyés ou expulsés. Il est fort douteux que ce motif remplisse la condition d'objectivité posée par la Cour. Il n'est guère douteux en revanche que ces mesures ne franchissent pas la barre, relativement haute, de la *nécessité dans une société démocratique* qui s'applique, nous l'avons vu²²⁰, au principe de non-discrimination de l'art. 14 CEDH. Eu égard notamment à la gravité des restrictions qu'elles impliquent, à leurs effets, à leur difficulté d'application enfin, on ne saurait prétendre sérieusement que les mesures de contrainte correspondent à *un besoin social impérieux* au sens de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg²²¹. Dès lors, la violation de l'art. 14 CEDH est consommée.

Aux termes de l'art. 9 al. 1 du Pacte II, *nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires*. L'interdiction de la détention arbitraire a été retenue par les auteurs du Pacte comme une solution alternative à une énumération exhaustive des causes de détention comme la connaît la CEDH. Selon la doctrine et la jurisprudence, il s'agit d'une condition supplémentaire — inconnue dans la CEDH²²² — que les mesures privatives de liberté doivent remplir et qui s'adresse tant au législateur qu'aux autorités chargées de l'application des lois. Il convient de l'interpréter largement: la détention ne doit pas être *inappropriée, injuste ou non prévisible* et l'exécution concrète de l'arrestation ne doit pas être discriminatoire²²³. Dans son observation générale 8 (16), le Comité des droits de l'homme a précisé que l'art. 9 al. 1 — qui comprend l'interdiction de l'arbitraire — *s'applique à tous les cas de privation de liberté, qu'il s'agisse d'infractions pénales ou d'autres cas tels que, par exemple, les maladies mentales, le vagabondage, la toxicomanie, les mesures d'éducation, le contrôle de l'immigration, etc.*²²⁴. Nous voici donc dans un domaine, nouveau pour la Suisse, où l'interdiction de l'arbitraire va apparemment plus loin que l'exigence de la légalité²²⁵ et dont la loi du 18 mars 1994 pourrait bien constituer un cas d'application ayant valeur de précédent. Car si une détention préparatoire, décrétée en application du nouvel art. 13a let. e LSEE, consomme une assimilation insoutenable de deux situations juridiques fort différentes et si elle apparaît comme discriminatoire au regard du droit suisse, européen et international²²⁶, il y a très peu de chances qu'elle puisse résister au grief de la violation de l'art. 9 du Pacte II.

La loi doit enfin être considérée comme discriminatoire à un quatrième niveau encore, plus symbolique que normatif, mais pas moins réel pour autant. En permettant à l'autorité de mettre en détention, pendant un an, un étranger qui n'a commis aucun délit; en instituant une espèce de droit pénal spécial pour les étrangers sans permis; en les couvrant d'*assignments et de bannissements*; en exposant les requérants d'asile à des fouilles sur leur personne et leurs biens durant la procédure de renvoi, elle nourrit les préjugés latents ou explicites qui considèrent que tous les étrangers et particulièrement les demandeurs d'asile sont des délinquants. Car consciemment ou non, l'idée de détention est assimilée à un acte répréhensible, à une culpabilité, à une faute. Etre demandeur d'asile, être étranger sans permis est un crime — telle est bien l'idée xénophobe et donc profondément discriminatoire que cette loi ne peut que renforcer, qui se dégage indirectement de ses différentes dispositions et que l'on retrouve malheureusement en filigrane dans quelques

²²⁰ Supra No 18.

²²¹ Voir par exemple Arrêt Observer et Guardian c. Royaume-Uni du 26 novembre 1991, Série A No 216 § 59.

²²² Selon TRECHSEL (note 6) 44, l'art. 9 du Pacte II, "d'une insuffisance surprenante", va moins loin que l'art. 5 ch. 1 CEDH.

²²³ Manfred NOWAK, CCPR-Kommentar, Kehl 1989 181; Décision du Comité des droits de l'homme Van Alphen c. Pays-Bas, du 23 juillet 1990, RUDH 1991 74.

²²⁴ Cité par KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK (note 48) 162.

²²⁵ Claude ROUILLER, Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, RDS 1992 II 107, 120.

²²⁶ Supra No 21-23.

passages du rapport du Conseil fédéral²²⁷. Certes, ce rapport n'a pas tort en considérant que les requérants d'asile impliqués dans le trafic de drogue *rendent un mauvais service aux étrangers qui se comportent correctement*²²⁸. Mais les mesures adoptées rendent un service plus mauvais encore à tous les étrangers parce qu'elles ne peuvent pas ne pas en ternir l'image auprès de la population suisse. Une loi qui confirme et qui renforce les préjugés de nature discriminatoire au sein de la société civile doit accepter le reproche d'être elle-même discriminatoire, donc contraire à l'art. 4 Cst.

4425. La garantie des libertés

La liberté personnelle est une liberté centrale parce qu'elle s'efforce de protéger la personne humaine dans ce qu'elle a de plus élémentaire, de plus précieux et aussi de plus fragile. Outre l'intégrité physique et psychique, elle protège la liberté de mouvement, à savoir le droit de ne pas être victime de détentions arbitraires et injustifiées²²⁹. Implicitement garantie par la Constitution fédérale²³⁰ et consacrée expressément par les art. 5 CEDH et 9 du Pacte II, elle est une condition d'exercice de toutes les autres libertés dont les origines remontent à la garantie de l'habeas corpus consacrée en Grande Bretagne depuis le 17^e siècle²³¹ et qui, à en juger par le nombre d'arrêts nationaux²³² et internationaux qui en traitent, est toujours d'une actualité brûlante.

L'art. 5 ch. 1er CEDH concrétise cet aspect spécifique de la liberté personnelle en énumérant les cas dans lesquels une personne peut être privée de sa liberté. Selon la Cour, cette énumération est exhaustive. Pour être compatible avec la Convention, une privation de liberté doit donc nécessairement se fonder sur un des motifs énumérés à l'art. 5 ch. 1 CEDH, étant entendu que ces motifs doivent être interprétés restrictivement²³³. Aussi précieuse et efficace que soit cette condition, il ne faut pas en déduire mécaniquement que, du moment où elle est remplie, la liberté personnelle est respectée. Car les causes de détention et d'arrestation énumérées à l'art. 5 ch. 1er CEDH concernent surtout deux des trois conditions élémentaires et classiques de restriction aux libertés, à savoir celle de la base légale et de l'intérêt public. C'est une chose que de savoir si une détention peut rentrer dans l'un des cas prévus par la Convention qui définissent autant de justifications de cette détention. Mais c'est une autre chose que de déterminer si cette restriction à la liberté personnelle est conforme au principe de la proportionnalité, c'est-à-dire adéquate, propre et, surtout, nécessaire. Tout porte à croire que l'exigence de la proportionnalité est plus solidement ancrée dans la jurisprudence relative à la liberté personnelle garantie implicitement par la Constitution fédérale²³⁴ que dans la jurisprudence des organes de Strasbourg relative à l'art. 5 ch. 1 CEDH²³⁵. Si tel est le cas, le *principe de faveur* consacré par l'art. 60 CEDH, qui tend à éviter un

²²⁷ Ainsi on peut lire par exemple dans ce message: *les requérants d'asile, mais aussi d'autres étrangers qui attirent défavorablement l'attention sur eux par des actes criminels...* (FF 1994 I 304); *Si les mesures de contrainte n'étaient dirigées que contre les requérants délinquants ou asociaux, elles déplaceraient simplement le problème; le trafic de drogue deviendrait alors le fait d'autres groupes d'étrangers* (FF 1994 I 311), etc.

²²⁸ FF 1994 I 305.

²²⁹ ATF 119 Ia 221, 233 H.; Walter HALLER, Commentaire de la Constitution fédérale, la liberté personnelle, No 16 ss. (1987); Jörg Paul MÜLLER, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2e éd. Berne 1991 23 ss.

²³⁰ ATF 89 I 92, 97 Kind X.

²³¹ Habeas Corpus Act de 1679.

²³² On trouve, au cours des dix années passées, pas moins d'une vingtaine d'arrêts du Tribunal fédéral publiés dans le Recueil officiel qui concernent les mesures et le régime de détention.

²³³ Arrêt de la Cour Winterwerp Série A No 33 §37; TRECHSEL (note 6) 48 précise que ce point est incontesté en doctrine.

²³⁴ Voir par exemple ATF 119 Ia 221, 233 H.

²³⁵ TRECHSEL (note 6) 53 préconise, contre la pratique récente de la Commission, l'application du principe de la nécessité à tous les cas de détention énumérés à l'art. 5 ch. 1 CEDH mais reconnaît aussitôt que cette application ne restreindrait guère le législateur dans sa large liberté d'action.

nivellement par le bas des libertés²³⁶, doit s'appliquer pleinement, de sorte que le législateur ne peut se contenter de se référer à la CEDH pour réduire la protection supérieure qui résulte du droit constitutionnel interne. Or, en pratique, le respect de l'exigence de la proportionnalité par une mesure privative de liberté ne peut être testé que dans un cas concret, par rapport à une mesure de détention déterminée. Savoir si une telle détention est apte à atteindre le but d'intérêt public recherché, si elle est nécessaire à cette fin et si la gravité de la restriction à la liberté personnelle qu'elle cause est dans un rapport adéquat avec l'importance du but visé ne peut pas s'apprécier de façon abstraite. Il faut tenir compte des particularités de chaque cas individuel et peser soigneusement les deux intérêts en présence. De sorte que, même conforme à l'une des hypothèses mentionnées dans la Convention, mainte détention s'avère inconstitutionnelle dans la pratique²³⁷.

La détention préparatoire peut se fonder, de l'avis du Conseil fédéral²³⁸, sur l'art. 5 ch. 1 let. f CEDH qui permet de priver une personne *contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours* de sa liberté. Rien n'est moins sûr. Il est vrai que la Commission européenne des droits de l'homme a jugé qu'il n'est pas nécessaire, pour prononcer la détention d'une personne, *qu'une ordonnance d'expulsion soit effectivement en vigueur contre elle* et qu'il *suffit qu'une procédure d'expulsion soit en cours, pourvu qu'une procédure régulière d'expulsion ait été engagée et soit sérieusement poursuivie* et même si aucune décision d'expulsion n'était finalement prise²³⁹. Mais cette affaire concernait une personne qui avait précisément fait l'objet d'une décision d'expulsion. Or la loi du 18 mars 1994 permettra d'ordonner la détention de toute personne qui a formulé une demande d'asile, sans qu'aucune décision, même de première instance, n'ait été prise à son égard. A moins que l'on soit prêt à admettre que le simple dépôt d'une demande d'asile signifie qu'une *procédure régulière d'expulsion* est engagée et *sérieusement poursuivie*, la détention préparatoire viole, dans son principe même, l'art. 5 ch. 1 let. f CEDH. Elle a pour effet de faire de toute la procédure d'asile une procédure régulière de renvoi. Elle transforme tout demandeur d'asile en une personne *contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours*. Elle préjuge que toute demande d'asile fera l'objet d'une décision de non-entrée en matière ou de rejet. Elle en finit donc, et pour de bon, avec tout ce que le droit suisse peut encore dire à propos du droit d'asile. La Cour constitutionnelle autrichienne a rendu récemment un arrêt qui montre bien les limites du pouvoir de détention de l'État en vue de l'expulsion d'un étranger²⁴⁰. L'ancienne loi autrichienne sur l'asile permettait d'obliger les requérants d'asile à séjourner dans un camp de réfugiés afin d'établir les faits nécessaires à une décision sur leur demande. La Cour a constaté qu'il s'agissait bien d'une mesure de privation de liberté et que cette mesure ne pouvait pas se fonder sur l'art. 5 ch. 1 let. f CEDH, car son but — s'assurer de la coopération du requérant dans la procédure d'asile — était étranger à celui de la disposition conventionnelle invoquée. La procédure d'asile, dit-elle en substance, ne peut être considérée comme une simple partie de la procédure d'expulsion au sens de l'art. 5 CEDH. C'est pourtant précisément ce que fait la loi du 18 mars 1994.

La violation de l'art. 5 ch. 1 let. f CEDH est particulièrement évidente dans le cas de l'art 13a let. e LSEE (nouveau) qui vise l'étranger qui *menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie*. Il est très difficile de prétendre qu'une détention prononcée contre un étranger qui, pour ce motif, a fait l'objet d'une poursuite ou d'une condamnation pénales poursuive véritablement le but visé par la disposition conventionnelle qui est censée lui servir de fondement, à savoir la garantie de l'exécution du renvoi. Car la finalité première qui — n'en déplaie au Conseil

²³⁶ Michel HOTTELIER, La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Lausanne 1985 35.

²³⁷ Voir par exemple ATF 119 Ia 221 H; 118 Ia 64 MINELLI; 117 Ia 69 M; 72 F.; 116 Ia 149 X., etc.

²³⁸ FF 1994 I 312.

²³⁹ Décision du 3 mars 1978 dans l'affaire Caprino c. Royaume-Uni, vol. 12 p.14, 28/29.

²⁴⁰ Décision du 12 décembre 1992, EuGRZ 1994 176.

fédéral²⁴¹ — se dégage de la lettre et de la systématique de cette disposition n'est pas d'ordre administratif mais pénal. Il s'agit bel et bien de s'assurer le contrôle d'une personne dont on a des raisons de croire qu'elle a commis une infraction contre la vie et l'intégrité corporelle, ces infractions étant définies aux art. 111 à 136 du Code pénal. Or, l'art. 5 CEDH contient une disposition spécifique — la lettre c — couvrant l'arrestation et la détention d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction²⁴². Seulement, la détention n'est alors possible que dans le but de conduire cette personne devant l'autorité judiciaire compétente et moyennant le respect de toutes les garanties de forme et de fond prévues par l'art. 5 ch. 3 CEDH. Telle n'étant manifestement pas la finalité de la détention préparatoire — ni d'ailleurs de la détention en vue du refoulement — dont la procédure ne respecte pas les garanties exigées, l'art. 13a let. e LSEE (nouveau) ne trouve pas de fondement valable dans la CEDH. On peut dire aussi qu'en l'adoptant, l'Assemblée fédérale a détourné l'art. 5 ch. 1 let. f de son but²⁴³ et, partant, commis une violation de l'art. 18 CEDH²⁴⁴.

L'une des innovations les plus marquantes de la loi du 18 mars 1994 est le nouvel art. 13e LSEE qui permet à l'autorité cantonale d'assigner un étranger sans permis *qui trouble ou menace la sécurité et l'ordre publics* à un territoire défini, ou de le "bannir" d'une région déterminée. Le message du Conseil fédéral justifie cette mesure par le fait que seules les personnes qui séjournent régulièrement en Suisse peuvent se prévaloir de la liberté de mouvement et de domicile; il s'agirait dès lors non pas d'une mesure privative de liberté mais d'une mesure qui limite la liberté de mouvement qui ne serait pas soumise aux exigences de l'art. 5 ch. 1 CEDH²⁴⁵. Cette assertion est à la fois vraie et fausse. Vraie, parce que la liberté d'établissement n'appartient pas en principe aux étrangers²⁴⁶; vraie, parce que les autorisations de séjour et d'établissement ne sont valables que dans le canton où elles ont été délivrées²⁴⁷; vraie aussi, parce que les requérants d'asile qui se trouvent en Suisse n'ont le droit de séjourner jusqu'à la clôture de la procédure que dans le canton auquel ils ont été attribués²⁴⁸ et parce que l'autorité fédérale ou cantonale peuvent leur assigner un lieu de séjour et un logement déterminés²⁴⁹; vraie encore dans la mesure où l'art. 5 ch. 1 CEDH concerne les privations de liberté et non les restrictions aux libertés²⁵⁰. Mais l'assertion est fausse dans la mesure où le droit positif suisse ne contient aucune disposition qui habilite l'autorité à interdire à une personne de quitter un territoire ou de pénétrer dans une région²⁵¹. Ce n'est assurément pas de séjour²⁵², ni de domicile²⁵³ qu'il s'agit dans ce cas, mais d'une restriction à la liberté de se déplacer, à la liberté d'aller et de venir, à la liberté de bouger, le cas échéant à l'intérieur d'un canton ou d'un lieu de séjour déterminés. Or cette liberté bénéficie d'une double protection. Elle est garantie au

²⁴¹ FF 1994 I 311/12.

²⁴² Voir aussi la lettre a qui concerne les détentions après condamnation, également prévues par l'art. 13a let. e LSEE (nouveau) dans des conditions non conformes à la CEDH.

²⁴³ Un peu comme la France l'a fait dans l'affaire Bozano; voir l'arrêt de la Cour du 18 décembre 1986, Série A No 111 § 60.

²⁴⁴ *Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées aux droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues*; Sur cette disposition voir VELU/ERGEC (note 49) No 174.

²⁴⁵ FF 1994 I 314; TRECHSEL (note 6) 51.

²⁴⁶ Art. 45 Cst; Detlev Christian DICKE, Commentaire de la Constitution fédérale, art. 45 No 12 (1989).

²⁴⁷ Art. 8 al. 1 LSEE.

²⁴⁸ Art. 19 LA.

²⁴⁹ Art. 20 LA.

²⁵⁰ TRECHSEL (note 6) 50/51.

²⁵¹ Contra FF 1994 I 314; TRECHSEL (note 6) 51.

²⁵² Définie par le droit cantonal, la notion de séjour implique généralement une résidence dans un but particulier et pour une durée limitée, voir RDAF 1994 19, 21.

²⁵³ Art. 23 al. 1 CC; art. 3 al. 1 LFDLP;

niveau international par l'art. 12 du Pacte II²⁵⁴, qui lie la Suisse. Certes, la garantie internationale ne profite qu'aux personnes qui se trouvent "légalement" en Suisse, ce qui semble exclure d'emblée les "étrangers en séjour illégal". Mais, dans la mesure où l'art. 13e LSEE (nouveau) s'applique principalement aux requérants d'asile, qui ont un droit provisoire de rester en Suisse²⁵⁵, il restreint bel et bien leur liberté de circulation au sens de l'art. 12 du Pacte qui leur appartient pleinement²⁵⁶. Il est pour le moins surprenant que le message du Conseil fédéral ne s'y réfère point²⁵⁷, même si, à première vue, la mesure proposée remplirait les conditions de restriction définies à l'art. 12 al. 3 du Pacte II. On peut se demander si la liberté de circulation n'est pas protégée, en droit interne, par le droit à l'intégrité psychique que comporte la liberté personnelle, à savoir la faculté, qui est propre à l'être humain, *d'apprécier une situation donnée et de se déterminer en conséquence*²⁵⁸. La liberté de se déplacer ne peut-elle, ne doit-elle pas être considérée comme une *manifestation élémentaire de la personne humaine* au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁵⁹? N'est-elle pas pleinement comprise dans *le droit de choisir son mode de vie, d'organiser ses loisirs et d'avoir des contacts avec autrui* auquel se réfère parfois la jurisprudence²⁶⁰. Élémentaire, elle appartient en principe à toute personne, quelle que soit sa nationalité et même quel que soit son statut au regard de la police des étrangers²⁶¹. L'art. 13e LSEE (nouveau) peut donc être considéré comme une restriction — toute nouvelle en droit suisse — à cet aspect essentiel de la liberté personnelle. On concédera que cette disposition répond à un intérêt public valable, à savoir *la lutte contre le trafic illégal de stupéfiants* que sa lettre mentionne d'ailleurs expressément. Mais ne s'agit-il pas aussi, et peut-être surtout, de pouvoir prononcer la détention des étrangers sans permis qui contreviendraient à un ordre d'assignation ou d'interdiction de zone²⁶². Si tel est le but, même accessoire, de la nouvelle disposition, on peut se demander si elle échapperait encore aux exigences de l'art. 5 ch. 1 CEDH! Quoi qu'il en soit, il est fort douteux que la condition de la proportionnalité soit respectée. Il est loin d'être certain d'abord qu'une telle mesure soit apte à produire le but visé, tant il est vrai que son application sera difficile et impliquera des moyens de surveillance très importants. La nécessité de cette mesure sera également fort difficile à établir. Mais c'est le rapport entre la gravité de la restriction et l'importance du but visé qui semble surtout manquer de l'adéquation mesurée qu'exige la jurisprudence du Tribunal fédéral. Car, contrairement à ce qui a été dit²⁶³, c'est bien d'une restriction à une liberté qu'il s'agit et elle est loin d'être anodine.

Il n'est pas nécessaire de poursuivre davantage cette approche abstraite, car il n'est pas contesté ni contestable que dans l'ensemble, les mesures de contrainte ont pour effet direct et voulu de restreindre les libertés des étrangers sans permis de séjour et d'établissement²⁶⁴. Liberté personnelle, liberté de mouvement, droit au respect de la vie privée et familiale — ces libertés ont une portée sensiblement plus réduite pour les destinataires des mesures de contrainte que pour ceux qui y

²⁵⁴ *Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.*

²⁵⁵ Soit en vertu de l'art. 19 LA, soit suite à une admission provisoire.

²⁵⁶ NOWAK (note 80) art. 12 No 10.

²⁵⁷ TRECHSEL (note 6) 51 se facilite trop la tâche en se contentant d'affirmer que l'art. 12 du Pacte ne confère aucun droit à ceux qui sont entrés illégalement dans le pays. Le critère déterminant n'est cependant pas l'entrée, légale ou illégale, dans le pays, mais le droit de rester "légalement" dans le pays dont bénéficient et les requérants d'asile et les personnes admises à titre provisoire.

²⁵⁸ ATF 90 I 29, 36 X.

²⁵⁹ ATF 119 Ia 221, 233 H.

²⁶⁰ ATF 103 Ia 293, 295 Bonzi.

²⁶¹ En ce sens, la liberté personnelle semble aller plus loin que l'art. 12 al. 1 du Pacte II.

²⁶² Voir l'art. 13a let. b et 13b let. b LSEE (nouveau).

²⁶³ TRECHSEL (note 6) 51 est d'avis qu'une telle mesure ne porte atteinte à aucune liberté.

²⁶⁴ *Mais il convient désormais de faire en sorte que, dans le domaine des étrangers et de l'asile, il soit possible de prendre des mesures plus étendues qui permettent de restreindre, autant que faire se peut, la liberté de mouvement de ce groupe de personnes*, FF 1994 I 310.

échappent. Pour savoir si le législateur fédéral est en droit d'imposer ces limites générales, il ne suffit certes pas d'affirmer que les étrangers, n'ayant pas le droit de s'établir en Suisse, doivent subir les restrictions spécifiques à l'exercice de leurs libertés. Toutes ces libertés, faut-il le rappeler, sont des droits de l'homme dont les étrangers peuvent se prévaloir au même titre que les nationaux. Mieux vaut aborder cette question dans la perspective du contrôle abstrait de normes retenue par la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁶⁵, en tenant compte des trois critères dégagés.

En premier lieu, il faut donc tenir compte de la nature et de la portée des droits individuels en jeu et de la gravité de l'atteinte dont ils sont menacés²⁶⁶. Deux constatations doivent suffire. La liberté personnelle, on l'a dit²⁶⁷, pour être la liberté la plus ancienne et la plus classique de notre ordre constitutionnel, n'en est pas moins l'une des libertés les plus délicates et les plus fragiles qui ne finit pas d'être menacée par les formes si variées et ingénieuses de l'activité étatique contemporaine. D'autre part, il y a longtemps que les juges constitutionnels nationaux et internationaux insistent sur la gravité de la restriction à cette liberté que constituent les mesures d'arrestation et de détention²⁶⁸, mais aussi de fouilles et de perquisitions. Or les mesures consacrées par la loi du 18 mars 1994 accentuent encore cette gravité par le caractère virtuellement généralisé et par la durée considérable de la détention préparatoire et de la détention en vue du refoulement projetées. Manifestement, les deux mesures sont faites pour se compléter et se renforcer²⁶⁹, de sorte qu'un requérant d'asile qui a la malchance de tomber dès son arrivée en Suisse sous le coup de l'un des motifs qui justifient sa détention aux fins d'instruction de son dossier a de "bonnes" chances de devoir suivre toute la procédure d'asile et celle de son renvoi plus que probable derrière les barreaux. Cela est difficilement compatible avec la recommandation figurant dans l'une des conclusions du Comité exécutif du H.C.R. selon laquelle une mesure d'expulsion ne doit être accompagnée d'une détention, préventive ou non, que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public et ne pas être indûment prolongée²⁷⁰. Difficilement compatible aussi avec l'exigence fondamentale de fairness qui s'applique également dans la procédure d'asile. On peut et doit même se demander si la durée considérable de la détention ainsi instituée est conforme aux exigences du principe de la proportionnalité, tant il est vrai qu'elle relègue au second plan toutes sortes d'autres mesures qui pourraient garantir, sans porter une atteinte aussi grave à la liberté de mouvement, l'exécution du renvoi ou de l'expulsion prononcées²⁷¹. Quoi qu'il en soit, la gravité considérable des restrictions à la liberté personnelle que rend possible la loi du 18 mars 1994 est un facteur important pour évaluer la nécessité d'éviter des violations futures de cette liberté dans le processus d'application de la loi. Ce n'est pas de coups de canif plus ou moins innocents à une liberté solidement protégée, mais de coups de massue à une liberté éminemment fragile dont ce processus sera inévitablement semé.

En second lieu, il faut prendre en considération les conditions dans lesquelles la règle édictée sera appliquée et, en particulier, la qualité des organes chargés de cette application²⁷². A ce sujet, il faut relever que la plupart des mesures de contrainte peuvent être prises par les autorités cantonales

²⁶⁵ Supra No 12.

²⁶⁶ ATF 114 Ia 350, 355 X.

²⁶⁷ Supra No 26.

²⁶⁸ ATF 119 Ia 221, 233 H.

²⁶⁹ Voir en particulier l'art. 13b al. 1 let. a LSEE (nouveau).

