

ISDH, Avenue Beauregard 1, 1700 Fribourg

Secrétariat d'Etat aux migrations
Département fédéral de justice et police
(DFJP)
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

Fribourg, le 14 novembre 2024

RÉPONSE À LA CONSULTATION SUR LA REPRISE DU PACTE EUROPÉEN SUR LA MIGRATION ET L'ASILE

Monsieur le Conseiller fédéral,
Mesdames, Messieurs

L'Institution suisse des droits humains (ISDH) vous remercie de lui avoir donné la possibilité de se prononcer sur la reprise prévue du pacte européen sur la migration et l'asile.

L'ISDH est l'institution nationale indépendante dont la Suisse s'est dotée afin de protéger et de promouvoir les droits humains à l'échelle nationale, dans tous les domaines de la vie et à tous les échelons étatiques. En tant qu'institution nationale des droits humains (INDH), elle travaille selon les Principes de Paris définis par les Nations Unies (ONU). L'ISDH est une corporation de droit public, dont la structure s'apparente à celle d'une association. Elle est autonome et neutre sur les plans politique, institutionnel et idéologique.

L'ISDH estime que, du point de vue des droits humains, la reprise partielle du pacte sur la migration et l'asile de l'Union européenne (UE) comporte plus de risques que d'avantages. Ceci notamment en raison des tendances marquées à l'externalisation de la responsabilité dans ce domaine à d'autres pays, tant européens que non européens. Ces externalisations exposent davantage les individus à des violations des droits humains ; elles mettent notamment en danger l'accès à un procès équitable, nécessaire à la garantie du droit à l'asile et à la protection contre le refoulement. Par ailleurs, cette réforme du système européen de la migration et de l'asile renforce les mauvaises inclinaisons structurelles au lieu de les réduire. Elle incite notamment les Etats qui, du fait de leur situation géographique, enregistrent un nombre de premières entrées supérieur à la moyenne, à autoriser la migration secondaire, signalant ainsi aux autres Etats Schengen-Dublin qu'ils sont débordés par l'arrivée de requérant.e.x.s d'asile.

Nous sommes conscient.e.s que la Suisse n'a, en raison des accords d'association Schengen-Dublin, qu'une marge de manœuvre très limitée dans le domaine de l'asile. Il n'en serait toutefois que plus important de tirer parti, de façon rigoureuse et systématique, de la latitude qui lui reste pour protéger les droits des personnes qui demandent une protection internationale.

En vertu de son rôle et de son mandat, l'aspect du pacte européen sur la migration et sur l'asile sur lequel l'ISDH peut être la plus utile est le mécanisme de contrôle des droits fondamentaux et des droits humains mis en place lors de la procédure de filtrage. Dès lors, notre réponse à la consultation se limite à une prise de position sur l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise du règlement (UE) 2024/1356 établissant le filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures.

Caractéristiques du mécanisme de contrôle du filtrage

Le règlement (UE) 2024/1356 (ci-après « règlement sur le filtrage ») établit un mécanisme de filtrage en amont de la procédure principale. Pour garantir le respect des droits fondamentaux pendant la procédure de filtrage, les Etats doivent prévoir un mécanisme de contrôle indépendant (art. 10 du règlement sur le filtrage). L'ISDH salue le fait de conférer une base légale à ce mécanisme, qui s'appliquera d'une part lors du filtrage aux aéroports (art. 21*b* avant-projet de loi sur l'asile [AP-LAsi]) et, d'autre part, lors du filtrage aux points de passage aux frontières ou sur le territoire suisse (art. 9*d* avant-projet de loi sur les étrangers et l'intégration [AP-LEI]).

Le règlement sur le filtrage dispose que les institutions nationales des droits humains ainsi que les organismes de prévention de la torture mis en place en vertu de la Convention contre la torture participent au fonctionnement du mécanisme de contrôle (art. 10, par. 2, al. 3 [UE] 2024/1356). L'acte législatif qui transpose le règlement européen dans l'ordre juridique suisse ne mentionne pas ces deux organismes et délègue la désignation de l'entité responsable du mécanisme de contrôle au Conseil fédéral, dans le cadre de sa compétence réglementaire.

