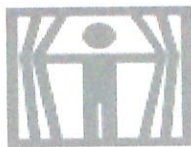


LSDH



Ligue Suisse des Droits de l'Homme - Section de Genève

Rue des Savoises 15 - 1205 Genève
www.lsdh.ch - lsdh.geneve@gmail.com

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Cheffe du Département fédéral de justice et
police (DFJP)
Palais fédéral Ouest
CH-3003 Berne

Copie à: vernehmlassungSBRE@sem.admin.ch

Genève, le 6 juillet 2021

Concerne : Procédure de consultation sur la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration : test de dépistage du COVID-19 en cas de renvoi ou d'expulsion

Madame la Conseillère fédérale Keller-Sutter,

Madame, Monsieur,

Nous avons appris, avec surprise, qu'une modification urgente de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20) fait actuellement l'objet d'une procédure de consultation. Cette modification législative a pour but de créer une base légale suffisante, afin qu'un test de dépistage du COVID-19 puisse être, au besoin, effectué de force sur les personnes faisant l'objet d'un renvoi ou d'expulsion.

Nous tenons à vous communiquer que la Ligue suisse des droits de l'Homme – Genève (LSDH-GE) rejette et condamne l'inclusion urgente de l'art. 72 P-LEI dans la LEI. En effet, une modification législative urgente ne paraît pas justifiée. Effectuer un test de dépistage COVID-19 sur une personne non consentante représente également une violation du droit à la liberté personnelle, au vu de l'ingérence disproportionnée qu'elle représente. Vous trouverez un exposé des motifs justifiant notre position ci-dessous.

En vous souhaitant bonne réception de la présente, nous vous prions de recevoir, Madame la Conseillère fédérale Keller-Sutter, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

Pour la LSDH – Genève,

Anna Sergueeva, membre du Comité

Helena Pedrosa, membre du Comité

Procédure de consultation sur la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration : test de dépistage du COVID-19 en cas de renvoi ou d'expulsion

1. Contexte

L'Allemagne et le Danemark possèdent une base juridique nationale qui permet d'obliger – voire, pour l'Allemagne, de contraindre – les personnes à se soumettre à un test de dépistage du COVID-19. Ainsi, seul un pays européen disposerait d'une base légale permettant, tel qu'envisagé en Suisse, un test de dépistage forcé, alors que les difficultés liées à un refus d'effectuer un test PCR sont généralisées à tous les États membres¹. Le fait qu'un seul pays européen ait potentiellement adopté cette mesure démontre son inopportunité. De plus, la situation en Allemagne est peu étayée et référencée. A noter que la Cour européenne des droits de l'Homme n'a, à notre connaissance, pas eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de telles mesures, notamment au regard des articles 3 et 8 CEDH.

En outre, il a été observé que, le nombre de demandes d'asile a diminué de 34% dans les pays membres de l'Union européenne, entre 2019 et 2020² ; le nombre de demandes a atteint son niveau le plus bas depuis 2014. Le nombre de renvois à exécuter en est donc inévitablement diminué. Ce phénomène devrait d'autant plus concerner la Suisse, étant donné que passablement de « primo-demandes d'asile » sont effectuées dans les pays se trouvant aux frontières externes de la zone Schengen.

Le Département fédéral de justice et police (DFJP) avance que les personnes qui relèvent des domaines de l'asile ou des étrangers et sont tenues de quitter la Suisse refuseraient de se soumettre à un test COVID-19 dans le but d'empêcher l'exécution de leur renvoi. A ce titre, nous tenons à rappeler que ce phénomène reste marginal. Comme mentionné dans le rapport explicatif du DFJP³, « durant l'année en cours (état fin mai 2021), les centres fédéraux pour requérants d'asile (CFA) ont enregistré 50 cas de personnes tenues de quitter la Suisse qui ont refusé de se soumettre au test de dépistage du COVID-19 nécessaire à leur départ. À la fin du mois d'avril 2021, il n'y avait encore que 22 cas de ce genre ». Dans ce cas de figure, qui ne concernait que 50 personnes à l'échelle nationale, plus de la moitié des renvois ont été exécutés. Seules 22 personnes étaient donc finalement concernées par cette problématique. Les cas de refus émanant de « personnes tenues de quitter la Suisse qui sont hébergées dans les cantons », sont également évoqués, et ce, sans l'appui d'une quelconque donnée chiffrée qui permettrait de mesurer l'ampleur du phénomène.

