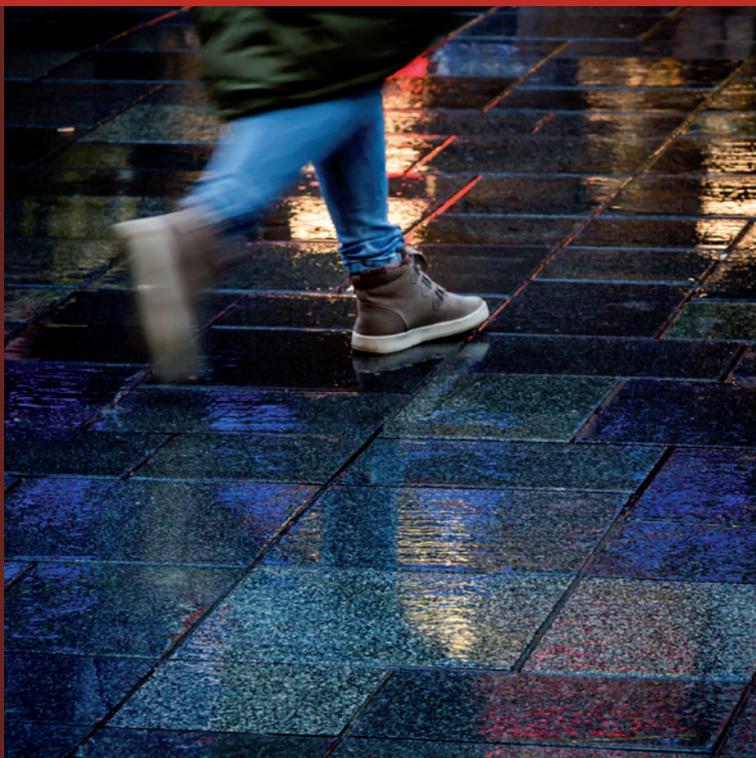


Requérants d'asile dans l'espace public

Avis de droit établi sur mandat de la Commission fédérale contre le racisme CFR

Recommandations de la CFR



Requérants d'asile dans l'espace public

Avis de droit sur mandat de la Commission fédérale contre le racisme CFR
établi par

Prof. Dr. Regina Kiener et Dr. Gabriela Medici

Centre de compétence pour les droits humains de l'Université de Zurich (MRZ)

Recommandations de la CFR

Impressum

Requérants d'asile dans l'espace public

Avis de droit établi sur mandat de la Commission fédérale contre le racisme CFR
Recommandations de la CFR

Berne, février 2017

Editeur

Commission fédérale contre le racisme CFR
Inselgasse 1
CH - 3003 Berne
Tél. 058 464 12 93
ekr-cfr@gs-edi.admin.ch
www.ekr.admin.ch

Traduction

Français : Lionel Felchlin; Service linguistique français SG-DFI
Italien : Sandra Verzasconi Catalano; Servizio linguistico italiano SG-DFI

Conception graphique

Monica Kummer Color Communications

Commande

www.ekr.admin.ch

Reproduction autorisée avec mention de la source; copie à la CFR.

Table des matières

Préface	7
---------	---

Requérants d'asile dans l'espace public

I. Objet de l'étude	8
1. Contexte	8
2. Mandat et problématique	8
3. Démarche	9
II. Droit interne	11
1. Réglementation de l'accès des requérants d'asile à l'espace public	11
2. Restrictions sur la base du droit fédéral	12
2.1. Règlement interne des centres de la Confédération	12
2.2. Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée selon l'art. 74 LEtr	13
3. Restrictions sur la base du droit cantonal	13
3.1. Règlements internes des centres d'hébergement cantonaux	13
3.2. Lois cantonales sur la police	13
III. Dispositions constitutionnelles	15
1. Liberté de mouvement	15
1.1. Contenu et obligations découlant du droit fondamental	15
1.2. Obligations pour l'État de s'abstenir	16
1.2.1. Couvre-feux dans les centres d'hébergement collectifs	16
1.2.2. Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée selon l'art. 74 LEtr	18
1.3. Obligations de garantie de l'État	21
2. Égalité devant la loi et interdiction de la discrimination	22
IV. Dispositions complémentaires du droit international	24
1. Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)	24
2. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale	25
3. Convention européenne des droits de l'homme	26
4. Droit international des réfugiés	26
5. Digression : dispositions du droit d'asile européen	27
V. Conclusions et réponses aux questions de l'avis de droit	29
Bibliographie et liste des documents consultés	33
Abréviations	37
Recommandations de la CFR	39

La solidité de nos droits fondamentaux se mesure à notre attitude envers celles et ceux qui sont exposés à l'exclusion et à la discrimination. Les requérants d'asile font partie de cette catégorie et la Commission fédérale contre le racisme (CFR) s'est déjà penchée à plusieurs reprises sur la question de la précarité de leurs droits fondamentaux. L'an dernier, elle a abordé un thème qui reste controversé dans l'opinion publique et déstabilise les autorités. Qu'en est-il de la liberté de mouvement des requérants ? Dans quels cas peut-elle être restreinte ? Et à quel moment les restrictions deviennent-elles contraires aux droits fondamentaux ?

Regina Kiener, titulaire de la chaire de droit public de l'Université de Zurich, a corédigé un avis de droit avec Gabriela Medici, du Centre de compétence pour les droits humains de ladite université (MRZ), qui décrit dans quelles circonstances les restrictions de la liberté de mouvement, en particulier les refus d'accès et les interdictions de périmètre, sont admissibles. Cet avis de droit pose un regard critique sur les mesures collectives qui interdisent l'accès d'un groupe entier à l'espace public. Il estime que s'il y a lieu de prononcer des restrictions des droits fondamentaux, celles-ci doivent s'adresser uniquement à des individus et non à des groupes. Elle doivent aussi relever de l'intérêt public, être légales et rester proportionnées.

Sur la base de cet avis de droit, la CFR a formulé des recommandations, que vous trouverez aussi dans la présente publication. Elles visent à aiguiller et à épauler les instances d'exécution, c'est-à-dire les services compétents de l'administration, mais aussi les organismes privés qui, toujours plus souvent, accomplissent des tâches de l'État. Ce sont eux qui, à travers leurs contacts directs avec les requérants d'asile et leurs actions dans ce domaine, décident du poids à accorder aux droits fondamentaux. C'est pourquoi cet avis de droit et les recommandations de la CFR constituent aussi un précieux guide à leur intention.

Gülcan Akkaya, vice-présidente de la CFR

I. Objet de l'étude

1. Contexte

[1] Pendant la procédure d'asile, c'est-à-dire entre le dépôt de la demande et la décision exécutoire, les requérants d'asile font l'objet de restrictions tant juridiques que factuelles.¹ Récemment, les médias ont révélé davantage de cas où la liberté de mouvement des requérants d'asile était limitée à divers égards. Il s'agit par exemple du refus de l'accès à des établissements publics (comme des piscines) ou de l'exclusion de certaines places publiques (comme des cours d'école ou des places de jeux).²

[2] Si un groupe particulier de personnes est entravé dans l'utilisation de lieux accessibles à un large public, la question se pose de savoir dans quelle mesure l'État porte ainsi atteinte au droit fondamental de la liberté de mouvement. De telles atteintes sont aussi souvent le fait de tiers privés chargés par l'État de l'encadrement des requérants d'asile. Pour ces cas-là, on peut alors se demander dans quelle mesure l'État est tenu de protéger les requérants d'asile.

2. Mandat et problématique

[3] Dans ce contexte, la Commission fédérale contre le racisme (CFR) a commandé un avis de droit dans le but d'analyser la problématique des atteintes aux droits fondamentaux des requérants d'asile à travers l'exemple des restrictions à la liberté de mouvement dans l'espace public. Le mandat doit en particulier répondre aux questions suivantes :

1. À quelles conditions concrètes une atteinte à la liberté de mouvement des requérants d'asile est-elle admissible ?
2. Des interdictions de périmètre collectives appliquées aux requérants d'asile sont-elles admissibles ?
3. Y a-t-il restriction de la liberté de mouvement si celle-ci ne se traduit pas par une interdiction directe mais si l'on fait comprendre d'une autre manière aux requérants d'asile que leur présence n'est pas souhaitée en certains lieux ?
4. À qui les atteintes aux droits fondamentaux des requérants d'asile sont-elles imputables lorsqu'elles sont le fait de tiers qui ont été chargés par l'État ou le canton de l'encadrement des requérants ?

[4] Pour répondre à ces questions, il s'agit – conformément au mandat – de mettre en évidence le cadre légal et de déterminer quelles restrictions à la liberté de mouvement des requérants d'asile sont contraires aux droits fondamentaux; la présente expertise juridique doit également examiner si et dans quelle mesure il incombe

1 Une procédure d'asile est considérée comme close de manière définitive lorsque le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) accorde l'asile à une personne ou, en cas de décision négative, après l'expiration du délai de recours ou la décision du Tribunal administratif fédéral; sur le déroulement de la procédure d'asile, voir ROMER, p. 369 ss.

2 Cf. p. ex. <http://www.luzernerzeitung.ch/nachrichten/zentralschweiz/lu/luzern/Kanton-eroeffnet-Asyl-Notunterkunft-in-Ruswil>; art92,665760 (15.3.2016); voir aussi GORDZIELIK, ch. 12 avec d'autres citations issues des médias.

à l'État de protéger les requérants d'asile contre de telles atteintes à leurs droits fondamentaux. Sur la base de ces conclusions juridiques, la CFR souhaite formuler le cas échéant des recommandations à l'intention tant des autorités publiques compétentes que des acteurs privés.

3. Démarche

[5] L'avis de droit est structuré comme suit : il présente d'abord le *contexte juridique* des restrictions à l'utilisation de l'espace public par les requérants d'asile (ci-après II). Il examine ensuite dans quelle mesure les *dispositions de la Constitution et du droit international* marquent la conception et la limitation de la marge de mouvement des requérants et fixent des limites aux acteurs importants – aussi bien publics que privés (III et IV). Conformément au mandat, il analyse par ailleurs si de telles restrictions contreviennent à l'obligation d'*égalité de traitement* des requérants ou si l'État respecte ses engagements en la matière.

[6] L'avis de droit ne cherche pas à déterminer dans quelle mesure les restrictions à la marge de mouvement des requérants d'asile portent atteinte à *d'autres droits fondamentaux* – il s'agit notamment du droit au respect de la vie familiale ou du droit à la liberté de réunion et de religion. Comme l'utilisation de l'espace public par les requérants est au cœur de la problématique sous revue, l'avis ne montre qu'en passant dans quelles circonstances l'hébergement des requérants ne constitue plus seulement une restriction de liberté, mais équivaut à une *privation de liberté* impliquant des garanties de procédure particulières.³

[7] La *notion d'espace public* s'entend ici comme un terme générique – d'après MOSER⁴ ; il s'agit en principe d'espaces *accessibles en tout temps au public, utilisables généralement sans conditions* et le plus souvent à ciel ouvert comme, en particulier, les surfaces de roulement, chemins pour piétons et zones piétonnes, les marchés, les espaces de rencontre et de communication tels que les places publiques, zones de détente, parcs et jardins publics ainsi que les terrains de sport et places de jeux destinés au public (p. ex. aménagements pour skateboard et roller ou tables fixes de ping-pong). Le Tribunal fédéral attribue aussi à l'espace public les surfaces de circulation d'une gare accessibles au public.⁵

[8] L'avis de droit n'englobe pas les biens administratifs ou d'exploitation dont la *destination* ne porte dès le début que sur un *cercle limité d'utilisateurs*, à l'instar des bâtiments scolaires ; leur utilisation par des tiers n'est en général pas possible sans conditions.⁶ La collectivité publique peut prévoir des droits d'usage à des tiers, mais l'utilisation visée doit être compatible avec la *destination* du bien. Même si les autorités disposent d'une marge d'appréciation, les pouvoirs publics sont tenus de respecter les droits fondamentaux lorsqu'ils cèdent l'usage de telles installations à des tiers (art. 35, al. 2, Cst.) ; il s'agit notamment des principes de l'égalité de traitement (art. 8, al. 1, Cst.), de la non-discrimination (art. 8, al. 2, Cst.) et de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.).⁷ Ces principes s'appliquent aussi aux piscines couvertes et en plein air exploitées par les communes ; il peut notamment en résulter des restrictions matériellement admissibles pour des raisons de capacité.⁸

3 Il s'agit de la relation entre l'art. 10, al. 2, Cst. et l'art. 31 Cst. (ou l'art. 5 CEDH) ; voir à ce sujet TRECHSEL, p. 3 ss. ; CARON/SCHNEIDER, p. 61 s. ; SCHEFER/RÜEGGER, ch. 127 ss. ; WIDMER, p. 21 ss.

4 MOSER, p. 141 s.

5 ATF 138 I 274 consid. 2.3 p. 283 ss. (« affiches palestiniennes »).

6 MOSER, p. 193 s.

7 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 50 N 2 s.

8 Pour cette raison, le Tribunal fédéral a déclaré la limitation du cercle d'utilisateurs d'une petite piscine couverte aux habitants de la commune compatible avec l'égalité de droit, cf. ATF 100 Ia 287 consid. 3b p. 292 ss.