L'ISDH souhaite faire connaître ici son intérêt à participer activement au fonctionnement de ce mécanisme. Comme indiqué ci-dessus, le règlement sur le filtrage précise que la surveillance du mécanisme de filtrage peut être confiée non seulement aux institutions nationales de droits humains, mais aussi aux organes nationaux de prévention de la torture. En Suisse, c'est la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT) qui accomplit cette tâche. L'ISDH et la CNPT sont en contact très régulier et collaborent de façon fructueuse. Il serait judicieux de confier le mécanisme de contrôle à ces deux institutions conjointement, et cela pour deux raisons. D'une part parce qu'elles sont toutes deux mentionnées dans le règlement sur le filtrage. D'autre part – et surtout –, parce que leurs rôles sont parfaitement complémentaires. En effet, la CNPT se livre non seulement à des activités analytiques, mais a aussi une vaste expérience de l'inspection des établissements et de l'identification du recours à la violence et à des traitements inhumains dans le cadre de la privation et de la restriction de liberté. Pour sa part, l'ISDH, du fait de son mandat général, dispose d'instruments complets lui permettant de faire le lien entre les différents aspects touchant aux droits humains et de mettre au jour des problèmes structurels (en particulier en ce qui concerne les garanties procédurales, voir ci-dessous).

Eu égard à la complémentarité de ces deux institutions et au fait que le règlement sur le filtrage les mentionne toutes les deux, il nous semble judicieux d'envisager que la Suisse indique elle aussi, dans sa loi déjà, qu'elle leur confie conjointement la responsabilité du mécanisme de contrôle.

Les garanties procédurales dans la procédure de filtrage

Un mécanisme de contrôle ayant nécessairement un caractère rétrospectif, il faut également garantir, en sus de ce mécanisme, que les personnes concernées auront la possibilité, en cours de procédure et de façon individuelle, de faire valoir leur droit d'être entendu avant de subir un préjudice irréparable. Il faut que les garanties procédurales soient effectivement protégées pour pouvoir identifier les lacunes et les faire connaître, tant dans des cas concrets que sur le plan structurel. Dès lors, même un mécanisme de contrôle efficace ne pourra remplir sa fonction que si les personnes concernées bénéficient de ces garanties durant la procédure de filtrage. Le projet actuel est encore peu clair, ou pas assez détaillé, sur de nombreux aspects de ces garanties procédurales. Si ces garanties ne figurent pas explicitement dans les textes législatifs, le danger est que les tribunaux en déduisent a posteriori qu'elles en sont implicitement exclues.

Les questions relatives aux garanties durant la procédure de filtrage concernent d'une part la représentation juridique durant cette procédure et, d'autre part, les voies de droit ouvertes à l'issue de cette dernière. Se pose aussi, outre ces questions de procédure au sens étroit, la question des instruments juridiques permettant de faire examiner les modalités d'hébergement pendant la procédure, en particulier lorsqu'elles sont assimilées à une privation de liberté.

Représentation juridique

D'importants éléments de la procédure d'asile proprement dite peuvent se mettre en place dès la procédure de filtrage. On peut en effet s'attendre à ce que les déclarations faites durant le filtrage sur le besoin de protection, l'identité d'une personne, ou sur sa dangerosité pourront difficilement être rectifiées durant la procédure d'asile. Or, toutes ces déclarations pèsent de tout leur poids sur l'issue de cette procédure. Si disposer d'une représentation juridique est important dans toute procédure d'asile, cela l'est devenu encore plus depuis l'introduction en 2019 des procédures accélérées et cadencées. Cette représentation doit faire contrepoids à l'accélération. Elle garantit en effet une procédure équitable. Or, si les éléments déterminant l'issue de la procédure d'asile sont établis *avant* cette procédure, c'est-à-dire durant le filtrage, il est indispensable que les requérant.e.x.s disposent durant cette phase des mêmes droits à une représentation juridique que durant la procédure d'asile proprement dite.