¹ EUROPEAN MIGRATION NETWORK (EMN), Ad Hoc Query 2020.81, Umbrella Inform – Covid-19 and Return – Part 2 (REG Practitioners and NCPs), [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/202081_umbrella_inform_covid-19_and_return_part_2_reg_practitioners_and_ncps.pdf] ; EUROPEAN MIGRATION NETWORK (EMN), Ad Hoc Query 2020.57, Inform #5 - Impact of COVID-19 pandemic on voluntary and forced return procedures and policy responses in EU Member States, Norway and Switzerland, [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/00_eu_inform5_return_en.pdf].

² EUROSTAT, *First-time asylum applicants down by a third in 2020*, 24 mars 2021, [<https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/ddn-20210324-1?redirect=%2F%2F%2F>].

³ DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP), Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration : test de dépistage du COVID-19 en cas de renvoi ou d'expulsion, Rapport explicatif en vue de l'ouverture de la procédure de consultation, juillet 2021, p. 5, [<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/67250.pdf>].

Ces préoccupations ne sont donc fondées sur aucune donnée montrant une diminution concrète et inquiétante du nombre de décisions de renvois ou d'expulsions exécutées.

2. L'urgence

Nous tenons également à déplorer la proposition du Conseil fédéral de déclarer urgente la modification proposée de la LEl, au sens de l'art. 165 al. 1 de la Constitution fédérale (Cst ; RS 101), et la réduction du délai de consultation à deux semaines. A ces fins, il faut que le respect de la procédure législative ordinaire entraîne des inconvénients majeurs. L'urgence doit également être temporelle et objective ; elle doit concerner un objet important (art. 5 al. 2 Cst)⁴. L'interprétation de cette disposition est restrictive. Selon l'art. 7 al. 4 de la loi fédérale sur la procédure de consultation (LCo ; RS 172.061), le délai peut être raccourci à titre exceptionnel. Les motifs objectifs qui justifient l'urgence doivent être communiqués aux destinataires de la consultation.

L'art. 165 al. 1 Cst concerne également « une loi fédérale dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard ». Le long délai d'attente pour l'adoption de cette loi rend l'adoption de cette loi tardive ; il démontre en lui-même l'absence d'urgence de la situation. En l'occurrence, seuls des motifs économiques, liés aux coûts supplémentaires pour les cantons dans le domaine de l'aide d'urgence et les nouvelles dépenses en matière de détention administrative pour la Confédération et les cantons, sont invoqués. Le fait que la « situation actuelle » et que « le problème des personnes tenues de quitter la Suisse qui refusent le test risque de s'aggraver encore »⁵ est également relevé. Ces motifs sont toutefois peu étayés et leur objectivité semble douteuse. Les 50, voire 22 cas précités (cf. point 1), ne répondent pas à ces exigences. Nous ne voyons pas en quoi cette situation peut lourdement peser sur les finances de la Confédération et des cantons, sachant notamment que l'aide d'urgence s'élève à 50 CHF par jour et par personne. Il convient également de souligner que le nombre de demandes d'asile est à la baisse depuis le début de la pandémie (cf. point 1). La situation actuelle ne peut être considérée comme étant exceptionnelle, ni urgente, du fait que les restrictions en matière de voyage durent depuis maintenant plus d'un an et que la tendance actuelle est à des assouplissements en matière de voyage. Une menace suffisante pour les biens de police⁶ n'est pas apparente.

Il manque cruellement des éléments concrets qui permettent d'arriver aux conclusions, telles que formulées dans le rapport explicatif du DFJP de juillet 2021. Il paraît également dérisoire d'engager une modification législative et une procédure consultation, qui de plus sont urgentes, au vu de l'ampleur, toute relative, de la situation. L'intérêt public à préserver les finances de la Confédération et des cantons ne peut emporter la perte de participation démocratique dans ces circonstances, notamment par l'absence de l'effet suspensif d'un référendum. Les éléments matériels et temporels de l'urgence font donc

⁴ ANDREAS/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'État, 3^e éd., Berne (Stämpfli) 2013, N 1532ss.

⁵ Département fédéral de justice et police (DFJP), Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration : test de dépistage du COVID-19 en cas de renvoi ou d'expulsion, Rapport explicatif en vue de l'ouverture de la procédure de consultation, juillet 2021, pp. 6-8, [<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/67250.pdf>].

⁶ SGK BV 165 N 6-TSCHANNEN.

défaut. Dès lors, ni la réduction du délai de consultation, ni la déclaration d'urgence, au sens de l'art. 165 al. 1 Cst, ne sont justifiés.

3. Densité normative

Selon l'art. 36 al. 1 Cst, les restrictions aux droits fondamentaux nécessitent une base légale suffisamment précise. La réalisation obligatoire des tests COVID-19 constitue une atteinte grave au droit à la liberté individuelle et à l'intégrité physique des personnes concernées (art. 10 al. 2 Cst).