²⁷⁰ H.C.R. (note 72) 15.

²⁷¹ Il est significatif que plusieurs infractions pénales sanctionnant un comportement semblable à ceux visés par les nouvelles dispositions de la LSEE sont punis d'une peine bien plus légère que celle dont il est question ici. Voir par exemple l'insoumission à une décision d'autorité (art. 292 C.P.) qui est punie d'arrêts ou de l'amende.

²⁷² ATF 119 Ia 321, 326 D.

chargées de l'application de la législation d'asile et des étrangers²⁷³. Il s'agira donc le plus souvent de fonctionnaires de la police cantonale ou communale. Leur tâche est assurément difficile et généralement ingrate. Il ne s'agit pas de nier que dans l'ensemble, habitués à exercer des fonctions de surveillance et de défense de l'ordre public et formés pour ça, les agents de la police des étrangers sont conscients de l'impact de leurs actes sur la liberté des personnes auxquelles ils ont à faire. Cesseraient-ils de l'être, les libertés n'auraient plus aucune chance. Mais il ne s'agit pas de nier non plus que des violations même graves de la liberté de ces personnes sont commises, aujourd'hui, dans bon nombre de cellules et de commissariats de police. Amnesty International a récemment publié un rapport inquiétant à ce sujet, faisant notamment état de brutalités policières pendant certaines gardes à vue²⁷⁴ et le Comité des Nations Unies contre la torture s'est publiquement inquiété de l'application non conforme aux règles impératives du droit international des dispositions permettant à la Suisse de renvoyer les demandeurs d'asile²⁷⁵. Sans qu'il soit nécessaire et possible ici d'apprécier à leur juste valeur ces allégations graves, il faut noter que la mise en oeuvre d'une loi qui accroît considérablement le pouvoir de la police de décréter des mesures comportant des restrictions graves aux libertés ne peut pas manquer d'aggraver considérablement le risque de violations futures de celles-ci. Des violations qui, au demeurant, peuvent aussi être dues à l'insuffisance des moyens, de personnel et des installations dont disposent les cantons pour mettre en oeuvre les mesures envisagées. Ainsi par exemple, il ne suffit pas de décréter que *la détention doit avoir lieu dans des locaux adéquats* et qu'*il faut éviter de regrouper les personnes à renvoyer avec des personnes en détention préventive ou purgeant une peine*²⁷⁶. On sait que plusieurs cantons — et pas les moins importants — manquent cruellement de locaux appropriés à ce genre de détention. Les aléas du fédéralisme d'exécution peuvent ainsi rendre plus probables encore, sinon vraisemblables, de futures violations des libertés. La jurisprudence précitée a pour but de rappeler à l'auteur de normes ainsi exposées qu'il ne peut se désintéresser de ce danger potentiel.

Enfin, il y a lieu de tenir compte des garanties que peuvent offrir aux destinataires de la norme les modalités d'un contrôle ultérieur de ses actes d'application²⁷⁷. L'idée est fort persuasive. Lorsque le juge est à même de surveiller de près la conformité à la Constitution des actes concrets d'application d'une loi susceptible de différentes interprétations, la simple existence de ces différences n'est pas un motif justifiant l'intervention du juge dans la procédure de contrôle abstrait des normes²⁷⁸. Mais elle ne convainc pas dans le cas particulier. De façon générale, on peut dire que par rapport à un acte normatif cantonal soumis à un contrôle judiciaire "à double détente"²⁷⁹, ce genre de compensation procédurale se justifie davantage que par rapport à une loi fédérale que la familière règle de l'immunité protège efficacement contre toute intervention du juge. Nous avons vu que, par l'effet de la règle de l'art. 113 al. 3 Cst., du contrôle judiciaire très limité de l'exercice de la liberté d'appréciation par l'administration et de l'importante "responsabilité politico-administrative" qui incombe à cette administration dans la définition de la politique publique en matière d'immigration et d'asile, le contrôle judiciaire des mesures de contrainte risque fort d'être plus

²⁷³ Tel est le cas notamment de la détention préparatoire (supra No 3), de l'assignation à un territoire ou une région (supra No 6), de l'arrestation en vue de l'exécution immédiate d'un renvoi (supra No 5) et de la fouille (supra No 7).

²⁷⁴ Voir le Journal de Genève du 19 avril 1994.

²⁷⁵ Voir le Journal de Genève du 21 avril 1994.

²⁷⁶ Art. 13d al. 2 LSEE (nouveau).

²⁷⁷ ATF 114 Ia 350, 355 X.

²⁷⁸ Voir par exemple ATF 109 Ia 472, 480 Hans Vest concernant les exigences moins strictes de la densité normative en présence d'un contrôle judiciaire ultérieur efficace et la critique pertinente de Giovanni BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht*, Bâle 1991 457; 102 Ia 104, 109 Magazine zum Globus AG.

²⁷⁹ A savoir par le biais du recours de droit public dirigé d'abord contre l'acte lui-même puis, ultérieurement, contre ses actes d'application; ATF 119 Ia 321, 326 D.

symbolique que réel²⁸⁰. Les mesures elles-mêmes — les détentions, les assignations, les fouilles, les perquisitions — sont hors de portée du juge. Leur constitutionnalité ne peut être examinée que dans le cadre très restreint de la proportionnalité de leur durée et de l'adéquation des conditions de leur exécution, sur la base d'une appréciation des faits sur laquelle l'administration aura toujours la haute main. Pratiquement, le juge en sera réduit à exercer un contrôle qui ne pourra guère aller plus loin qu'un simple contrôle de l'arbitraire. Impossible dans ces circonstances de fermer un oeil sur les indéniables ambiguïtés constitutionnelles de la loi du 18 mars 1994. Le juge ne corrigera pas les erreurs du législateur.

4426. Conclusion

Les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers ne résistent pas aux contraintes des mesures constitutionnelles et conventionnelles en matière d'égalité et de droits de l'homme. L'Assemblée fédérale, poussée par un contexte politique fébrile et pressée par une procédure législative que le Conseil fédéral a cru nécessaire d'accélérer, semble avoir cédé à la tentation de se croire au-dessus de la Constitution et des Conventions internationales. Elle a voté une loi qui doit être considérée comme profondément discriminatoire et donc contraire à l'art. 4 Cst. et 26 du Pacte II. Elle a institué de nouvelles formes de détention qui ne respectent pas les conditions posées par la CEDH. A l'époque de la libre circulation des personnes, elle est revenue aux temps où l'État se mettait à prescrire à celles-ci où aller et où ne pas aller. Elle a fermé les deux yeux sur les possibles et, à vrai dire, probables violations des libertés qu'impliquera l'application de cette loi. Ce faisant, elle a failli à sa tâche de gardienne de la Constitution.

443. Après la votation sur l'article antiraciste, avant la votation sur les camps de concentration: combattre le fascisme montant.

Ludwig A. MINELLI, MENSCH + RECHT, n° 53, septembre 1994.

Traduction française et adaptation par Christophe TAFELMACHER

Le 25 septembre 1994, ce n'est que d'une courte majorité que le peuple suisse a accepté en votation référendaire l'adjonction au Code pénal d'un article punissant l'incitation à la haine raciale. A peine 54,6% des hommes et des femmes qui se sont effectivement déplacés pour mettre leur vote dans les urnes ont empêché que la Suisse ne reste un des derniers pays à offrir asile aux propagandistes nazi et aux racistes de la pire espèce.

La victoire du OUI ne doit pas occulter que le front de l'extrême-droite a réussi à manipuler presque la moitié des votants et des votantes. Nous avons du souci à nous faire, si nous gardons en mémoire que le NSDAP d'Adolf HITLER avait obtenu la plus forte représentation au *Reichstag* à fin juillet 1932 avec seulement 37,5% des voix. Or, dans notre pays, les extrémistes de droite sont d'ores et déjà arrivés à induire en erreur la moitié du peuple souverain en s'appuyant sur ses émotions.

La faute en incombe aux partis de droite gouvernementaux et à leurs Conseillers fédéraux. Leur politique n'est pas cohérente dans la perspective qui nous occupe: une partie conséquente des démocrates-chrétiens, en particulier leur représentant au Conseil fédéral Arnold KOLLER, risquent fort de fournir un marchepied au néo-fascisme.

La prochaine échéance qui est posée aux véritables démocrates aura lieu cette année encore, le 4 décembre. Il s'agit de déterminer si la Suisse doit mettre en place des camps de concentration pour étrangers indésirables, dans lesquels hommes, femmes et enfants pourront être détenus; le seul crime qu'on leur reproche est d'avoir chercher protection dans notre pays. Lors d'un débat télévisé, le chef de la fraction chrétienne-démocrate au Parlement, le Conseiller aux États Anton COTTIER

²⁸⁰ Supra No 11.

a tenté d'induire le peuple en erreur, en suggérant que la loi "sur les mesures de contrainte" (que nous préférons de manière conséquente dénommer la loi "sur les camps de concentration") ne viserait que les étrangers délinquants. Cela est d'autant plus faux que la possibilité de détenir les criminels étrangers existe depuis longtemps en droit ordinaire.

La loi "sur les camps de concentration", produite par le Conseiller fédéral KOLLER, est un nouveau signal qui nous indique une mauvaise direction. D'ailleurs, KOLLER est dans ce pays un prototype de ces politiciens qui nous donnent de tels signaux. Tout au long de la campagne sur l'article antiraciste, on ne l'a pas beaucoup vu apparaître en public. Lors de la grande manifestation antiraciste qui s'est déroulée sur la Place fédérale, ce sont les Conseillers fédéraux Flavio COTTI et Ruth DREYFUSS qui se sont mis en avant. A cette occasion, KOLLER aurait dû s'impliquer en tant que Chef du Département de la Justice précisément compétent pour une modification du Code pénal; il était absent.

Lors du débat télévisé ARENA organisé par la télévision suisse allemande, c'est le Président de la Confédération Otto STICH qui en a décousu avec les extrémistes de droite; Arnold KOLLER était absent.

Arnold KOLLER, sa police fédérale et son Office fédéral des étrangers était pourtant bien présents, lorsqu'un des pires fauteurs de guerre d'Afrique, lorsque le propriétaire de la Radio "Mille Collines" qui a appelé activement au génocide des Tutsis au Rwanda, Félicien KABUGA, a été toléré en Suisse...

Pour combattre le fascisme montant, il serait souhaitable que le peuple suisse rejette par les urnes la loi "sur les camps de concentration"²⁸¹.

5. Le cas particulier des mineurs non-accompagnés.

51. Présentation de la problématique.²⁸²

Par requérant d'asile mineur et non-accompagné, on entend de jeunes demandeurs d'asile âgés de moins de 20 ans dépourvus de parent ou de responsable légal en Suisse. Ces personnes se trouvent à la confluence du droit d'asile, qui ne fait aucune différence entre les adultes et les enfants, d'une part, et du droit civil d'autre part qui connaît les notions de capacité de discernement et de capacité d'agir.

La problématique des enfants réfugiés n'étant réglée explicitement ni dans les instruments juridiques internationaux ni dans le droit interne, la difficulté réside dans le fait qu'il y a des lacunes de la loi.

Une des caractéristiques de ce domaine particulier du droit des réfugiés est qu'il existe un conflit entre d'un côté la volonté des autorités administratives de produire la plus grande quantité de décisions négatives possible, et de l'autre côté les principes tirés de la protection de l'enfance.

²⁸¹ Publié avant la votation du 4 décembre 1994, ce texte se voulait être un appel au NON. Comme nous l'avons signalé ci-dessus, l'auteur n'a malheureusement pas été suivi par le peuple suisse, pas plus que les comités qui se sont engagés dans le référendum contre les mesures de contrainte. L'acceptation de la loi a été nette: 72,8% des votants pour une participation de plus de 40% des électeurs.

²⁸² Nous allons ici résumer le rapport intitulé *La situation des mineurs requérants d'asile non-accompagnés*, Christophe TAFELMACHER, Lausanne, le 30 mai 1994. Annexe 41.

Pendant de nombreuses années, l'ensemble des praticiens, mandataires ou assistants sociaux, ont traité les cas de mineurs non-accompagnés comme n'importe quel autre requérant d'asile. Aucune attention particulière n'a été portée sur leur particularité en tant que mineurs.

C'est l'ouverture du Foyer Karibu à Vevey en juillet 1991 qui a fait évoluer notre optique. Ce foyer, sous l'égide de la Croix-Rouge, accueille uniquement des mineurs non-accompagnés et les personnes qui y travaillaient ont immédiatement cherché à promouvoir une prise de conscience et une concertation commune de tous les intervenants. C'est ainsi que des rencontres ont été organisées entre les assistants sociaux et les praticiens des différentes organisations et oeuvres d'entraide. Le principal problème était posé par l'absence d'un représentant légal, ce qui bloquait toute une série de démarches sur le plan civil et qui laissait les jeunes très démunis face à leur procédure d'asile.

En octobre 1991, comme résultat de cette concertation, une dénonciation a été adressée au Conseil fédéral à partir du cas de deux jeunes orphelins, vivant au Foyer Karibu et menacés d'expulsion. Ces cas étaient exemplaires: la procédure avait été vécue en totale solitude, sans responsable légal ni mandataire, l'asile avait été dénié, le renvoi était définitivement prononcé, les deux orphelins n'avaient pas de famille vers qui se tourner. Cette dénonciation a abouti à l'importante décision du Conseil fédéral du 19 août 1992, que nous commenterons plus bas.

52. La situation sur le plan juridique - Généralités.

Comme signalé plus haut, le sujet n'est pas explicitement traité par les textes juridiques qui concernent les réfugiés. Ainsi, ni la Convention de Genève de 1951, ni la Loi sur l'asile de 1979 ne parlent des enfants réfugiés. Le seul texte spécifique qui existe est une Circulaire du Délégué aux réfugiés du 30 octobre 1989, adressée aux services cantonaux d'assistance et aux offices cantonaux de police des étrangers.

Sur le plan civil, il faut signaler la Convention internationale *concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*, conclue le 5 octobre 1961 à la Haye. Son article 9 prévoit que dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque État contractant sur le territoire duquel se trouvent le mineur ou des biens lui appartenant, prennent les mesures de protection nécessaires. Dans le cas qui nous occupe, ceci signifie que ce sont les autorités suisses qui sont responsables pour apporter la protection nécessaire aux mineurs non-accompagnés ayant déposé une demande d'asile sur le territoire helvétique.

Cette protection figure concrètement à l'art. 368 du Code civil suisse, qui prévoit que *tout mineur qui n'est pas sous autorité parentale sera pourvu d'un tuteur*. En matière civile, il faut noter le principe du bien prépondérant de l'enfant: lorsqu'une autorité doit prendre une décision concernant un mineur, c'est en se laissant guider par ce que le bien de l'enfant commande (art. 298 du Code civil suisse).

Signalons encore des textes de référence non contraignants pour la Suisse. Tout d'abord, la Convention *relative aux droits de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, n'a pas encore été ratifiée par la Suisse; elle établit le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concerne, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs (article 3). La Convention prévoit aussi en son article 20 l'obligation de l'État d'assurer une protection spéciale à l'enfant privé de son milieu familial et en son article 22 une attention particulière pour les enfants réfugiés. Ce texte nous intéresse, car la Commission suisse de recours en matière d'asile a eu l'occasion de dire qu'*elle estime devoir s'inspirer [de cette Convention] dans la mesure où elle pose des règles qui,*

*aujourd'hui déjà, sont partiellement entérinées par la pratique des autorités compétentes en matière d'exécution des renvois*²⁸³.

Autres textes non normatifs: Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a émis deux résolutions en 1987 et en 1989 (N° 47 et 59, enfants réfugiés), ainsi que des Principes directeurs concernant les enfants réfugiés en août 1988.

521. La Circulaire du 30 octobre 1989 et son application.

Si l'on reprend la Circulaire du Délégué aux réfugiés du 30 octobre 1989, nous voyons qu'elle précise que le dépôt d'une demande d'asile représente un *droit personnel*, le demandeur devant cependant être *capable de discernement*. Si cette capacité fait défaut, il faut déterminer ce que le bien de l'enfant commande.

C'est le canton à *qui est attribué un mineur qui doit prendre les mesures nécessaires pour la surveillance de celui-ci*. L'autorité compétente doit juger si le mineur est à même de déposer une demande d'asile ou si, dans son intérêt, un retour dans sa famille ne serait pas plus indiqué. Une collaboration entre les diverses autorités est établie ainsi: le canton informe l'Office fédéral de l'opinion des autorités tutélaires, puis, selon le chiffre 1.1, *c'est d'entente que la solution la meilleure est décidée (procédure d'asile ou rapatriement immédiat)*.

En cas de doutes sur l'âge réel d'un mineur, il faut faire appel à l'avis d'un médecin. C'est l'âge établi par le médecin qui doit être pris en compte par l'Office fédéral. Sur le point du rapatriement, le chiffre 5 de la circulaire indique qu'un mineur non-accompagné doit être rapatrié dans son pays d'origine auprès de sa famille, *pour autant que ce rapatriement soit jugé exigible*.

Comme on le voit, les principes qui figurent dans cette circulaire apparaissent conformes tant aux textes contraignants (Convention de la Haye, Code civil suisse) qu'aux autres normes de référence (Convention relative aux droits de l'enfant, directives du H.C.R.): des mesures de surveillance doivent être prises; le bien de l'enfant doit être déterminant; la capacité de discernement doit être déterminée; l'âge doit être apprécié soigneusement; il faut être prudent pour les rapatriements.

C'est la pratique qui pose de très réels problèmes, car il faut malheureusement constater que ni la Circulaire ni le Code civil n'ont été appliqués. Les cantons ne nomment pas de tuteurs, aucune évaluation de ce qui est le mieux pour le bien de l'enfant n'est faite, les expertises médicales ne sont pas toujours prises en compte, aucune mesure n'est prise en cas de rapatriement pour que le mineur rejoigne effectivement ses parents ou une structure d'accueil adéquate.

L'Office fédéral semble ignorer l'existence de sa propre Circulaire: les mineurs non-accompagnés qui se présentent dans les centres d'enregistrement sont automatiquement mis dans la procédure d'asile; aucune discussion n'est menée avec les autorités tutélaires pour déterminer ce qui convient à l'enfant; l'Office met en avant que le droit d'asile est un droit strictement personnel et ne s'intéresse pas aux démarches faites pour retrouver les parents. Aucun schéma d'audition adapté aux mineurs n'a été fourni aux cantons, les auditions de ces derniers frisant parfois le ridicule: on demande à des enfants de 12 ans de décrire les formations et emplois occupés jusqu'ici, les activités politiques, etc.

522. La dénonciation auprès du Conseil fédéral en 1991

C'est à cause de cette attitude de l'Office fédéral des réfugiés, confirmée par le Service des recours du Département fédéral de justice et police, qu'une dénonciation a été adressée au Conseil fédéral en 1991. La contestation portait sur trois points: 1° l'absence de mesures de protection adéquates en

²⁸³ Décision de la CRA, Chambre I, rendue par trois juges le 18 mars 1994 dans la cause I/N223'134/GE.

faveur des mineurs lors de leur arrivée en Suisse, 2° l'omission de la détermination de la capacité de discernement des intéressés avant le dépôt de la demande d'asile, 3° l'exécution ordinaire de leur renvoi suite au refus d'asile. Concluant à une violation du droit d'être entendu, la dénonciation tendait à démontrer l'irrégularité des deux procédures en question.

Dans sa décision du 19 août 1992, confirmée par d'autres décisions semblables, le Conseil fédéral a accordé gain de cause sur les trois points, tout en dégageant les autorités fédérales de toute responsabilité quant aux vices de procédures décelés et en rejetant celle-ci sur les autorités cantonales respectivement de tutelle et l'Office cantonal des requérants d'asile.

Le Conseil fédéral constate tout d'abord qu'aucun texte ne règle spécifiquement le sort des enfants réfugiés, mais que *nous sommes en présence d'une volonté générale tendant à vouloir prendre des mesures circonstanciées pour résoudre les problèmes soulevés par les requérants d'asile mineurs et non-accompagnés.*

Puis, le Conseil fédéral exprime qu'il appartient aux autorités cantonales de prendre les mesures prévues par le Code civil suisse en vue de la protection des mineurs. Les autorités vaudoises étant ici compétentes, les dénonciateurs ne peuvent reprocher à l'ODR et au DFJP de ne pas avoir assuré leur protection en omettant l'institution d'une tutelle.

Par ailleurs, compte tenu de la Circulaire du 30 octobre 1989, ce sont les autorités vaudoises à nouveau qui auraient dû se prononcer sur l'existence ou le défaut de la capacité de discernement des dénonciateurs. Quant aux autorités fédérales, elles pouvaient présumer l'existence d'une telle capacité de discernement.

Enfin, par rapport à l'exécution du renvoi, le Conseil fédéral dit qu'elle doit être précédée des investigations nécessaires permettant de retrouver des parents ou des personnes habilitées à élever le mineur visé par la décision. Compte tenu du fait que ce sont les cantons qui sont chargés de l'exécution du renvoi, les investigations nécessaires permettant de retrouver des parents ou des personnes habilitées à s'occuper du mineur constituent des modalités relatives au renvoi, qui doivent être entreprises par le canton chargé de son exécution.

Cette décision du 19 août 1992 a été ressentie comme une demi victoire²⁸⁴. Les points principaux de l'argumentation ont été acceptés par le Conseil fédéral, ce qui est positif. Mais les autorités fédérales sortent complètement blanchies de l'affaire, quand bien même elles sont en définitive principalement responsables en matière de procédure d'asile. Cela paraît excessif. D'ailleurs, suite à cette décision, l'Office fédéral n'a pas modifié sa pratique. La décision du Conseil fédéral reste néanmoins un pas important dans le sens d'une meilleure protection des mineurs non-accompagnés; il reste toujours à mettre en pratique les principes qui y figurent.

53. Les problèmes soulevés par les mineurs non-accompagnés.

531. Représentation légale.

Les mineurs requérants d'asile non-accompagnés sont des mineurs avant d'être des requérants d'asile. Ces mineurs ont besoin d'une protection immédiate spécifique, même si leur histoire ne relève pas toujours de l'asile politique. Il en découle la nécessité de nommer un représentant légal le plus rapidement possible, car il est indispensable pour agir légalement: signature de la procuration, signature des procès-verbaux, ou encore signature de contrats d'assurance, d'apprentissage, demande de permis vélomoteur, ne peuvent pas avoir de validité en son absence.

²⁸⁴ Pour un commentaire détaillé de la décision du Conseil fédéral: voir les considérations de Léonard OKITUNDU dans ASYL, 1992/4, p. 69-70. Annexe. 42

Certains souhaitent qu'une évaluation puisse réellement se faire quant à la procédure la plus pertinente avant que le mineur soit enregistré dans une demande d'asile. Les autorités ordinaires de tutelle pourraient jouer un rôle important à ce titre, mais elles n'ont en général pas du tout envie de prendre en charge les cas des requérants d'asile. Il serait en tout cas essentiel qu'une véritable concertation existe entre l'Office fédéral et les organes de tutelle.

L'expérience montre hélas que dans la plupart des cantons suisses, les nominations des représentants légaux ne se font pas. L'Office fédéral, de son côté, ne rappelle jamais les cantons à l'ordre sur ce point. Si l'on prend l'exemple vaudois, nous devons constater que, malgré la Loi vaudoise de protection de la jeunesse et les dispositions claires du Code civil suisse, il a été très difficile de faire admettre au canton ses responsabilités en cette matière. Ce n'est qu'en 1993 qu'une solution a été trouvée, sous la forme d'un représentant légal ad hoc, chargé de faire respecter la base légale, mais employé tout d'abord dans le cadre de la Croix-Rouge Suisse. C'est en 1994 qu'il a été rattaché à l'Ordre judiciaire.

L'oubli des normes légales se lit dans la Circulaire que le Tribunal cantonal vaudois a édictée lors de la nomination de représentant légal. Le Tribunal s'est en effet cru obligé de rappeler le caractère obligatoire de la tutelle ou de la curatelle, qui pourtant figure clairement dans le Code civil...

532. Irrégularité de la procédure en l'absence de représentant légal.

Compte tenu du fait que la plupart des mineurs non-accompagnés n'ont pas de représentant légal, on a tenté de plaider la nullité ex tunc des procédures qui se sont déroulées en l'absence d'un représentant légal. L'argumentation se base sur l'exercice des droits civils selon les articles 12 et 13 du Code civil suisse.

A cela l'Office fédéral répond en mettant en avant que le dépôt d'une demande d'asile est un droit strictement personnel. La Commission suisse de recours en matière d'asile lui a donné raison sur ce point dans un arrêt du 27 octobre 1993, estimant qu'une procédure d'asile menée en l'absence d'un tuteur est valide.

Ce qui dérange dans le raisonnement proposé, c'est d'une part que l'on confond le fait de déposer une demande d'asile et celui de pouvoir efficacement faire face aux exigences des autorités compétentes en la matière. Or, nous n'avons jamais contesté en tant que tel le fait qu'un mineur puisse exprimer son besoin de protection. Mais il nous semble que dès que cette volonté a été manifestée, il conviendrait d'analyser la situation dans chaque cas pour déterminer précisément quelle est la capacité de discernement.

On ne peut pas non plus suivre la Commission de recours lorsqu'elle affirme que la seule exigence posée dans la procédure d'asile est celle d'exposer les faits constitutifs de l'histoire du requérant. Il est en effet indéniable qu'avec la dernière révision de la Loi sur l'asile en 1990, la procédure de reconnaissance du statut de réfugié a pris un tour de plus en plus complexe, les obligations mises à charge du demandeur étant de plus en plus nombreuses et précises (obligation de collaborer, preuves, etc.) et étant sanctionnée par la non-entrée en matière en cas de violation.