L'avant-projet envoyé en consultation exclut toutefois cette possibilité. En effet, l'article 22, alinéa 7 et l'article 102*h*, alinéa 1, AP-LAsi disposent que l'accès à la représentation juridique ne sera garanti qu'après la clôture du filtrage. Cela crée une phase critique pendant laquelle des éléments décisifs pour la procédure d'asile sont posés en amont, alors que les requérant.e.x.s ne bénéficient pas d'une représentation juridique. Il s'agit là d'un pas en arrière par rapport à l'article 102*h* LAsi en vigueur, qui déséquilibre le rapport entre accélération de la procédure et efficacité de la représentation juridique. Les dispositions actuellement en vigueur dans la phase préparatoire de la procédure d'asile doivent aussi s'appliquer au filtrage : une représentation juridique doit être attribuée dès le début de cette phase. Cette solution aurait notamment l'avantage de respecter l'esprit du

règlement sur le filtrage, qui dispose, à l'article 8, alinéa 6, et à l'article 11, que les personnes en phase de filtrage doivent avoir un accès effectif à des informations et à des conseils.

Au début du filtrage, on ne sait naturellement pas encore s'il aboutira à une procédure d'asile, de sorte qu'il est par principe nécessaire que toutes les personnes qui se trouvent dans cette phase aient une représentation juridique à leur disposition.

Voies de droit

Le projet soumis à consultation n'indique pas de quelle façon la procédure de filtrage sera close, c'est-à-dire si l'administration rendra ou pas une décision. La documentation et le préambule du règlement sur le filtrage (voir considérant 32) laissent penser que cette phase se terminera sans formalité, c'est-à-dire par un simple acte matériel, et que les personnes concernées auront uniquement la possibilité d'indiquer dans un formulaire que les informations recueillies sur elles-mêmes sont fausses. Or, l'issue de cette procédure fonde leurs droits de façon catégorique, car elle détermine vers quelle procédure les requérant.e.x.s seront aiguillé.e.x.s et dans quelles conditions ils/elles/iels commenceront cette procédure. L'appréciation portée durant le filtrage ne constitue pas non plus une décision sur la suite de la procédure, car elle clôt une procédure avant qu'une autre (procédure d'asile, en général) ne soit ouverte. En outre, même si l'on part de l'hypothèse qu'il s'agit d'une simple décision incidente, celle-ci doit être susceptible de recours lorsqu'elle peut causer des préjudices irréparables (art. 46 PA, voir aussi ATF 138 V 271, consid. 3 ; sur le rapport entre préjudices effectifs et préjudices juridiques, voir ATF 137 V 210, consid. 3.4.2.7). Il en ira très probablement souvent ainsi, car il sera difficile de réfuter l'évaluation des faits que la procédure d'asile héritera du filtrage. Il est dès lors nécessaire, en vertu de la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst), de clore la procédure de filtrage par une décision susceptible de recours. Si l'on veut voir dans l'issue de la procédure de filtrage un simple acte matériel qui n'est pas destiné à avoir un effet juridique, les requérant.e.x.s pourraient toujours, en vertu de l'article 25a PA, demander que l'autorité rende une décision contre laquelle ils/elles/iels peuvent former un recours. Il semble dès lors plus simple, pour rationaliser la procédure, d'inscrire les voies de droit dans la loi.

Hébergement et privation de liberté

Le filtrage peut durer au maximum sept jours aux frontières, c'est-à-dire aux points de passage aux frontières ou aux aéroports (art. 9b, al. 1, AP-LEI et art. 21a, al. 1, AP-LAsi) et trois jours sur le territoire suisse (art. 9c, al. 1, AP-LEI). Pendant cet intervalle, les personnes concernées doivent « se tenir à la disposition des autorités » (art. 21a, al. 5, AP-LAsi, art. 9b, al. 3, AP-LEI et art. 9c, al. 2, AP-LEI). Dans la pratique, cela voudra dire, suivant les circonstances, que ces personnes seront, de fait, privées de liberté. Dans ces cas, elles devront pouvoir faire examiner cette privation de liberté par un juge aux mêmes conditions et dans les mêmes délais que pour les autres formes de privation de liberté, c'est-à-dire dans les heures qui suivent, mais au plus tard dans les 48 heures (voir ATF 136 I 274, consid. 2.2). C'est en effet la seule manière d'éviter des conditions de détention ou des formes de privation ou restriction de liberté inadmissibles (art. 5 CEDH et art. 31 Cst).