[9] Enfin, l'avis de droit ne porte pas sur les espaces qui sont situés en *propriété privée* et remplissent au moins en partie une fonction d'espace public (*espaces semi-publics*), à l'instar des centres commerciaux, des stades ou des aéroports.

II. Droit interne

9 Loi du 26 juin 1998 sur l'asile, RS 142.31; THURNHERR, St. Galler Kommentar BV, Art. 121 BV, ch. 32; CARONI ET AL., p. 357 s.; les voyages à l'étranger sont en principe interdits aux requérants d'asile pendant toute la durée de la procédure, cf. art. 30 OA 1 et ROMER, p. 369 ss.

10 Pendant une procédure de recours, le droit de résidence des requérants d'asile découle de l'art. 55, al. 1, PA, selon lequel les recours ont en principe un effet suspensif. Les recours contre des décisions de non-entrée en matière sur la base du règlement Dublin III (art. 31a, al. 1, let. b, LAsi) n'ont toutefois pas d'effet suspensif en vertu de l'art. 107a LAsi s'il n'est pas demandé auprès du TAF. Il en va de même pour les voies de recours extraordinaires; là aussi, il est nécessaire de demander la suspension de l'exécution du renvoi (cf. art. 111b, al. 3, LAsi).

11 Il s'agit notamment de l'interdiction temporaire de travailler qui frappe les requérants d'asile, de l'hébergement le plus souvent collectif et de la priorisation du principe du tiers payant fixée dans le droit fédéral, cf. STÖCKLI, ch. 11.39 ss.

12 Voir la modification de la loi sur l'asile du 25 septembre 2015; Message concernant la modification de la loi sur l'asile (Restructuration du domaine de l'asile) du 3 septembre 2014, FF 2014 7771; voir aussi les Valeurs de référence de la planification d'urgence commune de la Confédération et des cantons en matière d'asile du 14 avril 2016, qui prévoient (p. 2), dans certaines circonstances, une prolongation du séjour dans les structures d'hébergement d'urgence de la Confédération.

13 ROMER, p. 83.

1. Réglementation de l'accès des requérants d'asile à l'espace public

[10] En vertu de l'art. 121, al. 1, Cst., la législation dans le domaine de l'asile relève de la compétence de la Confédération. Le législateur fédéral en a fait usage en édictant la loi sur l'asile (LAsi), qui règle les conditions d'octroi de l'asile en Suisse, la procédure d'asile ainsi que le statut des réfugiés et des requérants d'asile.⁹

[11] Il y a lieu tout d'abord de constater que l'art. 42 LAsi accorde aux requérants d'asile le droit de séjourner en Suisse jusqu'à la clôture définitive de la procédure d'asile ordinaire.¹⁰ Pourtant, leur statut est souvent décrit comme étant précaire.¹¹ Cela se reflète en particulier dans la *conception juridique de la marge de mouvement* à laquelle a droit un requérant au cours d'une procédure d'asile. Selon la réglementation prévue dans la loi sur l'asile, un lieu de séjour ou un logement peuvent être assignés aux requérants d'asile, un hébergement dans un logement collectif étant admissible (art. 28, al. 1 et 2, LAsi). En vertu du droit fédéral, les cantons sont tenus d'en garantir la sécurité; pour ce faire, ils peuvent édicter des dispositions et prendre des mesures (art. 28, al. 2, LAsi).

[12] Pendant la première phase de la procédure d'asile, les requérants sont en principe hébergés dans un centre d'enregistrement et de procédure géré par la Confédération (CEP; art. 26 LAsi). En cas d'application d'une procédure accélérée et d'une décision exécutoire (vraisemblablement) dans les 140 jours, la répartition entre les cantons est superflue.¹² Au plus tard à l'expiration de la durée de séjour maximale dans un centre de la Confédération, les requérants d'asile sont attribués aux cantons dans une deuxième phase (art. 27 s. LAsi). La décision d'attribution se fonde sur la clé de répartition définie à l'art. 21 OA 1 et sur les intérêts dignes de protection du requérant d'asile, tel le principe de l'unité de la famille (art. 22 OA 1).¹³

[13] Les bases légales permettant de fixer la marge de mouvement des requérants d'asile en cours de procédure figurent d'une part dans les dispositions relatives aux centres gérés par la Confédération et, d'autre part, dans le droit cantonal – lorsqu'elles existent. Ces deux domaines sont brièvement présentés ci-après. Il convient en outre de traiter de l'art. 74 LEtr. Cette disposition permet aux autorités cantonales, sous certaines conditions, d'enjoindre à un étranger de ne pas quitter le territoire qui lui est assigné ou de ne pas pénétrer dans une région déterminée (assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée). Enfin, la plupart des lois cantonales sur la police contiennent également

des dispositions sur la base desquelles la liberté de mouvement – dont celle des requérants d’asile – peut être restreinte dans l’espace public.

2. Restrictions sur la base du droit fédéral

2.1. Règlement interne des centres de la Confédération

[14] L’exploitation des logements de la Confédération dans le domaine de l’asile est réglementée dans une ordonnance du DFJP (art. 18 OA 1).¹⁴ Cette ordonnance (ci-après : O-DFJP) régit le séjour dans les centres de la Confédération de manière détaillée et importe aussi pour la problématique sous revue. Dans les centres de la Confédération, une période de repos nocturne doit être respectée entre 22 heures et 6 heures (art. 8, al. 3, O-DFJP) ; les visiteurs ne sont admis qu’en cas de liens avec un requérant d’asile et avec l’accord du personnel. Les visites doivent avoir lieu entre 14 heures et 16 h 30 dans des locaux prévus à cet effet (art. 2 en relation avec les art. 9 et 10 O-DFJP).

[15] En vertu de l’art. 11 O-DFJP, les requérants d’asile doivent se soumettre à toutes les mesures d’identification nécessaires à la procédure avant qu’une autorisation de sortie écrite ne leur soit délivrée. Une telle autorisation est nécessaire pour pouvoir quitter les centres de la Confédération du lundi au vendredi de 9 heures à 17 heures ainsi qu’en fin de semaine et les jours fériés, à partir de 9 heures la veille au dimanche à 19 heures. Des règles plus strictes s’appliquent aux requérants d’asile séjournant dans des centres spécifiques, car ils menacent la sécurité et l’ordre publics ou perturbent considérablement, par leur comportement, le bon fonctionnement des centres d’enregistrement et de procédure ; ils peuvent être autorisés à quitter le centre du lundi au dimanche de 9 heures à 17 heures. Les personnes qui sont logées dans les centres de transit des aéroports internationaux de Genève-Cointrin et de Zurich-Kloten, gérés par la Confédération, ne peuvent se déplacer librement que dans les zones de transit de l’aéroport, mais l’ordonnance leur accorde le droit à une promenade quotidienne en plein air (art. 14 ss. O-DFJP).

[16] L’autorisation de sortie nécessaire est délivrée aux requérants d’asile par le personnel du centre. Elle peut être refusée pour divers motifs énumérés à l’art. 12 O-DFJP, en particulier pour garantir la participation des requérants à la procédure d’asile et à l’entretien des locaux des centres. En vertu de l’art. 12, al. 1, let. c, O-DFJP, le personnel peut aussi refuser une autorisation de sortie aux requérants d’asile qui enfreignent leur obligation de respecter le calme et l’ordre ; le refus ne fait en général pas l’objet d’une décision formelle ; s’il s’applique pour plus d’une journée ou plusieurs fois de suite, une décision susceptible de recours est rendue à la demande de l’intéressé.

[17] Pour les requérants d’asile logés dans des centres de la Confédération, la possibilité d’accéder à l’espace public se limite donc à des heures de la journée bien définies. La réglementation des heures de sortie a indirectement l’effet d’une interdiction de périmètre collective.

14 Ordonnance du DFJP du 24 novembre 2007 relative à l’exploitation des logements de la Confédération dans le domaine de l’asile ; RS 142.311.23.

2.2. Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée selon l'art. 74 LEtr

[18] En vertu de l'art. 74, al. 1, let. a, LEtr – qui compte parmi les mesures de contrainte relevant du droit des étrangers –, l'autorité cantonale compétente peut enjoindre à un requérant d'asile de ne pas quitter le territoire qui lui est assigné ou de ne pas pénétrer dans une région déterminée s'il trouble ou menace la sécurité et l'ordre publics.¹⁵ Contrairement aux règlements internes des centres d'hébergement décrits ci-avant, les décisions d'assignation et d'interdiction territoriales visent toujours une personne concrète sur la base du principe de proportionnalité, à savoir sous l'angle du principe du perturbateur.¹⁶

[19] La décision en matière d'assignation et d'interdiction territoriales est prise par le canton chargé de l'exécution et soumise à certaines conditions légales. D'après les travaux préparatoires et la jurisprudence, les assignations et les interdictions territoriales doivent être qualifiées d'atteintes (relativement légères) à la liberté personnelle de la personne concernée.¹⁷ C'est pourquoi cet avis de droit examinera encore dans quelles circonstances de telles mesures de contrainte sont considérées comme étant conformes aux droits fondamentaux par le Tribunal fédéral et par la doctrine.¹⁸

[20] Quiconque enfreint une assignation ou une interdiction territoriale est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 119 LEtr).¹⁹ Ces mesures peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité judiciaire cantonale. Le recours n'a pas d'effet suspensif en vertu de l'art. 74, al. 3, LEtr.²⁰

3. Restrictions sur la base du droit cantonal

3.1. Règlements internes des centres d'hébergement cantonaux

[21] L'hébergement des requérants d'asile dans les centres cantonaux et le fonctionnement de ces centres sont soumis au droit cantonal.²¹ L'art. 28 LAsi laisse aux cantons une marge de manœuvre – limitée cependant – dans la réglementation de l'asile; la compétence législative cantonale comprend notamment des questions telles que les heures d'ouverture des centres d'hébergement cantonaux ou la réglementation des autorisations de sortie pour les requérants d'asile.²² À notre connaissance, les cantons n'ont pas édicté de dispositions qui règlent les conditions de fonctionnement applicables dans les centres cantonaux de manière aussi détaillée que le droit fédéral. Les conditions d'hébergement sont précisées dans les règlements internes, instructions ou directives – d'ordinaire difficilement accessibles au public – et dans les conventions de prestations entre les exploitants (privés) des centres d'hébergement et les communes ou les cantons.²³ Mais du point de vue des professionnels, les possibilités de sortie sont souvent plus flexibles dans les centres cantonaux que dans ceux de la Confédération.²⁴

3.2. Lois cantonales sur la police

[22] Ces vingt dernières années, une majorité de cantons ont édicté des bases légales afin d'éloigner ou d'expulser des individus d'une certaine partie de l'espace public en cas de trouble ou de menace à la sécurité et à l'ordre publics.²⁵ Les lois

- 15 ZÜND, Migrationsrecht, Kommentar, Art. 74 AuG, ch. 2; HUGI YAR, ch. 10.171; FF 1994 I 301, p. 310; AUER, ch. 20; KÄLIN, p. 837; GÖKSU, Handkommentar AuG, Art. 74 AuG, ch. 13 en relation avec Art. 73 AuG, ch. 3, avec mention de la volonté divergente du législateur historique.
- 16 KÄLIN, p. 837; comme GÖKSU, Handkommentar AuG, Art. 74 AuG, ch. 11.
- 17 TF, 2A.148/2003, arrêt du 30 mai 2003, consid. 2.3; FF 1994 I 301, p. 313 et p. 324.
- 18 Voir ci-après ch. [38] ss.
- 19 Cf. ZÜND, Migrationsrecht, Kommentar, Art. 119 AuG, ch. 1 ss.
- 20 Voir aussi GÖKSU, Handkommentar AuG, Art. 74 AuG, ch. 19; sur la portée limitée de ce pouvoir d'examen d'un juge, voir AUER, ch. 11 et ch. 34.
- 21 Voir ci-avant ch. [12] s.
- 22 Cf. TF, 1C_109/2014, arrêt du 4 mars 2015, consid. 5; SCHEFER/RÜEGGER, ch. 59.
- 23 Pour une vue d'ensemble, voir GORDZIELIK, ch. 62 ss., où l'auteur se demande si les exigences d'un État de droit posées à la sécurité juridique et à la transparence de la jurisprudence et de l'action administrative sont encore remplies.
- 24 AIDA, Country Report Switzerland 2015, p. 71.
- 25 Pour une vue d'ensemble des bases légales applicables en la matière dans les lois cantonales sur la police en 2012 et de leur teneur, voir MOECKLI/KELLER, p. 232 ss. Depuis, les cantons du Jura, de Neuchâtel, Nidwald et Thurgovie notamment ont aussi édicté des réglementations correspondantes, cf. Jura: art. 57 de la loi sur la police cantonale du 28 janvier 2015 (RSJU 551.1); Neuchâtel: art. 57 et 62 de la loi sur la police neuchâtoise (LPol) du 4 novembre 2014 (RSN 561.1); Nidwald: art. 31 Gesetz über das Polizeiwesen du 11 juin 2014 (NG 911.1); Thurgovie: art. 44 et 45 Polizeigesetz du 9 novembre 2011 (RB 551.1).

cantonaux diffèrent sensiblement en ce qui concerne leur domaine d'application aussi bien que les conditions d'application et la durée de telles décisions d'expulsion.²⁶

[23] Comme les assignations et les interdictions territoriales relevant du droit des étrangers, les expulsions basées sur les lois cantonales sur la police visent une personne précise. L'expulsion se fonde en partie aussi sur le fait que la personne concernée faisait partie d'un rassemblement de personnes troublant ou menaçant la sécurité et l'ordre publics.²⁷

26 Pour une vue d'ensemble des principales caractéristiques des dispositions cantonales, voir le tableau de MOECKLI/KELLER, p. 235 s.