En outre, la base légale doit également respecter le principe de la densité normative, c'est-à-dire qu'elle doit consacrer avec clarté et précision la restriction de la liberté en cause, a fortiori en cas d'atteinte grave à ladite liberté⁷.

La formulation de l'art. 73 P-LEI laisse planer passablement d'incertitudes. L'art 73 al. 2 P-LEI stipule qu'il ne peut être fait usage d'une contrainte susceptible de mettre en danger la santé de la personne concernée. Cependant, ni l'avant-projet de loi, ni le rapport explicatif y relatif ne définissent quelles sont les méthodes prohibées, ni les moyens moins coercitifs à disposition, comme le ferait par exemple la Loi sur l'usage de la contrainte, du 20 mars 2008 (LUsc ; RS 364). Cette formulation manque extrêmement de clarté et risque d'entraîner une marge de manœuvre trop importante et un fort potentiel d'abus de la part des agents chargés du renvoi.

Comme relevé par le DFJP, « l'insertion, sous la contrainte physique, d'un objet dans le nez de ce dernier doit être considérée comme dangereuse pour la santé »⁸. Malgré sa banalisation, un prélèvement nasopharyngé n'est pas sans risque, *a fortiori* en cas d'opposition physique à l'acte. Certaines complications, pouvant être considérées comme bénignes (désagrément, douleur ou saignement), peuvent avoir lieu. Des complications graves peuvent toutefois avoir lieu, lorsqu'un prélèvement nasopharyngé est effectué dans des mauvaises conditions : des brèches de l'étage antérieur de la base du crâne associées à un risque de méningite et des risques d'hématome cérébral, soit de graves atteintes pour la santé, peuvent se manifester⁹. Alors que des faux négatifs, présentant un danger pour la santé publique, peuvent se manifester lorsque l'écouvillonnage est trop superficiel, il peut devenir dangereux lorsque l'écouvillonnage est trop profond et dirigé dans la mauvaise direction¹⁰. Un danger de cassure de l'écouvillon est également exacerbé lorsque cet examen est effectué sur un patient qui n'est pas coopératif¹¹. Des lésions cérébrales ne pourraient être évitées si un mouvement de la tête inopiné est effectué par un patient non collaboratif.

⁷ ATF 130 I 16 ; ATF 126 I 112 ; REMY Marc, Droit des mesures policières : principes généraux, cadre juridique et coopération policière, 2008, p. 26.

⁸ DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP), Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration : test de dépistage du COVID-19 en cas de renvoi ou d'expulsion, Rapport explicatif en vue de l'ouverture de la procédure de consultation, juillet 2021, p. 5, [<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/67250.pdf>].

⁹ ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, Les prélèvements nasopharyngés ne sont pas sans risque, 8 avril 2021, [<https://www.academie-medecine.fr/les-prelevements-nasopharynges-ne-sont-pas-sans-risque/>].

¹⁰ *Idem*.

¹¹ FÖH, BANDIK ET AL., "Complications of nasal and pharyngeal swabs: a relevant challenge of the COVID-19 pandemic?," 8 avril 2021, The European respiratory journal, Vol. 57, 4 2004004.

D'après le rapport explicatif, « des formes plus légères de contrainte physique, comme le fait de tenir les mains de la personne pour qu'elle reste calme et permette la réalisation du test, seraient envisageables en fonction du contexte »¹². Ce point ne fait toutefois l'objet davantage de développements et de précisions. Cette formulation, non exhaustive, n'est donc pas satisfaisante au vu des violations des droits humains qu'entraîne l'utilisation de mesures de contrainte. Des abus liés à une utilisation disproportionnée de la force physique, et ce, dans le cadre de déportations forcées, ne peuvent être évités. Un contrôle juridictionnel n'étant pas possible dans ces circonstances – du moins, lors de son exécution –, l'ampleur de la contrainte exercée durant le test de dépistage COVID-19 doit être explicitement prévue et délimitée dans l'art. 73 P-LEI.

Au vu des risques que comporte un test de dépistage du COVID-19, cette base légale n'est pas suffisamment claire et explicite. Il existe un risque élevé d'application incorrecte de la loi et d'utilisation disproportionnée de la force.

4. Absence d'intérêt public prépondérant

La liberté personnelle, au sens de l'art 10 al. 2 Cst, protège en premier lieu l'intangibilité du corps humain et le droit à l'autodétermination sur son corps¹³. Il n'existe pas d'intervention étatique sur le corps humain qui ne touche la liberté personnelle d'une manière ou d'une autre¹⁴. Les frottis de la muqueuse jugale pour l'établissement d'un profil ADN et l'alimentation forcée d'un gréviste de la faim constituent notamment des atteintes à l'intégrité corporelle¹⁵.