Glissement de la notion de « *Vulnerabilität* » à « *Schutzbedürftigkeit* »

Nous constatons, dans la version en allemand du projet soumis à consultation, un glissement problématique dans les notions que le droit suisse reprend du règlement sur le filtrage. Ce qui, dans ce règlement (art. 8, par. 5, let. b), est qualifié de *Vulnerabilität* (vulnérabilité), devient *Schutzbedürftigkeit* (besoin de protection) dans le projet du Conseil fédéral (art. 9b, al. 2, let. b, AP-LEI et art. 21a, al. 4, let. b, AP-LAsi). Or, ces deux notions ne sont pas totalement identiques.

La notion de *Vulnerabilität* ne se réfère pas seulement à la situation d'une personne dans son pays d'origine, mais aussi, et en particulier, à sa situation et à ses éventuels besoins en cours de procédure ainsi que dans le cadre de son hébergement. Le contrôle de vulnérabilité doit permettre de savoir si les personnes sont victimes de torture ou d'autres traitements inhumains ou dégradants, apatrides ou susceptibles d'avoir des besoins particuliers en matière d'accueil ou de procédure (considérant 37 du règlement sur le filtrage). Lors de ce contrôle, une attention particulière devrait être accordée aux femmes enceintes, aux personnes âgées, aux familles monoparentales, aux personnes présentant une déficience physique ou mentale immédiatement identifiable, aux personnes ayant manifestement subi un traumatisme psychologique ou physique et aux mineur.e.x.s non accompagné.e.x.s (considérant 38 du règlement sur le filtrage). De plus, le personnel procédant au filtrage doit disposer des connaissances adéquates et avoir reçu la formation nécessaire (art. 8, par. 9, al. 1, règlement sur le filtrage).

La notion de *Schutzbedürftigkeit*, en revanche, peut aussi être comprise comme le droit d'une personne à la protection internationale, et se réfère alors à sa situation dans son pays d'origine (ou dans le pays de transit, le cas échéant), et non pas à ses besoins durant la procédure d'asile et en matière d'hébergement.

Avec ce glissement sémantique, on préjuge, déjà lors de la procédure de filtrage, de l'objet central de la procédure d'asile : l'examen du droit à la protection internationale contre un renvoi dans le pays d'origine. L'effet exercé, en aval, par la procédure de filtrage sur la procédure d'asile s'en trouve considérablement renforcé. Cela ne correspond pas à l'esprit du règlement sur le filtrage (art. 12 règlement sur le filtrage) et pose problème du point de vue des garanties procédurales. Il convient par conséquent de renoncer à préférer la notion de *Schutzbedürftigkeit* à celle de *Vulnerabilität*.

Recommandations de l'ISDH

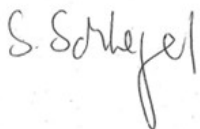
Etant donné que les procédures de filtrage prévues sont très rapides et concernent des personnes dans des situations particulièrement vulnérables, l'ISDH estime essentiel de prendre des mesures efficaces pour garantir le respect des droits fondamentaux et des droits humains. Pour ce faire, il est indispensable de concevoir avec soin le mécanisme de contrôle et de le doter des ressources nécessaires. L'ISDH souhaite attirer l'attention du Conseil fédéral sur les conditions à remplir pour que ce mécanisme soit efficace. Elle suggère d'accorder une attention particulière, lors de la mise en œuvre de la loi, aux aspects ci-après et de compléter en conséquence les avant-projets :