27 Cf. MOECKLI/KELLER, p. 238.

III. Dispositions constitutionnelles

- 28 BAUMANN, *Bewegungsfreiheit*, p. 504 s.; IDEM, *Persönliche Freiheit*, p. 23; SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar zu Art. 10 BV* N. 33; voir aussi ATF 136 IV 20 consid. 3.5 p. 27; cf. MOECKLI, p. 223.
- 29 SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar, Art. 10 BV*, ch. 36; GRANT/WISARD, p. 83; BAUMANN, *Bewegungsfreiheit*, p. 531.
- 30 THÜRER, ch. 1.70.
- 31 ACHERMANN/CARONI, ch. 6.1 ss.; équivoque dans FF 1994 I 301 p. 313.
- 32 MÜLLER/SCHEFER, p. 82; KIENER/KÄLIN, p. 154.
- 33 ATF 90 I 29 consid. 3 p. 34.
- 34 KIENER/KÄLIN, p. 154 s.; MÜLLER/SCHEFER, p. 82 s. et p. 85 s.; RHINOW/SCHEFER, ch. 1297 ss.; MOECKLI, p. 223; TF, 1C_226/2009, arrêt du 16 décembre 2009, consid. 3.2.
- 35 BAUMANN, *Bewegungsfreiheit*, p. 505; HANGARTNER/KLEY, p. 111; MOECKLI, p. 230.
- 36 Selon AXEL TSCHENTSCHER, p. ex., il ne résulte de la liberté de mouvement aucun droit de se déplacer vers un lieu précis; un tel droit ne doit être protégé que si les objectifs poursuivis par le déplacement relèvent de la sphère de protection d'autres droits fondamentaux (p. ex. liberté de conscience et de croyance) et semblent ainsi dignes de protection sur le plan des droits fondamentaux, cf. TSCHENTSCHER, *BSK BV*, Art. 10 BV, N. 72. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pas examiné cette approche jusqu'ici; pour des exemples de jurisprudence où la sphère de protection de la liberté de mouvement n'était pas affectée selon le Tribunal fédéral, cf. TF, 2C.81 et 82/2008, 21 novembre 2008, consid. 4.2; TF, 2P.113/1999, 17 avril 2000, consid. 3a, ATF 108 la 59 consid. 4a p. 60 s. Sont aussi critiques BAUMANN, *Bewegungsfreiheit*, p. 527; MOSER, p. 398 s. La liberté de mouvement inscrite à l'art. 2, ch. 3, du 4^e protocole additionnel à la CEDH, que la Suisse n'a pas ratifié, présente une sphère de protection étendue, voir à ce sujet les mentions de la jurisprudence chez MOECKLI, p. 229.

1. Liberté de mouvement

1.1. Contenu et obligations découlant du droit fondamental

[24] C'est au titre d'élément de la liberté personnelle que la Constitution protège explicitement le droit de tout être humain à la liberté de mouvement à l'art. 10, al. 2, Cst. et qu'elle garantit ainsi à tout individu le droit de se déplacer librement.²⁸

[25] Les requérants d'asile relèvent du *champ d'application personnel* de la liberté de mouvement garantie par la Constitution.²⁹ Les droits fondamentaux fixés dans la Constitution fédérale (à quelques rares exceptions près) sont conçus comme des droits de l'homme; ils protègent par conséquent tous les êtres humains – et donc les requérants d'asile, indépendamment de leur droit de séjour précaire en Suisse.³⁰ Cela ne change rien au fait que les États se prononcent de manière souveraine sur l'admission de ressortissants étrangers et peuvent décider, dans certaines circonstances, de conditions de séjour ou de résidence spéciales à leur égard.³¹

[26] Le champ d'application matériel de la liberté de mouvement comprend une dimension négative et une dimension positive selon la doctrine dominante. Dans sa dimension négative, le droit fondamental protège l'individu d'être retenu par l'État et d'être empêché de partir.³² En tant que « liberté d'aller et de venir »³³, la garantie protège aussi le droit positif de se déplacer librement et de visiter des endroits accessibles du point de vue juridique et factuel.³⁴ Le droit à la liberté de mouvement comprend en conséquence un droit d'utiliser en principe les endroits accessibles et publics tels que les routes et les places dans le cadre de leur affectation.³⁵ Une partie de la doctrine soutient en revanche que le champ d'application de la liberté de mouvement n'est concernée en pareils cas que si la restriction au droit fondamental atteint un seuil minimum de gravité, et ce au motif que la Constitution ne protège que les manifestations élémentaires de l'épanouissement personnel.³⁶

[27] Indépendamment de la réponse à cette question, les incidents pour lesquels des *requérants d'asile* sont exclus de l'espace public ou restreints dans son utilisation relèvent régulièrement de la sphère de protection de la liberté de mouvement. C'est notamment le cas lorsque des requérants d'asile sont exclus de l'espace public d'une manière générale suite à des couvre-feux. Il n'est pas possible d'apporter une réponse générale à la question de savoir si des *interdictions de périmètre*, des *assignations ou interdictions territoriales* et des restrictions juridiques ou matérielles à l'utilisation de l'espace public constituent une atteinte à la liberté de mouvement des requérants d'asile. La réponse à cette question doit être déterminée compte tenu des circonstances concrètes du cas d'espèce. Si la liberté de mouvement est touchée dans le cas d'espèce, on peut aussi se demander, pour ces cas-là, quelles obligations constitutionnelles incombent à l'État sur la base de l'art. 10, al. 2, Cst.

[28] Comme les autres droits fondamentaux inscrits dans la Constitution fédérale, la liberté de mouvement n'est pas considérée comme absolue ; toute atteinte doit remplir les conditions prévues à l'art. 36 Cst. : elle doit s'appuyer sur une base légale, être justifiée par un intérêt public et être proportionnée au but visé. Comme les requérants d'asile ont un statut particulier à l'égard de l'État³⁷, des exigences réduites selon la pratique s'appliquent à l'exigence d'une base légale, en tout cas dans la mesure où les restrictions mises en place se justifient par l'objectif clairement défini du statut particulier.³⁸

[29] La liberté de mouvement est d'abord caractérisée dans la jurisprudence et la doctrine comme un droit de défense : l'État a donc en premier lieu l'obligation de s'abstenir d'atteintes injustifiées à cette garantie.³⁹ En vertu de l'art. 35, al. 1 et 2, Cst., l'État a cependant aussi, en lien avec la liberté de mouvement, l'obligation de protéger les particuliers des restrictions, par des tiers privés, de leur droit de se déplacer librement et de veiller, par des mesures légales ou autres, à la réalisation de cette garantie.⁴⁰ Ces obligations de protection s'appliquent également aux particuliers qui assument des tâches de l'État en vertu de l'art. 35, al. 2, Cst.⁴¹

1.2. Obligations pour l'État de s'abstenir

1.2.1. Couvre-feux dans les centres d'hébergement collectifs

[30] Comme nous l'avons déjà dit, les requérants d'asile sont généralement logés dans des centres d'hébergement (collectifs) gérés par la Confédération ou les cantons pendant la durée de la procédure d'asile. Ce type d'hébergement ne constitue pas forcément une atteinte à la liberté de mouvement.⁴² En revanche, les *obligations de présence*, les *couvre-feux* et autres réglementations inscrites dans les règlements internes restreignent sensiblement la liberté de mouvement des requérants d'asile. C'est notamment le cas lorsqu'un régime de sortie restrictif est appliqué ou que les logements sont tellement à l'écart que les possibilités de se déplacer, d'établir des contacts sociaux et, de manière générale, d'organiser le quotidien sont très limitées pour les requérants d'asile.

[31] Il n'est pas possible de déterminer de manière générale dans quelle mesure les *couvre-feux* en vigueur dans les centres de la Confédération doivent être qualifiés de restriction ou de privation de liberté et doivent donc satisfaire aux exigences plus strictes visées à l'art. 31 Cst. ou à l'art. 5 CEDH,⁴³ cela dépend en fin de compte des circonstances concrètes du cas d'espèce. La question n'est pas examinée en détail ci-après, étant donné que l'avis de droit se concentre sur la liberté de mouvement des requérants d'asile dans l'*espace public* qui est protégée par les droits fondamentaux.

[32] Les conséquences indirectes des couvre-feux sur l'utilisation de l'espace public sont au cœur de l'analyse. Il est incontestable que les couvre-feux nocturnes constituent une atteinte à la liberté de mouvement des requérants d'asile.⁴⁴ C'est également l'avis du Tribunal fédéral, pour qui les possibilités de sortie soumises à autorisation et réduites à certaines heures de la journée représentent une atteinte non négligeable à la liberté personnelle, en particulier lorsque ces restrictions s'appliquent plus longtemps que quelques jours :

37 ATF 128 II 156 consid. 3b p. 163.

38 Voir parmi d'autres KIENER/KÄLIN, p. 107 s.

39 BAUMANN, *Persönliche Freiheit*, p. 23.

40 WALDMANN, BSK BV, Art. 35, BV N. 37 ss. ; SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar*, Art. 35 BV, ch. 13 ss. et ch. 52 ss.

41 SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar*, Art. 35 BV, ch. 34 ss.

42 Voir aussi, au sujet des explications qui suivent, SCHEFER/RÜEGGER, ch. 107 ss.

43 TRECHSEL, p. 3 ss. ; MÜLLER/SCHEFER, p. 85 s. ; GRANT/WISARD, p. 85 et p. 89 ss. ; BAUMANN, *Bewegungsfreiheit*, p. 523.

44 Parmi d'autres, MOECKLI, p. 226 s. ; SCHEFER/RÜEGGER, ch. 108 ss. ; GORDZIELIK, ch. 130 ss. ; GRANT/WISARD, p. 85 et p. 89 ss.

«La présence dans un centre d'enregistrement aux conditions précitées (réglementation du déroulement de la journée, règlement intérieur, interdiction de sortir durant des périodes bloquées pour tout le monde, exigence d'une autorisation pour sortir en dehors de ces périodes) impose au requérant d'asile des restrictions dans l'organisation de sa journée. Compte tenu en particulier de la possibilité qu'a le personnel du centre d'enregistrement de refuser une autorisation de sortie au requérant d'asile, ce dernier peut subir une atteinte à son droit fondamental à la liberté personnelle, respectivement à la liberté de mouvement.»⁴⁵

Sous l'angle des droits fondamentaux, peu importe si de telles restrictions de la liberté de mouvement se fondent sur une interdiction de sortie explicite ou sur une action ou un comportement implicite et factuels des personnes chargées de l'encadrement dans les centres d'hébergement.⁴⁶ Les atteintes indirectes à la liberté de mouvement – à l'instar des procédures ou des déclarations qui ont un effet démotivant sur les requérants qui aimeraient sortir, comme une procédure de contrôle fastidieuse et dissuasive à la sortie et au retour – doivent tenir compte des conditions prévues à l'art. 36 Cst. et s'appuyer en conséquence sur une base légale suffisante, être justifiées par un intérêt public, être proportionnées au but visé et ne pas violer l'essence de la liberté de mouvement.

[33] Pour les requérants d'asile logés dans les centres de la *Confédération*, le couvre-feu se fonde sur les dispositions concrètes visées à l'art. 11 O-DFJP. Les exigences réduites applicables au statut particulier s'agissant de la nécessité d'une *base légale suffisante* pour restreindre la liberté de mouvement sont ainsi remplies. Les directives, règlements internes et réglementations similaires qui ne sont accessibles que de manière ponctuelle ne permettent pas de déterminer dans quelle mesure il existe des couvre-feux comparables dans les centres d'hébergement gérés par les cantons et les communes. Cela soulève des doutes du point de l'État de droit au regard de l'art. 36, al. 1 et de l'art. 5 Cst.⁴⁷

[34] Les couvre-feux doivent être justifiés par un *intérêt public* suffisant. Il peut y avoir un intérêt suffisant plaidant pour une atteinte au sens de l'art. 36, al. 2, Cst. si les couvre-feux inscrits dans l'O-DFJP sont motivés par la garantie du bon fonctionnement et de l'application effective des procédures d'asile en cours (et non par une référence générale et globale à la garantie de la sécurité et de l'ordre publics).⁴⁸ Nous allons donc examiner ci-après si les couvre-feux ainsi motivés sont proportionnés au but visé.