533. Capacité de discernement.

En matière d'asile, déterminer la capacité de discernement est un gros enjeu. A notre avis, une évaluation devrait être faite par des spécialistes. Aucune audition cantonale ne devrait avoir lieu avant l'âge de 16 ans, en s'inspirant de l'article 409 du Code civil (voir plus bas). Les déclarations des mineurs devraient toujours être appréciées de manière différenciée des adultes. Actuellement, il n'y a malheureusement pas assez de moyens pour effectuer de telles évaluations.

La capacité de discernement est présumée de manière systématique par l'Office fédéral. On trouve dans toutes les décisions de mineurs l'élément de texte précomposé (Textbaustein) suivant: *l'autorité tient à relever que le dépôt d'une demande d'asile est un droit strictement personnel qui peut être exercé par un mineur capable de discernement (art. 19, al. 2 CC); en l'espèce, et au vu du dossier, force est de constater qu'aucun indice suffisant ne permet de renverser la présomption de l'autorité selon laquelle la requérante est et était à même de saisir la portée de son action en se fondant sur l'appréciation intellectuelle qu'elle a faite.* Il est intéressant de relever que cette citation est tirée d'une décision concernant une jeune fille qui a eu son audition cantonale à 14 ans et dont le tuteur a signalé par écrit qu'elle ne comprenait pas l'enjeu des questions qui lui étaient posées, qu'elle était bloquée et qu'elle n'arrivait pas à parler librement.

Les autorités administratives restent convaincues que du fait du voyage, la capacité de discernement est acquise. Le Conseil fédéral s'est exprimé ainsi: *en l'espèce, les dénonciateurs étaient âgés respectivement de 16 et 15 ans au moment du dépôt de leur demande d'asile. En tenant compte de leurs antécédents (étude, voyage jusqu'en Suisse etc.), les autorités incriminées par la présente dénonciation pouvaient présumer l'existence d'une telle capacité de discernement* ²⁸⁵.

La Commission suisse de recours en matière d'asile va dans le même sens dans une décision plus récente: *toute personne, même mineure ayant la capacité de discernement, est à même de relater en l'absence de son représentant légal des faits qui l'ont touchée personnellement, ce d'autant plus qu'elle a dans la plupart des cas, et ce, sans son représentant légal, parcouru plusieurs milliers de kilomètres en utilisant des moyens de transport très divers pour quitter son pays d'origine*²⁸⁶. La Commission se permet plus loin un raisonnement assez audacieux: *l'intéressé a la pleine capacité de discernement et est pleinement à même de se rendre compte indépendamment de son état de mineur de la portée de ses actes. Preuve en est l'important trafic de drogue auquel il s'est livré sur le territoire suisse dès la mi-août 1992*²⁸⁷. Cela revient à dire que l'on démontrerait que le mineur en cause était capable de discernement en 1990 (date de son audition sur les motifs d'asile) parce qu'il a commis un délit en 1992, soit deux ans plus tard!

En réalité, ceci illustre un point important: les autorités administratives ont une vision figée de la capacité de discernement. Or, le Code civil exprime qu'il s'agit d'une notion évolutive, ce qui d'ailleurs correspond aux données de la psychologie. Le Tribunal fédéral dit sur ce point des choses intéressantes: la démonstration de l'incapacité de discernement n'a pas à être exigée de la partie qui l'allègue (de soi-même ou d'un tiers), lorsque la situation de fait est telle que l'absence de faculté d'agir raisonnablement est patente (ainsi, dans le cas d'un enfant en bas âge, ou d'un malade mental reconnu comme tel). Dans une telle hypothèse, l'expérience générale de la vie n'est pas de nature à fonder la présomption de la capacité de discernement, si bien que c'est à celui qui prétend que cette capacité est réalisée d'en apporter la preuve. S'agissant en particulier d'enfants, plus un mineur est jeune, plus la présomption s'affaiblit, en fait, jusqu'à disparaître²⁸⁸. On arrive donc dans ces cas à une présomption d'incapacité de discernement si, dans un cas donné, l'âge de l'enfant est suffisamment bas pour qu'il présente un très haut degré de vraisemblance propre à exclure tout doute sérieux et à offrir une sûreté suffisante quant à cette incapacité de discernement²⁸⁹.

²⁸⁵ Décision du Conseil fédéral du 19 août 1992, page 5.

²⁸⁶ Décision de la CRA, Chambre I, du 27 octobre 1993, chiffre 2, page 6.

²⁸⁷ Ibidem.

²⁸⁸ ATF 90 II 12.

²⁸⁹ ATF 74 II 202; ATF 91 II 327/328.

Le H.C.R. abonde dans ce sens: *on peut normalement croire que les mineurs de moins de 16 ans n'ont pas une maturité suffisante. Ils peuvent éprouver de la crainte et être en mesure d'exprimer leur volonté, mais sans que cela doive nécessairement être interprété de la même manière que s'il s'agissait d'un adulte*²⁹⁰.

Malgré l'invocation de ces références jurisprudentielles ou du H.C.R., l'Office fédéral s'en tient à sa très rigide appréciation, même lorsqu'il se prononce sur des recours contre des décisions qu'il a prise dans un cas particulier. C'est en définitive la condition de mineur elle-même qui est remise en cause par l'Office fédéral, qui semble apparemment vouloir éviter à tout pris que ces enfants soient protégés par des droits qui leur seraient particuliers par rapport à d'autres demandeurs d'asile.

534. Recherche de la famille.

Estimant qu'il est important de disposer d'informations précises à propos de la famille du mineur, nous avons recouru aux services de l'agence centrale de recherche du Comité international de la Croix-Rouge (CICR). Cette agence dispose de formulaires en plusieurs langues et transmet les demandes de recherche aux délégués du CICR qui sont sur place. Les correspondances entre les mandataires et le CICR ont également été utilisées comme moyen de preuve face aux autorités administratives.

Malheureusement, il faut bien dire que l'Office fédéral n'a jamais pris en compte ces efforts en vue de retrouver la trace des proches. Ainsi, il est régulièrement arrivé que l'autorité prenne une décision de refus d'asile, alors même que des recherches étaient en cours. Il est certain que ces démarches durent parfois plusieurs mois; mais aucun délai n'a non plus été imparti par l'Office fédéral, ce qui montre le peu de cas qu'il fait de celles-là.

Ceci est tout de même choquant. Des recherches ont abouti dans un certain nombre d'affaires. Or, il n'est pas indifférent de savoir si l'on a à faire avec un orphelin ou avec un mineur disposant d'une famille dans son pays d'origine. De telles situations jouent un rôle au moment de l'exécution du renvoi.

Signalons à cet égard que l'article 22 de la Convention *relative aux droits de l'enfant* prévoit que les autorités des États parties sont tenues d'entreprendre toutes investigations possibles en vue de trouver les parents ou d'autres membres de la famille. Dès lors que la Commission de recours estime que ce texte doit d'ores et déjà inspirer les autorités suisses, on aurait aimé voir l'Office fédéral prendre ce devoir à coeur. Il n'en a rien été et aucune investigation à notre connaissance n'a été entreprise spontanément par cette autorité.

535. Mesures spéciales en vue de l'exécution du renvoi.

Nous avons invoqué le fait que l'on ne pouvait pas traiter les mineurs non-accompagnés comme des adultes; ceci vaut tout particulièrement au moment du renvoi. Le bien de l'enfant doit particulièrement être pris en compte à ce moment-là. En particulier, les orphelins se trouvent dans une situation critique qui doit déboucher sur la recherche d'une structure éducative appropriée.

La décision du Conseil fédéral du 19 août 1992 nous a donné à cet égard une base de travail intéressante. L'autorité administrative suprême constate en premier lieu que *selon le point 5 de [la Circulaire du 30 octobre 1989], il apparaît qu'un mineur non-accompagné qui doit quitter la Suisse en raison du rejet de sa demande d'asile, doit être rapatrié dans son pays d'origine auprès de sa famille*. Elle en tire comme conclusion que *l'exécution du renvoi doit dès lors être précédée*

²⁹⁰ *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, septembre 1979, § 215.*

des investigations nécessaires permettant de trouver des parents ou des personnes habilitées à élever le mineur visé par la décision.

Ce sont les autorités cantonales qui sont chargées d'exécuter les renvois. C'est donc celles-ci qui doivent entreprendre ces investigations permettant de retrouver des parents ou autres personnes habilitées, ces mesures constituant des modalités relatives au renvoi.

Mais le canton peut renvoyer l'affaire aux autorités fédérales. En effet, toujours d'après le Conseil fédéral, *le canton, dont les mesures prises en vue de trouver des parents ou des personnes habilitées à prendre en charge le mineur se sont soldées par un échec, peut proposer à l'ODR l'admission provisoire de l'intéressé (article 14 b de la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931; RS 142. 20).*

Plusieurs cas de mineurs menacés de renvoi sont actuellement pendants. Nous avons pu exiger que les démarches décrites par le Conseil fédéral soient entreprises avant toute autre mesure en vue du rapatriement. Cela a permis à un orphelin angolais de voir la date de son départ reportée de plusieurs mois. Malheureusement, dans bien d'autres affaires concernant de mineurs non-accompagnés, tant le contenu de la Circulaire de 1989 que celui de la décision du Conseil fédéral sont tout simplement ignorés par les autorités cantonales ou par l'Office fédéral.

Pourtant, la Commission de recours n'a pas toujours blanchi l'Office fédéral des réfugiés: dans une décision du 18 mars 1994, deux Erythréennes mineures ont été admises provisoirement, car leur mère et leurs frères, qui vivent en Erythrée, connaissaient une trop grande précarité économique. Ce précédent n'a pour le moment pas eu de répercussions suffisamment générale.

Parallèlement à ces démarches demandées aux autorités administratives, les autorités tutélaires ont été saisies, afin de les faire constater le caractère déraisonnable de l'exécution du renvoi. Les juges civils ont manifesté leur préoccupation face aux décisions de renvoi, mais ils ne se sont pas sentis la compétence pour véritablement intervenir, laissant toute la responsabilité au tuteur désigné par eux.

Dans un cas particulier, la Justice de Paix du Cercle de Vevey a tout d'abord constaté, dans sa séance ordinaire du 4 février 1993, que, *bien que la Justice de Paix de céans soit éminemment consciente du problème humain présenté par le requérant d'asile F... M..., il est constant que les mesures de protection prévues à l'article 307 du Code civil suisse ne sauraient faire obstacle à des mesures prises dans le cadre d'une mesure d'asile, en allant de même sur le plan international par des mesures découlant de la Convention de la Haye; qu'il appartient en conséquence à la seule tutrice de rechercher avec les autorités concernées, sur le plan cantonal ou fédéral, si son pupille peut toutefois être mis au bénéfice d'un des cas d'obstacle au renvoi qui apparaît être réalisé en l'espèce, eu égard aux derniers événements survenus en Angola.* Au vu de quoi, la Cour a rejeté la requête du 14 janvier 1993 tendant à faire constater par la Justice de Paix l'inexigibilité de l'exécution du rapatriement de F... M.... Elle a cependant ajouté ce paragraphe: *la Cour admet toutefois qu'il y a lieu de rendre attentives les autorités cantonale et fédérale au sujet du pupille prénommé en leur suggérant d'examiner, avec toute la bienveillante humanité commandée par les circonstances, une éventuelle mesure de substitution à l'exécution d'un renvoi d'ores et déjà ordonné.*

Cette décision a été attaquée par un recours auprès de la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal. Celle-ci s'est prononcée le 5 mai 1993 en confirmant l'arrêt de la Justice de Paix. Elle a précisé dans un premier temps *que le tuteur a pour mission d'assurer, dans son ensemble, l'assistance et la protection d'une personne mineure ou interdite qui n'est pas sous autorité parentale; sa mission est analogue à celle du détenteur de l'autorité parentale et elle est universelle; le tuteur a la charge de*

sauvegarder l'ensemble des intérêts de la personne protégée (DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 2ème éd., N° 825 et 826, p. 223). Cependant, dans le cas d'espèce, la Justice de Paix du cercle de Vevey a institué une tutelle en faveur du requérant d'asile mineur F... M..., qui n'était plus sous autorité parentale à la suite du décès de ses parents, et lui a désigné un tuteur en la personne de D... C... L'autorité tutélaire a donc pris la mesure légale qui s'imposait. Il en résulte que la tutrice, en tant que représentante légale, a pour mission d'entreprendre toutes les démarches nécessaires pour le bien de son pupille. Il n'appartient pas à l'autorité tutélaire d'intervenir, à la place ou cumulativement à la tutrice, auprès des autorités administratives fédérales qui sont seules compétentes en matière de renvoi. En vertu de son pouvoir général de surveillance des personnes qui exercent des fonctions tutélaires, la justice de paix peut uniquement donner des instructions au tuteur, mais il ne lui incombe pas de déclarer inexigible l'exécution de la décision de renvoi.

Si le raisonnement des juges apparaît relativement fondé juridiquement, il n'en ressort pas moins que c'est une responsabilité énorme qui est ainsi mise sur les épaules des tuteurs. Ceux-ci sont singulièrement démunis lorsqu'il s'agit de simples particuliers, tant il est vrai qu'il n'est pas aisé de convaincre les autorités administratives des dangers encourus en cas de rapatriement. C'est en ce sens que l'on a eu l'impression que les autorités tutélaires se déchargeaient également de leur responsabilité, ce qui semble être une attitude générale face aux problèmes posés par les requérants d'asile mineurs et non-accompagnés!

536. Audition sur les motifs d'asile.

L'audition d'un mineur non-accompagné devrait dans tous les cas se dérouler d'une manière adaptée à son âge et à son vécu. Le Haut Commissariat pour les réfugiés a émis des recommandations à ce propos: *la question de savoir comment déterminer si un enfant réfugié non-accompagné répond au critère de statut de réfugié dépend du degré de développement mental et de maturité de l'enfant. Un expert ayant une connaissance suffisante du développement et du comportement psychologique, émotionnel et physique des enfants doit être invité à procéder à l'évaluation nécessaire, étant entendu que les enfants peuvent manifester leur crainte différemment des adultes*²⁹¹.

Le H.C.R. précise par la suite qu'à ses yeux on ne devrait pas entendre les enfants de moins de 16 ans. Il ajoute encore que *l'examineur, agissant avec le concours des experts qui l'assistent, devra prendre une décision quant au bien-fondé des craintes du mineur sur la base de toutes les circonstances connues; celles-ci peuvent le conduire à accorder largement le bénéfice du doute*²⁹². Cette limite des 16 ans révolus pour les auditions recouvre l'article 409 du Code civil suisse: *le pupille est si possible consulté pour tous les actes importants d'administration, lorsqu'il est capable de discernement et âgé de 16 ans révolus.*

Or, l'Office fédéral des réfugiés n'a pas encore conçu un schéma d'audition sur les motifs d'asile spécifiques aux mineurs, et n'a pas non plus donné d'instructions particulières aux cantons chargés de procéder à ces auditions. Il reste donc à développer des outils de travail pour toutes les personnes qui procèdent aux auditions, de manière à les sensibiliser à la problématique des mineurs.

537. Prise en compte de la formation en Suisse.

De grands efforts sont faits pour assurer aux mineurs requérants d'asile l'accès aux écoles et à la formation. Pour des jeunes adolescents, la question d'une formation professionnelle ou supérieure est un enjeu important de leur développement personnel. On peut aussi voir le problème sous un

²⁹¹ Ibidem, § 214.

²⁹² Ibidem, § 219.

autre angle: qu'offre-t-on à de jeunes personnes qui vont passer plusieurs années en Suisse, afin que leur départ ou leur rapatriement puisse se faire dans les meilleures conditions possibles? C'est tout le concept de l'aide au retour qui apparaît ici en jeu.

Nous avons suivi un dossier d'un jeune mineur kurde de Turquie (appelons-le Ahmed), arrivé en Suisse le 21 août 1989. Ce cas nous paraît exemplaire de la façon dont on ne veut pas prendre en compte le bien de l'enfant, compris notamment comme son besoin de recevoir une formation adéquate. Nous allons rapidement présenter nos démarches à son propos.

Malgré le peu d'appui dont il a disposé au départ, il s'est toujours montré coopératif et sérieux. Il s'intègre en Suisse et obtient de bons résultats à l'école, réussissant à entrer en apprentissage. Quand bien même ces éléments ont été allégués lors du recours, la Commission suisse de recours n'en tient pas compte dans sa décision finale intervenue en mars 1993. Par ailleurs, des problèmes existent aussi sur un plan médical, puisque le jeune en question souffre de difficultés cardiaques.

Nous saisissons alors le chef du Service de la police administrative, en demandant que le canton de Vaud permette à Ahmed de terminer son apprentissage, voire transmette une demande d'admission provisoire au vu des problèmes médicaux. L'entrevue accordée par le chef de service ne donne aucun résultat: sa position est que le canton n'a pas de marge de manoeuvre, puisqu'il ne peut pas transmettre une demande de permis pour cas de rigueur et qu'il doit exécuter le renvoi. Sur le plan de la formation comme sur le plan médical, il se contente de dire que le jeune Ahmed est arrivé en fin de procédure d'asile et que toute autre permis de séjour ne peut être envisagé qu'après son départ de Suisse. Il se montre absolument insensible aux questions de protection de l'enfance.

Face à cette fermeture, nous nous adressons au Chef du Département de la justice, de la police et des affaires militaires en lui soumettant le dossier avec les mêmes demandes. La curatrice écrit simultanément à la Justice de paix qui l'a nommée en souhaitant un appui. Le juge de paix a répondu favorablement: *la Justice de paix du cercle de Lausanne, dont relève cette curatelle instituée le 16 novembre 1989 à forme de l'art. 392 al. 3 CC, partage entièrement votre avis sur le fait qu'un refoulement de ce jeune homme serait non seulement catastrophique pour lui, mais mettrait à néant tout l'investissement qui a été fait en Suisse durant près de 4 années pour lui assurer une formation professionnelle et des conditions de vie décentes*²⁹³.

Nous avons transmis cette position du juge au Chef de département et nous attendons toujours une réponse de sa part. Concrètement, le long silence du Conseiller d'État a permis à Ahmed de poursuivre son apprentissage et de se présenter aux examens finaux, ce qui est réjouissant, tant il est vrai qu'une formation professionnelle terminée sera un atout pour lui. La bonne collaboration entre mandataire, curatrice, Justice de paix et assistants sociaux ont certainement conduit à cette issue. Ce qui est négatif est cependant le fait que ce dossier, dont nous espérons pouvoir tirer une jurisprudence ou au moins une directive cantonale, est traité de manière discrétionnaire, ce qui ne permettra pas de poser des principes valables pour d'autres cas semblables.

54. Conclusions

Nous constatons qu'au-delà des bonnes intentions affichées par les autorités suisses d'une manière abstraite, la pratique quotidienne montre que les mineurs requérants d'asile non accompagnés ne sont pas traités comme les autres mineurs vivant en Suisse, indigènes ou étrangers porteurs d'autorisations ordinaires de séjour.

²⁹³ Lettre de la Justice de paix du cercle de Lausanne, du 6 juillet 1993.

Les droits qui sont communément reconnus à ceux-ci ne semblent plus valoir lorsqu'on est en face d'un mineur requérant d'asile. Le régime d'exception qui est réservé aux mineurs qui viennent demander protection à la Suisse vient ainsi mettre en parenthèse ces principes pourtant unanimement considérés comme fondamentaux.

6. Le cas particulier des femmes face à la procédure d'asile en Suisse.

61. Le traitement des aspects spécifiques aux femmes par les autorités compétentes en matière d'asile et la police des étrangers.

Anni LANZ, 7 octobre 1993.

La traduction française a été effectuée par Irène RIBONI, de Neuchâtel, et corrigée par Christophe TAFELMACHER.

611. Introduction

Pour les réflexions qui vont suivre, je me suis basée sur l'étude de 28 cas scandaleux. Étant collaboratrice du centre de conseil pour femmes turques et kurdes "Manolya" et dans d'autres centres de conseil, je connais personnellement presque tous les cas mentionnés. Je suis mandataire d'environ la moitié des femmes et je les connais assez bien.

Une étude sur le traitement des aspects spécifiques aux femmes par les autorités compétentes en matière d'asile et par la police des étrangers me semble être d'une grande importance: en matière de droits des étrangères, tous les processus d'apprentissage qui nous ont amené à affirmer que les femmes sont des êtres qui jouissent des droits de l'homme et qui sont des sujets de droit indépendants n'ont pas eu lieu ou seulement d'une manière rudimentaire. Il me semble qu'au cours du temps, ce processus d'apprentissage est devenu toujours plus régressif en lien avec l'aggravation de la politique d'asile.

Ainsi parmi les cas de Tamoul(e)s expulsé(e)s que nous connaissons (environ 35), ce sont seulement des Tamoules ont été refusées en deuxième instance, l'expulsion ayant été ordonnée. Je connais quatre jeunes femmes célibataires, en partie mineures. Une demande de réexamen a déjà été refusée. On ne trouve nulle part une explication qui permettrait de comprendre pourquoi ce sont plutôt les femmes célibataires qui sont renvoyées que les hommes célibataires. Ceci est d'autant plus scandaleux que les périodiques spécialisés et des rapport d'experts nous informent régulièrement que des Tamoules sont prises de plus en plus par des rafles de police, parce que le LTTE (*LIBERATION TIGERS OF TAMOUL EELAM*) recrute des jeunes femmes pour le service militaire depuis un certain temps. Les Tamoules qui proviennent de la péninsule Jaffna, sujette à la guerre civile, et qui ont vu leurs demandes refusées depuis 1992, invoquent précisément cet état de fait: les *TIGERS* ont exigé des familles leurs jeunes filles pour le service militaire. Ceci semble être une des raisons pour lesquelles de plus en plus de jeunes femmes s'enfuient aujourd'hui vers la Suisse depuis cette région en guerre. Les parents qui ont les connections nécessaires arrangent des fiançailles entre un Tamoul à l'étranger et leurs filles qui sont déterminées à s'enfuir. Ceci semble être la solution qui est la plus facilement acceptée par la société pour laisser une femme célibataire partir. Il se peut que l'autorité suisse compétente ait l'impression que les Tamoules cherchent à obtenir une admission dans notre pays d'une manière trompeuse à cause du phénomène fréquent de l'arrivée ultérieure de "fiancées".

Mais ceci n'explique qu'en partie le renvoi systématique des femmes. Spécialement scandaleux est le renvoi d'une Tamoule de 16 ans, c'est à dire d'une mineure, originaire de la péninsule Jaffna, qui invoque avoir été recrutée par la LTTE pour le service militaire (cuisine). L'Office fédéral constate:

que le (**sic**) requérant aurait pu trouver refuge ou protection sur une autre partie du territoire national dans la sphère d'influence de l'État sri lankais. La Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA) juge dans son refus en deuxième instance: *Surtout, on ne peut pas suivre l'argumentation de la recourante quand elle déclare qu'elle ne pourrait pas vivre seule à Sri Lanka étant mineure.*

Ce qui me frappe dans l'ensemble est que le séjour des étrangères seules était réglé et octroyé plus facilement avant la dernière révision de la loi sur l'asile (LA) il y a quatre ans. En tant que collaboratrices du centre de conseil pour femmes, nous avons exprimé nos craintes lors de l'entrée en vigueur de l'Arrêté fédéral urgent du 22 juin 1990. Nous avons exprimé par des prises de positions publiques que le nouveau règlement de la procédure d'autorisation de séjour en police des étrangers dans la LA (art. 12f, art. 13 alinéa 2 et 3) mettait la fin à la prise en considération des motifs de fuite et des obstacles au renvoi spécifiques aux femmes. L'art. 18 LA ainsi que l'art. 14a de la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) - les deux articles concernent l'admission provisoire - ne sont que rarement considérés dans des contextes spécifiques aux femmes.

La prise en considération des *cas individuels tragiques*, qui nous a été garantie lors des échanges de correspondance avec le Délégué aux réfugiés, avec le Département fédéral de justice et de police (DFJP) et avec l'Office fédéral des étrangers (OFE)²⁹⁴, a été complètement oubliée dans l'intervalle.

Dans leurs réponses, les autorités réagissent à des argumentations spécifiques aux femmes de deux manières: soit elles ignorent tout simplement ces argumentations; soit elles procèdent à des évaluations inadéquates. Nous savons que le chef de la police des étrangers du canton de Bâle-Ville est à chaque fois rendu furieux quand le centre de conseil pour femmes argumente d'une manière spécifique aux femmes. Un autre exemple est donné par cette citation de l'Office fédéral des réfugiés (ODR), tirée d'un préavis sur un recours: *Les autres remarques de la recourante concernant l'inexistence de l'égalité de la femme semblent être absolument dépourvues de pertinence; il est seulement question ici d'une évaluation des déclarations qui est indépendante des sexes.* Cette attitude d'ignorance nous met dans un grand dilemme en tant que conseillères ou mandataires: nous pouvons porter préjudice aux femmes si nous présentons leur demande en rendant justice à leur situation, parce que ceux qui décident ne peuvent pas admettre l'argumentation spécifique aux femmes.

Il est tout à fait possible aussi que des fonctionnaires femmes réagissent d'une manière défensive à ces arguments parce qu'elles trouvent que cette prise de position en faveur des femmes est hostile aux hommes. Mais je constate une émotivité spécifiquement masculine dans la réaction aux argumentations spécifiques aux femmes. Cette émotivité apparaît dans les lettres et les décisions seulement d'une manière filtrée ou au travers de l'ignorance des arguments spécifiques aux femmes ou encore au travers de commentaires paternalistes. Ce facteur émotionnel des hommes est une réalité difficile à gérer pour les mandataires des étrangères.

