

Proposition présentée par les députés :

M^{mes} et MM. Lydia Schneider Hausser, Murat Julian Alder, Anne Marie von Arx-Vernon, Frédérique Perler, Jocelyne Haller, Beatriz de Candolle, Simone de Montmollin, Jean-Charles Rielle, Jean Batou, Nathalie Fontanet, Patrick Saudan, Christian Frey, Roger Deneys, Thomas Wenger, Christian Zaugg, Jacques Béné, Gabriel Barrillier, Nicole Valiquer Grecuccio, Olivier Baud, Irène Buche, Bénédicte Montant, Pierre Ronget

Date de dépôt : 26 avril 2016

Proposition de motion

Protection des personnes sans statut légal victimes de violences

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève considérant :

- le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, notamment son article 14 ;
- la Convention européenne des droits de l'homme, notamment son article 6 ;
- la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique ;
- la Constitution fédérale, notamment ses articles 29 et 29a ;
- le code de procédure pénale suisse ;
- la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infraction ;
- la constitution de la République et canton de Genève, notamment son article 40 ;
- l'utilisation par les auteurs d'infraction, à titre de moyen de pression, de l'information selon laquelle les autorités sont dans l'obligation de signaler à l'office cantonal de la population et des migrations (OCPM) les victimes et les témoins sans statut légal ;

invite le Conseil d'Etat

- à demander aux autorités compétentes, notamment judiciaire et de la police, de ne pas transmettre systématiquement les coordonnées des victimes et témoins sans statut légal à l'OCPM, mais uniquement sur demande motivée ;
- à mettre en place un système qui garantisse la protection de la victime ou du témoin sans statut légal, en particulier lorsque l'auteur de l'infraction ou l'un de ses proches la ou le signale aux autorités, notamment à l'OCPM ;
- à appuyer le plus souvent possible le non-renvoi de la victime ou du témoin sans statut légal au terme de la procédure pénale (ex. violence conjugale, domestique ou sexuelle) ;
- à dissocier la procédure pénale et la procédure administrative relevant du droit des étrangers.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames et
Messieurs les députés,

Le 7 février 2001, la Commission des droits de l'Homme du Grand Conseil déposait la motion 1451 relative à l'accès à la justice pour les personnes en situation irrégulière, qui fut adoptée par le Grand Conseil.

Cette motion demandait l'accès effectif à la justice pour toute personne vivant à Genève, y compris des personnes sans statut légal. Il était demandé que ces personnes obtiennent des autorisations ponctuelles de résidence pendant le temps de l'instruction et le jugement de leurs causes.

Ainsi, l'accès à la justice existe ; pour l'actionner, les femmes/hommes violenté-e-s doivent déposer plainte. Mais la dénonciation d'un agresseur auprès des autorités pénales reste, dans la majorité des cas, synonyme de départ, au terme de la procédure pénale de délai, dans la mesure où les coordonnées des plaignants sont transmises à l'OCPM.

Depuis lors, cette pratique a évolué ; la loi sur les étrangers (LEtr), à son article 50, permet l'octroi d'une autorisation de séjour en Suisse pour des personnes dont le permis de séjour est directement dépendant d'un-e conjoint-e auteur-e de violences conjugales. Malheureusement, même dans ces cas, la jurisprudence a petit à petit introduit une gradation des types de violences, une occurrence systématique des violences ainsi qu'une nécessaire intensité de ces actes. Ces critères déterminent l'obtention ou non d'un permis de séjour après la fin de la procédure et le jugement.

Depuis lors également, un « Protocole visant à renforcer la protection des personnes sans statut légal victimes de violences conjugales, familiales et sexuelles » a été instauré à Genève. Il règle un certain nombre de cas de figure, souvent exemplaires, tant malheureusement en matière de violence qu'en matière d'insertion. De multiples critères sont nécessaires à l'obtention d'un permis de séjour de la part de l'OCPM et ce permis est toujours conditionné et suspendu au pouvoir discrétionnaire de l'Office fédéral des migrations (ODM). Mais c'est l'obligation, de la part de la victime, « de se dénoncer » qui conditionne l'activation de ce protocole.

La présente motion demande justement que la personne victime ait l'opportunité de porter plainte et d'aller devant les tribunaux sans qu'il y ait obligation de transférer les données concernant son statut à l'OCPM.

