

**Zeitschrift:** Domaine public  
**Herausgeber:** Domaine public  
**Band:** 31 (1994)  
**Heft:** 1167

**Artikel:** Mesures de contrainte en matière de droit des étrangers : une constitutionnalité plus que douteuse  
**Autor:** Auer, Andreas  
**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-1009409>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

**Download PDF:** 15.03.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

MESURES DE CONTRAINTE EN MATIÈRE DE DROIT DES ÉTRANGERS:

# Une constitutionnalité plus que douteuse

*Le professeur Auer émet de sérieux doutes sur la constitutionnalité des mesures de contrainte à l'égard des étrangers adoptées par les Chambres fédérales le 18 mars.*

## ANDREAS AUER

Professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève

## MESURES DE CONTRAINTE

Décidées en procédure accélérée par les Chambres fédérales à leur dernière session, elles permettront notamment à la Police des étrangers de placer en détention des personnes à expulser dont on pourrait supposer qu'elles cherchent à se soustraire à un refoulement, ainsi que celles, étrangères sans autorisation de séjour, qui refuseraient de décliner leur identité, déposeraient plusieurs demandes d'asile sous des noms différents ou ne répondraient pas, sans raison valable, à une convocation.

Ces mesures devront être confirmées par un juge.

La Police des étrangers pourra aussi obliger un étranger sans autorisation de séjour à rester dans une région donnée ou lui interdire l'accès à un lieu précis (par exemple la scène ouverte de la drogue).

Un référendum (tardif) a été lancé contre ces mesures. Le délai pour récolter les 50 000 signatures nécessaires court jusqu'au 4 juillet.

«Les mesures de contrainte à l'égard des étrangers sont conformes à la Constitution parce que leur compatibilité avec les libertés garanties par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) a été soigneusement examinée par les experts les plus éminents et reconnus» — tel est le credo rassurant que répète sans relâche le Conseil fédéral et qui a contribué de façon si décisive à l'adoption, par l'Assemblée fédérale, des mesures les plus discriminatoires et les plus dangereuses pour les droits de l'homme jamais votées en Suisse, sinon ailleurs. Rarement encore, en une matière si sensible, les experts et les juges auront joué, sans le dire, un rôle si éminemment politique. Que la loi votée le 18 mars 1994 soit, pour cette raison, conforme à la Constitution est cependant plus que douteux.

Dans notre pays, avec sa juridiction constitutionnelle incomplète, la question de la constitutionnalité d'une loi fédérale est tranchée sans appel par l'Assemblée fédérale. Aucun juge suisse — si ce n'est le membre suisse de la Cour de Strasbourg — ne peut sanctionner la décision du parlement. D'autant plus lourde est alors la responsabilité de ce dernier comme gardien de la Constitution, une responsabilité dont il ne saurait se décharger au profit de quelques experts, aussi éminents soient-ils.

Il est rare qu'une loi en elle-même viole les libertés fondamentales que la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme garantissent aux individus. Tout dépend de sa mise en œuvre, de son application concrète. A l'usage, la loi la plus innocente peut s'avérer meurtrière pour les libertés. Mais il est malheureusement rare que la loi la plus menaçante connaisse une application innocente.

On sait que les libertés constitutionnelles peuvent être restreintes, pourvu que les restrictions figurent dans une loi, qu'elles se justifient par un motif d'ordre ou d'intérêt public et qu'elles soient proportionnelles. A ce sujet, le test le plus important et aussi le plus délicat, celui qui convient le mieux au juge constitutionnel, est le respect du principe constitutionnel de la proportionnalité, à savoir l'évaluation du rapport entre le but poursuivi et le moyen choisi. Or ce test ne peut être fourni que dans un cas concret, par rapport à une situation donnée: c'est lorsqu'un étranger aura fait l'objet d'une mesure concrète de détention ou de bannissement ou de fouille que l'on pourra mesurer la gravité de l'atteinte à ses libertés et la mettre en balance avec la nécessité de la mesure qui la cause. Dire qu'une loi est d'em-

blée conforme aux libertés constitutionnelles procède donc d'une simplification trompeuse, sinon abusive.

Sur un point cependant, la jurisprudence du Tribunal fédéral est parfaitement claire: une loi qui risque, en raison des circonstances de son adoption et, surtout, des modalités de son application, de donner lieu à des violations graves des libertés est inconstitutionnelle. Son auteur doit, en d'autres termes, prendre en considération la probabilité d'une application incompatible avec les libertés et refuser de la voter s'il apparaît que cette probabilité est sérieuse.

Vue sous cet angle, la cause de la loi sur les mesures de contraintes paraît entendue. Un contexte politique fiévreux où les dirigeants de partis, sous prétexte de résoudre le problème des requérants d'asile trafiquants de drogue à Zurich, se surpassent à proposer les mesures les plus xénophobes; un message du Conseil fédéral qui résiste mal à la tentation de traiter tous les étrangers de criminels potentiels; une procédure parlementaire accélérée qui simule une urgence qui n'existe tout simplement pas et qui empêche les députés de remplir correctement leur rôle de gardiens de la Constitution; une loi qui permet à des fonctionnaires de police — dont un rapport récent d'Amnesty International met sérieusement en doute la volonté de respecter les droits de l'homme en toute circonstance — d'emprisonner un étranger sans titre de séjour pendant trois mois sans qu'il ait commis le moindre délit; une loi qui autorise les mêmes fonctionnaires à arrêter un étranger qui a fait l'objet d'une décision de renvoi simplement parce qu'ils le soupçonnent de vouloir se soustraire au refoulement; une loi qui institutionnalise la fouille pendant la procédure de renvoi et la perquisition d'appartements et de locaux dans lesquels un juge présume qu'un étranger se trouve caché.

Aucune loi de notre ordre juridique ne contient autant d'indices, sinon de garanties pour une application qui ne laisse pratiquement aucune chance à la liberté et à la sécurité personnelles dont les étrangers — quel que soit leur statut au regard de la police des étrangers — sont pourtant titulaires au même titre que les Suisses.

Sur ce point, le bon sens est souvent plus lucide que les analyses juridiques les plus sophistiquées: il n'est pas possible qu'une telle loi soit, à l'usage, compatible avec les libertés et avec l'interdiction constitutionnelle des discriminations. ■