Les couvre-feux se justifient en principe aussi par la *protection d'un droit fondamental d'autrui* (art. 36, al. 2, Cst.). Le sentiment général de sécurité dans la population ne constitue toutefois pas un intérêt correspondant.⁴⁹ Même la « protection contre soi-même » n'est pas un droit fondamental d'autrui.⁵⁰ Dans certains cas exceptionnels, la protection des requérants d'asile contre eux-mêmes peut constituer un intérêt suffisant pour justifier une atteinte et activer des obligations de protection correspondantes. C'est le cas s'il y a des indices concrets qu'un requérant d'asile adopte un comportement autodestructeur considérable voire irréversible (grève de la faim, automutilation).⁵¹ Les obligations de protection qui en découlent ne sont guère satisfaites par un couvre-feu, elles entraînent d'autres obligations positives de prêter secours. La crainte que les personnes concernées puissent com-

45 ATF 128 II 156 consid. 2c p. 161.

46 Cf. KIENER/KÄLIN, p. 94 s.

47 Voir aussi GORDZIELIK, ch. 162.

48 Voir p. ex. GORDZIELIK, ch. 130 ss.; CARONI/SCHIEBER, p. 58.

49 MÖCKLI, p. 266 ss.

50 EPINEY, BSK BV, Art. 36 BV, N. 52.

51 Cf. TSCHANNEN, ch. 77.

mettre un délit pendant une sortie et doivent être protégées contre elles-mêmes à cet égard n'est en aucun cas un intérêt acceptable qui plaide pour une atteinte et justifie un couvre-feu.

[35] Dans sa pratique, le Tribunal fédéral n'a jusqu'ici pas procédé à un *examen de la proportionnalité* en lien avec cette problématique. Il a uniquement confirmé que les restrictions des libertés individuelles liées à l'hébergement et à l'aide d'urgence doivent être justifiées par le but du statut particulier ; par ailleurs, les personnes concernées doivent avoir une possibilité de recours en cas d'atteintes graves aux droits fondamentaux.⁵²

[36] Dans la doctrine, les règles de fonctionnement appliquées dans les centres de la Confédération sont de plus en plus qualifiées de *disproportionnées*. On ne peut qu'être d'accord avec cette critique. Les couvre-feux pendant une longue durée (140 jours) restreignent considérablement tant l'organisation du quotidien que l'exercice des autres droits fondamentaux le cas échéant.⁵³ Les interdictions de sortie en vigueur à partir de 17 heures amputent sensiblement les possibilités d'échanges sociaux, alors que les contacts sociaux en Suisse ont lieu d'ordinaire après le travail. L'occasion d'exercer une activité professionnelle après l'expiration de l'interdiction de travailler est aussi considérablement limitée si les requérants d'asile ne peuvent quitter leur logement qu'à partir de 9 heures en semaine et doivent être de retour au plus tard à 17 heures. Le fait que les centres d'hébergement sont souvent à l'écart renforce encore lesdites restrictions. Même si les couvre-feux peuvent en principe servir à maintenir le bon fonctionnement d'un centre, le même résultat peut être obtenu par des moyens moins incisifs. Il s'agit notamment d'obligations de s'annoncer en partant et en revenant ou d'autorisations générales de sortie qui ne seraient retirées qu'à certaines conditions, en particulier si la présence au centre est absolument nécessaire (p. ex. pour mener une enquête qui se déroule dans le centre même).⁵⁴

[37] Au bout du compte, les règles adoptées dans l'O-DFJP vont au-delà de ce qui est nécessaire au niveau personnel et temporel pour le bon fonctionnement de l'établissement et l'application de procédures d'asile effectives. Elles ne semblent donc ni nécessaires, ni acceptables.⁵⁵

1.2.2. Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée selon l'art. 74 LETr

[38] L'assignation d'un lieu de résidence et l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée selon l'art. 74 LETr permettent d'interdire aux requérants d'asile de demeurer dans certains lieux pendant certaines heures ou de quitter ces lieux. Contrairement aux couvre-feux, de telles décisions se répercutent directement sur la possibilité d'utiliser l'espace public. Comme nous l'avons dit, les circonstances du cas d'espèce déterminent si une assignation ou une interdiction territoriale restreint la liberté de mouvement et, ainsi, l'art. 10, al. 2, Cst.⁵⁶ Cela devrait généralement être le cas si les requérants d'asile sont exclus d'endroits qui sont en principe librement accessibles.⁵⁷ Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral reconnaît aussi que les interdictions de périmètre et les obligations de s'annoncer portent en principe atteinte à la liberté de mouvement.⁵⁸ S'agissant d'atteintes à l'art. 10, al. 2, Cst.,

52 ATF 133 I 49 consid. 3.2 p. 57 ; ATF 139 I 272 consid. 3.4 p. 277.

53 Cf. SCHEFER/RÜEGGER, ch. 113 ; CARONI/SCHWEIBER, p. 59 ss. ; GRANT/WISARD, p. 85 et p. 89 ss. ; BAUMANN, *Bewegungsfreiheit*, p. 523 et p. 526 ; GORDZIELIK, ch. 130 ss., ch. 165 s. et ch. 170.

54 GORDZIELIK, ch. 130 ss. ; EMARK 2001 no 19 p. 139 ss. ; TAF, arrêt D-6212/2010, p. 5.

55 ATF 122 I 222 consid. 2aa p. 226 ; ATF 139 I 180 consid. 2.6 p. 186 s. ; TF, 1P.78072006, 22 janvier 2007 ; voir aussi SCHWEIBER, *St. Galler Kommentar*, Art. 10 BV, ch. 58.

56 Voir ch. [27].

57 MOECKLI, p. 229 s.

58 Cf. ATF 137 I 31 consid. 6.6 p. 48 s. ; ATF 140 II 2 consid. 9 p. 22 ss. ; voir aussi SCHWEIBER, *St. Galler Kommentar*, Art. 10 BV, ch. 35.

les autorités cantonales d'exécution doivent donc concevoir les décisions d'assignation ou d'interdiction territoriales prononcées à l'encontre de requérants d'asile en conformité avec la Constitution fédérale et la CEDH.⁵⁹

[39] Le *Tribunal fédéral* a examiné à plusieurs reprises la question de la conformité de l'assignation et de l'interdiction territoriales avec les droits fondamentaux. Il a confirmé que ces mesures de contrainte peuvent constituer une restriction à la liberté de mouvement des requérants d'asile trouvant une base légale suffisante à l'art. 74 LEtr. Cet article accorde aux autorités cantonales une marge de manœuvre délibérément large pour ordonner des mesures correspondantes.⁶⁰ Le texte de la disposition explicite néanmoins que de telles décisions doivent poursuivre un but précis. Celui-ci consiste à éliminer un trouble ou une menace concrète pour la sécurité et l'ordre publics, notamment le trafic de drogues.⁶¹ D'après les documents consultés et la jurisprudence, le seuil pour prononcer des décisions d'assignation ou d'interdiction territoriales ne doit pas être fixé trop haut, car la disposition se base plutôt sur une notion large de protection des biens de police.⁶² Selon le Tribunal fédéral, il ne suffit pas, pour qu'une mesure soit légale, qu'un requérant d'asile se trouve dans des lieux où, à la connaissance des autorités, on vend (aussi) de la drogue; de tels incidents ne peuvent pas être sanctionnés par une assignation ou une interdiction territoriales.⁶³ Enfin, le Tribunal fédéral a estimé une telle assignation ou interdiction *appropriée et nécessaire* pour éliminer un trouble ou une menace concernant la sécurité et l'ordre publics au cas par cas.⁶⁴ Une assignation ou une interdiction territoriale ne doit toutefois pas

« ... aller au-delà de ce qui est nécessaire, ce dont il faut notamment tenir compte en définissant la taille du périmètre et la durée de la mesure; le rapport entre le but et les moyens doit être raisonnable. Sur demande motivée, l'autorité compétente doit autoriser des exceptions pour certaines allées et venues chez les autorités, le médecin ou des proches dans la mesure où les besoins fondamentaux correspondants ne peuvent pas être satisfaits par soi-même de manière appropriée et conforme aux droits fondamentaux dans la zone de séjour désignée. »⁶⁵

[40] Parmi les besoins fondamentaux reconnus par le Tribunal fédéral auxquels une personne doit pouvoir faire face dans une région déterminée, il y a notamment les achats, les contacts familiaux et sociaux ainsi que la pratique de sa foi.⁶⁶ Pour tenir compte du principe de proportionnalité, l'assignation ou l'interdiction territoriale doit être en outre levée de manière ponctuelle dans certaines circonstances justifiées et importantes, par exemple pour pouvoir assister à la naissance d'un enfant ou se rendre chez un médecin ou un avocat.⁶⁷ Toutefois, le Tribunal fédéral a estimé à plusieurs reprises que les personnes ayant des contacts familiaux et sociaux avec un requérant peuvent aussi lui rendre visite sur son lieu de résidence en cas d'interdiction territoriale. Les arrêts correspondants concernaient le plus souvent des personnes dont la demande d'asile avait été rejetée de manière définitive. Dans ces cas, le tribunal interprétait l'exclusion sociale comme un instrument d'expulsion accélérée et comme un moyen moins contraignant que la détention en vue d'une expulsion.⁶⁸ Pour les requérants d'asile, les assignations ou interdictions territoriales ne servent pas à préparer ou à exécuter une expulsion.⁶⁹ Nous nous demandons donc dans quelle mesure ces arguments du Tribunal fédéral peuvent s'appliquer à la situation des requérants d'asile en cours de procédure, qui sont l'objet de cet

59 KÄLIN, p. 842.

60 FF 1994 I 301 p. 313.

61 AUER, ch. 30.

62 TF, 2A.148/2003, arrêt du 30 mai 2003, consid. 2.3; FF 1994 I 301 p. 324; voir aussi HUGI YAR, ch. 10.173.

63 TF, 2A.347/2003, arrêt du 24 novembre 2003, consid. 2.1 avec renvoi à d'autres arrêts non publiés du Tribunal fédéral.

64 TF, 2A.347/2003, arrêt du 24 novembre 2003, consid. 2.1 avec renvoi à d'autres arrêts non publiés du Tribunal fédéral; consid. 2c et TF 2A.193/1995, arrêt du 13 juillet 1995, consid. 1c; HUGI YAR, ch. 10.175 s.; ZÜND, Migrationsrecht, Kommentar, Art. 74 AuG, ch. 3.

65 TF, 2C_1044/2012, arrêt du 5 novembre 2012, consid. 3.3.

66 TF, 2C_1044/2012, arrêt du 5 novembre 2012, consid. 3.3.

67 TF, 2C_534/2008, arrêt du 13 août 2008, consid. 3.2; de façon différenciée KÄLIN, p. 853; ZÜND, p. 866.

68 TF, 2A.514/2006, arrêt du 23 janvier 2007, consid. 3.3.4; TF, 2C_534/2008, arrêt du 13 août 2008, consid. 3.2; TF, 2C_1044/2012, arrêt du 5 novembre 2012, consid. 3.3.

69 Cf. TF, 2C_1044/2012, arrêt du 5 novembre 2012, consid. 3.1; GÖKSU, Handkommentar AuG, Art. 74 AuG, ch. 10.

avis de droit, car l'exclusion sociale ne constitue pas ici un moyen moins contraignant par rapport à la détention en vue d'une expulsion.

[41] Les dispositions du Tribunal fédéral et du législateur fédéral font l'objet de critiques – en partie véhémentes – dans la doctrine constitutionnelle, aussi pour d'autres raisons. MOECKLI et MÜLLER/SCHEFER constatent ainsi que les décisions d'assignation et d'interdiction territoriales selon l'art. 74 LETr, tout comme les interdictions de périmètre ordonnées en vertu des lois cantonales sur la police, se fondent (en général) sur des *bases légales* peu précises et ne constituent donc une base légale suffisante au sens de l'art. 36, al. 1, Cst. que pour les atteintes légères aux droits fondamentaux.⁷⁰ Pour tenir compte des exigences relatives à la densité normative, les restrictions correspondantes à la liberté de mouvement des requérants d'asile dans l'espace public devraient donc s'appuyer sur une base qui fixe de manière abstraite l'étendue géographique et temporelle maximale des atteintes.⁷¹

[42] Comme nous l'avons déjà mentionné (voir ch. [18]), les restrictions à la liberté de mouvement des requérants d'asile dans l'espace public sont souvent justifiées par la *protection de la sécurité et de l'ordre publics*.⁷² Sous un angle constitutionnel, l'exclusion de l'espace public ne peut pas avoir lieu sans conditions de manière générale ou préventive; elle requiert au contraire un trouble ou une menace *concrets* qui doivent en outre présenter une certaine *intensité* et dépendre de lieux concrets.⁷³ MOECKLI démontre de manière convaincante que les sentiments purement subjectifs de l'insécurité, du harcèlement ou de la peur d'autrui ne constituent pas un intérêt public suffisant au sens de l'art. 36, al. 2, Cst. et ne sont par conséquent pas suffisants pour restreindre la liberté de mouvement.⁷⁴ De telles perceptions ne peuvent pas être démontrées ou mesurées objectivement, il n'est pas non plus possible de définir un sentiment de sécurité objectivement généralisable. Et même si c'était le cas, la prise en compte de sensations subjectives peut être problématique du point de vue des droits fondamentaux et même contraire à la Constitution, car ces sensations ne se fondent pas sur des faits mesurables et peuvent donc conduire à la prise de mesures d'intérêt public purement symboliques qui ne peuvent être généralisées.