Les mécanismes qui concourent à l'occurrence de la violence dans un couple ou une famille sont en partie endogènes, en lien avec l'histoire personnelle des personnes en présence ou de leurs relations dans le couple ou la famille. L'autre partie des ingrédients intervenant dans les mécanismes de violence sont exogènes : conséquences notamment de problèmes professionnels, de difficultés de santé ou de pauvreté qui placent les gens dans la précarité et la vulnérabilité. Le décalage dans la relation va placer la « victime » dans une position basse, précaire ou de dépendance face à l'autre partie. L'expérience montre que, dans le domaine de la violence familiale, le statut de séjour de la personne est un des éléments primordiaux de pression pour l'agresseur/euse ; le chantage est important autant durant l'instauration de la violence que lorsque la personne sans statut décide de se donner les moyens d'arrêter cette spirale.

Si la question de la violence concerne toutes les femmes, celles sans autorisation de séjour sont particulièrement exposées, que cela soit dans la sphère privée, publique ou encore professionnelle. Les relations affectives avec des hommes possédant une autorisation de séjour génèrent souvent une asymétrie amenant à la dépendance. Lorsqu'elles travaillent dans les foyers privés et/ou dans le secteur informel, elles sont exposées à une vulnérabilité accrue. En matière de logement, le contexte de sous-location est propice à la violence et au chantage. Relevons qu'une pratique commence même à exister de la part des agresseurs : ils entrent en contact et « choisissent » des femmes sans statut légal via des annonces pour de l'emploi ou du logement. Très vite, ces personnes deviennent des cibles privilégiées (isolement, vulnérabilité, précarité).

Dans certaines affaires, judiciaires ou pénales, graves ou délicates, le signalement de l'identité entre la justice, la police et le OCPM n'est pas effectué ou, en tous cas, pas tant que l'enquête est en cours (pour ne pas détruire toutes les preuves, pour ne pas perdre des témoins cruciaux, etc.). Par analogie, vu les politiques publiques engagées dans la lutte contre la violence domestique et sexuelle, vu l'importance de ce phénomène et les conséquences tragiques qu'il engendre, toutes les mesures possibles doivent être prises pour soutenir les victimes dans le dépôt d'une plainte et, plus généralement, pour réduire à terme les méfaits de telles pratiques. Il est indéniable qu'un des principaux freins au dépôt de plainte dans le cas des personnes victimes sans statut légal reste les transmissions automatiques des identités de la part de la police et des juges pénaux à l'OCPM. Il pourrait s'agir de transmissions uniquement sur demandes motivées, applicables par exemple aux faux témoignages ou aux tentatives de corruption.

Pour donner à la justice toutes les chances d'être appliquée dans les cas de violences dont les victimes sont sans statut légal, il est nécessaire que le droit des victimes prime, notamment en mettant en place une pratique qui assure le non-transfert de l'information sur l'irrégularité du séjour entre les tribunaux, la police et l'OCPM de la manière suivante :

- ces autorités ne demandent pas l'information sur le statut légal à la personne concernée ;
- ces autorités ne transmettent pas à l'OCPM les informations sur le statut de la personne concernée ; ou
- l'OCPM n'agit pas sur la base de ces données.

Rappelons que l'accès à la justice est un droit humain garanti pour toutes et tous selon les textes mentionnés en début de motion. Ces textes ne prévoient pas de limitation pour les personnes sans statut légal. Par ailleurs, toute limitation à ce droit doit respecter certains critères : reposer sur une base légale, répondre à un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité.

D'autres mesures seraient par ailleurs envisageables, comme :

- octroyer une autorisation de séjour durant la procédure pénale ou civile ;
- instaurer une possibilité de séjour au terme de la procédure afin d'apporter de la sécurité aux femmes qui entreprennent ce processus long et difficile du dépôt de plainte. Actuellement, l'importance du risque d'expulsion au terme de la procédure est un réel frein au dépôt de la plainte ;
- établir une procédure administrative de demande de séjour à l'OCPM dont un des arguments est basé sur le fait que la personne vit ou a vécu des problèmes de violence et a été dans l'incapacité de porter plainte par peur de représailles de la part du/des agresseur/s.

Ce dernier cas de figure correspond à la situation de femmes qui n'ont pas la force de s'exposer aux dangers liés au dépôt d'une plainte, d'une procédure en justice pénale, qui ont trop souffert lorsqu'elles étaient sous le joug de leur agresseur en termes d'estime de soi. Le seul moyen à leur disposition est la demande de régularisation afin d'entreprendre une reconstruction d'elles-mêmes. Notons que, malgré les violences subies, les plaintes suspendues ou classées (le doute profitant à l'accusé) sont interprétées par les autorités comme la preuve que les violences n'ont pas existé ; il est alors vain de demander un titre de séjour.

A terme, rappelons que la meilleure manière de protéger les femmes sans statut légal victimes de violences demeure la régularisation.