612. De l'importance de l'état civil des étrangères

L'art. 1 de la Convention de l'ONU *sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, qui n'a pas encore été ratifiée par la Suisse, définit les discriminations des femmes qui sont prohibées. Il y est souligné que l'on ne peut empêcher les femmes de jouir des droits de l'homme, quel que soit leur état civil. Mais ce qui diffère des hommes est que l'état civil des femmes a un rôle déterminant pour le respect ou la mise à ban des femmes par la société. Ceci n'est pas seulement le cas pour des étrangères, mais cela entraîne pour elles des conséquences fondamentales dans la plupart des cas.

²⁹⁴ Lettres du 14.9.1989 et du 22.4.1991.

Ainsi, aucune des femmes mentionnées dans cette étude n'est une femme "normalement" mariée. La seule femme mariée dont l'exemple est donné ici avait été tellement maltraitée par son mari qu'elle s'était enfuie du domicile conjugal; c'est seulement après deux ans et demi qu'elle est revenue chez son mari. Toutes les autres femmes sont célibataires, séparées ou divorcées. Une femme est veuve, mais elle a perdu le respect de sa société parce qu'elle avait été enlevée par des gens qui pratiquent la traite des femmes. Dans la plupart des cas, les étrangères célibataires à partir de l'âge où elles peuvent être mariées, les femmes séparées et les femmes divorcées se défendent en utilisant toutes les possibilités contre un renvoi dans leur pays, parce qu'il n'y a pas de perspectives d'avenir pour elles là-bas, en tant que femme "sans honneur". Les femmes séparées et divorcées séjournent ici depuis quelques années. Leurs mariages ont été rompus ici; la séparation ou le divorce a été prononcé ici.

La police des étrangers et l'autorité d'asile voient usuellement les femmes mariées comme des "annexes" de leur maris. Ceci apparaît déjà dans le fait que les femmes sont le plus souvent incluses dans les procédures d'asile de leurs maris et qu'elles n'ont pas de procédure propre. Elles sont interrogées, mais leurs déclarations n'ont très souvent pas de valeur propre, étant considérées comme complément à l'interrogation du mari. La citation suivante montre ceci (tirée d'un préavis de l'ODR sur un recours): *Dans la décision du... , nous avons démontré que les allégations du mari ne peuvent pas être tenues pour crédibles. Il s'ensuit nécessairement que les éventuelles mesures de persécution que la recourante a invoquées ne peuvent non plus être considérées comme vraisemblables.*

Mais les avocates et les assistantes sociales aussi ont quelques fois les mêmes problèmes. Il est frappant comme mêmes les avocates invoquent quelques fois d'une manière peu insistante des argumentations spécifiques aux femmes. Souvent, les femmes étrangères n'apparaissent pas comme des êtres indépendants ni dans les décisions ni dans les recours. Dès le début, elles sont intégrées dans la procédure d'asile du mari; elles sont renvoyées avec lui, même si c'est seulement le comportement mari qui a justifié une décision de renvoi (voir plus bas § 615: obstacles au renvoi et procédure de réexamen; et § 616: les épais dossiers des femmes violées).

Souvent, tant les personnes privées que les autorités publiques ont la même manière paternaliste de voir, lorsqu'ils argumentent par exemple qu'une femme dépend de l'aide sociale et qu'à cause de cela, on ne peut pas parler d'intégration. Ici, on oublie la situation précaire des étrangères seules qui ne doivent pas seulement pourvoir à leur entretien, mais aussi à celui de leurs enfants. Or, il est difficile de combiner l'éducation des enfants avec une activité lucrative. Étant donné que le choix des emplois offerts à elles est très limité, elles ne trouvent pas les solutions flexibles qui sont nécessaires pour s'occuper des enfants d'une manière plus ou moins satisfaisante. Des mères qui reçoivent de l'aide sociale parce qu'elles éduquent seules leurs enfants sont considérées en règle générale par les autorités publiques comme une charge insupportable.

Moi-même, j'ai fait peu de demandes de permis de séjour à la police des étrangers pour des hommes seuls séjournant en Suisse depuis plusieurs années. Même si, après avoir discuté avec eux, j'ai pu considérer leur renvoi comme extrêmement dur et inhumain, je l'ai trouvé plus raisonnable que le renvoi de femmes seules. L'expulsion menaçant des femmes seules m'a à chaque fois accablé énormément et je me suis engagée pour elles sans limite, contrairement à mon engagement pour les hommes. Malgré cela, je n'ai réussi que très rarement à Bâle-Ville depuis mars 91 à obtenir une autorisation de la police des étrangers pour des femmes seules, tandis que nous avons obtenu une telle autorisation plus souvent pour ces hommes seuls. Les hommes que j'ai représentés ne devaient pourvoir qu'à eux-mêmes, ils ne devaient pas soutenir de la famille dans leur pays ou en Suisse et ainsi, ils pouvaient se consacrer à leur travail sans aucun empêchement. Les employeurs leur ont

établi des certificats de travail excellents. (...). La situation pour les femmes étaient totalement différente. Celles qui avaient des enfants connaissaient aussi de grands problèmes avec le logement, le travail et les finances. En règle générale, ces femmes sont capables de trouver des solutions pour leurs problèmes à long terme afin de ne pas devoir revenir vers un rôle de femme réprimée. Vu qu'elles sont souvent responsables de leurs familles, elles essaient tout pour gagner la bataille de la survie en Suisse. Quelques femmes cependant tombent malade à cause de ce surmenage.

Dans cette corrélation, j'aimerais signaler le rapport d'une professeur d'école concernant une famille renvoyée et expulsée. Les parents vivaient heureux dans un village suisse, sans problèmes économiques; leurs deux enfants allaient à l'école. Puis le renvoi est exécuté. La famille réussit à sortir de l'aéroport pendant l'escale à Lisbonne. Le père de famille et les enfants reçoivent la nationalité portugaise après un certain temps. La femme reste sans papiers. Sa situation reste incertaine et devient encore plus difficile quand le mari quitte sa famille. Dépourvue de statut de séjour assuré, cette femme a besoin chaque jour de trois heures pour se rendre au travail et elle est obligée de laisser les enfants sans surveillance. A la fin du rapport, on peut lire: *Il me semble que la situation de XXX est extrêmement difficile. Ne pas savoir où et comment elle a le droit de vivre avec ses enfants lui coûte beaucoup de force et l'atteint dans sa substance.* Une lettre reçue de Madame XXX conclut avec les paroles: *Je n'ai pas envie de vivre ... seulement de pleurer.*

On pourrait généraliser ainsi la perception de l'état civil des étrangères:

1. Comme femmes dans le cadre d'une famille "intacte", les étrangères ne sont pas perçues comme des personnes indépendantes.
2. Si les liens de famille sont rompus, les étrangères qui doivent pourvoir aux enfants sont considérées comme une charge insupportable parce qu'elles dépendent de l'aide sociale. Si le mari a commis un délit, la femme est expulsée avec lui, même si une séparation ou un divorce est prononcé ou en cours.
3. Les étrangères célibataires et divorcées sont traitées de la même manière que les hommes étrangers, bien que le respect ou la mise à ban par leur société soient différents selon le sexe.

On remarque en outre que:

- dans la procédure d'asile et d'admission provisoire, on ne pose pas de questions concernant des motifs de fuite ou des obstacles au renvoi spécifiques aux femmes; dans le cas où ces motifs ou obstacles sont invoqués, ils sont ignorés ou ils ne sont pas pris au sérieux;
- les représentant(e)s d'oeuvre d'entraide ainsi que les mandataires hésitent à instruire ou à faire instruire les obstacles au renvoi spécifiques aux femmes, omission qui a des conséquences graves;

613 Des obstacles au renvoi spécifiques aux femmes

A la fin de son étude "Persécution de femme et définition du terme de réfugié", Christina HAUSAMMANN évoque les obstacles au renvoi et la protection contre le renvoi pour les femmes (p. 40, 41). Selon mon expérience, les obstacles au renvoi spécifiques aux femmes sont plus importants que les motifs d'asile spécifiques aux femmes. C'est pourquoi ce chapitre devrait être élargi et précisé.

Christina HAUSAMMANN conclut le chapitre avec ce conseil: *Selon le devoir d'instruction qui vaut pour toute la procédure d'asile, les autorités d'asile doivent contrôler elles-mêmes s'il y a des obstacles au renvoi. Ceci exige qu'on parle déjà dans l'audition sur les motifs des circonstances qui laissent paraître le renvoi impossible ou raisonnablement inexigible. A cette occasion une attention spéciale doit être nécessairement apportées aux femmes seules. Si un réseau de relations n'existe pas, par exemple parce que la femme a été répudiée par sa famille pour un outrage aux bonnes moeurs, les perspectives d'avenir pour la femme doivent être abordées au cours de l'audition, vu*

que dans beaucoup de pays les femmes seules n'ont quasiment pas de possibilité d'avoir une existence humaine.

Dans la plupart des cas de femmes en procédure d'asile, on n'a pas éclairci dans quelle mesure un outrage aux bonnes mœurs a eu lieu, ni dans quelle mesure un réseau de relations existe et si il est efficient. Il est frappant aussi que les représentants d'oeuvre d'entraide ne posent que rarement des telles questions. Ceci m'a frappé au plus haut point dans les procès-verbaux des auditions de Tamoules seules provenant des régions de guerre civile, vu qu'on les expulsera dès que le Sri Lanka aura signé les accords de rapatriement, sous le prétexte que la liberté d'établissement est garantie dans ce pays sur tout le territoire national.

Dans les auditions cantonales, une seule question se réfère aux obstacles au renvoi. Elle est posée à la fin de l'audition, après les motifs d'asile et les informations sur le déroulement de la procédure. La question porte le titre: "Droit d'être entendu concernant le renvoi et le rapatriement". Sous ce titre, les requérants d'asile doivent se déterminer dans l'hypothèse où ils devraient quitter la Suisse après une décision finale ou qu'ils seraient rapatriés s'ils ne quittent pas volontairement la Suisse. Après avoir exposé ces sombres perspectives, on demande aux requérants textuellement: *Comment est-ce que vous vous déterminez à ce sujet? Est-ce qu'il y a d'autres raisons qui s'opposent au renvoi dans votre pays (principe du non-refoulement)?*

Outre le fait que le contenu de la parenthèse (soit l'expression "principe du non-refoulement") se perd dans l'audition, et sans que nous puissions savoir ce que les traducteurs font de cette question formelle et inquiétante, il faut dire que les personnes concernées ne comprennent pratiquement jamais l'importance de cette question sur le non-refoulement. Le plus souvent, elles donnent des réponses très générales, comme: *Dans mon pays il y a des difficultés. Je ne peux pas y vivre. Si je peux vivre ici ce sera paisible pour moi.* (jeune Tamoule célibataire de la péninsule Jaffna) Ou: *Si je dois partir, je partirais, mais c'est difficile. Je suis témoin de Jéhovah. Je ne peux plus retourner dans mon pays. Si vous me dites que je dois partir, je le ferai.* (jeune Tamoule célibataire de la péninsule Jaffna.) Ou: *Je ne sais pas ce que je pourrais faire dans un tel cas.* (jeune Tamoule célibataire de Jaffna-City.) Aucune de ces trois Tamoules n'avait de famille hors de la région en guerre civile. Ou: *Si vous me renvoyez dans mon pays je me jette dans le fleuve. Je suis une femme qui habite seule ...* (l'écriture de l'auditeur n'est pas lisible) *Où est-ce que je dois aller?* (femme célibataire de 40 ans de la Turquie).

Usuellement, on ne procède à aucune mesure d'instruction complémentaire concernant cette question qui est quand même le fondement d'une des deux décisions rendue en fin de la procédure. Souvent, les requérants pensent que cette question leur donne seulement l'occasion d'exprimer d'autres motifs d'asile et ils répondent: *Non* (Tamoule célibataire de Jaffna-City) Ou: *Je n'ai pas d'autres motifs* (Kurde veuve, malade de cancer)

614. Des motifs de fuite et des obstacles au renvoi spécifiques aux femmes au cours de l'audition

Les obstacles au renvoi des requérantes d'asile qui existent déjà au moment de l'audition ne sont pas pris en considération pendant la procédure d'asile. Ni les autorités compétentes en matière d'asile ni les oeuvres d'entraide ne se rendent suffisamment compte qu'il est nécessaire de connaître la situation politique et sociale concernant les rôles des différents sexes pour pouvoir faire une audition de qualité.

Avec quelques extraits d'un procès-verbal d'un interrogatoire, j'aimerais illustrer cette nécessité. La femme interrogée est une Kurde de 40 ans qui a été violé comme jeune fille à 14 ans par le grand propriétaire; après elle a été gardée chez lui comme deuxième femme qui devait enfanter. La

femme officielle et légale n'avait pas d'enfant et, en Turquie, la polygamie est interdite par la loi. La deuxième femme enlevée était considérée comme célibataire; le premier enfant a été enregistré comme illégitime, ses cinq autres enfants ont été enregistrés comme les enfants de la femme légale. Ainsi, dans le registre des familles on a pu lire qu'elle était mère célibataire d'un seul enfant. De jure elle est mère d'un unique enfant, de facto elle est mère de six enfants. La femme interrogée avait subi des mauvais traitements et elle avait été tenue comme esclave pour des relations sexuelles et pour produire des enfants. Quand les enfants sont devenus plus grands, elle s'est enfuie chez sa famille, puis en Suisse. Son père avait dénoncé le grand propriétaire pour avoir enlevé sa fille après le premier viol, mais celui-ci a corrompu la police et la procédure a été suspendue. De facto, il y a beaucoup de mariage polygames en Turquie et les deuxièmes femmes n'ont aucun droit, parce que juridiquement elles n'existent pas.

L'auditeur a essayé tout de suite d'éclaircir cette contradiction étrange avec le témoignage du fils (qui était aussi requérant d'asile en Suisse) qui disait avoir les mêmes parents que ses cinq frères et soeurs. La femme interrogée par contre insistait sur le fait qu'elle n'avait qu'un seul fils. Elle avait extrêmement honte de son passé et c'est seulement quatre ans plus tard qu'elle a parlé spontanément de ses anciennes relations familiales.

Q: Votre fils a un autre nom que vous. Comment est-ce que vous l'expliquez?

R: Je vivais avec l'homme en concubinage, après j'ai eu l'enfant. Les autorités turques ont exercé des pressions. C'est pourquoi on a attribué l'enfant à mon mari et non pas à moi.

Q: Votre fils a dit qu'il a encore cinq frères et soeurs et que vous êtes leur mère.

R: Peut-être il a parlé d'une autre famille.

Q: C'est justement ce qu'il n'a pas dit. Il a dit qu'il a cinq vrais frères et soeurs du même père et de la même mère et avec le même nom.

R: Le même nom, c'est tout à fait possible vu que son père s'est marié. Ils doivent être de l'autre mère. Certainement pas de moi, je n'ai que cet enfant.

Q: Alors vous dites que vous n'étiez pas mariée et votre seul enfant est lui? J'aimerais retenir ceci. Parce que lui, il a dit que les frères et soeurs sont de la même mère et du même père.

R: Non, ceci est faux. Je ne me suis jamais mariée. Je n'ai qu'un seul enfant et je l'ai envoyé à l'école.

...

Q: Et est-ce qu'il (le père de l'enfant) a épousé quelqu'un autre?

R: Il s'était marié avant. Il l'avait épousé (l'autre femme) avant. Et après il vivait de nouveau avec elle.

Q: Et quelle autorité a fait l'enregistrement sous le nom du père?

R: Je ne vous comprend pas.

Q: Vous m'avez dit que l'autorité a exercé des pressions et qu'elle a enregistré le nom de cette façon contre votre volonté.

R: Oui.

Q: Alors quelle autorité?

R: Je ne vous comprend pas.

Q: Où est-ce que vous avez accouché, à la maison ou à l'hôpital?

R: A la maison à ... Qui nous emmène à l'hôpital?

Q: Qui a fait enregistrer sa naissance?

R: Son père.

Q: Est-ce qu'il a reconnu l'enfant?

R: Il disait qu'il voulait le reconnaître.

Q: Est-ce que ce n'était pas mieux pour l'enfant qu'il veuille le reconnaître?

R: Mais son père ne l'aide pas du tout.

...

R: Pourquoi est-ce que je ne pouvais pas me marier? Pourquoi est-ce que je ne pouvais pas donner mon nom à l'enfant? Parce que les lois ne sont pas correctes! Si l'État était correct, une femme pourrait se séparer de son mari sans être tuée tout de suite. C'est parce que les lois ne sont pas correctes.

Q: Je ne vous comprends pas tout à fait. Vous n'avez pas pu vous marier parce que l'homme était déjà marié...En Suisse aussi, quand un homme a déjà une femme, il ne peut pas non plus en épouser une deuxième.

R: Il a quitté cette femme et il s'est marié de nouveau.

Q: Il me semble que ce n'est pas la faute de l'État turc.

R: Si, le gouvernement est coupable.

Q: Est-ce que vous voulez dire encore quelque chose, quelque chose que je n'ai peut-être pas demandé?

R: Au moment où l'on donne de l'argent aux autorités turques, on peut tout faire.

Représentant de l'oeuvre d'entraide: Vous avez raconté à votre avocate que vous étiez en prison en 1986...

Avec cette question, le représentant d'oeuvre d'entraide, fixé sur des clichés des réfugiés hommes, a interrompu la trace des événements réels que la femme interrogée avait donnée. Il semble qu'il a encore moins compris la situation que l'auditeur. Dans la décision sur l'asile, on ne trouve aucun mot concernant la situation familiale de l'intéressée et ses allégations. Elle est considérée comme non digne de foi. Suite à ma requête, l'Office fédéral des réfugiés a octroyé l'admission provisoire à cette femme, peu après la publication du texte présent; j'ai tout de même dû me battre pendant deux ans pour obtenir ce résultat.

Cependant, et je ne veux pas passer ceci sous silence, j'ai assisté une fois à une excellente audition d'une Kurde qui était venue en Suisse pour fuir une mafia de traite de femmes. C'était une auditrice compétente au centre d'enregistrement, qui parlait le turc. Elle a réussi à faire parler la requérante d'asile avec beaucoup d'habileté et d'intuition et celle-ci ne s'est arrêté de parler qu'après trois heures. Il n'y avait pas de traduction pendant l'interrogatoire. C'est pourquoi il n'a pas fallu interrompre l'intéressée tout le temps. Toutes celles qui étaient présentes écoutaient d'une manière fascinée le récit de cette femme qui s'était enfuie pour des raisons spécifiques aux femmes. Ainsi des événements apparaissaient, que la mandataire ne connaissait pas encore. Par exemple, la femme interrogée décrivait comment on l'avait contrainte à la prostitution, comment elle avait résisté et comment on avait brisé sa volonté. Elle racontait comment elle s'était révoltée, ce qui avait entamé une punition et ses nombreux essais désespérés mais vains de trouver de l'aide auprès de la police. On a pris note de sa description d'une manière détaillée.

Cependant, sa demande d'asile a été refusée; mais on lui a octroyé une admission provisoire. Justification du refus d'asile: - que *l'enlèvement, la privation de liberté et la contrainte que la requérante a dû subir sont une grande tragédie personnelle, mais qu'ils ne constituent pas l'un des motifs mentionnés à l'art. 3 de la Loi sur l'asile (LA), - qu'il s'agissait bien plus de faits criminels émanant de tiers privés et non de personnes qui exercent l'autorité publique, - que le refus d'une poursuite pénale par la police est un délit, - que ce refus cependant doit être considéré comme une erreur d'un policier individuel pour laquelle l'État turc n'est pas responsable, - que le récit de la requérante ne remplit pas les conditions de reconnaissance du réfugié selon l'art. 3 LA, - que dans ces circonstances il n'est pas nécessaire d'examiner la crédibilité de son récit...* Malgré l'octroi d'une admission provisoire, j'ai formé recours contre cette décision. Presque un an et demi après l'envoi de recours, j'ai demandé à la CRA de prononcer enfin une décision. La CRA écrit: *Nous vous informons qu'il n'existe pas d'arguments juridiques qui rendent possible une décision rapide sur le recours mentionné.*

Avec cette manière d'argumenter, on nie l'importance pour l'asile des motifs de fuite spécifiques aux femmes, même s'ils sont exprimés au cours d'une bonne audition, comme Christina HAUSAMMANN le démontre dans son étude: "Persécution de femmes et le terme du réfugié" (p. 43).

615. Obstacles au renvoi et procédure de réexamen

Mme. A.E., Kurde célibataire de 28 ans, étant en Suisse depuis six ans, fait face à la vie ici d'une manière souveraine. Elle se défend avec tous les moyens contre son retour. Dans la décision de deuxième instance de la CRA qui a été prise cinq ans après la demande d'asile, on argumente qu'il est raisonnable d'exécuter le renvoi: *On peut bien attendre d'elle le retour en Turquie, vu qu'il n'y a pas d'indication d'un danger concret pour sa personne. En outre, elle se trouve là-bas dans son cercle culturel d'origine, de sorte qu'il ne devrait pas être difficile pour elle de s'adapter rapidement de nouveau.*

A la lecture de la décision, on ne peut pas savoir s'il y avait dans le recours des arguments spécifiques aux femmes. L'avocat informe A.E. qu'il ne pourra plus rien faire pour elle. Un autre avocat écrit une courte demande de permis pour cas de rigueur excessive, dans laquelle il invoque qu'aucun réseau de relations existe et en conséquence les difficultés qu'elle doit attendre comme femme célibataire de 28 ans. Il montre comment elle est devenue une femme indépendante et autodéterminée en Suisse. Voici la réponse de la police des étrangers du canton de Bâle-Ville: *les allégations invoquées dans votre demande ont déjà été considérées dans la procédure d'asile et ne contiennent pas de nouveau critères pour un règlement de séjour selon l'art. 13 lettre f OLE.* Extrait d'une autre lettre: *Après l'examen du dossier nous concluons qu'il n'y a pas de raisons*

humanitaires in casu qui pourraient fonder une demande d'autorisation de séjour auprès du Conseil fédéral de la part d'une autorité.

Les allégations spécifiques aux femmes sont ignorées catégoriquement par les fonctionnaires cantonaux masculins. Une fonctionnaire est enfin d'accord de parler personnellement avec A.E. Elle nous informe ensuite qu'elle veut s'engager en faveur d'une autorisation de séjour humanitaire. L'Office fédéral des étrangers la refuse parce que la procédure d'asile est terminée. On informe A.E. et on lui fixe un nouveau délai pour quitter la Suisse. La police la recherche, même dans le centre de conseil pour femmes "Manolya", bien qu'avant la fin du délai du renvoi nous ayons fait recours contre l'exécution du renvoi avec une demande d'effet suspensif. Peu après l'effet suspensif a été accordé. Un demi an plus tard nous recevons du DFJP une décision négative pour des raisons juridiques formelles. L'expulsion est préparée et retardée deux fois.

Nous écrivons sans beaucoup d'espérance un recours contre la décision négative sur la demande de réexamen qui vient peu après la décision du DFJP. A.E. a reçu au dernier moment une admission provisoire suite à une décision de la CRA sur le recours. C'était peu avant son expulsion qui avait été reportée plusieurs fois à contrecœur par la police des étrangers. Cette lutte a duré plus de deux ans!

Très semblable est le cas de A.D., une Kurde célibataire de 28 ans qui est entrée en Suisse il y a six ans et qui s'est construite ici une existence indépendante. Sa résistance contre un renvoi a pour conséquence l'apparition des troubles psychosomatiques. Son avocate présente une demande de réexamen où elle invoque, outre la situation de guerre civile dans son pays, des obstacles au renvoi spécifiques aux femmes. Elle parle du réseau social inexistant dans son pays et de l'impossibilité de survivre là-bas en tant que jeune femme célibataire. Ni le canton ni l'ODR n'admettent cette argumentation et ni l'une ni l'autre autorité n'entrent en matière sur la demande.

Les deux femmes A.E. et A.D. avaient dû entrer en clandestinité, mais elle ont pu reprendre une vie normale, parce que l'exécution du renvoi a finalement été suspendue.

Mme A.G. a dû également passer à la clandestinité. Elle est une Kurde célibataire de 19 ans, en Suisse depuis trois ans. Ayant été violée deux fois dans un centre d'hébergement, elle a perdu sa force psychique et sociale. J'ai fait sa connaissance peu après son premier essai de se suicider et je peux attester la crédibilité de ses déclarations. Son avocate a invoqué les viols et les a prouvé avec des certificats médicaux comme motifs intervenus après la décision d'asile de deuxième instance et a demandé l'admission provisoire ou l'autorisation de séjour pour cas de rigueur. La CRA a répondu dans sa décision: *Les viols invoqués ne sont pas des faits pertinents pour la révision parce qu'ils se sont passés soi-disant pendant la procédure d'asile et ils auraient pu être invoqués déjà dans cette procédure. L'allégation tardive met en doute la crédibilité des viols invoqués. Ces doutes ne peuvent pas être dissipés en disant que la peur et la terreur de l'ignominie soufferte ont empêché l'allégation en temps utile.*

Dans sa décision sur une même requête adressée à lui, l'ODR s'est simplement référé à cette argumentation de la CRA sans formulation propre. Contre cette décision, l'avocate a formé un autre recours et elle a reçu pour la deuxième fois par décision préjudicielle une demande d'avance de frais de 800.- FS. Le paiement était une condition pour l'entrée en matière sur le recours. L'ODR ainsi que la CRA ont proposé la non-entrée en matière sur le recours. L'ODR se réfère aux argumentations de la CRA sans donner d'autre motivation. La CRA répète presque mot par mot la même motivation; l'expression *les prétendus viols* revient également. Par contre, nouveau est le reproche suivant: *...la recourante n'a pas dénoncé les viols et elle n'a jamais indiqué les noms des violeurs prétendus ou le moment du délit pendant la procédure d'asile.* Dans la décision du recours

on trouve comme nouvelle constatation et quasiment comme circonstances atténuantes que la recourante a dit dans l'audition sommaire du centre d'enregistrement *qu'elle a plus ou moins 18 ans et que le registre était faux. Cela veut dire que la recourante est aujourd'hui une femme de 21 ans et donc majeure.*

D'un autre côté, même quand on invoque des obstacles au renvoi spécifiques aux femmes déjà pendant la procédure d'asile, ils ne sont pas considérés comme il le devraient. Nous avons déjà vu deux exemples dans au § 614.