- Premièrement : il convient d'assurer l'indépendance du mécanisme de contrôle. Etant donné que tant l'ISDH que la CNPT remplissent les exigences en matière d'indépendance et qu'elles se complètent du point de vue fonctionnel, il serait judicieux de leur confier conjointement les tâches relevant de ce mécanisme.
- Deuxièmement : les institutions chargées du mécanisme de contrôle doivent avoir accès à l'ensemble des personnes, lieux et documents pertinents (art. 10, par. 2, al. 5 du règlement sur le filtrage). Cela vaut en particulier pour les contrôles sur le territoire suisse (art. 9c AP-LEI). Pour que le mécanisme soit efficace, il est indispensable de définir clairement son fonctionnement sur le territoire suisse, et notamment les compétences des autorités locales. Les entités chargées de ce mécanisme doivent pouvoir savoir à tout moment quelles personnes se trouvent en procédure de filtrage, et dans quels lieux.
- Troisièmement : le mécanisme doit être doté de moyens financiers appropriés et des ressources nécessaires pour assumer sa mission (art. 10, par. 4 ainsi que consid. 28, règlement sur le filtrage)
- Quatrièmement : le mécanisme devrait être habilité à adresser des recommandations annuelles afin d'améliorer la protection des droits fondamentaux, comme le prévoit l'art. 10, par. 2, al. 2 du règlement sur le filtrage. Ces recommandations devraient être présentées régulièrement au Conseil fédéral, dans le cadre d'une procédure de rapport.
- Cinquièmement : la procédure de filtrage doit prévoir des voies de droit. Elle devrait donc se clore par une décision susceptible de recours.
- Sixièmement : il convient de s'assurer que les personnes en procédure de filtrage aient accès à une représentation juridique au même titre que celles en procédure d'asile proprement dite, étant donné que le filtrage pose des jalons décisifs, difficiles à rectifier par la suite.
- Septièmement : il faut remédier au flou problématique que présente la version en allemand du projet mis en consultation, entre les notions de *Vulnerabilität* (vulnérabilité) et de *Schutzbedürftigkeit* (besoin de protection). Ce flou pourrait préjuger du droit à une protection internationale et priver de sa substance le contrôle de vulnérabilité. L'une des manières de le faire serait de reprendre de façon moins sélective l'art. 10 du règlement sur le filtrage.
- Huitièmement : la reprise fragmentaire, dans le projet soumis à consultation, d'éléments isolés de l'art. 10 du règlement sur le filtrage soulève la question suivante : pour quelles raisons certains éléments sont-ils repris, tandis que d'autres ne font l'objet que de simples renvois ? Pour éviter des imprécisions terminologiques et de fond, et définir de manière univoque l'étendue de la reprise, il faudrait faire figurer in extenso l'art. 10 du règlement sur le filtrage dans l'art. 21b, AP-LAsi.

De l'avis de l'ISDH, ce n'est que si ces points sont concrétisés qu'une protection efficace des droits fondamentaux et des droits humains pourra être garantie lors de la procédure de filtrage – et que, en cas de lacunes, des mesures correctives pourront être prises.

Pour résumer, l'ISDH salue la création d'un mécanisme de contrôle indépendant visant à garantir le respect des droits fondamentaux et des droits humains dans la procédure de filtrage, et propose d'y participer activement. Elle accorde une importance particulière aux garanties procédurales pendant et après ladite procédure. Il convient de garantir l'accès à une représentation juridique ; ainsi qu'un processus décisionnel transparent, sanctionné par des décisions susceptibles de recours. Cela permettra de préserver au mieux les droits des personnes concernées pendant et après la procédure de filtrage. Enfin, les passages pertinents du règlement sur le filtrage devraient être repris directement et à la lettre, afin d'éviter des imprécisions terminologiques et de fond. Nous avons la conviction que donner suite à ces recommandations permettrait de contribuer de manière efficace à la protection des droits fondamentaux dans le contexte des migrations et de l'asile en Suisse.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, Mesdames, Messieurs, nos salutations distinguées.



Stefan Schlegel

Directeur