En matière juridique, la problématique de l'obligation de dénoncer de la part des juridictions pénales prend source dans l'art. 97 LEtr et l'art. 82 OASA dont les interprétations sont différentes suivant les avis de droit ou thèses consultées.

Même si la justice pénale est citée à l'al. 2 de l'art. 97 LEtr comme ayant l'obligation d'annonce de la personne sans statut légal à l'OCPM, d'autres dispositions viennent contredire ou pondérer cela, par exemple l'art. 320 CP ainsi que les articles cités en début de motion et qui sont de droit supérieur, obligeant à interpréter cette obligation de manière restrictive.

Dans un commentaire du code de procédure pénal, M^e Grégoire Rey s'exprime de la manière suivante : « *Les magistrats du pouvoir judiciaire, en particulier des juridictions civiles administratives, [...] sont à notre sens soustraits [du devoir de dénonciation] pour les infractions dont ils pourraient avoir connaissance dans l'exercice de leur office, excepté si l'infraction constatée a une influence sur la procédure en cours (p. ex. faux témoignage) sous réserve des dispositions spéciales de la loi (cf. note. art. 120 CPP pour le juge d'instruction). Contraindre de manière générale les magistrats à dénoncer des parties, des témoins ou des tiers intervenant dans la procédure nuirait en effet gravement à une saine administration de la justice ou à l'obligation de témoigner, voire pourrait constituer une entrave inadmissible au droit de faire examiner sa cause par une autorité judiciaire, cas échéant sur recours (cf. ad art. 41 CPP). On peut seulement songer, à titre d'exemple, travailleur non déclaré qui, par le dépôt d'une demande devant le Tribunal des prud'hommes, serait certain d'être lui-même dénoncé et poursuivi au pénal pour violation de l'art. 23 LSEE.*

[...] Cette solution s'impose selon nous d'autant plus que, d'une part, les magistrats ne sont pas expressément visés à l'art. 11 CPP, et que, d'autre part, ils gardent la latitude de dénoncer une infraction sur la base de l'art. 9 CPP, dans les cas où leur pouvoir d'appréciation commanderait d'en faire usage, et enfin que l'art. 11 CPP, en tant qu'exception au secret de fonction (art. 320 CP et 46 CPP), doit être interprété de façon restrictive. »¹

¹ G. REY, Procédure pénale genevoise et règles fédérales applicables : annotations et commentaires, Bâle et alii 2005, N 1.1 ad art. 11 CP

Dans sa thèse « La situation juridique des migrants sans statut légal »², M^{me} Roswitha Petry, en prenant comme exemple la juridiction des prud'hommes affirme : « *De façon générale, la dénonciation des étrangers sans statut légal par les tribunaux des prud'hommes aux autorités de migration paraît difficilement compatible avec le droit à l'accès au juge consacré aux art. 6 et 1 CEDH et 29a Cst. Selon Auer/Malinverni/Hottelier, ces dispositions font obligation aux autorités non seulement de ne pas entraver l'accès aux tribunaux, mais aussi (de) le faciliter* ».

Le Professeur François Crépeau, rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants de l'ONU propose quant à lui la mise en place de « firewalls » entre les autorités pour permettre aux personnes sans statut légal un accès effectif au droit fondamental de justice³.

D'autres pays européens ont construit un cadre légal permettant un réel accès à la justice. Par exemple, en Espagne *la loi sur l'immigration* a été modifiée en 2011. L'obligation de la police d'ouvrir un dossier d'expulsion pour les personnes sans autorisation de séjour qui la contacte a été supprimée. A Amsterdam, la police a créé une unité de « signalement sûr » afin de pouvoir informer les personnes sans autorisation de séjour de leurs droits et ainsi leur permettre de signaler des crimes en toute sécurité. Les amendements à la loi pénale ayant été adoptés par les Pays-Bas, cette politique sera déployée dans tout le pays ces prochains mois⁴.

En conclusion, les mesures demandées et proposées dans cette motion non seulement protégeront mieux des personnes vulnérables autant par leur statut que par leur histoire de vie, mais ces mesures renforceront également notre Etat de droit et la justice qui en est une des clés. Pour toutes les raisons exposées, nous vous remercions, Mesdames et Messieurs les député-e-s, de soutenir notre motion.

² Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal*, Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, Faculté de droit, Université de Genève, 2013

³ <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRMigrants/A.HRC.26.35.pdf> (notamment le paragraphe 103)

⁴ *Guide de la Directive Victimes – Favoriser l'accès à la protection, aux services et à la justice pour les sans-papiers*, Picum, 2015