Ainsi A.C., entrée en 1989, invoquait déjà pendant l'audition des obstacles au renvoi spécifiques aux femmes. Elle a épousé - mais pas devant le bureau d'état civil - un Kurde (originaire du même village) en 1989, elle a eu un enfant de lui et elle l'a quitté en 1992. L'ODR répond: - *que la requérante a invoqué devant l'ODR qu'elle ne pourra pas rentrer en Turquie parce qu'elle a peur de la famille de son prétendu mari, - que ces allégations ne sont pas pertinentes au regard de l'art. 3 LA parce qu'il s'agit de problèmes uniquement personnels de la requérante.* Dans la motivation de la décision de renvoi, l'ODR ne s'y réfère plus, mais constate seulement, avec l'élément de texte précomposé standard: *que d'après le dossier il n'y a pas d'indication que la requérante court le danger de subir une peine ou un traitement interdit par l'art. 3 de la CEDH.*

La CRA ne considère pas les allégations spécifiques aux femmes de A.C. parce que son mari n'est pas enregistré en Suisse et qu'en conséquence A.C. n'a pas établi la vraisemblance de cette affirmation. Sans considérer que A.C. courrait le danger d'être grandement discriminée dans son pays comme mère célibataire / séparée, on a rejeté aussi les demandes de nouvel examen ultérieures. Dans une demande de nouvel examen avec une demande d'admission provisoire, l'avocate se réfère à l'argumentation de la CRA en signalant que le mari était enregistré avec une fausse identité. Elle explique d'une manière très détaillée les perspectives d'avenir de cette femme seule qui entre-temps vit en Suisse depuis six ans et qui a exercé une activité lucrative jusqu'à son renvoi. L'ODR répond en rejetant la demande: *En ce qui concerne les difficultés personnelles de la requérante invoquées dans la demande en relation avec le père de son fils et avec la famille du père en Turquie, il faut indiquer que ce point a été traité déjà dans notre décision du... C'est pourquoi nous nous référons ici à ces motivations. Il n'y a pas de nouveaux éléments dans la demande qui font apparaître la situation de la requérante sous un jour nouveau.* L'instance de nouvel examen considère la longue durée du séjour en Suisse d'une manière séparée et neutre en ce qui concerne le sexe, se limitant à se référer à la décision d'asile de la CRA.

Quant à la CRA, elle écrit en forme masculine: *Il peut être insatisfaisant que les requérants d'asile doivent quitter la Suisse après le refus définitif de la demande d'asile, le cas échéant après une longue durée du séjour en Suisse; mais ceci est la conséquence logique du fait que l'autorisation de séjour selon l'art. 19 al. 1 LA n'a qu'un caractère provisoire limité à la durée de la procédure d'asile et qu'elle perd sa validité quand à la fin de la procédure il est certain que le requérant a invoqué à tort des motifs d'asile. C'est pourquoi en principe il n'est pas injuste - sous réserve de cas de rigueur - qu'un requérant d'asile refusé doive rentrer dans son pays aussi après un séjour de plusieurs années en Suisse et qu'il doive supporter les difficultés sociales et professionnelles au cours de sa réintégration dans sa culture d'origine. Le fait que la recourante se trouve en Suisse depuis ...87 n'emmène pas à une autre conclusion.*

La référence à la culture d'origine se rapproche de ce que la police des étrangers du canton de Bâle-Campagne a constaté dans le cas de A.H. en 1990: *une situation économique mauvaise ou un manque de moyens financiers, ainsi que d'autres moeurs et coutumes dans le pays d'origine ne constituent pas un cas de rigueur.* Il est très délicat d'argumenter avec cette notion de culture d'origine, où l'on serait censé vivre mieux, mais la CRA y recourt quand même volontiers. Les

Chambres IV et VI utilisent cet argument. On peut se référer aussi au cas de A.E. au début de ce chapitre. Vu le débat actuel dans le monde politique sur l'universalité des droits de l'homme, opposée à la primauté des moeurs et des lois qui discriminent les femmes sous couvert de la culture, cette manière d'argumenter semble être un peu anachronique. Lors de la Conférence de Vienne sur les droits de l'homme en juin 1993, la Suisse officielle et le Conseiller fédéral COTTI ont insisté sur le renforcement des droits de l'homme protégeant les femmes contre des discriminations religieuses et culturelles. Cependant il semble nécessaire de débattre publiquement de ces problèmes aussi en Suisse pour que l'esprit de ces droits fondamentaux puisse inspirer les différentes chambres de la CRA.

Il est intéressant de lire la motivation d'une décision d'octroi d'admission provisoire pour une mère célibataire du Liban. L.A. est entrée en Suisse environ deux ans plus tard que A.C. Toutes deux A.C. et L.A. ont eu leurs enfants ici et invoquent maintenant les sanctions qui les attendent si elles doivent rentrer dans leur pays. Tandis que A.C. a peur de l'enlèvement de son enfant par la famille du père en plus d'une mise à ban sociale, L.A. a peur d'une peine grave à cause de l'atteinte qu'elle a portée aux bonnes moeurs. Tandis qu'il insistait toujours sur le renvoi de A.C., l'ODR a considéré que l'exécution du renvoi de L.A. vers le Liban n'était pas raisonnablement exigible pour le moment. L'ODR concède: *que selon la pratique habituelle de l'ODR l'art. 3 CEDH comprend seulement une persécution étatique...- considérant les circonstances personnelles, nous sommes prêts à réexaminer en partie notre décision du ... en tant qu'elle concerne le renvoi*, ce qui a pour conséquence qu'une admission provisoire est octroyée. Le fait que l'exécution du renvoi est conforme à l'art. 3 CEDH en cas de traitement inhumain et en cas de torture s'ils ne sont pas commis par l'État, et le fait que seulement la clause de l'exigence raisonnable de l'art 14 LSEE protège la personne dans un tel cas contre le renvoi, est une finesse d'interprétation certainement peu connue.

L'évaluation de l'ODR dans le cas de la demande de réexamen de Mme A.B. semble être assez peu convaincante. A.B. et ses deux enfants sont en Suisse depuis six ans. Son mari a perdu en Suisse son équilibre psychique et il est devenu dépendant de drogues. A chaque fois, il prenait l'argent de sa femme avec violence pour se procurer de la drogue. Longtemps la femme a essayé de "sauver" son mari et de l'aider à mener une vie normale, jusqu'à ce qu'elle et ses enfants ne supportent plus la vie avec lui. Elle a obtenu la séparation et elle est en train d'obtenir le divorce. L'ODR a répondu à sa demande d'admission provisoire pour elle-même et les enfants: *Dans ce cas, il faut constater que le mari semble vouloir retourner chez sa famille et pourvoir à son entretien. ... Un retour du mari seul en Turquie aurait pour conséquence non seulement sa résistance exaspérée, mais aussi l'impossibilité de sa resocialisation et de sa réintégration désirée dans son pays*. On n'a pas du tout considéré tous les obstacles au renvoi spécifiques aux femmes invoqués dans la demande d'une manière détaillée et bien documentée. L'autorité n'a visiblement considéré que le seul bien du mari, qui était alors en prison, ce qui a été critiqué dans le recours. La mandataire a indiqué que la femme ne voulait pas resocialiser son mari dans leur pays vu qu'elle avait été très longtemps maltraitée par lui. Elles ont prouvé cette volonté et les faits avec le document de séparation et des certificats médicaux. La CRA n'a pas maintenu cette argumentation cavalière. Mais elle a décidé, malgré les avis d'expert, les attestations et les nombreux certificats, que la manière d'argumenter de la recourante *se réfère seulement à des simples suppositions et hypothèses et en conséquence elle ne peut pas prouver ou fonder un intérêt personnel prédominant pour une prorogation du renvoi*. La CRA a ordonné: *Votre cliente doit attendre la décision de son recours à l'étranger*. Elle a attendu hors de Suisse une décision au recours. Pendant de longs mois, cette femme a vécu avec ses deux enfants en cachette dans un pays de l'Europe occidentale. Son mari vit dans son village d'origine. La femme n'a pas osé pas y retourner. Ses fils n'ont pas pu aller à l'école, car ils étaient des enfants clandestins. Après un an et demi environ, la décision est tombée...

616. Les épais dossiers des femmes violées.

Comme Mme A.G. dans le dernier chapitre, les étrangères qui invoquent dans leur procédure avoir souffert des viols ont souvent des dossiers très volumineux. C'est parce que l'autorité ne croit pas au viol invoqué. Il faut toujours présenter de nouveaux rapports d'expert et des témoignages. La femme concernée est interrogée encore et encore sur cette expérience traumatisante. Tout est noté dans le procès-verbal d'une manière détaillée, et malgré tout, l'autorité compétente ne considère pas les déclarations comme assez probantes.

Il y a environ deux ans, j'ai vu encore qu'une requérante d'asile qui ne pouvait pas parler directement du viol souffert a reçu l'asile sans beaucoup de difficultés. Cependant avec le durcissement de la politique en matière des étrangers, les étrangères ne peuvent presque plus invoquer auprès de l'autorité les viols subis. Le cas de A.P. n'est pas encore terminé. Tout de suite après sa demande d'asile, elle est allée dans une clinique psychiatrique parce qu'elle souffrait de troubles psychiques. Ces troubles étaient la conséquence d'un viol subi peu avant dans son pays sous les yeux de son père (elle parle d'une tentative de viol). Pour être précis, c'est nous, dans le centre de conseil, qui avons constaté ces troubles psychiques de A.P., et qui l'avons adressée à la clinique psychiatrique. Les médecins ont constaté: *des troubles posttraumatiques comme conséquence ... de plusieurs mauvais traitements*. Ils ont conseillé une pharmacothérapie et une psychothérapie.

A.P. n'a jamais pu parler de son expérience dans les auditions auprès des autorités. Elle avait des difficultés de compréhension et de concentration. Par contre, dans les discussions psychothérapeutiques et les interrogations des experts psychiatriques, elle a pu raconter sa vie d'une manière logique et détaillée sans oublier quelque chose. Ces experts avaient été mandatés par la CRA. Cependant l'ODR a mis en doute leur compétence. La collaboratrice compétente de l'ODR constate dans son préavis sur le recours: *Les experts en psychiatrie comme les autorités compétentes en matière d'asile ont les allégations de la recourante comme seul fondement pour évaluer sa crédibilité. Ils n'ont pas la grande expérience dans l'audition de requérants d'asile venant de cultures étrangères ni la connaissance spécifique des pays de l'ODR. Ceci est démontré par leurs conclusions peu contraignantes*. La collaboratrice de l'ODR tire alors ses propres conclusions qui sont opposées à celles des experts.

L'ODR écrit deux préavis sur les recours à propos des deux rapport médicaux, prises de position signées de la même personne. Il est constaté dans les deux: *qu'on ne peut reconnaître aucune force probante au certificat médical et que le rapport psychologique d'expert ne peut pas servir comme moyen de preuve de la tentative de viol alléguée*. Il est remarquable que l'instance de décision demande des moyens de preuve pour une expérience qui n'est pas prouvable. Une telle expérience peut seulement être décrite d'une manière plausible et on peut en constater les conséquences. Mais comme pour la torture, il y a rarement des témoins oculaires d'un viol. Le rapport de causalité entre un viol et des troubles psychiques doit être supposé à cause de différents indices. Le rapport d'expert le fait dans le cas de A.P. L'ODR cependant en vient à une autre conclusion que les experts psychiatriques. L'ODR semble se reconnaître l'infailibilité du Pape, comme le directeur du centre d'enregistrement à Bâle qui prétend savoir si les requérants d'asile mentent seulement en regardant dans leurs yeux.

617. Les étrangères perdent leur capacité de sujet de droit par le mariage

Le cas de A.F. ressemble aux cas des Kurdes A.C. et A.B. Celles-ci s'étaient séparées de leurs maris et vivaient d'une manière indépendante avec leurs enfants. La Kurde A.F. a vécu en Suisse pendant cinq ans. Elle a eu un enfant illégitime après son divorce. Son mariage avait duré deux ans. A la différence de A.C. et A.B., elle avait une bonne formation scolaire, elle avait été au lycée, et elle avait développé une autre image du rôle de la femme que sa famille traditionnelle. Comme ses

collègues masculins, elle participait à des activités politiques, ce qu'elle a continué en Suisse. Par exemple, elle a participé à l'occupation d'une institution turque ce qui lui a valu une procédure pénale. La famille de A.F. avait de l'influence en politique et son père ne tolérait pas la présence de sa fille qui se faisait remarquer d'une manière qui lui déplaisait. Elle a dû partir.

En 1989, elle est venue en Suisse où elle a fait la connaissance d'un homme qu'elle voulait épouser. Elle a commencé avec lui une relation semblable au mariage. Un an plus tard, elle a dû quitter la Suisse après une décision d'asile négative. Mais sa famille ne voulait plus rien savoir d'elle et en plus elle a appris que son futur mari ne voulait plus l'épouser. A.F. a essayé de se suicider et elle a dû aller à l'hôpital. Finalement, l'homme voulait de nouveau l'épouser. A.F. est venue en Suisse et ils se sont mariés au bureau de l'état civil. Après la naissance de leur enfant, le mari a commencé à devenir violent. Il voulait se débarrasser de sa femme et a demandé la séparation juridique. Cela aurait été une solution simple pour lui parce qu'il espérait que A.F. retournerait en Turquie. La situation pour A.F. était encore plus précaire qu'avant son mariage. Elle était répudiée dans les deux pays et elle avait un enfant. Il y avait des querelles dures. Face aux attaques de son mari, A.F. devait se mettre en sûreté sans cesse. Puis la police des étrangers du Canton de Bâle-Ville a ordonné:

Le ..., M. F. a reçu une autorisation de séjour humanitaire selon l'art. 13 f OLE dans le cadre de la diminution du nombre des dossiers en attente. Sa femme est entrée en Suisse le ... pour conclure le mariage. Mme F. a visiblement de la peine à se sentir bien en Suisse, respectivement chez son mari. Leur enfant commun est né le ... Malgré des avertissements écrits du ..., respectivement du ..., le comportement de M. F. a été la source de plaintes répétées: changements de travail fréquents, chômage duquel lui-même est coupable, négligence envers sa famille. Visiblement, il ne veut pas ou il n'est pas capable de respecter l'ordre public du pays d'accueil. En outre, il doit être soutenu avec sa famille au travers de l'aide sociale publique d'une manière permanente. ... L'autorisation de séjour qui est arrivée à échéance n'est pas renouvelée. La famille F. doit quitter la Suisse dans un délai de 60 jours.

Il y a souvent de tels renvois de famille à cause du comportement critiquable du père de famille. Ceci est le cas pour A.M. Elle est mère de trois enfants et vit en Suisse depuis presque dix ans. La police des étrangers ne voulait pas leur donner un permis B parce que le mari s'était fait remarquer d'une manière désagréable et battait sa femme. Après beaucoup de demandes et de discussions, nous avons réussi à obtenir pour A.M. et ses enfants un permis B sous la condition qu'elle divorce. Entre-temps, le mari a dû rentrer au pays. La mandataire invoque pour A.F. le fait que l'art. 11 al. 2 LSEE a été abrogé depuis le 1.1.92. Selon cet article, la femme était incluse automatiquement dans le renvoi de son mari, sauf si elle donnait des raisons propres à l'encontre de son renvoi. A.F. n'a pourtant pas donné de raisons pour des plaintes. Elle n'a jamais reçu d'avertissement. L'autorité ignore donc la capacité d'être sujet de droit de cette femme et de son enfant, ce qui viole l'égalité des sexes prévue à l'art. 4 de la Constitution fédérale. La décision n'a pas encore été rendue.

La requérante d'asile déboutée A.B. pourrait invoquer un tel droit d'être considérée comme un sujet de droit indépendant, mais elle ne pourra probablement rien obtenir, parce qu'elle a été incluse dans la procédure d'asile de son mari et que le renvoi de ce dernier vaut pour toute la famille.

Comparable à A.M., A.N. doit peut-être divorcer pour recevoir une autorisation de séjour de la police des étrangers. A.N. a épousé au début des années 80 en Turquie un homme qu'elle ne voyait presque jamais. Elle n'a pas eu d'enfants, ce qui est une grande honte pour une femme dans les régions rurales de la Turquie. C'est la plus grande défaillance qui peut arriver à une femme. Quand un jour son mari n'est plus revenu, elle est partie à sa recherche. Finalement, elle est entrée en Suisse en 1987 chez son frère. Après six ans, elle a su que son mari vivait en Suisse romande. Elle a pris contact avec lui, suite à quoi il a demandé le divorce. Peu après elle a reçu la décision d'asile

et de renvoi de deuxième instance. Ceci signifie pour A.N. la destruction de son indépendance et de son existence autodéterminée. Depuis cinq ans, elle a un bon poste dans le domaine social, ce qui lui a apporté beaucoup de confiance en elle-même. Un retour comme femme seule dans son pays où elle était déjà discriminée à cause du manque d'enfants serait une catastrophe pour A.N.

Heureusement son mari a retiré sa demande de divorce. Entre-temps il a obtenu une autorisation de séjour. A.N. aurait la possibilité d'être incluse dans son statut. Mais pour cela, elle devrait renoncer à son travail, à son cercle d'amis et à tout son réseau social parce qu'avec cette autorisation elle n'a pas de liberté d'établissement hors du canton de domicile. On se demande si A.N. doit divorcer pour pouvoir demander une autorisation de séjour dans le canton où elle vivait jusqu'à maintenant. La question suivante est de savoir si elle doit mettre en péril son autorisation de séjour, parce que même si le canton donne son consentement l'ODR pourrait refuser l'autorisation. Son mari ne connaît pas ces problèmes.

Si A.M. doit divorcer et A.B. a divorcé trop tard, c'est le contraire pour A.O. A.O. et son mari ont divorcé en Turquie mais en 1985-1986 ils sont venus ensemble avec leurs cinq enfants communs en Suisse. Grâce à la longue durée de son séjour, l'ex-mari a obtenu un permis B. La police des étrangers a informé A.O. qu'elle recevrait aussi un permis si elle épousait de nouveau son mari avec lequel elle vivait pendant tout le temps passé ici. A.O. a refusé énergiquement cette proposition. Elle voulait rester indépendante. Un peu plus tard, son ex-mari a épousé une jeune Turque du même âge que sa fille aînée. Il refuse de soutenir financièrement ses enfants qui lui ont été attribué par le divorce turc. Vu que les enfants vivent avec leur mère, c'est elle qui est dépendante de l'aide sociale, même si elle a une activité lucrative plus grande que son ex-mari, en plus de l'éducation des enfants.

618. Le caractère problématique du rôle de la mandataire

Dans cette étude, j'ai essayé de montrer le paternalisme et l'ignorance paternaliste envers les étrangères qui caractérisent l'attitude des autorités compétentes. Quelquefois, j'ai aussi critiqué des représentant(e)s d'oeuvres d'entraide et autres conseillers(ères). Pour conclure, j'aimerais montrer le caractère problématique de mon propre rôle.

Quelques fois, il m'arrive d'avoir aussi une attitude paternaliste pour laquelle j'éprouve beaucoup honte quand je m'en rends compte. C'est aussi honteux que d'avoir commis une grande stupidité. Le paternalisme et l'étroitesse d'esprit ont beaucoup en commun.

Mais il y a aussi des problèmes que je ne peux pas éviter tant que je m'engage dans le domaine du droit des étrangers. Comme je l'ai montré par les exemples de A.G. et A.P. qui étaient traumatisées par des viols et en souffrent beaucoup, elles sont quasiment forcées par nous, les mandataires, les conseillères ou les autorités de parler de ces expériences devant les fonctionnaires. Nous pouvons demander des femmes médecins comme experts. Mais dans la plupart de cas, les femmes n'y vont pas de leur propre initiative. Elle se sont déclarées comme "aliénées", ce qu'elles ne sont pas. Les mandataires ont besoin de l'aide des médecins pour obtenir des moyens de preuve. La femme médecin ne peut pas aider la femme violée si elle ne connaît pas sa langue et sa conception de maladie.

Si l'autorité des étrangers ne reconnaît pas les résultats de l'expert, il y a souvent une répétition cruelle des auditions. La femme violée et/ou torturée d'une autre manière subi ainsi des blessures supplémentaires, dans le seul espoir d'être acceptée peut-être dans notre pays. Le rôle de la conseillère ou de la mandataire s'apparente au rôle du tortionnaire. Tandis que la femme violée ne désire qu'être tranquille, la mandataire ouvre à nouveau la blessure. Peut-être ceci est la raison pour laquelle les mandataires et les représentant(e)s d'oeuvres d'entraide préfèrent éviter ces recherches.

C'est le rôle du médiateur qui nous met toujours dans des contradictions et qui nous fait remplir des tâches douteuses. Étant membre de la culture dominante, nous ne pouvons pas éviter ce rôle de médiateur tant que nous nous engageons pour les droit de nos prochains qui sont nés à l'étranger. C'est un rôle de compromis permanents et quelques fois dangereux.

En écrivant ce texte, je cours aussi des risques. Peut-être je donne l'impression que les femmes et surtout les étrangères ont besoin de protection et qu'elles ne peuvent pas survivre sans notre médiation. C'est pourquoi, j'aimerais souligner pour conclure qu'elles ne sont pas faibles, mais que c'est la société qui fait d'elles des êtres qui ont besoin de protection. C'est un moyen pour assurer la domination sur un groupe défavorisé en le faisant dépendre de la protection des dominateurs. Les femmes en savent long sur ce thème. Étant membre de la culture dominante qui s'engage dans le domaine des étrangers, je suis aussi impliquée dans ce mécanisme de domination.

7. L'aide sociale comme partie intégrante d'un dispositif de dissuasion

Quelque soit le sort finalement réservé aux personnes qui viennent demander l'asile en Suisse (octroi de l'asile ou renvoi), celles-ci vont vivre quelque temps sur le sol helvétique. Tant ces dernières que les autorités seront nécessairement confrontées aux problèmes liés à l'insertion des nouveaux arrivés, ce qui implique la mise en place d'un dispositif d'accueil²⁹⁵. Nous allons cependant constater qu'au fil du temps, les conditions de vie des demandeurs d'asile en Suisse ne respectent plus le Pacte *relatif aux droits sociaux, économiques et culturels*, pourtant signé et ratifié par la Suisse.

71. Aide sociale et dissuasion.

Alors que dans les années 1970, la politique d'asile est vue dans le cadre de la guerre froide, ce qui encourage les autorités à accueillir facilement ceux qui fuient les régimes communistes et à favoriser l'intégration des nouveaux venus, les années 1980 verront les autorités suisse utiliser l'aide sociale comme une moyen pour dissuader les réfugiés potentiels de venir en Suisse.

Il faut préciser en effet que l'Office fédéral de la police finance l'assistance aux réfugiés et c'est donc lui qui édicte des normes d'application. Il peut alors limiter la marge de manoeuvre des services sociaux qu'il mandate pour mettre en oeuvre cette assistance.

Lorsqu'avec l'augmentation du nombre des demandeurs d'asile et la diversification de leur origine, la politique d'asile a changé de perspective, restriction et dissuasion sont devenus des concepts-clé. Le concept de dissuasion est posé dans une directive de l'Office fédéral de la police du 7 mars 1983 qui marque bien l'évolution des mentalités au sein de l'administration. Le directeur de l'Office fédéral de la police, M. HESS, définit même l'assistance aux requérants d'asile comme un *instrument essentiel de la politique d'asile*, dans un article publié par la *Neue Zürcher Zeitung* du 25 mai 1984²⁹⁶.

Ainsi, les candidats réfugiés seront placés dans des centres d'accueil provisoires, situés dans la périphérie des villes ou à l'écart des centres urbains. Il s'agit de réduire les coûts des prestations offertes aux demandeurs (logement, nourriture) qui sont de préférence données en nature. Cela

²⁹⁵ Claudio BOLZMAN, *de l'intégration à la dissuasion: l'accueil des demandeurs d'asile en Suisse au cours des deux dernières décennies*, Travail social 2/1994, p. 2-11.

²⁹⁶ K. OERSTER, *les réfugiés en Suisse, aspects de l'intégration*, Caritas-Suisse Lucerne 1985.

provoque peu à peu l'isolement des réfugiés face au reste de la population suisse, alors que l'inactivité prolongée entraîne des risques de troubles psychosociaux et de dépendance.

D'autre part on interdit dès 1984 aux demandeurs d'asile de travailler dans les premiers mois qui suivent l'arrivée en Suisse, sans qu'aucun effort ne soit fait pour les préparer à entrer par la suite sur le marché du travail. Cela combine les conséquences négatives d'un chômage de longue durée, l'augmentation du travail au noir et les confirmations des préjugés xénophobes à l'égard de ces étrangers sans emploi et parasites. Quant aux requérants d'asile qui trouvent du travail, ils arrivent dans les places les moins bien payées, les contraignant à demander une aide financière complémentaire.

72. Les normes d'aide sociale en-dessous du minimum vital.

Dans le Rapport *pour une stratégie pour la politique des années 90 en matière d'asile et de réfugiés*, paru au printemps 1989, les autorités fédérales laissent entendre que la réduction des prestations sociales accordées aux demandeurs d'asile sera poursuivie comme une mesure supplémentaire dans la politique de dissuasion.

L'Arrêté fédéral urgent de juin 1990 a constitué la première application de cette perspective politique. Est ainsi instauré pour les personnes qui travaillent le principe d'une retenue à la source de 7% destinée à couvrir les frais d'assistance et de renvoi, mais aussi celui de la suppression des allocations familiales pour enfants restés au pays²⁹⁷.