[43] Enfin, une partie de la doctrine se demande si la disposition prévue à l'art. 74 LETr viole dans l'abstrait le principe de proportionnalité, le droit à l'égalité de traitement et l'interdiction de la discrimination.⁷⁵ Selon la doctrine dominante, la proportionnalité et, ainsi, la constitutionnalité d'une assignation ou d'une interdiction territoriale s'évaluent par le seul biais des circonstances concrètes du cas d'espèce.⁷⁶ Sur la base des objectifs concrètement poursuivis par une restriction de la liberté de mouvement dans le cas d'espèce, il y a lieu d'examiner l'adéquation de la mesure et de veiller notamment à la nécessité temporelle, géographique, personnelle et matérielle des restrictions. Les mesures doivent présenter un rapport raisonnable entre la fin et les moyens.

[44] S'agissant des problématiques soulevées, nous pouvons formuler les observations suivantes:

[45] Les interdictions de périmètre collectives et les assignations ou interdictions territoriales qui sont prononcées *collectivement* contre les requérants d'asile d'un centre donné ou d'une commune donnée portent atteinte à la liberté de mouve-

70 De manière détaillée et avec d'autres renvois à la jurisprudence, MOECKLI, p. 163 ss., en particulier p. 168; MÜLLER/SCHEFER, p. 86 s.; voir aussi MOECKLI/KELLER, p. 241; TF, 1C_226/2009, arrêt du 16 décembre 2009, consid. 4.2.2.

71 MOECKLI, p. 181 s.

72 Voir p. ex. aussi la question Amstutz Adrian (12.5188) « Débordements à l'intérieur et aux abords des centres d'hébergement des requérants d'asile » du 30 mai 2012; l'interpellation Quadri Lorenzo (11.3848) « Chiasso. Limiter la liberté de mouvement des requérants d'asile » du 27 septembre 2011.

73 MOECKLI/KELLER, p. 244; ATF 132 I 49 consid. 7.2 p. 63; voir aussi l'avis du Conseil fédéral du 30 novembre 2011 concernant l'interpellation Quadri Lorenzo (11.3848) « Chiasso. Limiter la liberté de mouvement des requérants d'asile » du 27 septembre 2011.

74 Voir aussi, au sujet des explications qui suivent, MOECKLI, p. 265 ss.

75 AUER, ch. 31; RASELLI, p. 85.

76 Voir en particulier, au sujet des explications qui suivent, KÄLIN, p. 853; ZÜND, p. 866; MOECKLI/KELLER, p. 243; MOECKLI, p. 282.

ment. Premièrement, il n'existe actuellement – à notre connaissance – aucune base légale suffisante pour de telles restrictions collectives. Deuxièmement, il ne devrait en général pas y avoir un intérêt public suffisant au sens de l'art. 36, al. 2, Cst. pour de telles mesures et, troisièmement, elles contreviennent aussi au principe de proportionnalité, car elles violent le principe du perturbateur et, ainsi, la condition préalable à la nécessité du point de vue individuel.⁷⁷

[46] La décision d'assignation ou d'interdiction territoriale dans le cas d'espèce peut aussi être problématique sous un angle constitutionnel : l'adéquation de telles atteintes est déjà souvent problématique, car de telles décisions ne conduisent en général qu'à un déplacement ou à un report des actes criminels ou des rassemblements de personnes ressentis comme gênants, mais il est rare qu'elles les empêchent complètement.⁷⁸ En même temps, de tels déplacements peuvent être voulus et constituer le but de l'assignation ou de l'interdiction ; l'adéquation de ces mesures ne peut donc pas être remise en question de manière générale.

[47] Il est particulièrement difficile de concilier les restrictions à l'utilisation de l'espace public et la condition de la nécessité.⁷⁹ Une assignation ou une interdiction territoriale qui dure plusieurs années ne se justifie plus d'un point de vue constitutionnel, d'autant plus qu'une restriction à la liberté de mouvement sur le plan temporel doit notamment tenir compte de la gravité du trouble ou de la menace reprochée.⁸⁰ Si elle découle du principe du perturbateur, l'assignation ou l'interdiction sur le plan géographique doit en outre se limiter aux régions dans lesquelles un comportement concret a eu ou peut avoir un effet perturbateur.⁸¹ Sur le plan matériel, les règles de conduite ou interdictions correspondantes semblent un moyen moins contraignant que l'exclusion de certaines zones de l'espace public.⁸²

[48] Au bout du compte, le principe de proportionnalité fixe des limites constitutionnelles étroites aux autorités publiques s'agissant de la restriction à la liberté de mouvement des requérants d'asile dans l'espace public.

[49] Les assignations et les interdictions territoriales prononcées contre les requérants d'asile constituent en général (seulement) des restrictions à leur liberté de mouvement. La combinaison de libertés de mouvement restreintes sur les plans géographique et temporel peut toutefois conduire à une privation de liberté, et pas seulement à une restriction de liberté ; en ce cas, la constitutionnalité de la décision est par ailleurs soumise aux conditions prévues à l'art. 31 Cst. et à l'art. 5, ch. 1, CEDH.⁸³

1.3. Obligations de garantie de l'État

[50] L'exploitation des centres d'hébergement est souvent déléguée à des organisations privées aussi bien à l'échelle fédérale que dans les cantons et les communes. Pour les centres gérés par la Confédération, la compétence de délégation de cette tâche (en premier lieu étatique) découle de l'art. 17 OA 1.⁸⁴

[51] Sous l'angle des droits fondamentaux, cela ne change rien toutefois : les particuliers qui assument des tâches de l'État sont tenus de respecter les droits fondamentaux en vertu de l'art. 35, al. 2, Cst.⁸⁵ Le Tribunal fédéral a explicitement

77 MOECKLI, p. 295.

78 Cf. MOECKLI, p. 285 s. et p. 291 s.

79 De manière détaillée MOECKLI, p. 293 ss.

80 KÄLIN, p. 853 ; MOECKLI/KELLER, p. 243.

81 MOECKLI/KELLER, p. 243.

82 MOECKLI, p. 297 s.

83 GÖKSU, Handkommentar AuG, Art. 74 AuG, ch. 2 s. et ch. 8 ; KÄLIN, p. 840 et p. 852 ; MOECKLI, p. 236 s. ; BAUMANN, Bewegungsfreiheit, p. 524 s. ; CARONI/SCHNEIDER, p. 61 s. ; SCHEFER/RÜEGGER, ch. 127 ss. ; WIDMER, p. 21 ss. ; voir aussi récemment TF, 1C_352/2013, arrêt du 22 janvier 2014, consid. 3.6.

84 ROMER, p. 75.

85 Voir parmi d'autres KIENER/KÄLIN, p. 48 s.

reconnu cet engagement dans un cas qui concernait la conformité aux droits fondamentaux du règlement interne d'un centre d'hébergement pour requérants d'asile géré par une fondation de droit privé.⁸⁶ Les autorités compétentes doivent veiller à ce que les règles de fonctionnement des centres gérés par le privé soient conçues en conformité avec les droits fondamentaux et qu'il n'y ait aucune atteinte à la liberté de mouvement des requérants d'asile contraire à la Constitution. Comme les conventions de prestations correspondantes ne sont presque jamais consultables, nous ignorons pour l'heure dans quelle mesure les autorités ont respecté cette obligation.

[52] Au vu de ce qui précède, la Confédération et les cantons sont responsables, en vertu de l'art. 35, al. 2, Cst., de protéger efficacement les requérants d'asile contre les atteintes à leur liberté de mouvement qui sont contraires à la Constitution. D'autant plus lorsque des atteintes potentiellement graves ne sont pas à exclure eu égard aux circonstances :

« Afin que cette exigence, déjà déduite par la jurisprudence de l'ancienne Constitution fédérale [...] soit effective, l'État se doit d'assurer une certaine surveillance voire un certain contrôle sur les activités déléguées [...], ainsi que de garantir une protection juridique minimum aux personnes susceptibles d'être touchées dans leurs droits fondamentaux par les actes du délégataire de tâches publiques, du moins pour les atteintes potentielles d'une certaine gravité. »⁸⁷

2. Égalité devant la loi et interdiction de la discrimination

[53] Sous l'angle des droits fondamentaux, la question se pose en outre de savoir si les restrictions à la liberté de mouvement des requérants d'asile résistent aux garanties que prévoit la Constitution en matière d'égalité. La Constitution fédérale prévoit le principe de l'égalité devant la loi (art. 8, al. 1) et l'interdiction de la discrimination (art. 8, al. 2). L'égalité devant la loi garantit à l'individu une égalité de traitement par les autorités publiques, aussi bien dans la législation que dans l'application du droit;⁸⁸ l'interdiction de la discrimination complète cette garantie en protégeant tout être humain contre les dépréciations injustifiées sur la base de certains critères.⁸⁹

[54] L'art. 8, al. 2, Cst. protège en particulier contre les discriminations du fait de l'origine d'une personne, la notion d'*origine* se référant en premier lieu à l'appartenance à un *groupe de population géographiquement déterminé*. Les inégalités de traitement correspondantes doivent être justifiées par des motifs qualifiés par l'État et satisfaire notamment à un examen strict de la proportionnalité.⁹⁰ D'après la doctrine dominante, les distinctions entre Suisses et étrangers ainsi qu'entre ressortissants étrangers ayant un statut de séjour différent sont en principe compatibles avec la Constitution dans la mesure où elles peuvent être objectivement justifiées conformément à l'art. 8, al. 1, Cst. Les distinctions sont notamment fondées lorsqu'elles sont nécessaires pour atteindre le but d'une réglementation relevant de l'intérêt public et que l'importance du but justifie l'égalité ou l'inégalité de traitement.⁹¹ Si une réglementation fait une distinction entre ressortissants étrangers de

86 ATF 133 I 49 consid. 3.2 s. p. 56 s.

87 ATF 133 I 49 consid. 3.2 p. 56.

88 Voir parmi d'autres MÜLLER/SCHNEIDER, p. 653; KIENER/KÄLIN, p. 412 ss.; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, Art. 8 BV, ch. 18 ss.; ATF 129 I 397 consid. 3.2.2.

89 SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, Art. 8 BV, ch. 46 ss.

90 ATF 136 I 309 consid. 4.3 p. 313; ATF 138 I 265 consid. 4.3 p. 268 s.; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, Art. 8 BV, ch. 54; MÜLLER/SCHNEIDER, p. 712.

91 ATF 136 II 120 consid. 3.3.2 p. 127 s.

plusieurs nationalités (p. ex. en traitant moins bien les ressortissants d'une nation par rapport aux autres nationalités), une telle disparité entre en revanche dans le champ d'application de l'art. 8, al. 2, Cst. selon la doctrine dominante et doit être justifiée par des motifs qualifiés.⁹²

[55] Comme nous l'avons montré précédemment, l'art. 74 LEtr permet aux autorités cantonales de restreindre les ressortissants étrangers sans autorisation de séjour ou d'établissement – parmi lesquels les requérants d'asile – de manière radicale dans leur utilisation de l'espace public.⁹³ Cette différenciation se fonde sur la qualification juridique du statut de séjour, et non sur une origine géographiquement définissable des personnes concernées; il n'y a donc pas de discrimination directe. De telles distinctions doivent néanmoins satisfaire aux exigences visées à l'art. 8, al. 1, Cst. et ne sont admissibles qu'en présence de motifs objectifs et raisonnables. Le Conseil fédéral l'a reconnu dans son message concernant la loi sur les étrangers, mais il a justifié par la suite les mesures de contrainte prévues dans la loi par l'intérêt des autorités de pouvoir exécuter le renvoi des requérants d'asile déboutés.⁹⁴

[56] Dans la doctrine, la législation en vigueur est critiquée comme étant *inéquitable*. D'une part, d'aucuns font valoir que le statut de séjour des étrangers ne peut pas justifier des mesures de protection différentes de la sécurité et de l'ordre publics, d'autant plus que la menace pour les biens de police ne dépend pas du statut de séjour d'une personne.>>> D'autre part, selon certains arguments, la législation ne tient pas compte du fait que les requérants d'asile ont le droit de séjourner en Suisse pendant la procédure, et il est injuste de ne pas opérer de distinction entre les requérants d'asile déboutés et les requérants en cours de procédure.⁹⁶

[57] Les dispositions légales sur la base desquelles les requérants d'asile sont restreints dans l'utilisation de l'espace public ne se réfèrent pas explicitement à des critères prohibés (en lien avec la personnalité). La question se pose toutefois de savoir si les mesures étatiques prises sur cette base peuvent avoir des effets discriminatoires. Elle est pertinente du point de vue constitutionnel, car l'art. 8, al. 2, Cst. protège des discriminations aussi bien directes qu'indirectes. Sont considérées comme indirectement discriminatoires les mesures engagées par l'État qui se fondent sur des critères neutres, mais qui ont des effets préjudiciables sur un ou plusieurs groupes de personnes spécialement protégés par l'interdiction de la discrimination.⁹⁷ Si l'assignation et l'interdiction territoriales sont, dans la pratique, principalement prononcées par les autorités d'application du droit en cas de présence de critères prohibés (telles qu'origine, race, sexe ou statut social), il pourrait y avoir une violation de l'interdiction de la discrimination (art. 8, al. 2, Cst.). Ce serait par exemple le cas si des hommes à la peau foncée étaient exclus à l'avance de l'utilisation d'une place publique alors que le même comportement de la part de personnes ayant une autre couleur de peau restait sans conséquences. Les autorités publiques doivent donc veiller tout particulièrement à ce que les mesures prises ne se fondent pas sur des catégorisations et des préjugés prohibés par la Constitution.⁹⁸ Comme pour la garantie de la liberté de mouvement, cette obligation s'applique aussi, en vertu de l'art. 35, al. 2, Cst., aux organisations privées et au personnel de sécurité à qui l'encadrement des centres d'hébergement a été confié.⁹⁹

92 KIENER/KÄLIN, p. 432; MÜLLER/SCHERER, p. 714 s.

93 Voir ci-dessus ch. [38] ss.

94 Message LEtr, FF 1994 I 301 p. 310.

95 MOECKLI, p. 348 s.; RASELLI, p. 85; d'un autre avis KÄLIN, p. 843.

96 AUER, ch. 15 et ch. 21; voir aussi RASELLI, p. 85.

97 Voir parmi beaucoup d'autres WALDMANN, BSK BV, Art. 8 BV, N. 63.

98 MOECKLI/KELLER, p. 240 avec renvoi à l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Berne du 17 mai 2004, JAB 2005 97, consid. 6.2.8.