A cet égard, il convient de relever que l'art. 73 P-LEI représente le seul cas législatif prévoyant la possibilité d'effectuer un test de dépistage du COVID-19 de force. L'art. 255 du Code de procédure pénale (RS 312 ; CPP) prévoit que le prélèvement non invasif d'un échantillon et l'établissement d'un profil d'ADN peuvent être ordonnés, afin d'élucider un crime ou un délit. Un frottis de la muqueuse jugale est considéré comme une ingérence légère au droit à la liberté personnelle¹⁶. Il n'est toutefois permis que dans le cas d'infractions d'une certaine gravité, soit lorsqu'un intérêt public prépondérant est avéré.

Si nous effectuons un raisonnement par analogie, il est donc douteux que la concrétisation d'une politique d'immigration restrictive ou la protection des finances de la Confédération et des cantons (cf. point 2) constituent des justifications suffisantes, afin de permettre un prélèvement nasopharyngé, au besoin, de force dans un contexte de renvoi ou d'expulsion. Une telle ingérence dans les droits fondamentaux des personnes faisant l'objet d'un renvoi ou d'une expulsion est injustifiée du point de vue de l'intérêt public (art. 36 al. 2 Cst).

¹² DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP), Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration : test de dépistage du COVID-19 en cas de renvoi ou d'expulsion, Rapport explicatif en vue de l'ouverture de la procédure de consultation, juillet 2021, p. 5, [<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/67250.pdf>].

¹³ ANDREAS/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne (Stämpfli) 2013, N 327ss.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ ATF 128 II 259 ; ATF 136 IV 97.

¹⁶ ATF 128 II 259.

Concernant le principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 cum 36 al. 3 Cst), aucune mesure moins incisive n'est clairement envisagée dans le texte de la loi. Le rapport explicatif du DFJP se contente d'évoquer vaguement la possibilité d'une contention, et ce, parmi les « les formes plus légères de contrainte physique » qui seraient envisageables (cf. point 3). L'utilisation de mesures de contrainte pourrait également être substituée par l'utilisation d'autres moyens moins coercitifs, tels que l'aide individuelle au retour volontaire et à la réintégration ou la négociation des conditions de voyage avec les compagnies aériennes et le pays de destination. L'art. 73 P-LEI ne satisfait donc pas le principe de subsidiarité.

Lorsque les intérêts précités sont mis en balance, les intérêts publics consistant en l'exécution rapide des expulsions individuelles et la minimisation des coûts de l'aide d'urgence sont insuffisants. En effet, les intérêts publics en présence ne justifient pas une atteinte aussi importante à la liberté individuelle, en particulier au droit à l'autodétermination sur son propre corps et, dans certaines circonstances, à l'intégrité physique. La perte de participation démocratique des citoyens suisses, au vu de l'absence de l'effet suspensif d'un référendum, est également insoutenable.

La situation épidémiologique pouvant changer rapidement, l'utilisation de la pandémie pour justifier l'introduction de mesures coercitives temporairement applicables doit être absolument évitée, compte tenu du nombre négligeable de cas concernés du manque d'éléments concrets et objectifs les justifiant (cf. point 1), puis du fait que la situation actuelle ne peut plus être considérée comme étant exceptionnelle (cf. point 2).

Concernant la minimisation des coûts encourus par la Confédération et les cantons suite au refus d'un test de dépistage du COVID-19, il convient de souligner que certains cantons (notamment Genève et Zurich) occasionnent de manière répétée des coûts inutiles très élevés dans l'exécution des renvois, notamment dans le domaine de la détention administrative, de par l'absence de prise en compte des règlements et de la jurisprudence en la matière. En effet, durant la pandémie de COVID-19, les autorités migratoires maintenaient des personnes, faisant l'objet d'une décision de renvoi, en détention administrative, alors qu'il n'existait aucune perspective d'exécution du renvoi¹⁷. Ainsi, des coûts non négligeables ont été engendrés par la détention illicite de ces personnes pendant des mois. Dès lors, il est incongru, de la part des autorités fédérales et cantonales, de se focaliser sur les coûts minimes engendrés par les refus de tests de dépistage du COVID-19. Afin d'éviter des coûts dans le domaine de la détention administrative, la priorité devrait plutôt être mise sur les coûts étatiques qu'engendre la détention illégale.

* * *

Compte tenu des éléments exposés, la section genevoise de la Ligue suisse des droits de l'Homme s'oppose avec force à l'introduction du nouvel article 72 P-LEI.

¹⁷ Arrêt 2C_597/2020 du 3 août 2020 ; Arrêt 2C_635/2020 du 3 septembre 2020 ; Arrêt 2C_386/2020 du 9 juin 2020 ; Arrêt 2C_414/2020 du 12 juin 2020.