En décembre 1991, argumentant également avec l'apparition de déficit dans les budgets publics, le Conseil fédéral décide une série de mesures destinées à réduire encore l'assistance et à économiser ainsi 35 millions de francs. Par cette décision, c'est un saut qualitatif qui est franchi. En effet, jusqu'alors, l'assistance financière des requérants d'asile avait été calculée sur la base des normes édictées par la Conférence suisse des institutions d'assistance publique (CSIAP), qui sont applicables à toutes les personnes résidant en Suisse. Désormais, les nouvelles normes vont en dessous de ce que l'on considère comme un minimum vital d'assistance, et ce dans une proportion allant de 10 à 28%.

Concrètement, cela signifie une diminution de l'argent de poche à 90 fr. par mois et par personne, et pour la nourriture ce n'est plus qu'une somme de 300 fr. qui est allouée par mois et par personne. Les vêtements sont financés sur la base de bons. Autre mesure: la suppression des abonnements de transports publics, remplacés par des bons délivrés au coup par coup et pour des hypothèses bien définies: audition cantonale, rendez-vous chez le médecin. Les déplacements pour un rendez-vous chez le mandataire ou chez l'avocat ne sont par contre pas payés.

Arrêtons-nous un instant sur cette question des déplacements. La délivrance de bons n'est en soi pas une économie: elle impose un surcroît de travail aux assistants et peut facilement revenir plus cher que le prix d'un abonnement, notamment dans le cas où les candidats réfugiés doivent prendre le bus pour aller prendre leur repas, ou encore dans les cas d'enfants devant se rendre à l'école par ce moyen. En fait, cette mesure apparaît avant tout dissuasive, limitant la liberté du requérant de se déplacer. Une autre conséquence sera la favorisation artificielle de la resquille dans les moyens de transport publics: nombre de personnes qui auraient respecté les règlements avec un abonnement se font désormais attraper lors de contrôles.

Le Conseil fédéral préconise également la suppression de l'assurance maladie des demandeurs d'asile jusqu'à l'exercice d'une activité lucrative. Cette mesure est diversement appliquée selon les

²⁹⁷ Nous avons déjà signalé que cette dernière mesure est en réalité anticonstitutionnelle, voir supra § 11.

cantons. L'Office fédéral est désormais chargé de rembourser les frais médicaux jusqu'à concurrence de 500 fr.; au-delà de cette somme, son accord devient indispensable. Le surcroît de contrôle qu'impliquera ce nouveau fonctionnement aura des conséquences désastreuses pour toutes les personnes qui ont vraiment besoin d'un traitement médical coûteux et qui devront le plus souvent attendre longtemps avant de recevoir le visa fédéral.

Enfin, des mesures coercitives sont inscrites dans l'ordonnance. Si le requérant *ne fait manifestement pas les efforts pouvant être exigés de lui pour améliorer sa situation, notamment s'il n'accepte pas ou ne cherche pas un travail convenable; s'il utilise les prestations d'assistance abusivement; si malgré la menace de la suppression des prestations sociales, il ne se conforme pas aux instructions du personnel d'encadrement*²⁹⁸, il encourt des diminutions de prestations d'assistance, voire la dénonciation à l'Office fédéral en vue du traitement prioritaire de son dossier d'asile. Ces dernières mesures transforment le rôle de l'assistant, qui se voit charger de punir.

Durant l'été 1993, une révision de l'ordonnance 2 sur l'asile relative au financement est mise en consultation par les autorités fédérales. On recherche là à systématiser toujours plus l'assistance sociale. Le système de remboursement jusqu'alors en vigueur partait du principe que la Confédération indemnisait les cantons de leurs frais effectifs. Constatant que ce remboursement est indépendant de ce que ces derniers aient opté ou non pour les solutions les plus avantageuses, le Département fédéral estime que cette situation n'est pas satisfaisante, parce qu'elle entraîne d'une part un travail administratif trop important et que d'autre part, elle n'incite pas assez à l'économie²⁹⁹. Dès lors, on propose le principe d'un remboursement forfaitaire, dont les sommes seront fixées dans la Directive sur les prestations d'assistance en faveur des requérants d'asile.

Sous couvert d'efficacité et de systématique, on cherche surtout à uniformiser les prestations d'aide sociale par le bas. Il s'agit en définitive d'une pression sur les cantons "généreux" pour qu'ils accordent le seul minimum reconnu aux demandeurs d'asile.

Les indemnités forfaitaires prévues pour l'entretien des requérants d'asile sans travail ne font désormais plus de distinction entre les personnes profitant d'un hébergement collectif et celles qui seraient logées à l'extérieur. Pour tous les cas, c'est la même somme mensuelle de fr. 390.-- qui sera allouée pour l'entretien et l'argent de poche. Ceci signifie que la situation des personnes logées hors foyers empire.

Enfin, ultime épisode dans cette course à la misère, le Chef de l'Office fédéral des réfugiés annonce le 28 octobre 1994 que des nouvelles mesures vont être prises, dans le but d'économiser 30 millions de francs³⁰⁰. Outre une rationalisation administrative au travers de l'indemnisation forfaitaire des cantons, qui est censée économiser du temps de contrôle, l'économie provient des prestations plus basses pour les personnes logées hors foyer, du pourcentage des sûretés retenues à la source qui monte de 7% à 10%, les requérants devant également rembourser une somme forfaitaire plus élevée qu'auparavant comme contribution aux frais d'assistance (4'800 francs au lieu de 3'600). Enfin, on s'attend à une baisse des arrivées de demandeurs d'asile en Suisse. Le contenu de la conférence de presse laisse songeur: ces calculs d'épiciers reviennent à mettre toujours plus de pression sur les cantons (indemnisation forfaitaire), ce qui aura des effets sur la qualité de l'aide sociale fournie et

²⁹⁸ Circulaire du DFJP du 12 décembre 1991, indemnisation dans le domaine de l'asile, p. 4.

²⁹⁹ Pour [...] simplifier les formalités administratives et encourager les responsables à épargner, il y a lieu de viser à moyen terme des indemnisations forfaitaires, lesquelles seront fixées sur la base des dépenses probables entraînées par une saine gestion des affaires, lettre du Département fédéral de justice et police à propos des modifications de l'ordonnance sur le financement, adressée aux Chancellerie d'État pour ouvrir la procédure de consultation.

³⁰⁰ Voir note 96; Annexe 28.

sur la qualité de vie des candidats réfugiés, et parmi ces derniers sur ceux qui travaillent. La logique combinée des efforts d'austérité budgétaire avec la politique de dissuasion se renforce toujours plus, permettant au chef d'un Office chargé de la protection à apporter aux victimes de la violence de parler d'une baisse des arrivées sans du tout expliquer par quelle diminution des violences internationales cette baisse s'expliquerait.

Signalons en passant que la diminution des prestations sociales ne correspond nullement au mouvement des prix en Suisse, celle-ci connaissant plutôt une légère inflation (de 1% à 3% environ). C'est un recul brutal du pouvoir d'achat qui est ainsi imposé aux demandeurs d'asile, qu'ils soient assistés ou non.

Nous constatons donc que la dissuasion revient à créer un quart-monde des requérants d'asile, acculés à survivre avec des montants objectivement trop bas. Nous précisons que toutes les prestations en argent, en bon ou en nature (logement dans un foyer), sont additionnées et forment une dette d'assistance qui devra être effectivement être remboursée dès que la personne travaille³⁰¹. Dans un tel cas, le remboursement se fera par tranches mensuelles d'un côté, et de l'autre au travers de la retenue de 7% à la source (dès le 1er janvier 1995: 10%), qui viendra payer frais d'aide sociale et frais de départ au moment où la personne aura une décision définitive (séjour en Suisse ou d'ordre de départ).

73. Apport des requérants d'asile à l'économie suisse.

Il est intéressant de signaler que les demandeurs d'asile, qui acceptent les travaux les moins gratifiant, sont devenus indispensables dans certains secteurs connus pour les bas salaires qui y sont pratiqués³⁰². Ce faisant, ces personnes n'ont disputé concrètement aucun poste de travail à des Suisses, puisque ces derniers occupent un tout autre créneau du marché du travail. Rapportons également la revue financière CASH, qui a publié les résultats d'une étude imputant aux requérants d'asile la création d'une valeur ajoutée pour la seule année 1990 d'un montant à deux milliards de francs, soit autant que l'ensemble de l'industrie horlogère³⁰³.

Rajoutons encore que les candidats réfugiés qui travaillent financent la collectivité publique ainsi que l'AVS. Selon les estimations du bulletin VIVRE ENSEMBLE, c'est au moins 3 millions qui ont été retenus à la source comme impôts anticipés et 2,5 millions de francs qui ont été mis dans les caisses de l'Assurance Vieillesse et Survivants (AVS) au cours de l'année 1991³⁰⁴. Comme ces personnes n'ont pratiquement aucun espoir de bénéficier un jour d'une rente vieillesse suisse et comme elles omettent le plus souvent de se faire rembourser leurs cotisations au moment du départ, ce sont ainsi des fortes sommes qui entrent dans les caisses de retraite pour financer d'autres assurés.

Ces chiffres n'ont jamais été rendus publics par les autorités, qui ont préféré stimuler, par leur omission, une certaine haine à l'encontre des demandeurs d'asile, perçus comme des concurrents lorsqu'ils travaillent ou des parasites lorsqu'ils touchent l'aide sociale.

74. Les structures d'accueil et les conditions de travail des assistants sociaux

³⁰¹ Les comptes de la Confédération de 1990 indiquent 18 millions de francs au titre du remboursement de la dette d'assistance, VIVRE ENSEMBLE, bulletin n° 36 avril/mai 1994, pages 6 et 7.

³⁰² D'après la revue financière CASH, en 1990, 50% des demandeurs d'asile travaillaient dans l'hôtellerie et la restauration, 10% dans la construction, l'industrie, la métallurgie et l'agriculture, 20% dans la santé publique, les hôpitaux, l'artisanat et les petits commerces.

³⁰³ CASH, numéro du 22 mars 1991.

³⁰⁴ VIVRE ENSEMBLE, n° 36 avril/mai 1992, pp. 6-7.

La discrimination qui frappe les demandeurs d'asile va aussi se matérialiser par une attaque aux conditions de travail de ceux qui travaillent à leur côté. Dès le printemps 1992, malgré les affirmations contraires du directeur de l'Office fédéral, les cantons demandent partout en Suisse aux institutions mandatées de procéder à des suppressions de postes à cause de la baisse des arrivées de demandeurs d'asile, les subventions fédérales à l'hébergement étant calculées en fonction du nombre d'arrivées. Se rajoute à cela l'apparition d'importants déficits dans les budgets publics, tant des cantons que de la Confédération, ce qui entraîne la mise en place de politiques d'austérité budgétaire et d'économie.

Parallèlement, l'ODR modifie à la baisse le financement des veilleurs de centre. Ce point est particulièrement choquant, à une époque où les attentats racistes contre des centres d'hébergement sont devenus de plus en plus fréquents³⁰⁵. Or, les veilleurs sont les seules personnes qui maîtrisent des informations essentielles de la société d'accueil (comment appeler la police, une ambulance, etc.) et qui peuvent intervenir en cas de problèmes. Leur absence a été ressentie comme une incitation implicite à attaquer les centres.

Les syndicats s'étaient plaints depuis de nombreuses années de la faible dotation d'assistants sociaux travaillant par requérant d'asile, qui empêche l'accomplissement de certaines tâches (dotation trop faible). D'autre part, l'engagement de travailleurs non formés dans le domaine social a été la règle, sans que des formations internes aux institutions n'a été mise en place que rarement et très partiellement.

Un exemple de démantèlement très frappant en a été donné à Genève par l'abandon de la structure du CHERANE (centre d'hébergement pour requérants d'asile non enregistrés) au profit du nouveau centre d'enregistrement de la Praille et de l'engagement par l'ODR de personnel temporaire et de Sécuritas. La cinquantaine de travailleurs du CHERANE se sont retrouvés sans emploi, malgré tout l'engagement dont ils ont fait preuve, et sans aucune mesure de reclassement. Lors des démarches collectives qui ont suivi la fermeture du CHERANE, les directions des institutions ayant parrainé ce centre, ainsi que les autorités genevoises et fédérales, ont fait la sourde oreille à toute demande de plan social. Encore plus fort: l'Hospice général, qui a signé les contrats d'engagement des assistants sociaux du CHERANE, a refusé par la suite de considérer ce travail comme une expérience suffisante pour être employé dans un autre secteur de l'Hospice...

Cet exemple a aussi montré comment le système de subventionnement conjugué au fédéralisme helvétique fait disparaître les responsabilités. Ainsi, l'Office fédéral ne se sent pas concerné par des licenciements, puisqu'il ne fait d'après lui que rembourser les dépenses des cantons selon des normes précises. Les gouvernements cantonaux se réfugient derrière le fait qu'ils ont confié le mandat de l'hébergement à des institutions privées et qu'ils sont déchargés de ce fait de toute responsabilité patronale. Quant à ces institutions privées, elles invoquent les contraintes que les autorités cantonales et fédérales leur imposent pour plaider leur impuissance. A ce petit jeu où chaque partenaire institutionnel se renvoie la balle, ce sont en définitive les assistés et les employés qui en ont fait concrètement les frais, se retrouvant les uns avec des prestations toujours plus basses, et les autres sans emploi.

8. Réflexions sur des difficultés de la naissance d'une éthique politique dans le domaine du droit d'asile.

³⁰⁵ A titre d'exemple: *Alerte au racisme! Ne pas banaliser les actes*, C. TAFELMACHER, VIVRE ENSEMBLE, n° 24, novembre/décembre 1989, pp. 4-6, voir notamment: *chronique de la haine ordinaire*, p. 5. Annexe 43.

Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP, philosophe, membre de la Coordination Asile Suisse.

81. Introduction

L'éthique politique est l'étude théorique et pratique des principes et des critères qui guident l'action humaine quand elle intervient dans la sphère du Politique. L'asile et le droit d'asile posent des questions *d'ethos* (habitudes, moeurs)³⁰⁶ et surtout d'éthique politique, dans le lien de l'être humain au politique comme le posait, par exemple SPINOZA³⁰⁷. Tant la définition de l'asile, du droit d'asile, du principe de non refoulement (pour ne parler que de ces définitions-là), que leur mise en pratique posent en effet des questions d'éthique politique.

Existe-t-il des principes universels qui serviraient d'étalon de mesure à l'asile et au droit d'asile et permettraient qu'ils soient défendus de manière absolue par l'éthique politique? Ou au contraire ces principes sont créés, construits, débattus, appliqués dans des rapports sociaux et dans l'histoire? Il est impossible de discuter ici ces deux positions qui renvoient à deux traditions philosophiques qui chacune ont des variantes dans les démarches développées. Admettons provisoirement, sans pouvoir le discuter, que l'éthique politique est ancrée dans l'histoire, dans les rapports sociaux, dans «l'organisation politique» de la vie en commun et dans les individus. L'éthique en matière de vie politique est l'affaire de tout le monde, sans restrictions de frontières. Admettons aussi que plutôt que d'adopter des principes universels abstraits, on s'inscrive plutôt dans une certaine perspective du Politique pour réfléchir à l'éthique politique et à ses difficultés de mise en pratique.

La perspective est celle d'une démocratie «radicale» (terme de CASTORIADIS) qui implique, la participation de tous les êtres humains à la vie en commun (politique), la création d'une interrogation illimitée dans tous les domaines et la réflexivité sans garantie extérieure³⁰⁸. Dans une telle perspective, chaque être humain bénéficie, du fait de sa qualité d'être humain de conditions d'existence (vie), d'une reconnaissance (dignité), d'une appartenance politique (condition a priori de l'exercice de la souveraineté) qui est aussi la condition d'une appartenance au monde comme l'explique bien Hannah ARENDT, d'un droit de citoyenneté - ou de participation à la vie en commun - là où il réside (protection, travail, études, etc.) pour débattre des conditions de la vie en commun (politique). Dans une telle perspective, ce n'est donc pas l'appartenance nationale, les liens de sang et le fait d'être attaché au territoire d'un État-nation qui définit la citoyenneté.

En matière de droit d'asile, sur la scène publique de la vie en commun, on trouve deux partenaires. D'un côté, il y a le demandeur - individu, groupe, peuple - d'une protection qui devrait disposer du droit subjectif ou d'un droit de peuple à demander une protection. De l'autre côté, il y a des individus et à des peuples organisés politiquement de manière dominante en États-nations qui peuvent accorder ou refuser un accueil durable ou temporaire. Voilà où peuvent se dérouler des discussions contradictoires, où existent des problèmes à résoudre en fonction de systèmes de principes qu'on s'efforce d'identifier à partir d'une perspective et dont on évalue les conséquences. Quelles nouvelles lois créons-nous? Qu'est-ce que l'asile? Qu'est-ce que le droit à l'asile? A partir de quel moment est-il juste de renvoyer un requérant d'asile, de le mettre en prison?

Plutôt que de partir d'un principe a-priori universel d'asile qui a le risque d'être abstrait et donc détaché des pratiques, adoptons un principe épistémologique d'empiricité pour notre démarche. Ce qui exige que l'on dépasse la pure appréciation individuelle, ou la simple opinion sur les problèmes. Ce qui exige aussi la possibilité d'une argumentation raisonnée pour passer de l'opinion

³⁰⁶ La remémoration de la valeur d'hospitalité, comme valeur de la «société civile» peut se comprendre ainsi.

³⁰⁷ SPINOZA posait en fait un double lien de l'être humain : à la nature et au politique.

³⁰⁸ Voir notamment, CASTORIADIS C. (1994) : *En mal de culture*, Esprit, octobre, pp. 40-50.

du café du commerce ou de la passion à une cohérence rationnelle construite. Cela soulève des questions liées à la démarche logique quant à l'argumentation sur des principes et des critères, mais aussi des questions liées aux conditions d'organisation collective du déroulement d'une cohérence rationnelle. Le choix de notre perspective intervient ici.

Dans une perspective de démocratie «radicale», pour qu'une cohérence rationnelle puisse exister, il ne suffit pas que l'on raisonne logiquement et que la cohérence ne puisse être réfutée (bien que cela soit aussi nécessaire). Car la démarche n'est pas uniquement individuelle, mentale, mais collective et matérielle. Elle a lieu (ou n'a pas lieu, ne peut avoir lieu!) sur la scène politique. Pour qu'un dénouement (évaluation, choix, décision) puisse avoir lieu, il est nécessaire que les conditions politiques existent, qu'une discussion rationnelle collective puisse se développer. Que la sphère des actions qui constitue le droit d'asile puisse être soumise à une discussion rationnelle collective. Or, c'est précisément à ce niveau, que, malgré les règles de démocratie formelle dont la Suisse est un bon exemple, les conditions d'organisation politique structurelle et concrètes de la Suisse en tant qu'État-nation et en tant que démocratie formelle rendent très difficile l'existence d'une éthique politique appliquée en matière de droit d'asile.

Ce qui peut d'ailleurs expliquer en partie que *l'objection de conscience* - acte individuel, privé, non violent - développé surtout comme refus de servir (armée) en Suisse - a plus d'importance que la *désobéissance civile* - acte collectif, public, non violent - en Suisse. Quoique sur le terrain du droit d'asile on ait assisté ces dernières années au développement d'actions de désobéissance civile (refuges, parrainage, manifestes, etc.).

En guise de prolégomènes à une éthique politique, nous aimerions décrire certaines entraves qui rendent difficile le développement et la mise en oeuvre d'une éthique politique dans le domaine du droit d'asile en Suisse. Une telle absence est durement ressentie par certains acteurs sociaux (ceux qui subissent la situation de violence). Dans le cadre du Tribunal de Berlin, nous désirons décrire certains déterminismes quant à l'existence et au développement d'une éthique politique et ses conséquences et formuler quelques recommandations.

82. A propos des conditions d'organisation politique et de l'éthique politique.

821. État-nation souverain, frontières nationales et droit d'asile.

Sans reprendre ici ce qu'ont dit de nombreux experts et intervenants sur les déterminismes des rapports économiques³⁰⁹ et politiques internationaux, limitons-nous à la situation en Suisse. En Suisse, comme d'ailleurs dans la plupart des pays de l'hémisphère nord, il n'y a pas de droit à l'asile des individus et des peuples persécutés, il y a un droit d'asile qui est le fait de l'État-nation, maître de son octroi dans le cadre de sa souveraineté s'exerçant sur son territoire national. L'État de droit confiné aux frontières nationales, malgré la signature de traités internationaux - avec des réserves qui concernent l'immigration en ce qui concerne la Suisse³¹⁰ -, n'est pas un État de droit dont les principes et les critères peuvent être appliqués sans autre dans une démarche soucieuse d'éthique politique.

822. L'aliénation de la souveraineté politique dans le droit d'asile.

Le droit d'asile, en devenant droit exclusif de la souveraineté étatique, n'est plus un droit qui appartient à la souveraineté de chaque être humain ou de groupes humains concerné(s) qui peut (peuvent) le discuter dans le cadre d'une communauté politique. Il s'ancre uniquement dans la raison d'État. Plusieurs faits le montrent. L'absence de droit subjectif à l'asile en Suisse, élimine la possibilité de participation du requérant d'asile au débat d'éthique politique sur le droit d'asile. Par

³⁰⁹ SALAMA P., VALIER J. (1994) : *Pauvretés et inégalités dans le tiers monde*, La Découverte, Paris.

³¹⁰ Dans la Convention sur le racisme adoptée récemment.

ailleurs, le débat sur la citoyenneté étant confiné dans le cadre des frontières étatiques et nationales, les résidents non nationaux (travailleurs immigrés qui représentent le 25% de la population en Suisse) en sont exclus. Finalement, avec l'étatisation du droit d'asile, les citoyens suisses considèrent le droit d'asile de moins en moins comme un droit à débattre, comme un droit faisant partie de l'ensemble des droits de toute communauté politique.

Un tel phénomène a été renforcé par les institutions et l'idéologie humanitaire où les requérants d'asile remplacent les pauvres du XIX^{ème} siècle, où le droit d'asile n'est plus un droit mais une aumône, un acte de charité³¹¹. Où la responsabilité est confondue, masquée par la culpabilité. Où la cicatrization du social remplace l'analyse des contradictions et des conflits. Un tel phénomène a également été renforcé par la pénétration de valeurs et de pratiques libérales (marché de l'asile) dans la prise en charge des requérants d'asile tant dans les Oeuvres d'entraide que dans le mouvement d'asile. Ces valeurs et ces pratiques d'une logique marchande n'ont en effet pas épargné le mouvement de défense du droit d'asile et l'ont affaibli. Un tel phénomène a finalement été renforcé par la bureaucratisation du secteur de l'asile, que ce soit dans l'État ou dans les Oeuvres d'entraide chargées de la "prise en charge" des requérants d'asile (pas plus qu'on ne parle de *droit à l'asile*, on ne parle en effet pas de *droits sociaux*). Dès les années 80 en Suisse et après l'Allemagne, la "dissuasion" est devenu un concept-clé officiel de la politique d'asile, au détriment d'une action courageuse en faveur des victimes de violences politiques et d'actions sur les causes d'exil. Le droit a été de plus en plus façonné et confiné aux besoins de l'administration.

83. La «banalisation du mal» politique aujourd'hui dans le droit d'asile.

La détérioration du droit d'asile exige de penser les nouveautés du Politique en matière d'immigration et d'asile³¹² et aussi la vulnérabilité³¹³. Hannah ARENDT (1966) a bien montré dans son portrait de EICHMANN, le responsable du camp d'Auschwitz, combien la peur de la responsabilité pouvait être plus forte que la conscience, combien la pensée pouvait disparaître. Elle nous a introduit à son fameux thème de réflexion de la «banalité du mal» en tant que mal politique et non métaphysique, qui est d'une étrange actualité.

Face à la politique systématique de renvoi et de refoulement, face à la «violence au quotidien»³¹⁴ que subissent, chacun à la place qui leur est assignée, le requérant d'asile et le professionnel de l'asile, on assiste en Suisse à une évolution préoccupante vers la généralisation d'une attitude de banalisation du mal politique qui prend de multiples visages. Une telle banalisation politique s'inscrit dans la mise en place d'une démocratie sécuritaire, où certains hauts fonctionnaires de police guident les principes et les modèles de "gestion" de la population étrangère. On peut craindre que de tels principes et modèles s'étendent à d'autres couches de populations exclues.

³¹¹ La loi sur les mesures de contraintes en Suisse, montre une chose : l'ordre humanitaire étant relayé par l'ordre policier, c'est le délinquant et l'acte de détention qui a tendance à prendre le relais.

³¹² En Suisse a été adopté récemment un modèle de "gestion" de l'immigration qui instaure la différence culturelle et la hiérarchie des civilisations comme critère de choix. Voir CALOZ-TSCHOPP M.C. (1993) : *Le modèle des trois cercles, un enjeu de civilisation*, in: Coordination Asile Suisse : *Europe : montrez patte blanche. Les nouvelles frontières du laboratoire Schengen*, CETIM, Genève, pp. 316-352.

³¹³ CALOZ-TSCHOPP M.C. (1994) : *A propos des « réactions » de la population locale face aux migrations actuelles. Penser la nouveauté et la vulnérabilité: une exigence philosophique pour les fonctionnaires de l'humanitaire*, Documentation-Réfugiés, no. 246, p. 1-8, Paris.

³¹⁴ X, réfugiée (1994) : *Violence au quotidien*, in: CALOZ-TSCHOPP M.C., CLÉVENOT A., TSCHOPP M.P. (eds.) (1994), *Asile - Violence - exclusion en Europe. Histoire, analyse, prospective*, Co-éd. Université de Genève, Groupe de Genève «Violence et droit d'Asile en Europe», pp. 67-77.