99 Voir ci-avant ch. [50] ss.

IV. Dispositions complémentaires du droit international

[58] La liberté de mouvement et l'interdiction des discriminations sont inscrites non seulement dans la Constitution, mais aussi dans des traités internationaux que la Suisse a ratifiés. Cet avis de droit examine ci-après dans quelle mesure les autorités publiques doivent tenir compte de dispositions découlant de ces engagements internationaux en ce qui concerne la restriction de l'utilisation de l'espace public par des requérants d'asile. Il s'agit en particulier du Pacte ONU II, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que des dispositions du droit international des réfugiés. Pour compléter cette analyse, nous finirons par une digression sur le droit des réfugiés de l'Union européenne (UE).

1. Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)

[59] L'art. 12, al. 1 du Pacte ONU II¹⁰⁰ accorde à quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État le droit d'y circuler librement. Le champ d'application personnel de cette disposition ne couvre que les ressortissants étrangers qui se trouvent légalement dans un pays. De l'avis de l'organe de contrôle compétent (Comité des droits de l'homme des Nations Unies, CCPR), un tel droit de séjour découle de la législation des États parties ; il est possible de l'assortir de certaines conditions.¹⁰¹ La réserve de la Suisse portant sur l'art. 12 du Pacte ONU II, selon laquelle les autorisations de séjour et d'établissement pour les étrangers ne doivent être valables que pour le canton qui les a délivrées,¹⁰² semble donc superflue de ce point de vue.

[60] Comme nous l'avons vu (au ch. [11]), un droit de séjour provisoire est accordé aux requérants d'asile pendant la procédure en Suisse ; selon la doctrine dominante, les requérants d'asile entrent donc dans le champ d'application de l'art. 12 du Pacte ONU II.¹⁰³ À noter toutefois que la liberté de mouvement garantie par ce Pacte n'est pas inconditionnelle. En vertu de l'art. 12, al. 3, du Pacte ONU II, ce droit peut faire l'objet de restrictions si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le Pacte.

[61] À notre connaissance, le comité n'a pas encore cherché à savoir dans quelle mesure les requérants d'asile peuvent être restreints dans leur utilisation de l'espace public. Il s'est néanmoins montré très préoccupé par les restrictions à leur liberté de mouvement.¹⁰⁴ La pratique du comité révèle en outre que les assignations

100 Entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 ; RS 0.103.2.

101 Cf. CCPR, Observation générale no 15, para. 5 s. ; CCPR, Observation générale no 27, para. 4 ; JOSEPH/CAS-TAN, ch. 12.12 ss. ; voir aussi NOWAK, Art. 12 ch. 8 ss.

102 RO 1993 747.

103 AUER, ch. 30 ; KÄLIN, p. 841 ; RASELLI, p. 85 ; tout comme GRANT/WISARD, p. 85 s. ; voir aussi CCPR, Rapport initial de la Suisse, CCPR/C/81/Add.8, 26 juin 1995, para. 210 ss.

104 CCPR, Observations finales pour la Lituanie, CCPR/C/79/Add.87, 19 novembre 1997, para. 15.

et les interdictions territoriales peuvent constituer le cas échéant une violation de l'art. 12, al. 1, du Pacte ONU II.¹⁰⁵ Dans ce cadre, nous pouvons renvoyer aux explications ci-dessus sur la restriction constitutionnelle à la liberté de mouvement.¹⁰⁶ Le CCPR insiste par ailleurs sur l'exigence de la proportionnalité de la privation de liberté pour les requérants d'asile arrivés de manière irrégulière ; si elle dépasse la (courte) période qui sert à l'établissement de leur identité et à la réception de leur demande, elle est qualifiée de détention arbitraire au sens de l'art. 9 du Pacte ONU II – à moins qu'il y ait des motifs supplémentaires justifiant cette mesure dans le cas d'espèce.¹⁰⁷ Enfin, le CCPR précise que les États doivent non seulement veiller eux-mêmes à la liberté de mouvement de l'individu, mais aussi le protéger contre les violations de cette liberté par des particuliers.¹⁰⁸

[62] Ni le Tribunal fédéral ni le CCPR n'ont jusqu'ici étudié la question de savoir si les assignations ou les interdictions territoriales prononcées à l'égard de requérants d'asile au sens de l'art. 74 LETr constituent une violation de la liberté de mouvement inscrite à l'art. 12 du Pacte ONU II.¹⁰⁹ Dans la doctrine, certains sont d'avis que *l'attribution* des requérants d'asile dans les cantons et leur *hébergement collectif* remplissent les conditions de restriction prévues à l'art. 12, al. 3, du Pacte ONU II, mais que les *assignations ou interdictions* territoriales au sens de l'art. 74 LETr peuvent en revanche violer cette disposition au cas par cas.¹¹⁰ Il en va de même pour l'interdiction des discriminations – à l'effet uniquement accessoire en Suisse du fait d'une réserve à l'art. 26 du Pacte ONU II – dont il faut également tenir compte pour les assignations et les interdictions d'après la doctrine.¹¹¹

2. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

[63] La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEDR)¹¹² ne comporte aucune garantie de la liberté de mouvement. En vertu de l'art. 5(d) (i), la Convention protège néanmoins l'individu dans l'exercice sans discrimination de cette garantie.¹¹³

[64] Dans une observation générale, le Comité CEDR a rendu attentif au fait que les États membres doivent aussi tenir compte de la situation des ressortissants étrangers dans l'application de leurs engagements internationaux ; selon lui, la situation des requérants d'asile notamment est souvent marquée par des discriminations (multiples).¹¹⁴ La CEDR oblige donc aussi la Suisse à ne pas restreindre de manière discriminatoire l'utilisation de l'espace public par les requérants d'asile. Le Comité a explicitement condamné les atteintes à la liberté de mouvement qui surviennent en Suisse, objet de cet avis de droit, lors de l'évaluation du dernier rapport soumis par la Suisse :

« *The Committee remains concerned at the situation of asylum seekers and refugees, who are accommodated in remote reception centres with limited access to employment and training opportunities, and whose rights are at continuous risk of being further eroded. It expresses particular concern at the restriction of freedom of movement of asylum seekers in some public spaces in some municipalities [...] The Committee calls upon the State party to take effective measures to eliminate*

105 CCPR, *Ackla v. Togo*, Communication no 505/1992, 23 mai 1996, para. 10 ; CCPR, *Mpaka-Nsusu v. Zaire*, Communication no 157/1983, 26 mars 1986, para. 8.2 et 10 ; CCPR, *Ngalula Mpandanjila v. Democratic Republic of Congo*, Communication no 138/1983, 26 mars 1986, para. 9 ; CCPR, *Karker v. France*, Communication no 833/1998, 26 octobre 2000, para. 9.2 ; CCPR, *Celepli v. Sweden*, Communication no 456/1991, 18 juillet 1994, para. 9.2.

106 Voir ci-dessus ch. 0 ss. ; de manière générale sur les exigences visées à l'art. 12, al. 3, du Pacte ONU II, voir NOWAK, Art. 12 ch. 29 ss.

107 CCPR, Observation générale no 35, para. 18, para. 58 et para. 60 (en lien avec la liberté de mouvement).

108 CCPR, Observation générale no 27, para. 6.

109 Voir ATF 123 II 472 consid. 4d p. 478. Dans un arrêt non publié, le Tribunal fédéral a estimé, en référence à la pratique du CCPR, que l'art. 12 du Pacte ONU II n'était pas applicable dans un cas qui concernait l'assignation d'un requérant d'asile débouté sur le territoire du canton des Grisons, car celui-ci ne séjournait pas légalement en Suisse, cf. TF 2A.193/1995 du 13 juillet 1995, cité in : CCPR, Deuxième rapport périodique de la Suisse, CCPR/C/CH/98/2, 6 septembre 1999, para. 130.

110 RASELLI, p. 85 ; KÄLIN, p. 841 ; AUER, ch. 30.

111 RASELLI, p. 85 ; AUER, ch. 30 ; voir aussi NOWAK, Art. 12 ch. 32.

112 Entrée en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 1994 ; RS 0.104.

113 Cf. Comité CEDR, Observation générale no 10, para. 1 ; Comité CEDR, *Hagan v. Australia*, Communication no 26/2002, 31 juillet 2002, para. 4.16 ; voir aussi FF 1992 III 279.

114 Comité CEDR, Observation générale no 30, préambule, para. 8 et para. 19.

discrimination against [...] asylum seekers [...] and to ensure that any restriction on their rights is based on a legitimate aim and is proportionate to the achievement of the aim. »¹¹⁵

3. Convention européenne des droits de l'homme

[65] Le droit à la liberté de mouvement est garanti par l'art. 2 du Protocole no 4 à la CEDH. Comme dans le cas de l'art. 12 du Pacte ONU II, cette disposition ne s'applique qu'aux personnes qui se trouvent « régulièrement sur le territoire d'un État » ; une restriction de la garantie doit être en outre nécessaire, appropriée et compatible avec le but de l'art. 2, al. 2, du Protocole no 4.¹¹⁶

[66] La Suisse n'a *pas signé* ce Protocole additionnel de la CEDH ; ladite disposition ne peut donc pas compléter la protection constitutionnelle des requérants d'asile. Cela ne signifie toutefois pas que les requérants d'asile ne bénéficient pas de la protection de la Convention. Car la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a qualifié la restriction à la liberté de mouvement des requérants d'asile de privation de liberté au sens de l'art. 5 CEDH dans certaines circonstances.¹¹⁷ Dans ces cas, la restriction doit satisfaire aux exigences visées à l'art. 5 CEDH ; en conséquence, une personne ne peut être privée de sa liberté que dans les cas énumérés de façon exhaustive dans la Convention et dans les formes prescrites par la loi.¹¹⁸ Enfin, une assignation ou une interdiction territoriale peut le cas échéant aussi toucher l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants inscrite à l'art. 3 CEDH. La Cour a ainsi relevé un traitement dégradant au sens de l'art. 3 CEDH lorsque des requérants d'asile ont été contraints de séjourner pendant dix jours dans la zone de transit d'un aéroport et qu'ils étaient livrés à eux-mêmes pendant ce temps, sans argent ni vivres.¹¹⁹

4. Droit international des réfugiés

[67] La Convention relative au statut des réfugiés (Convention de Genève de 1951, Conv. Réfugiés)¹²⁰ fixe des dispositions fondamentales au niveau du droit international pour la conception des systèmes d'asile nationaux et comprend notamment une définition de la notion de réfugié et l'interdiction du refoulement. Le traité laisse néanmoins une grande marge de manœuvre aux États Contractants pour aménager les procédures d'asile.¹²¹ Par ailleurs, le Comité exécutif du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR) édicte des recommandations, directives et manuels sur des problématiques concrètes liées aux procédures d'asile et à l'octroi de l'asile. Ces publications ne sont pas contraignantes sur le plan juridique, mais la Suisse doit au moins en tenir compte à titre de droit non contraignant ou *soft law*.¹²²

[68] En vertu de l'art. 31, al. 2, Conv. Réfugiés, les États n'appliqueront aux déplacements des réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires. Cette disposition s'applique aussi bien aux réfugiés reconnus qu'aux requérants d'asile ;¹²³ s'agissant de son champ d'application, elle comprend toutes les res-

115 Comité CEDR, Observations finales pour la Suisse, para. 17.

116 Voir à ce sujet notamment la jurisprudence de la CourEDH dans l'affaire Omwenyeke v. Germany, Appl. No. 44294/04, arrêt du 20 novembre 2007, selon laquelle les requérants d'asile ne séjournent pas légalement sur le territoire d'un pays lorsqu'ils ne se trouvent pas dans la région à laquelle ils ont été attribués jusqu'à la décision relative à leur demande d'asile.

117 Voir à ce sujet les mentions à la note de bas de page 3 ; CourEDH, Guzzardi v. Italy, Appl. No. 7367/76, arrêt du 6 novembre 1980 ; CourEDH, Amuur v. France, Appl. No. 19776/92, arrêt du 25 juin 1996.

118 Cf. ACHERMANN/CARONI, ch. 6.18.

119 CourEDH, Riad and Idrabi v. Belgium, Appl. No. 29787/03 et 29810/03, arrêt du 24 janvier 2008.

120 Entrée en vigueur pour la Suisse le 21 avril 1955 ; RS 0.142.30.

121 THURNHERR, St. Galler Kommentar BV, Art. 121 BV, ch. 21 ; CARONI ET AL., p. 226 s.

122 ROCHEL, Behörden und Organisationen, p. 55.

123 UNHCR, Global Consultations on International Protection: Summary Conclusions on Article 31 of the 1951 Convention – Revised, Geneva Expert Roundtable, 8-9.11.2001, para. 10(g) ; LINDGREN, p. 146.

124 UNHCR, Global Consultations on International Protection: Summary Conclusions on Article 31 of the 1951 Convention – Revised, Geneva Expert Roundtable, 8-9 November 2001, para. 11(a); voir aussi NOLL, Art. 26 FK, ch. 96 ss.

125 Cf. UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, guideline 2; UNHCR, « Lawfully Staying » – A Note on Interpretation, 1988, para. 23; UNHCR, Global Consultations on International Protection/Third Track: Reception of Asylum-Seekers, Including Standards of Treatment, in the Context of Individual Asylum Systems, 4 September 2001, EC/GC/01/17, 4.9.2001, para. 3. Plusieurs pays européens considèrent néanmoins que les requérants d'asile n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 26 Conv. Réfugiés, cf. MARX, Art. 26 FK, ch. 58 ss.

126 UNHCR, Empfehlungen von UNHCR im Rahmen der Vernehmlassung zur Änderung der Verordnungen zum Asylgesetz zum Zwecke der Umsetzung der dringlichen Änderungen des Schweizer Asylgesetzes (AsylG), mars 2013, p.14 s.; UNHCR, Empfehlungen von UNHCR zur Umsetzung der dringlichen Änderungen des Schweizer Asylgesetzes (AsylG) und des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), p. 11 s.

127 Directive 2013/33/UE du Parlement et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), JO 2013 L 180, 96.

128 FRA/CourEDH/CSDH, Manuel de droit suisse des migrations, p. 164.

129 Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse (AAD); entré en vigueur pour la Suisse le 1er mars 2008; RS 0.142.392.68.

trictions imaginables à la liberté de mouvement et s'applique indépendamment de la question de savoir quel pouvoir de l'État a ordonné les restrictions :

«*For the purposes of Article 31(2), there is no distinction between restrictions on movement ordered or applied administratively, and those ordered or applied judicially. The power of the State to impose a restriction must be related to a recognized object or purpose, and there must be a reasonable relationship of proportionality between the end and the means. Restrictions on movement must not be imposed unlawfully and arbitrarily.*»¹²⁴

[69] De plus, l'art. 26 Conv. Réfugiés accorde aux réfugiés se trouvant régulièrement sur le territoire d'un État Contractant le droit d'y choisir leur lieu de résidence et d'y circuler librement, sous les réserves instituées par la réglementation applicable aux étrangers en général dans les mêmes circonstances. De l'avis de l'UNHCR, les requérants d'asile séjournent légalement au sens de cette disposition dans le pays où ils ont déposé leur demande d'asile.¹²⁵

[70] Conformément à ces principes, l'UNHCR a estimé, dans ses prises de position sur les dernières révisions de la loi suisse sur l'asile, que les interdictions de périmètre prononcées par les autorités cantonales pouvaient restreindre la liberté de mouvement des requérants d'asile concernés de manière problématique, qu'elles devaient être qualifiées de privation de liberté le cas échéant et qu'elles étaient en tout cas soumises aux conditions de restriction relevant des droits fondamentaux et des droits de l'homme.¹²⁶

5. Digression : dispositions du droit d'asile européen

[71] À titre de comparaison, il est intéressant d'observer la situation juridique dans l'UE s'agissant de la problématique sous revue. La directive européenne sur l'accueil garantit aux requérants d'asile certaines conditions sociales minimales en matière d'hébergement et de traitement pendant une procédure en cours.¹²⁷ Elle n'est pas contraignante pour la Suisse sur le plan juridique.¹²⁸ Indirectement du moins, de par l'association de la Suisse à l'accord de Dublin¹²⁹, elle revêt une certaine importance juridique : l'accord de Dublin III, que la Suisse doit reprendre, se réfère explicitement à la directive de l'UE sur l'accueil, et son champ d'application s'étend aussi – du moins selon la jurisprudence relative à l'accord de Dublin II – aux procédures dites de Dublin.¹³⁰

[72] En vertu de l'art. 7 de la directive de l'UE sur l'accueil, les demandeurs peuvent circuler librement sur le territoire de l'État membre d'accueil ou à l'intérieur d'une zone qui leur est attribuée par cet État membre. La liberté de mouvement ainsi garantie, d'après le texte de la disposition, « ne porte pas atteinte à la sphère inaliénable de la vie privée et donne suffisamment de latitude pour garantir l'accès à tous les avantages prévus par la présente directive ». ¹³¹ La norme prévoit aussi la possibilité de restreindre la liberté de mouvement des requérants d'asile, soit pour des raisons d'intérêt public ou d'ordre public, soit aux fins du traitement rapide et du suivi efficace de la demande de protection internationale. Par ailleurs, les

États membres de l'UE peuvent prévoir la possibilité d'accorder aux demandeurs une autorisation temporaire de quitter le lieu de résidence, une décision négative devant être motivée. Enfin, les requérants d'asile ne peuvent être placés en rétention au seul motif qu'ils ont déposé une demande d'asile ; une privation de liberté n'est autorisée que dans certaines circonstances et en tenant compte de certaines conditions (cf. art. 8 de la directive de l'UE sur l'accueil). À notre connaissance, la CJUE ne s'est pas encore saisie de l'art. 7 de cette directive ; de l'avis du Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (ECRE) aussi bien que de l'UNHCR, la disposition demande un examen du cas d'espèce et un examen de la proportionnalité avant qu'il ne soit possible d'apporter des restrictions correspondantes à la liberté de mouvement.¹³²

130 CARONI ET AL., p. 377 ss. ; ROCHEL, *Rechtsentwicklungen*, p. 34 ss. ; GORDZIELIK, ch. 149 et ch. 151.

131 Sur la critique selon laquelle la disposition n'est pas compatible avec l'art. 26 Conv. Réfugiés et l'art. 12 du Pacte ONU II, cf. COSTELLO/MOUZOURAKIS, p. 61 ; MARX, Art. 26 FK, ch. 67 s. et UNHCR, *Comments to Directive 013/33/EU*, p. 14 s.

132 ECRE, *Information Note on Directive 2013/33/EU*, p. 11 ; ECRE, *Reception Conditions Directive and the Charter of Fundamental Rights*, p. 10 s. et p. 12 s. ; UNHCR, *Comments to Directive 013/33/EU*, p. 14.

V. Conclusions et réponses aux questions de l'avis de droit

[73] Cet avis de droit a étudié les conditions auxquelles la liberté de mouvement des requérants d'asile dans l'espace public peut être restreinte en conformité avec les droits fondamentaux et les droits de l'homme. Pour ce faire, nous avons d'abord présenté le *contexte juridique* des restrictions à l'utilisation de l'espace public par les requérants d'asile (II). Nous avons ensuite examiné dans quelle mesure les *dispositions de la Constitution et du droit international* marquent la conception et la limitation de la marge de mouvement des requérants d'asile (III et IV). Nous pouvons répondre aux questions initiales comme suit :

1. À quelles conditions concrètes une atteinte à la liberté de mouvement des requérants d'asile est-elle admissible ?

[74] La possibilité, pour les requérants d'asile, de se déplacer librement dans l'espace public, effectivement et/ou juridiquement accessible, relève en principe du champ d'application de la liberté de mouvement (art. 10, al. 2, Cst.). De manière générale, cette garantie ne peut être *restreinte* qu'en tenant compte des conditions prévues à l'art. 36, c'est-à-dire la restriction doit s'appuyer sur une base légale, être justifiée par un intérêt public et être proportionnée au but visé (cf. ch. [28]).

[75] Il y a non seulement une *atteinte* à la liberté de mouvement déterminante du point de vue du droit constitutionnel dans des interdictions formelles (p. ex. décisions), mais aussi lorsqu'on fait savoir d'une autre façon aux requérants d'asile que leur présence n'est pas souhaitée en certains lieux (voir aussi la question 3). Il en va de même pour les mesures ayant un impact *indirect* sur l'accès des requérants d'asile à l'espace public (cf. ch. [32]).

[76] Concrètement, la réglementation des *heures de sortie* dans les centres d'hébergement gérés par la Confédération, qui est fixée dans l'*O-DFJP*, constitue une atteinte au moins indirecte à la liberté de mouvement, fondée sur une base légale suffisante. Elle sert au maintien du bon fonctionnement de l'établissement et à l'application effective des procédures d'asile et poursuit donc un intérêt public admissible. Mais elle va au-delà de ce qui est nécessaire au niveau personnel et temporel et, au bout du compte, elle n'est pas compatible avec l'art. 10, al. 2, Cst. faute de proportionnalité. Si les requérants d'asile connaissent des restrictions de sortie similaires dans les centres d'hébergement cantonaux, celles-ci sont déjà problématique à la lumière de l'exigence d'une base légale au sens de l'art. 36, al. 1, Cst. pour de telles atteintes (cf. ch. [30]).

[77] Les *assignations d'un lieu de résidence* et les *interdictions de pénétrer dans une région déterminée* en vertu de l'art. 74 LEtr, qui permettent d'interdire aux requérants d'asile de demeurer dans certains lieux pendant certaines heures ou de quitter ces lieux, ainsi que les *interdictions de périmètre* fondées sur des lois cantonales sur la police constituent généralement des atteintes à la liberté de mouvement des requérants d'asile. Elles doivent donc satisfaire aux exigences fixées à l'art. 36 Cst. Des limites constitutionnelles strictes sont posées à la décision d'assignation ou d'interdiction *dans le cas d'espèce* : il est pour le moins incertain que les bases légales satisfassent aux exigences de l'art. 36, al. 1, Cst., car elles ne limitent pas de manière abstraite l'étendue géographique et temporelle de telles atteintes. De plus, les restrictions à la liberté de mouvement des requérants d'asile dans l'espace public ne se justifient de façon adéquate par la protection de la sécurité et de l'ordre publics qu'en cas de trouble ou de menace concrets présentant une certaine intensité. Enfin, le principe de la proportionnalité fixe des limites constitutionnelles étroites aux autorités publiques ; le Tribunal fédéral pose des exigences moins sévères à la proportionnalité des assignations et des interdictions territoriales – mais il ne s'est saisi que de cas de requérants d'asile définitivement déboutés (cf. ch. [38]).

2. Des interdictions de périmètre collectives appliquées aux requérants d'asile sont-elles admissibles ?

[78] Les assignations et les interdictions territoriales collectives portent atteinte à la liberté de mouvement, car elles ne reposent pas sur une base légale ni ne poursuivent un intérêt public digne de protection sur le plan constitutionnel ; elles ne sont pas non plus compatibles avec le principe du perturbateur contenu dans le principe de proportionnalité (cf. ch. [18] et ch. [45]).

3. Y a-t-il restriction de la liberté de mouvement si celle-ci ne se traduit pas par une interdiction directe mais si l'on fait comprendre d'une autre manière aux requérants d'asile que leur présence n'est pas souhaitée en certains lieux ?

[79] Il peut aussi y avoir une atteinte à la liberté de mouvement qui est pertinente du point de vue du droit constitutionnel lorsqu'on fait savoir d'une autre façon aux requérants d'asile que leur présence n'est pas souhaitée en certains lieux (cf. ch. 0).

4. À qui les atteintes aux droits fondamentaux des requérants d'asile sont-elles imputables lorsqu'elles sont le fait de tiers qui ont été chargés par l'État ou le canton de l'encadrement des requérants ?

[80] Les atteintes à la liberté de mouvement des requérants d'asile sont aussi imputables à l'État lorsque celui-ci confie l'encadrement des requérants d'asile à des tiers privés (cf. ch. [50]).

5. Autres résultats

[81] Les restrictions à la liberté de mouvement des requérants d'asile qui ont été examinées dans cet avis de droit sont aussi problématiques du point de vue des *garanties d'égalité* de traitement (art. 8, al. 1, Cst.). D'une part, il paraît difficilement soutenable que le statut de séjour (précaire) des requérants d'asile constitue un critère de rattachement pertinent lorsqu'il s'agit de prendre des mesures qui ont pour but de protéger la sécurité publique. D'autre part, l'art. 74 LETr semble très délicat dans la mesure où la disposition ne fait pas de distinction entre les requérants d'asile déboutés et les personnes qui se trouvent dans une procédure d'asile en cours. De manière générale, les autorités doivent veiller, en prononçant des assignations ou des interdictions territoriales, à ce que les mesures n'aient pas de conséquences indirectement discriminatoires (cf. ch. [53]).

[82] Lesdites obligations des autorités en matière de droits fondamentaux ne découlent pas seulement de la Constitution fédérale, mais aussi de divers traités internationaux que la Suisse a ratifiés. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que plusieurs organes de surveillance internationaux aient critiqué la liberté de mouvement restreinte des requérants d'asile en Suisse (cf. ch. [57], en particulier ch. [63] et [69]).

Prof. Dr. Regina Kiener

Dr. Gabriela Medici

Bibliographie

ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTINA, Einfluss der völkerrechtlichen Praxis auf das schweizerische Migrationsrecht, in: Uebersax Peter et al. (éds.), Ausländerrecht, 2^e édition, Bâle 2009, § 6.