La peur et aussi la désespérance accompagnent la détérioration, voire la fin du droit d'asile en Europe³¹⁵. La peur est souvent manipulée, suscitée. La menace des étrangers conjuguée à la menace écologique brandie pour susciter la peur, comme on l'a vu plus haut, elle devient un véritable outil de gouvernement³¹⁶.

S'il existe des hauts fonctionnaires qui "font" les politiques, il en existe d'autres qui doivent les appliquer. Il est significatif que l'abandon, la désertion des lieux de travail par les fonctionnaires dans l'État soit posé par certains qui ne supportent plus de remplir le rôle qu'on leur assigne. Ce sont encore les malaises des professionnels, les démissions de hauts responsables comme de modestes employés, les non renouvellements de contrat, l'impression d'aller au «casse-pipe» ou dénoncent le fait qu'ils soient l'instrument d'une politique de classe et finalement là pour faire le sale boulot³¹⁷ en acceptant de travailler dans le secteur du droit d'asile. C'est aussi le constat qu'à plusieurs reprises, des fonctionnaires en matière de droit d'asile ont exprimé le fait d'avoir atteint le «seuil de tolérance humanitaire»³¹⁸, qu'ils sont pris entre deux logiques : *la logique de l'obéissance et la logique de la responsabilité*. Certains ont changé de travail quand cela était possible, voire démissionné³¹⁹, d'autres, après avoir épuisé le dialogue ont engagé des démarches de désobéissance publique³²⁰ aux ordres pour ne pas rester passifs ou complices. Les actes très divers et non homogènes des praticiens du droit d'asile permettent de constater une absence des conditions d'éthique politique.

831. La raison-calcul à l'oeuvre dans la machine à refouler et le manque de pensée.

A côté de la peur c'est aussi parfois la présence constatée chez des professionnels de l'asile d'une attitude que Hannah ARENDT³²¹ qualifiait à propos de EICHMANN et de la «banalité du mal» politique, à la base d'une coopération, d'une complicité qui existait chez les fonctionnaires et aussi dans une large couche de la population allemande et qu'elle interprétait en terme d'une pensée an-éthique, d'un *manque de penser*, se caractérisant par une irresponsabilité, une indifférence à la question du sens dans l'acte de pensée, un manque de *Grundgesinnung*.

³¹⁵ Dont le développement dès les années 80 d'une hiérarchisation de statuts de plus en plus précaires (statut de réfugiés selon la Convention de 1951, admission provisoire, statut B, statut de réfugié de la violence, etc.), sans parler ici les catégories clairement exclusives visibles dans les procédures (demandes manifestement infondées, pays sûrs, etc.).

³¹⁶ J'ai développé une telle réflexion en analysant un discours d'experts suisses, CALOZ-TSCHOPP M.C. (1993) : *A propos de sécurité intérieure . le rêve d'une démocratie sécuritaire et la manipulation de l'angoisse*, in: Coordination Asile Suisse, Mouvement pour une Suisse Ouverte, Démocratique et Solidaire, SOS-ASILE VAUD, 1993, *Europe : montrez patte blanche. Les nouvelles frontières du laboratoire Schengen*, CETIM, Genève, pp. 193-218.

³¹⁷ A plusieurs reprises des fonctionnaires de police ont décrit l'ingratitude de leur rôle qui consiste à appliquer des décisions politiques prises par les citoyens nationaux (votations, Parlement) et l'exécutif. Voir à ce propos par exemple, Ph. LENOIR, ZUCKSCHWERDT M. (1990) : *Le fonctionnement du centre d'enregistrement de l'aéroport de Cointrin*, Caloz-Tschopp M.C., Monnier L. (éds.). *Droit d'asile. Attachez vos ceintures*, Institut Universitaire du Développement, Institut d'Etudes Sociales, Genève, pp. 92-105.

³¹⁸ CALOZ-TSCHOPP M.C. 1993) : *Socrate et le « marché de l'asile »*. *Constats et questions d'une démarche de recherche philosophique à propos de l'asile*, BERTHOUD-AGHILI et al., Réfugiés et Formation, Cahier no. 69 de la Section des Sciences de l'Education de l'Université de Genève, pp. 37-62.

³¹⁹ On peut citer un exemple, parmi d'autres, celui de trois employés d'Etat américain qui ont présenté leur démission de leur fonction dans l'Ex-Yougoslavie, pour exprimer leur désaccord avec la politique adoptée par les Etats-Unis dans les Balkans. *Je suis le premier, le 25.8.92, quittant mon travail en tant qu'attaché aux affaires yougoslaves. Suite à mon départ, le bureau qui ne comptait que deux personnes, fut élargi à quatre autres membres. Le nouveau directeur du bureau a démissionné le 5 août dernier, puis ce fut le tour de Jon WERTERN, qui s'occupait au BIR (Bureau of Intelligence and Research), et de nouvelles défections risquent de se produire*, George KENNEY, responsable du desk yougoslave au département d'Etat, in: *Le Monde*, 11.9.93.

³²⁰ et non seulement « d'objection de conscience » qui se situe à un niveau individuel et privé.

³²¹ ARENDT H. (1966) : *Eichmann à Jérusalem. Rapport sur la banalité du mal*, Gallimard, Paris.

L'acte administratif des professionnels de l'asile s'inscrit alors dans une idéologie où ce qui est fonctionnel et efficace du point de vue du profit économique prime. Une telle logique ne permet ni la critique, ni de rendre compte des conflits à la base des jugements de valeurs. Elle efface la possibilité de tout questionnement critique sur les conditions «d'organisation politique», sur la genèse du droit, sur les structures institutionnelles soumises à une rationalité vide, sur les conditions de travail. Comme l'ont rappelé récemment deux chercheurs³²² qui ont travaillé sur l'éthique dans le cas de l'office cantonal vaudois des requérants d'asile, ... *l'éthique est une composante essentielle de la conduite des activités publiques. En effet, l'éthique doit servir de fondement aux dimensions politique, économique, légale ou "gestionnelle" de l'administration publique et du gouvernement*³²³.

832. Remarques sur des déterminismes structurels

Tant les conditions politiques générales, les conditions de travail (hiérarchisation, précarisation, stress, absence de formation, chômage partiel ou total), l'organisation de plus en plus bureaucratisée et renforcée par des moyens techniques (utilisation de textes précomposés dont il a été parlé au § 245: les Textbausteine) dont les effets juridiques et éthiques ne sont pas évalués, que l'accumulation des injustices flagrantes dont sont témoins au jour le jour les professionnels de l'asile sont effacés de la mémoire collective et individuelle pour pouvoir survivre. Ils renforcent les automatismes et le manque de pensée qui renforce l'absence d'éthique politique. Un questionnement récent venu des pays anglo-saxons, introduisant dans l'administration des considérations de valeurs s'inscrit en faux face à une telle tendance. Mais un tel champ de recherche théorique et pratique est encore peu développé en Suisse et surtout dans le domaine du droit d'asile.

84. En guise de conclusion

Pour qu'existe la possibilité d'une éthique politique en matière de droit d'asile, il s'agit d'intensifier un travail collectif de repérage et de dénonciations des catégories fondamentales discriminatives (par exemple : national / non- national lié au territoire pour hiérarchiser les droits). Il s'agit d'intensifier un travail collectif sur les conditions d'organisation politique et d'analyse des degrés de responsabilité individuelle et collectifs. Il n'est plus tolérable que certains actes engageant des responsabilités que l'on peut mesurer restent impunis. L'impunité a été un thème développé surtout en rapport à des actes de dictatures dans les pays d'origine. Elle concerne aussi les pays européens. L'impunité et les moyens qui s'y rattachent doit devenir un thème de réflexion et de travail systématique pour la pratique du droit d'asile.

Dans l'immédiat, une première étape consiste à sortir d'une logique de l'urgence, de la peur, de l'humanitaire, du national qui sont devenues des catégories dominantes du Politique en matière d'asile notamment. Dans une telle perspective la formation revêt une place particulière. La recherche doit se développer en éthique politique sur les questions du droit d'asile. Une première étape pourrait consister à analyser les principes et les critères, à montrer les contradictions auxquelles sont soumis les professionnels de l'asile et aussi l'ensemble des acteurs sociaux, indépendamment de leur appartenance nationale ou de leur statut.

C). Les Rapports Entre La Suisse Et L'Europe

³²² BONJOUR S., BUTTY M. (1994) : *Ethique et asile en Suisse : le cas de l'Office cantonal des requérants d'asile* (Vaud), Cours de management public, IDHEAP, Lausanne juin 1994.

³²³ CATRON B.L., DENHARDT K. (1993) : *Formation à l'éthique dans le domaine de l'administration des affaires publiques. Rapport de recherche et recommandation*, in: GILLIAND P., *Ethique et économie. Etat social et administration publique*, Cahier de l'IDHEAP, Lausanne, p. 210.

1. Liberté de circulation des personnes, Schengen, Dublin et le droit d'asile Suisse.

Muriel BECK KADIMA, 9.10.92.

Le texte original est en allemand. La version française ici présentée est un résumé effectué par l'auteure.

11. Les stratégies de l'actuelle politique en matière de réfugiés sont-elles encore adaptées?

La politique "traditionnelle" en matière de réfugiés n'est pas conçue pour la victime passive de la violence, mais pour l'activiste politique.

Dans de nouveaux schémas de persécution et de nouvelles situations de violence, les requérants d'asile ont plus de mal à prouver leur qualité de réfugiés.

12. La liberté de circulation des personnes en Europe et les mesures correspondantes dans le domaine de l'asile

Pour éviter d'exercer un attrait indésirable sur les candidats réfugiés, les États pourraient se livrer à une sorte de concours des dispositions les plus sévères en matière d'asile et d'immigration.

Faute de volonté politique d'harmoniser le droit matériel de (reconnaissance de) l'asile, les mesures prévues se limitent à la compétence des États pour examiner les demandes d'asile, à l'empêchement de deuxièmes demandes, à l'harmonisation des prescriptions en matière de visa, au renforcement des contrôles aux frontières et à la répression de l'entrée illégale. En plus, certaines prescriptions des accords susmentionnés violent le droit international (p. ex. l'obligation, les sanctions contre les entreprises de transport, les "safe-country")

13. Schengen, Dublin et l'arrêté fédéral urgent sur la procédure d'asile du 22 juin 1990 (APA).

Le texte de la loi tient déjà compte d'éventuels accords internationaux sur la compétence des États dans le traitement de demandes d'asile (p. ex. art. 13c, 13d, 16 par. 1 al. c, 19 alinéa 2 lettre a).

Les procédures d'asile des conventions de Schengen et de Dublin autant que celle de la Suisse sont souvent contournées par des mesures de dissuasion ou prolongées par des procédures préliminaires. Bien que les accords de Schengen et de Dublin portent l'étiquette officielle de mesures compensatrices à la liberté de circulation des personnes, on reconnaît de plus en plus de mesures de contrôle et de dissuasion, ressemblant davantage à un gigantesque appareil de surveillance (listes informatisées de "personnes indésirables", organes frontaliers dans les aéroports étrangers, etc.). Le destin de la Suisse découle de sa position à l'écart, qui l'oblige à participer, sans lui donner d'influence sur le contenu des traités. Mais La Suisse exporte aussi certaines de ses pratiques, p. ex. la notion de "safe-country", les examens dactyloscopiques, qui ont raccourci la durée de l'enquête de plusieurs mois à quelques jours, et les éléments de texte ("Textbausteine").

14. Signification des accords de Schengen et de Dublin pour la Suisse.

Une convention parallèle à celle de Dublin est en consultation et sera ouverte à ratification par les États non-membres de la CE. Un examen sommaire permet de conclure que la Loi sur l'asile ne devrait pas être modifiée pour adhérer à l'accord. La signature de la Convention parallèle de Dublin mettrait seulement en vigueur les adaptations susmentionnées de l'APA. La marge de manoeuvre opérationnelle de la Suisse sera restreinte par une adhésion à l'accord parallèle, mais la Suisse

pourrait alors participer officiellement à la future politique européenne en matière de réfugiés, pourtant surtout restrictive.

La politique européenne des visas sera harmonisée (c.-à-d. pratiquement des visas pour tous les pays du Tiers-Monde, ainsi que le prévoit déjà le modèle suisse des trois cercles). Les demandeurs d'asile seraient ainsi repoussés davantage dans l'illégalité (Georges-Henry BAUTHIER a parlé un jour d'une "fabrique de clandestins"). La politique d'asile suisse deviendrait certainement encore plus restrictive, pour s'adapter au plus petit commun dénominateur des pratiques d'asile des États européens. Les mesures prévues dans l'accord ne feront certainement pas diminuer le nombre des demandeurs d'asile, mais les procédures seront prolongées par les examens préliminaires. Comme il manque un contrôle judiciaire supranational, les conflits de compétence seront très difficiles à résoudre (on ne pourra éviter le jeu de ping-pong entre États). Les secondes demandes seront rendues impossibles.

Pour cela, il faut plus de contrôles et d'enquêtes policières, ainsi qu'un système d'échange de données. La Suisse ne possède cependant pas encore de loi sur la protection des données. Il est positif d'avoir prévu une obligation d'examen et de reprise en charge en cas de compétence claire, le nombre des "Refugees in orbit" pouvant ainsi diminuer.

15. Propositions pour l'avenir.

Depuis les années 70, la crise mondiale des réfugiés s'est aggravée et les mesures de la Communauté européenne sont devenues de plus en plus contradictoires: d'une part, il est reconnu (du moins dans les analyses et à la base) que la politique des droits de l'homme, de l'économie et du développement est liée très étroitement avec les problèmes des réfugiés. D'autre part, la tendance s'accroît à trouver des solutions techniques de prévention et de défense. Les mesures prévues dans les accords dont il a été question plus haut interdisent à de nombreux demandeurs l'accès à la procédure d'asile (visas obligatoires, sanctions contre les compagnies aériennes, etc.). Les candidats peuvent être renvoyés dans les États tiers (c.-à-d. non signataires), sans qu'une protection véritable leur soit assurée dans ce pays. Les critères de compétence pour l'examen des demandes sont fixés sans ajuster entre eux les contenus des différentes législations nationales.

Une harmonisation des mesures est souhaitable, mais seulement si elle s'attaque aux causes et pas seulement aux conséquences. La comparaison entre les mesures préconisées par le Conseil fédéral (rapport de stratégie entre autres) et ce que la Suisse fait réellement révèle une différence considérable. Nous devons publier davantage de rapports de fond. La collaboration doit augmenter entre les organisations de défense des droits de l'homme en Suisse et à l'étranger, ainsi qu'avec les ONG opérant dans la politique du développement. Les nouvelles situations qui poussent les gens à la fuite doivent être mieux prises en considération. Nous devons tâcher d'obtenir une définition élargie du réfugié (y compris les réfugiés de la violence et de l'environnement). La politique en matière de réfugiés devrait se concevoir dans le cadre plus général de la politique de paix et de sécurité et ne pas se réduire à des mesures de défense.

Il faut intensifier les efforts dans les domaines suivants:

- (1) harmonisation des critères d'application des procédures d'asile et du droit matériel (amélioration de la position du requérant d'asile),
- (2) protection des données,
- (3) aides au retour visant à une réintégration active des réfugiés rentrant dans leur pays et des requérants refoulés, d'entente avec les pays d'origine,
- (4) implication dans la responsabilité des pays d'origine et autres États en cause.

Les fonds de la CE affectés à la défense des droits de l'homme devraient aller davantage à des projets pratiques à la base qu'à des rapports théoriques. Nous ne pouvons empêcher que l'accord de Dublin n'entre en vigueur, mais nous pouvons tâcher de confier à un tribunal supranational la compétence de surveillance, dans l'accord parallèle ou dans un protocole additionnel.

2 La Suisse et l'Europe des polices

Beat LEUTHARDT, juriste et journaliste, novembre 1994.

Traduction française par Monique PICCARD, Berne.

21. Droit d'asile: une bière suffit

Sans y avoir donné grande publicité, la Suisse fait partie de l'Europe des polices depuis le début des années 80, par le biais d'un groupe de travail du Conseil de l'Europe qu'un fonctionnaire haut placé, Gottfried ZÜRCHER, présidait. C'est donc à Strasbourg que le premier Accord européen sur l'asile a été négocié, bien avant Schengen et TREVI. Les activités précipitées des deux derniers groupes et les jalousies régnant entre les États européens barrèrent la route aux Accords du Conseil de l'Europe qui ne furent pas ratifiés par les ministres compétents alors qu'ils en étaient tout à fait dignes.

Les représentants de la Suisse jouent double jeu: la Suisse ne faisant pas partie de l'Union européenne, n'étant pas non plus membre du noyau d'États membres de la CE/UE de Schengen, elle tente de donner, de l'extérieur, de fortes impulsions, d'exercer une influence au niveau du savoir-faire technique, par de considérables injections financières et, au-delà, de maintenir, en Suisse, un instrumentaire eurocompatible.

On l'a vu au moins dans un cas: un spécialiste suisse en informatique a été "prêté" par l'Office fédéral des réfugiés³²⁴ à son frère allemand de Zirndorf, l'Office pour la légitimation des réfugiés où il élaborait la mise globale sur ordinateur des décisions concernant l'asile et où il officia à titre d'instructeur. Dès lors, les «décisions à la chaîne» devenaient la règle. C'était la première pierre pour l'accès transfrontalier aux données concernant les demandeurs d'asile.

22. La bonne affaire des empreintes digitales

Au niveau du droit d'asile, d'autres comportements suisses passent, aux yeux des instances officielles, pour exemplaires et aptes à élargir le rayonnement helvétique en Europe.

La Suisse, par exemple, a tenté de banaliser la prise d'empreintes digitales des demandeurs d'asile afin de s'en servir à fin d'identification dans le cadre de la procédure d'asile. Une première, car jusqu'ici une telle violation des droits de la personne n'était possible, sur un groupe social, que si un ou plusieurs de ses membres, voire le groupe dans sa totalité, avait commis quelque délit. La coûteuse étude «Eurasyl» fut une manoeuvre de séduction de la Suisse vis-à-vis de l'UE dont elle espérait obtenir, en outre, un mandat substantiel faisant d'elle, sinon la centrale opérationnelle, du moins le pays fournisseur d'un système européen d'information par empreintes digitales. On échangerait entre collègues suisses et allemands des informations figurant aux dossiers des requérant-e-s d'asile, afin de "combattre à la racine" d'éventuels abus.

On doit également aux efforts suisses le règlement des États tiers dits «sûrs» et des «États d'origine sûrs» qui aboutit en 1987 à une praxis légalisée en 1990. On prétendait jusque là, sans la moindre base juridique, que pour quiconque venant de l'Est en Suisse en passant par l'Autriche, par exemple,

³²⁴ Alors dénommé *Délégué aux réfugiés*.

avoir bu une bière à Vienne prouvait impérativement que l'Autriche lui accordait protection, ce qui impliquait que cette personne n'avait pas besoin, en plus, de celle de la Suisse³²⁵.

Berne s'est également vue comme pionnière en matière d'expulsion des réfugié-e-s sri lankais refusés. Un arrêt des expulsions fut très brièvement en vigueur, puis on expulsa sans cesse, à titre d'exemple, même lorsque la guerre civile battait son plein sur l'île. Pionnière également, la Suisse, lorsqu'elle signa, fin 1993, le premier accord de "reprise"- resté d'ailleurs unique jusqu'ici - avec le Sri Lanka, ratifié à peine un an après par le parlement sri lankais et entré en vigueur. Le régime sri lankais répondit à d'autres États, les Pays-Bas, par exemple, intéressés par un accord de ce type, qu'il entendait d'abord expérimenter l'accord passé avec la Suisse avant de le généraliser.

23. La Suisse, enfant chérie des États européens

En 1987, la Conférence dite de Gerzensee (Gerzensee étant une propriété sise dans la campagne bernoise), présidée par Peter ARBENZ, alors chef du bureau de l'asile, donna le coup d'envoi des conférences et rencontres européennes. C'est à Gerzensee que l'on discuta pour la première fois concrètement, dans le cadre du Conseil de l'Europe, de l'exclusion de l'Europe à une large échelle pour les demandeurs d'asile. Des conférences sur le suivi eurent lieu à Oslo, Berlin, Vienne et Budapest.

C'est la Suisse aussi qui donna l'impulsion décisive, en 1990 à Genève, pour les «consultations informelles». Jonas WIDGREN, ancien conseiller du Premier ministre suédois Olof PALME qui dirigeait ces consultations informelles était un ami intime du chef suisse de l'asile, Peter ARBENZ. Lorsque WIDGREN s'installa à Vienne où il fonda son propre Bureau de l'émigration³²⁶, la Suisse lui consentit de fortes injections financières. A Genève comme à Vienne, l'atout majeur de ce bureau est la remise rapide et sans tracasseries administratives de renseignements et un service de consultation.

Dès les années 80, la Suisse a été invitée aux rencontres bisannuelles du groupe TREVI et du groupe ad hoc Migrations, deux commissions dénuées de bases légales et financées par des caisses noires, légalisées fin 1993 par le traité de Maastricht, ses membres devenant partie du "Conseil Justice et Intérieur". Comme jadis la ministre de la Justice Élisabeth KOPP, son successeur Arnold KOLLER est invité à ces rencontres. Les ministres des douze États de l'UE y sont représentés, accompagnés des cadres moyens et supérieurs de leurs services. Le statut d'observateur est accordé à la Suisse, aux États-Unis, au Canada, à l'Australie et au Maroc.

Durant cette période, les fonctionnaires supérieurs des secteurs asile, politique face aux étrangères et aux étrangers, et sûreté de l'État volèrent de rencontre informelle en rencontre informelle, avec en première ligne Gottfried ZÜRCHER dont nous parlons plus haut. Maastricht, en rendant l'institution permanente, a mis fin à cet activisme³²⁷.

24. L'EEE et l'UE non, mais la forteresse Europe, oui

Bien que la thématique d'une adhésion à l'UE ou même à l'EEE soit violemment controversée et que le Conseil fédéral reste très réservé à ce propos, il préconisa très tôt l'entrée dans «l'Europe des polices». Arnold KOLLER confirme dès 1990 que *la Suisse est fortement intéressée par une harmonisation*³²⁸. Il se réfère en l'occurrence au travail d'un groupe d'experts «Contrôle des

³²⁵ *Festung Europa - Asyl, Drogen, "organisierte Kriminalität": Die "Innere Sicherheit" der 80er und 90er Jahre und ihre Feindbilder*, Beat LEUTHARDT, Zurich/Berlin 1994, p. 181 et stes.

³²⁶ International Center for Migration Policy Development (ICMPD).

³²⁷ Renseignement fourni par Gottfried ZÜRCHER à l'auteur.

³²⁸ *Tages Anzeiger*, Zurich, 2.7.1990.

personnes du point de vue de la police des frontières» qu'il a personnellement mandaté et qui lui a fourni deux rapports enrichissant son argumentaire. Sans mesures d'harmonisation et de sécurité au niveau policier, affirment ces experts non sans théâtralité, compte tenu des frontières intérieures s'ouvrant un peu partout autour d'elle, la Suisse se trouvera envahie par tous les criminels européens.

A la fin des années 80, cette eurocompatibilité reste encore discrète, voire confidentielle lorsque KOLLER, ministre de la Justice demande, durant l'hiver 1989/90, au professeur de droit de Constance, Key HEILBRONNER, une expertise qui s'avère éminemment complaisante. HEILBRONNER confirme que toutes les lois suisses de l'époque sont déjà eurocompatibles au niveau de l'ajustement et de la mise en œuvre des normes de l'accord supplémentaire de Schengen³²⁹ Il ressort en outre de divers documents confidentiels que la légation européenne de la Suisse à Bruxelles envoie régulièrement à Berne des rapports de contrôle d'eurocompatibilité.

Il semblerait, à un moment donné, que Berne soit disposée à abandonner l'arrêté concernant les discours publics datant de l'après-guerre, ce qui constituerait un aspect positif de l'eurocompatibilité. Ledit arrêté interdit aux étrangères et aux étrangers ne disposant pas d'un permis de séjour en Suisse d'y tenir publiquement des discours politiques et est contraire aux normes de libre choix de résidence et de droits fondamentaux de l'UE. Le Conseil fédéral a biffé l'abandon de cet arrêté de son programme en arguant qu'il permettrait d'interdire les orateurs d'extrême-droite, tels le leader du Front national français, Jean-Marie LE PEN.

25. Émigration, drogue, crime organisé: autant de champs de manoeuvre

Les autorités chargées de la répression envisagent une extension européenne de leur rayonnement au-delà de la politique spécifique de l'asile.

Arnold KOLLER affirme³³⁰ que le Rapport de stratégie de 1989 doit agir sur le secteur de l'émigration et des étrangères et des étrangers. En ce qui concerne les étrangers, le modèle suisse qui prévoit un quota des étrangers de pays tiers fixé en fonction des besoins de l'économie a été adopté en juin 1994 par les ministres de l'UE. Les «mesures de contrainte dans le droit des étrangers» mises en votation populaire en Suisse les 3 et 4 décembre 1993 sont parfaitement conformes à la législation et à la praxis allemandes et autrichiennes; elles pourraient entrer en vigueur dès le 1er février 1995. Ces mesures de contrainte instaurent de nouvelles formes de détention préventive (détention en vue du refoulement) dans le cas d'éventuels actes pénalement répréhensibles. La détention en vue de l'expulsion sera considérablement allongée, l'assignation à résidence et diverses formes de bannissement sont prévues ainsi que le droit de perquisition chez des citoyens-ne-s suisses n'ayant commis aucun délit.