AUER ANDREAS, La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers, in: AJP/PJA 6/1994, p. 749 ss.

BAUMANN FELIX, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), in: ZBI 105/2004 p. 505 s.; cit.: BAUMANN, Bewegungsfreiheit.

BAUMANN FELIX, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung, Zurich/Bâle/Genève 2011; cit.: BAUMANN, Persönliche Freiheit.

CARONI MARTINA/SCHEIBER NICOLE, Gutachten im Auftrag der Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS-JDS) betreffend rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Neustrukturierung im Asylbereich und der Beschleunigung im Asylverfahren, août 2015.

CARONI MARTINA ET AL., Migrationsrecht, 3^e édition, Berne 2014.

CARONI MARTINA ET AL. (ÉDS.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Handkommentar, Berne 2010; cit.: AUTOR, Handkommentar AuG, Art. xxx AuG, ch. xx.

COSTELLO CATHRYN/MOUZOURAKIS MINOS, EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers, in: Refugee Survey Quarterly, vol. 35 (2016), p. 47 ss.

EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (ÉDS.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e édition, Zurich/St-Gall 2014; cit.: AUTOR, St. Galler Kommentar BV, Art. xx BV, ch. xx.

GORDZIELIK TERESIA, Rechtliche Rahmenbedingungen zur aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden in der Schweiz, in: Jusletter, 14 mars 2016.

GRANT PHILIP/WISARD NICOLAS, La liberté personnelle des requérants d'asile dans les centres d'enregistrement, in: ASYL 3/1996, p. 82 ss.

HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Demonstrationsfreiheit und Rechte Dritter, in : ZBI 96/1995 p. 101 ss.

HUGI YAR THOMAS, § 10 Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in : Uebersax Peter et al. (éds.), Ausländerrecht, 2^e édition, Bâle 2009, p. 417 ss.

JOSEPH SARAH/MELISSA CASTAN, The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary, 3^e édition, Oxford 2013.

KÄLIN WALTER, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht : Materielles Recht, in : AJP/PJA 1995 p. 835 ss.

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2^e édition, Berne 2013.

LINDGREN KARIN, Comments on the UNHCR Position on Detention of Refugees and Asylum Seekers, in : Hughes Jane/Liebaut Fabrice (éds.), Detention of Asylum Seekers in Europe : Analysis and Perspectives, La Haye 1998, p. 141 ss.

MARX REINHARD, Article 26 (Freedom of Movement), in : Zimmermann Andreas (éd.), Commentary on the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, Oxford 2011, p. 1147 ss.

MOECKLI DANIEL, Exclusion from public space, A comparative constitutional analysis, Oxford 2016.

MOECKLI DANIEL/KELLER RAPHAEL, Wegweisungen und Rayonverbote – ein Überblick, Sicherheit & Recht 3/2012, p. 242 ss.

MOSER ANDRÉ WERNER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Berne 2011.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4^e édition, Berne 2008.

NOLL GREGOR, Article 31 (Administrative Measures), in : Zimmermann Andreas (éd.), Commentary on the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, Oxford 2011, p. 1243 ss.

NOWAK MANFRED, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2^e édition, Kehl 2005.

RASELLI NICCOLÒ, Die neuen Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht im Lichte von Verfassung und Menschenrechten, in : ASYL 4/1994, p. 79 ss.

RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2^e édition, Bâle 2009.

ROMER ADRIANA, Rechtsstellung von Personen des Asylbereichs in ausgewählten Gebieten, in: SFH (éd.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 2^e édition, Berne 2015, p. 369 ss.

ROCHEL JOHAN,

- Rechtsentwicklungen, in: SFH (éd.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 2^e édition, Berne 2015, p. 27 ss. ; cit.: ROCHEL, Rechtsentwicklungen.
- Behörden und Organisationen, in: SFH (éd.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 2^e édition, Berne 2015, p. 51 ss. ; cit.: ROCHEL, Behörden und Organisationen.

SCHEFER MARKUS/RÜEGGER VANESSA, Geschlossene Asylunterkünfte, in: Jusletter, 4 mai 2015.

SPESCHA MARC ET AL. (ÉDS.), Migrationsrecht, Kommentar, 4^e édition, Zurich 2015 ; cit. : AUTOR, Migrationsrecht, Kommentar, Art. xx, ch. xx.

STÖCKLI WALTER, § 11 Asyl, in: Uebersax Peter et al. (éds.), Ausländerrecht, 2^e édition, Bâle 2009, p. 325 ss.

THÜRER DANIEL, Einleitung: Gerechtigkeit im Ausländerrecht?, in: Uebersax Peter et al. (éds.), Ausländerrecht, 2^e édition, Bâle 2009, § 1.

TRECHSEL STEFAN, Die Unterbringung von Asylsuchenden zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug, in: Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis (ASYL), 3/14, p. 3 ss.

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4^e édition 2016.

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^e édition, Berne 2014.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (ÉDS.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 ; cit. : AUTOR, BSK BV, Art. xx BV, N. xx.

WIDMER RAPHAEL, Vereinbarkeit besonderer Zentren für renitente Asylbewerber mit der Bewegungsfreiheit und den Garantien beim Freiheitsentzug, in: Sicherheit & Recht 1/2013, p. 17 ss.

ZÜND ANDREAS, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht: Verfahrensfragen und Rechtsschutz, in: AJP/PJA 1995, p. 854 ss.
Documents consultés

Documents consultés

AIDA ASYLUM INFORMATION DATABASE, COUNTRY REPORT SWITZERLAND, août 2015 ; cit. : AIDA, Country Report Switzerland 2015.

EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES,

- An examination of the Reception Conditions Directive and its recast in light of Article 41 and 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, décembre 2013 ; cit. : ECRE, Reception Conditions Directive and the Charter of Fundamental Rights.
- Information Note on Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), juillet 2013 ; cit. : ECRE, Information Note on Directive 2013/33/EU.
- Setting Limits, Research paper on the effects of limits on the freedom of movement of asylum seekers within the borders of European Union Member States, janvier 2002 ; cit. : ECRE, Setting Limits.

FRA/COURED/CSDH, Manuel de droit suisse des migrations, Berne 2015 ; cit. : FRA/Cour-EDH/CSDH, Manuel de droit suisse des migrations.

UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR),

- Annotated Comments to Directive 2013/33/EU of the European Parliament and Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), disponible à l'adresse <http://www.refworld.org/pdfid/5541d4f24.pdf> (consulté le 27 mai 2016) ; cit. : UNHCR, Comments to Directive 2013/33/EU.
- Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012, disponible à l'adresse <http://www.refworld.org/docid/503489533b8.html> (consulté le 26 mai 2016) ; cit. : UNHCR, Detention Guidelines.

Abréviations

DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948
PJA	Pratique juridique actuelle
LAsi	Loi du 26 juin 1998 sur l'asile; RS 142.31
OA 1	Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure; RS 142.311
OA 2	Ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l'asile relative au financement; RS 142.312
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers; RS 142.20
FF	Feuille fédérale
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral suisse (recueil officiel)
TF	Tribunal fédéral suisse
BSK	Basler Kommentar
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101
TAF	Tribunal administratif fédéral
ECRE	Conseil européen sur les réfugiés et les exilés
DFJP	Département fédéral de justice et police
O-DFJP	Ordonnance du DFJP du 24 novembre 2007 relative à l'exploitation des logements de la Confédération dans le domaine de l'asile; RS 142.311.23
UE	Union européenne
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950; RS 0.101
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
HRC	Human Rights Council (Conseil des droits de l'homme des Nations Unies)
CCPR	Comité des droits de l'homme des Nations Unies
NG	Nidwaldner Gesetzessammlung (recueil des lois nidwaldiennes)
BIDDH	Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'OSCE
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
HCDH	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
RB	Rechtsbuch Kanton Thurgau (livre de droit du canton de Thurgovie)
CEDR	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965; RS 0.104
RSJU	Recueil systématique de la législation jurassienne
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
SEM	Secrétariat d'État aux migrations
RS	Recueil systématique du droit fédéral
ONU	Organisation des Nations Unies
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies (United Nations General Assembly)
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966; RS 0.103.2
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative; RS 172.021
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

La CFR a pris acte de l'avis de droit «Requérants d'asile dans l'espace public et formule dans le présent document sa position et ses recommandations à l'intention des autorités. Ce faisant, elle souhaite contribuer à renforcer le droit fondamental à la liberté de mouvement comme un élément de la liberté personnelle des requérants d'asile dans l'espace public.

1. Obligations de garantie de l'État

À titre liminaire, la CFR signale que la Confédération et les cantons sont responsables, en vertu de l'art. 35, al. 2, Cst., de la protection de la liberté de mouvement lorsqu'ils délèguent le fonctionnement de centres d'hébergement pour requérants d'asile ou d'autres tâches de l'État à des particuliers. Ils sont aussi tenus de protéger efficacement les requérants d'asile contre les atteintes à leur liberté de mouvement qui sont contraires à la Constitution de la part de particuliers n'assumant pas de tâches étatiques. Enfin, ils doivent veiller, par des mesures légales ou autres, à l'application de la liberté de mouvement.

En cas d'atteinte à la liberté de mouvement, il est nécessaire de tenir compte des conditions prévues à l'art. 36 Cst. Toute atteinte doit ainsi s'appuyer sur une base légale, être justifiée par un intérêt public ou servir à la protection de droits fondamentaux d'autrui, être proportionnée au but visé et ne pas violer l'essence du droit fondamental.

2. Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée selon l'art. 74 LEtr

La CFR recommande aux autorités fédérales et cantonales de ne pas prononcer d'assignations et d'interdictions territoriales collectivement contre les requérants d'asile d'un centre donné ou d'une commune donnée.

Elle recommande aux autorités fédérales et cantonales de ne prononcer des assignations ou des interdictions territoriales individuellement qu'en cas de trouble ou de menace concrets et d'une certaine intensité à l'encontre de la sécurité et de l'ordre publics. Les sentiments subjectifs de l'insécurité, du harcèlement ou de la peur d'autrui ne sont pas suffisants pour restreindre la liberté de mouvement des requérants d'asile.

(Exemple de restriction inadmissible à la liberté de mouvement: des requérants d'asile ne doivent pas utiliser un parc public au motif que des passants se sentent gênés qu'ils soient réunis sur des espaces verts publics et boivent de la bière.)

Si des décisions d'assignation ou d'interdiction territoriales sont prononcées individuellement, la CFR recommande aux autorités fédérales et cantonales de garantir que ces mesures prévues par la loi ne sont pas appliquées de manière discriminatoire.

Ce serait par exemple le cas si ces mesures, sans motif objectif, étaient principalement prononcées contre des personnes à la peau foncée et s'appuyaient ainsi sur des catégorisations et des préjugés prohibés par le droit constitutionnel.

3. Interdictions de périmètre sur la base des lois cantonales sur la police

La CFR recommande aux autorités cantonales de ne pas prononcer d'interdictions de périmètre collectivement contre les requérants d'asile d'un centre donné ou d'une commune donnée.

Elle recommande aux autorités cantonales de ne prononcer des interdictions de périmètre individuellement qu'en cas de trouble ou de menace concrets et d'une certaine intensité à l'encontre de la sécurité et de l'ordre publics. Les sentiments subjectifs de l'insécurité, du harcèlement ou de la peur d'autrui ne sont pas suffisants pour restreindre la liberté de mouvement des requérants d'asile.

Si des interdictions de périmètre sont prononcées individuellement, la CFR recommande aux autorités cantonales de garantir que ces mesures prévues par la loi ne sont pas appliquées de manière discriminatoire.

Ce serait par exemple le cas si ces mesures, sans motif objectif, étaient principalement prononcées contre des personnes à la peau foncée et s'appuyaient ainsi sur des catégorisations et des préjugés prohibés par le droit constitutionnel.

4. Interdictions de périmètre communiquées de manière implicite et explicite, p. ex. dans des règlements internes

La CFR recommande aux autorités compétentes aux échelons fédéral, cantonal et communal de garantir, par le biais des conventions de prestations, que les règles de fonctionnement des centres d'hébergement, gérés en partie par le secteur privé, sont conçues en conformité avec les droits fondamentaux et que la liberté de mouvement des requérants d'asile n'est pas restreinte de manière inadmissible. Une restriction de la liberté de mouvement peut intervenir aussi bien par le biais d'interdictions explicites que de manière implicite, si l'on fait par exemple comprendre d'une autre manière aux requérants d'asile que leur présence n'est pas souhaitée en certains lieux.

5. Restriction de la liberté de mouvement par l'instauration d'heures de sortie ou de couvre-feux

La CFR recommande à la Confédération de réviser la réglementation des heures de sortie et du refus des autorisations de sortie prévue aux art. 11 et 12 O-DFJP s'agissant d'une restriction inadmissible de la liberté de mouvement.

Elle rappelle que toute restriction de la liberté de mouvement nécessite une base légale.

Elle recommande aux cantons de réglementer de manière uniforme et transparente la restriction de la liberté de mouvement instaurée par le biais d'heures de sortie ou de couvre-feux et de la réviser, s'agissant d'une restriction inadmissible de la liberté de mouvement.