Sur le plan de la drogue, la Suisse s'est pliée aux directives du groupe POMPIDOU du Conseil de l'Europe, certes axées sur des normes socio-médicales mais fortement influencées par la ligne répressive TREVI et a initié de douteuses enquêtes (question-test: «avez-vous le Sida?») sur les scènes genevoise et zurichoise de la drogue. Elle est sur le point de ratifier les accords de l'O.N.U. de 1971 sur les substances psychotropes et leurs dérivés ainsi que le protocole complémentaire de 1972 qui laisse la bride sur le cou à une «police européenne de la drogue» et interdit des tentatives scientifiquement contrôlées de remise de drogues dures - héroïne - à des toxicomanes, mesure actuellement envisagée en Suisse³³¹.

³²⁹ *Festung Europa*, op. cit., p. 133.

³³⁰ Rapport pour une stratégie pour la politique des années 90 en matière d'asile et de réfugiés, *Tages Anzeiger*, op. cit.

³³¹ *Basler Zeitung*, 16.11.1994.

La Suisse s'est également distinguée au niveau de la «lutte contre le crime organisé» en ratifiant les directives sur le blanchiment d'argent sale du Conseil de l'Europe ainsi que par des lois nationales. Arnold KOLLER se félicite de la lutte décisive entreprise contre la corruption - notamment lors de la réunion de l'ONU à Naples les 21 et 22 novembre 1994 - quand bien même de nombreux scandales - comme celui des boues d'épuration à Zurich ou celui des patentes généreusement accordées aux restaurateurs, celui encore des polices fribourgeoise et schwytzoise - éclatent en Suisse. Cette renommée internationale permet d'étouffer certains cas, celui d'une jeune femme, par exemple, qui gardait quelques misérables centaines de francs provenant d'une revente de marchandise par son ami toxicomane et fut condamnée pour «blanchiment d'argent sale». D'autres prescriptions relevant d'une prétendue «lutte contre le crime organisé» sont manifestement dirigées contre les «petits» et visent, par exemple, la récupération de parts de fortunes acquises illégalement ou la culpabilité d'organisations criminelles. La mise en service concrète au niveau européen du premier système d'information sur la drogue (sigle cynique: DOSIS) entraîne en outre la mise en fiches sur système informatique de tous les toxicomanes qui peuvent ainsi être efficacement contrôlés.

Sur le plan de la sécurité intérieure, la Suisse s'est empressée, en 1993, de prendre des mesures pour son «maintien» et de les faire connaître à l'étranger; Arnold KOLLER, suivant l'exemple de son collègue allemand, Manfred KANTHER, a déclaré l'année 1994 «année de la sécurité intérieure».

26. Les recherches policières suisses entièrement informatisées

L'émergence en Suisse de l'Europe des polices est documentée par la mise en place à une large échelle de systèmes d'informatique ultramodernes. La Suisse dispose déjà de systèmes prévus pour la recherche policière dans le cadre de projets de l'EEE et de l'UE, DOSIS par exemple pour l'identification des toxicomanes ou AFIS (pour les empreintes digitales des requérant-e-s d'asile). Les systèmes de recherche Suisse-Etranger ZAR (Zentrale Ausländerregister- registre central des étrangers) AUPER et RIPOL sont eux aussi eurocompatibles.

Le système de recherche RIPOL continuellement amélioré au niveau de la recherche de suspects a intéressé, par le passé, de prétendus représentants de l'Afrique du sud (encore sous le régime de l'apartheid) et des États-Unis. Le système d'information ISIS (sécurité de l'État) va être relié au réseau. On ne sait pas encore avec certitude dans quelle mesure ISIS, DOSIS, OK-SIS (service d'information de Schengen), SIE (système européen d'information) ou CIS (système européen d'information douanières) , sont légalement adaptables au réseau. Selon les fonctionnaires suisses compétents, cela ne poserait pas de gros problème technique.

D). Conclusions

1 Liste des infractions imputées à la Suisse: en fonction de l'Ordre juridique interne et du droit international.

Arrivant au terme de notre rapport, nous pouvons reprendre à notre compte les commentaires personnels du rapporteur tunisien du Comité des Nations Unies contre la torture, Monsieur Habib BEN AMMAR: *ceux qui fuient leur pays pour échapper à la violence, arrivent en Suisse avec de*

*grandes illusions de sécurité et s'exposent à des situations dégradantes et dangereuses de torture voire même de mort*³³².

Il convient maintenant de résumer les accusations lancées contre la Suisse, en présentant la liste des infractions qu'on doit à notre sens lui imputer.

a). En vertu de l'ordre juridique interne.

Nous allons relever ici les violations de la Constitution fédérale. C'est surtout son article 4 qui est violé. Rappelons à cet égard que cet article garantit l'égalité de tous les Suisses devant la loi; abolit tous les privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles; il précise enfin que l'homme et la femme sont égaux en droits. L'évolution particulière du droit constitutionnel suisse a donné à l'article 4 de la Constitution une importance capitale, dès lors que le Tribunal fédéral en a déduit toute une série de droits et de libertés fondamentales.

Pour le domaine qui nous concerne, on peut affirmer que ce sont trois principes qui sont violés:

- 1° les garanties découlant du droit d'être entendu;
- 2° le principe de l'égalité de traitement dont la portée a été étendue à toutes les personnes résidant sur le territoire suisse;
- 3° le principe de la prohibition de l'arbitraire.

b). En vertu du droit international.

Nous allons ici passer brièvement en revue les principaux instruments du droit international qui en gagent la Suisse ou devraient à tout le moins inspirer sa pratique juridique interne.

Convention de Genève relative au Statut des réfugiés, du 28 juillet 1951:

- 1° l'accès à la procédure d'asile est empêché soit par le fait de rendre l'entrée en Suisse de plus en plus difficile, soit par les pratiques développées au sein des centres d'enregistrement;
- 2° la définition de la qualité de réfugié est détournée par de nouvelles exigences étrangères à la Convention et par une interprétation abusive du texte de l'article 1 section A à propos de l'origine des persécutions;
- 3° la désignation de pays "exempts de persécution" empêche nombre des réfugiés d'avoir accès à une procédure équitable, même s'ils remplissent les conditions de l'art. 1 section A;
- 3° le principe du non-refoulement est violé par la politique des renvois de certaines catégories de demandeurs d'asile, ainsi que par le rapatriement de personnes actives politiquement en Suisse.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950:

- 1° l'art. 3 est violé en tant que des personnes ont été renvoyés vers la torture ou vers des traitements inhumains ou dégradants;
- 2° l'art. 5 est violé en tant que l'emprisonnement préventif au renvoi de demandeurs d'asile est rendu possible;
- 3° l'art. 6 est violé en tant que les garanties d'un procès équitables ne sont pas réelles;

³³² Cité par Alain BOVARD, ASYL, 1994/2, p. 48.

4° l'art. 8 est violé en tant que la vie familiale a été troublée par l'empêchement de certains regroupements familiaux;

5° l'art. 13 est violé en tant que le droit au recours effectif n'est pas garanti, particulièrement au travers de l'institution des pays "exempts de persécution" et des décisions de non-entrée en matière qui en découlent avec retrait de l'effet suspensif en cas de recours et ordre de départ immédiat;

6° l'art. 14 est violé en tant que l'interdiction de la discrimination n'a pas été respectée.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984:

1° l'art. 3 est violé en tant que des personnes ont été renvoyées vers la torture ou vers des traitements inhumains, cruels ou dégradants, et en tant que la Suisse a omis de constater les violations massives des droits de l'homme dans certains pays.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966:

1° l'art. 7 est violé en tant que des personnes ont été renvoyés vers la torture ou vers des traitements inhumains ou dégradants;

2° les art. 9 et 10 sont violés en tant que des atteintes graves ont été portées contre la liberté de certains réfugiés, et en tant que des modifications législatives vont rendre plus faciles les emprisonnements pour des raisons administratives;

3° l'art. 12 est violé en tant que l'on cherche à restreindre la liberté des demandeurs d'asile de se déplacer et d'établir un domicile;

4° l'art. 23° est violé en tant que la vie familiale a été troublée par l'empêchement de certains regroupements familiaux;

5° l'art. 24 est violé en tant que certaines catégories de mineurs réfugiés n'ont pas reçu toute la protection nécessaire;

6° l'art. 26 est violé en tant que l'interdiction de la discrimination n'a pas été respectée.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966:

1° l'art. 11 est violé en tant qu'un niveau de vie décent n'est plus garanti aux demandeurs d'asile;

2° l'art. 12 est violé en tant que le droit à une assistance médicale n'est plus entièrement garanti aux demandeurs d'asile;

3° l'art. 13 est violé en tant que le droit à l'éducation n'est pas garanti à de nombreux mineurs réfugiés.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du 21 décembre 1965.

l'art. 2 alinéa 1 lettre a est sévèrement vidé de sa substance lorsque 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.

Convention relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989:

Il convient de préciser que cette Convention n'est encore que signée par la Suisse. Toutefois, on peut s'y référer, dès lors que la Commission suisse de recours en matière d'asile a expressément affirmé que cet instrument, que la Suisse veut ratifier, doit déjà inspirer sa conduite.

- 1° l'art. 2 est violé en tant que les mineurs réfugiés non accompagnés sont discriminés par rapport aux autres enfants en Suisse;
- 2° l'art. 3 est violé en tant que la plupart des décisions administratives ne tiennent pas compte de l'intérêt supérieur de l'enfant;
- 3° l'art. 10 est violé en tant que des regroupements familiaux ont été empêchés;
- 4° l'art. 20 est violé en tant qu'on offre pas aux mineurs réfugiés non accompagnés la protection due aux enfants privés de leur milieu familial;
- 5° l'art. 22 est violé en tant que les enfants réfugiés ne reçoivent pas toute la protection nécessaire, et en tant que les recherches des parents sont rarement entreprises par les autorités;
- 6° l'art. 27 est violé en tant qu'un niveau de vie décent n'est plus garanti aux enfants demandeurs d'asile;
- 7° l'art. 28 est violé en tant que le droit à l'éducation n'est pas garanti aux enfants demandeurs d'asile;
- 8° l'art. 37 est violé en tant qu'une loi prévoit l'emprisonnement de mineurs de moins de 18 ans et pour de simples raisons administratives.

Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes:

Il convient de préciser que cette Convention n'est encore que signée par la Suisse. Toutefois, on peut s'en inspirer en tant que texte de référence, dès lors qu'elle s'apprête à la ratifier.

L'art. 1 est violé en tant que la pratique suisse ne matière d'asile discrimine les femmes réfugiées.

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948:

Il convient de préciser que cette Convention n'est encore que signée par la Suisse. Toutefois, on peut s'en inspirer en tant que texte de référence, dès lors qu'elle s'apprête à la ratifier.

L'art. 6 a été violé lorsque la Suisse a offert une protection de facto à Félicien KABUGA, criminel contre l'humanité, et qu'elle n'a pris aucune mesure pour le traduire devant les tribunaux compétents.

2 Responsabilités: État fédéral, cantons, fonctionnaires, population; degré de responsabilité.

a) L'État fédéral

Sans conteste, l'État fédéral porte la responsabilité principale pour les infractions relevées ci-dessus, dès lors que c'est le Conseil fédéral en tant que gouvernement qui définit la politique suisse en matière d'asile et d'immigration, et que c'est l'administration fédérale qui est chargée de l'application de cette politique.

b) Les cantons et les fonctionnaires cantonaux

On ne saurait cependant oublier que les gouvernements cantonaux ont pour la plupart appuyé le Conseil fédéral, approuvé sa politique d'asile et réclamé des mesures restrictives. Dans le même sens, les fonctionnaires cantonaux, chargés des auditions ou de l'organisations des départ, portent également une part de responsabilité, dans la mesure où ils ont accepté d'appliquer fidèlement les injonctions fédérales en se cantonnant dans le rôle de strict exécuteur qui leur est dévolu.

c) La population suisse

Enfin, on peut reprocher à la population suisse d'avoir pris les réfugiés comme boucs émissaires de ses problèmes internes, prompt à jeter sur eux les pires soupçons. A sa décharge, il convient de signaler d'une part que les politiciens et gouvernants ont entraîné la population dans cette voie par des déclarations mensongères ou des omissions coupables; ainsi, le terme "faux réfugié" est venu de la bouche des responsables de la politique d'asile, excitant la population contre ceux qui demandent protection.

Un autre facteur de décharge est le fait qu'une partie, minoritaire mais non négligeable, de la population suisse a osé critiquer les autorités, voire désobéir ou résister à leurs injonctions, cachant des réfugiés, tentant d'empêcher des expulsions ou dénonçant des faits graves. Dans ce courant de résistance, il faut saluer tant les individus que diverses associations, églises, oeuvres d'entraide, syndicats et partis politiques, qui ont offert leurs efforts, leurs locaux et leurs moyens matériels en vue d'une définition généreuse de droit d'asile.

3 Liste des revendications

Arrivés au terme de ce rapport, nous constatons que la liste des infractions que l'on peut imputer à la Suisse est imposante. Compte tenu de la nature particulière du Tribunal permanents des peuples, nous souhaitons faire état ici des réflexions que notre travail nous a inspiré, qui sont quelques pistes de travail destinés à montrer comment la situation pourrait évoluer d'une manière plus positive.

a). Revendication générale.

Il n'est pas contestable en effet que ce sont à la fois les exigences de la raison d'État et les perspectives dessinées par une politique d'asile définie comme une politique de dissuasion qui conduisent nécessairement à ce que soient violés les principes sur lesquels est fondé l'État de droit en Suisse. C'est ce phénomène qui amène la Suisse à commettre les infractions relevées.

La Suisse met en avant sa raison d'État lorsqu'elle refuse ou lorsqu'elle tarde à adhérer puis à ratifier des instruments internationaux dont la nature est de protéger les droits et les libertés fondamentales. Cette même raison d'État justifie aux yeux du gouvernement que, lorsque la Suisse devient État Partie à une convention internationale, elle émette des réserves qui sont en retrait des droits que cette convention protège, ou encore elle en justifie une application restrictive.

Notre revendication centrale réside dès lors à requérir que la Suisse, en tant qu'État, renoue avec les principes fondamentaux et avec une philosophie de l'État de droit, et en particulier

- qu'elle adopte une politique progressiste en matière d'adhésion et de ratification des instruments internationaux protégeant les droits et libertés fondamentales;
- qu'elle n'émette aucune réserve au moment d'adhérer à un instrument international et qu'elle s'abstienne de porter ainsi atteinte aux droits et libertés fondamentales protégées par cette norme;
- qu'elle conforme sa pratique interne aux normes internationales contraignantes.

La ratification de traités, conventions et pactes internationaux ne doivent pas seulement avoir pour finalité de donner une bonne image extérieure de la Suisse, mais elle doit constituer une réelle adhésion aux principes que ces textes contiennent en vue de leur véritable concrétisation.

L'enjeu est finalement que des principes énoncés dans les instruments internationaux aient pour but la protection et la promotion des droits de l'Homme, des droits de tous les hommes et de toutes les femmes, et que l'on ne réserve pas la portée de ces principes aux seuls citoyens nationaux, à l'exclusion de ceux que l'on considère aujourd'hui comme étrangers et, partant, dépourvus de droits.

b). Revendications particulières.

Nous allons énumérer ici quelques revendications précises qui nous paraissent particulièrement pressantes, et que la Suisse pourrait satisfaire afin de faire preuve de ses bonnes intentions:

- 1) La Suisse doit appliquer la Résolution 14 (1967) *sur l'asile en faveur des personnes menacées de persécution*, et particulièrement sa recommandation aux États-Membres à *faire preuve d'un esprit particulièrement libéral et humanitaire à l'égard des personnes qui cherchent asile sur leur territoire*.
- 2) La Suisse doit adhérer au Protocole 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés, qui pose en son article 4 l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers.
- 3) La Suisse doit faire usage de l'instrument de la plainte d'État, tel qu'il est défini à l'art. 24 CEDH, pour dénoncer toute violation des droits de l'homme commise par un État-Membre de la CEDH, et en particulier contre la Turquie en raison de la pratique systématique de la torture et des violations massives des droits de l'homme dans ce pays.
- 4) La Suisse doit adhérer à la Convention *pour la prévention et la répression du crime de génocide*, du 9 décembre 1948, et s'engager à ne pas protéger des personnes ayant commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.
- 5) La Suisse doit adhérer à la Convention internationale *pour l'abolition de la discrimination de la femme*, et prendre les mesures appropriées afin de respecter les droits des femmes en matière d'asile.
- 6) La Suisse doit ratifier la Convention *relative aux droits de l'enfant*, du , et prendre des mesures appropriées afin de respecter les droits des enfants en matière d'asile.
- 7) La Suisse doit lever la réserve faite en faveur de sa politique d'immigration lors de l'adhésion à la Convention internationale *sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, du 21 décembre 1965, abolir sa politique des "trois cercles", abroger les art. 16 LSEE et 8 OLE, et extirper de tous les domaines juridiques les pratiques discriminatoires arbitraires à l'encontre des demandeurs d'asile et des étrangers.
- 8) La Suisse doit renoncer à la désignation de pays "exempts de persécutions" en abrogeant l'art. 16 alinéa 2 LA.
- 9) La Suisse doit abroger sa loi *sur les mesures de contrainte en matière de droits des étrangers*, car elle porte gravement atteinte à des droits fondamentaux consacrés dans plusieurs textes internationaux, dont la CEDH.
- 10) La Suisse doit inscrire le droit subjectif à l'asile dans sa Constitution fédérale.
- 11) La Suisse doit se doter des moyens nécessaires en vue d'établir un contrôle judiciaire efficace de la constitutionnalité des lois fédérales.
- 12) La Suisse doit procéder à une modification de sa législation sur la responsabilité de l'État, afin de rendre possible un dédommagement ou tout autre réparation dans l'hypothèse où une

personne aurait subi, suite à une expulsion de Suisse, un tort à ses biens juridiquement protégés, tels que la vie, l'intégrité corporelle ou psychique, ou encore la liberté.

13) Dans l'affaire de l'expulsion d'Alphonse MAZA, des enquêtes disciplinaires doivent être ordonnées contre les personnes responsables telles que désignées dans le témoignage adjoint au présent rapport, et une indemnité pour tort moral doit être octroyée en faveur d'Alphonse MAZA et du reste de sa famille.

Lausanne, le 5 décembre 1994.

Rédaction générale et coordination:

Christophe TAFELMACHER, pour la Coordination Asile Suisse.

Les noms des auteurs et auteures, traducteurs et traductrices ayant collaboré à la rédaction du présent rapport sont signalés au début de leur contribution particulière. Qu'ils en soient tous et toutes remerciés ici.

Annexes:

- 1.....*Entrée illégale et séjour irrégulier des réfugiés et requérants d'asile: la pratique des cantons*, Marie-Pierre CAMPICHE, ASYL, revue suisse pour la pratique et le droit d'asile, 1994/3.
- 2.....*A Chiasso, on chasse les bosniaques*, Journal de Genève, 11/12 mars 1994.
- 3.....*Droit d'asile attachez vos ceintures, la mise en oeuvre du droit d'asile dans les aéroports d'Europe et au centre d'enregistrement de Cointrin*, dossier préparé par Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP et Laurent MONNIER, chargés de cours à l'Institut d'Études Sociales et à l'Institut Universitaire d'Études du Développement, Genève juin 1990.
- 4.....*Informations concernant les conditions de détention en Suisse*, Association pour la prévention de la torture, mai 1993.
- 5.....*Informations de suivi concernant les conditions de détention à l'aéroport de Genève-Cointrin*, Association pour la prévention de la torture, novembre 1993.
- 6.....*Asile: l'Office fédéral des réfugiés se fait taper sur les doigts*, Le Courrier, 30 septembre 1994.
- 7.....Commission suisse de recours en matière d'asile, Ière Chambre, décision du 31 août 1994; mandataire: ELISA, M. OTTET, Genève. Copie banalisée (le nom du requérant est illisible).
- 8.....*Rapport sur le centre d'enregistrement pour requérants d'asile de Cointrin*, Aumônerie genevoise et oecuménique auprès des requérants d'asile (AGORA), Genève octobre 1989.
- 9.....*Les centre d'enregistrement. DOE mis à la porte: l'aveu*, Isabelle FURRER, VIVRE ENSEMBLE, n° 29, décembre 1990, pp. 4-7.
- 10....Déclaration du 28 novembre 1988, illustrant le système de pression en vigueur au centre d'enregistrement. Copie banalisée (le nom du requérant est illisible).
- 11....*Asile: requérant malade à la rue*, Journal de Genève, mardi 26 avril 1994.
- 12....*Familles séparées à l'enregistrement, un non-sens!*, VIVRE ENSEMBLE, bulletin de liaison pour la défense du droit d'asile, n° 47, Genève juin 1994.
- 13....*Traitement des demandes d'asile, "bricolages au Château"*, 24 Heures, 26 novembre 1990.
- 14....Offre d'emploi parue dans le quotidien 24 Heures, octobre 1990 (2 versions). Annonce parue en allemand dans le quotidien Tagesanzeiger, fin 1990.
- 15....*Moi, Stéphane Buthey, j'ai sombré dans le racisme. Et je m'en suis sorti*. Le Nouveau Quotidien, mercredi 24 février 1993.
- 16....Rapport de la représentation suisse à Kinshasa, daté du 27 mars 1984 et signé par l'Ambassadeur G. FRANEL.
- 17....*Procédure, erreurs en série. Quand le DAR se trompe*, Yves BRÜTSCH, VIVRE ENSEMBLE, n° 25, février 1990, pp. 5-6.
- 18....*Politique d'asile suisse et pratique de l'Office fédéral de la police; deux anciens collaborateurs de l'OFP témoignent*, Comité suisse pour la défense du droit d'asile et Ligue suisse des droits de l'Homme, Lausanne et Genève février 1986.
- 19....*Pratiques discursives de l'asile en Suisse: assimiler pour refouler*, Claude CALAME, professeur à l'Université de Lausanne, Revue suisse de sociologie, 1 (1989) pp. 75-94.
- 20....*Réalités zaïroises: "Hors de toute logique"?*, Commission Zaïre, Lausanne 1992.
- 21....*Le droit d'asile modelé par l'informatique*, Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP, Équinoxe n°3, printemps 1990, pages 150-168.
- 22....*Mille Algériens ont demandé l'asile en Suisse. Aucun ne l'a obtenu*, Le Nouveau Quotidien, vendredi 25 - samedi 26 - dimanche 27 novembre 1994.

- 23....Lettre adressée par le secrétaire général du Département fédéral de justice et police au Centre social protestant le 24 octobre 1994.
- 24....*HEKS kritisiert Asylrekurskommission* (L'entraide protestante critique la commission suisse de recours en matière d'asile), Tagesanzeiger, 22 mai 1993.
- 25....*La commission de recours soumise aux feux de multiples critiques*, La Liberté, 21 octobre 1992.
- 26....*Assistance juridique, une affaire à suivre*, Isabelle FURRER, VIVRE ENSEMBLE, n° 26, avril 1990, p.6.
- 27....*Des milliers de Tamouls seront expulsés vers le Sri-Lanka. La politique d'asile de la Suisse continue de se durcir. L'exception tamoule a vécu*, Journal de Genève, jeudi 21 avril 1994.
- 28....*L'assistance aux requérants d'asile coûtera 30 millions de moins à Berne*, 24 Heures, samedi-dimanche 29-30 octobre 1994, où il est incidemment question du renvoi des Tamouls et des Albanais de Kosovë.
- 29....*Belgrade refuse les Kosovars rejetés de Suisse*, Le Nouveau Quotidien, 22 novembre 1994.
- 30....*Kamal hors de cabane, Libanais refoulé envoyé trop lestement en geôle à Sion. Libéré par le TF!* Le Matin, 1er décembre 1991.
- 31....Arrêt du Tribunal fédéral suisse, IIe Cour de droit public, 26 novembre 1991. Copie banalisée (le nom du requérant est illisible).
- 32....Communication N° 13/1993, Comité contre la torture, décision du 27 avril 1994. Copie banalisée (le nom du requérant est illisible).
- 33....*Condamnée par l'ONU, la Suisse ne pourra pas expulser un requérant d'asile zairois*, Le Nouveau Quotidien, vendredi 17 juin 1994.
- 34....Conférence donnée à la Fachgruppe de l'EPER, G. DEMOFIKE, Zurich le 29 octobre 1991, remis à jour à Genève le 11 novembre 1991.
- 35....*Économie du rapport sur les conditions d'accueil au Zaïre des Zairois refoulés de l'Occident*, La Voix des Sans Voix pour les droits de l'homme, septembre 1994.
- 36....Fac-similé d'une décision d'internement rendue par l'Office fédéral de la police; publiée par VIVRE ENSEMBLE, n° 2-3, décembre 1985 - janvier 1986. Copie banalisée (le nom du requérant est illisible).
- 37....*Le droit sert-il à quelque chose?*, Yves BRÜTSCH, VIVRE ENSEMBLE, n° 2-3, décembre 1985 - janvier 1986.
- 38....*Renvois, refoulés vers la prison et la torture. N'oublions jamais*, Yves BRÜTSCH, VIVRE ENSEMBLE, n° 27, juin 1990, pp. 10-11.
- 39....*Expulsé de Suisse en 1986, Januz SALIHI raconte. Cinq ans de prison pour une bavure*, La Suisse, 28 janvier 1992.
- 40....*Affaire KABUGA, conclusions de l'enquête administrative*, Journal de Genève, jeudi 10 novembre 1994, p. 20.
- 41....*La situation des mineurs requérants d'asile non-accompagnés*, Christophe TAFELMACHER, Lausanne, le 30 mai 1994.
- 42....Décision du Conseil fédéral suisse du 19 août 1992; considérations de Léonard OKITUNDU, ASYL, 1992/4, p. 69-70.
- 43....*Alerte au racisme! Ne pas banaliser les actes*, C. TAFELMACHER, VIVRE ENSEMBLE, n° 24, novembre/décembre 1989, pp. 4-6.