

Date de dépôt : 14 novembre 2013

Rapport

de la Commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers (LaLEtr) (F 2 10)

Rapport de majorité de M. Jean-Marie Voumard (page 1)

Rapport de minorité de M^{me} Irène Buche (page 29)

RAPPORT DE LA MAJORITÉ

Rapport de M. Jean-Marie Voumard

Mesdames et
Messieurs les députés,

La Commission judiciaire et de la police, lors de ses séances des 10 et 31 octobre 2013, a étudié le projet de loi modifiant la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers (F 2 10).

Cet objet a été étudié sous la présidence de Mme Nathalie Fontanet.

MM. Nicolas Bolle et Antoine Landry, secrétaires généraux adjoints/DS, ainsi que M. Fabien Mangilli, secrétaire scientifique/SGGC, ont participé à ces séances.

Les procès-verbaux ont été tenus avec exactitude par Mme Laura Andres.

Qu'ils soient ici remerciés pour l'excellence de leur travail.

Présentation du PL par MM. Olivier Jornot, président de la commission de gestion du Pouvoir judiciaire, et Olivier Bindschedler Tornare, magistrat au TAPI, ainsi que par M^{mes} Quyhn Steiner Schmid, présidente du TAPI, et Marielle Tonossi, magistrat au TAPI

M. Jornot rappelle comment on est arrivé au fonctionnement et à l'organisation actuels du TAPI. Il dit que pendant les années 2005-2006 un ensemble de projets de lois visaient à introduire la mise en œuvre dans le canton de Genève de la loi sur le TF, ce qui exigeait un certain nombre d'adaptations dans l'organisation judiciaire. A ce moment-là, il y a eu une réflexion autour du rassemblement des commissions de recours en une seule entité, c'est-à-dire une commission cantonale de recours en matière administrative. L'idée était de professionnaliser ces commissions en ayant un magistrat de carrière qui préside et de conserver des juges assesseurs spécialisés. C'est ainsi que les assesseurs de l'ancienne commission cantonale de recours en matière de police des étrangers se sont retrouvés à la commission cantonale. Puis, le 1^{er} janvier 2011, celle-ci a changé de nom, et est devenue le TAPI (Tribunal administratif de première instance) en conservant son périmètre d'action tout en ajoutant une ou deux choses ; les anciens juges assesseurs sont restés en matière de police des étrangers. Ces assesseurs sont les seuls par rapport aux autres branches du TAPI qui ne sont pas spécialistes de leur branche. Pour les autres branches, les assesseurs apportent une compétence technique que le magistrat n'a pas, ils représentent donc une plus-value.

Cependant, les assesseurs en matière de police des étrangers doivent être de formation juridique. Il y a donc un président qui est titulaire d'un brevet d'avocat et a accumulé une expérience professionnelle de magistrat, qui travaille avec des assesseurs qui sont juristes. Il affirme qu'aujourd'hui le TAPI est confronté à la politique du département de détention administrative qui ajoute des places de détention, ce qui a des conséquences puisque les officiers de police peuvent proposer une détention et que le TAPI doit statuer là-dessus dans un délai de 96 heures, délai que le tribunal arrivait autrefois à gérer, mais que le rythme d'aujourd'hui rend difficile à respecter. L'objet de ce PL est d'apporter une réponse dans ce domaine. Il ajoute que ses collègues du TAPI amènent également une proposition qui a germé après la transmission de ce PL au département concernant le rapport de l'Office cantonal de la population (OCP) et le tribunal.

M^{me} Tonossi dit que l'augmentation du nombre de places de détention appelle une autre mise en place par rapport à la détention et à l'audition des détenus. 20 places ont été ajoutées depuis début février, et on peut déjà constater une augmentation de 60% des cas par rapport à 2012. Elle explique

que pour organiser ces auditions, le TAPI a mis en place des audiences le lundi après-midi, le jeudi toute la journée et parfois le vendredi toute la journée. Pour organiser ces audiences, il faut contacter les assesseurs, qui sont des avocats dans des études et doivent parfois se désister à la dernière minute, ce qui implique de rechercher un remplaçant ou de changer la date de l'audience. Elle indique que, sur l'année, il faut compter en moyenne 2 juges assesseurs par semaine pour lesquels il faut modifier les dates d'audience ou chercher un remplacement. Cela sans compter le fait que le mardi est dévolu aux autorisations de séjour et aux refus ou autorisations de permis de travail, là aussi le même problème se pose et on n'arrive pas à s'organiser. Il faut que les juges assesseurs reçoivent le dossier d'arrestation à temps, et le greffe n'arrive pas à suivre. De plus, les assesseurs ne peuvent pas siéger toute la journée à cause de leurs obligations professionnelles, ce qui a pour conséquence que pour le jeudi il faut trouver 2 personnes disponibles le matin et 2 personnes disponibles l'après-midi.

M. Jornot précise que Genève est le seul canton à fonctionner avec une juridiction collégiale. De plus, avant la création de la commission cantonale de recours, la commission de police des étrangers statuait sans recours. Aujourd'hui, il y a le TAPI, puis la Cour de justice, avec trois magistrats ; la protection juridique des dossiers est donc très grande et le fait d'avoir des avocats qui siègent n'apporte pas de protection juridique particulière au justiciable. Il propose de présenter à présent l'amendement aux articles 8, al. 4, et 9, al. 4. Cet amendement est présenté avec un petit exposé des motifs. Il aimerait préciser que, dans les deux cas, ce sont juste 2 mots qui changent, c'est-à-dire la longueur du délai, passant de 96 heures à 8 jours.

M. Bindschedler Tornare explique qu'il s'agirait d'améliorer le fonctionnement dans les relations professionnelles avec l'OCP chargé de requérir des prolongations de détentions. Ceci est lié à l'augmentation des places de détention. Il précise que, pour des raisons évidentes, l'OCP évite d'attendre la dernière minute avant de faire parvenir des demandes de prolongations, et du fait que les TAPI doivent statuer dans les 96 heures à cause de la loi la décision est prise plusieurs jours avant la fin de la détention. Cela contraint donc actuellement le tribunal à une gymnastique de plus en plus compliquée, surtout avec l'augmentation probable du nombre de places.

C'est pourquoi il est proposé de donner 8 jours à l'OCP pour faire parvenir toute demande de prolongation, et 8 jours au tribunal pour statuer ; cela augmente un petit peu les délais et ajoute une petite souplesse dont le TAPI commence à avoir cruellement besoin. Il tient à préciser que cela reste dans le cadre du droit fédéral, puisque le droit fédéral prévoit un délai de

8 jours. Avec l'augmentation du nombre de places de détention cela devient vraiment nécessaire pour Genève.

M. Jornot précise que l'on garde un délai de 96 heures pour une mise en détention, mais que l'on rejoint le droit fédéral pour la prolongation.

Une députée (S) aimerait savoir combien de fois le TAPI siège avec les assesseurs pendant la semaine.

M^{me} Tonossi répète qu'il s'agit du lundi après-midi, du jeudi matin et après-midi, et souvent du vendredi. Le mardi est consacré aux autorisations de séjour, pour des affaires ordinaires sur recours, et non pas des détentions.

Cette même députée comprend que la transmission des dossiers aux assesseurs bloque le travail.

M^{me} Tonossi indique que c'est toute l'organisation avec les assesseurs qui est impossible à gérer pour le greffe. Si on a toute la semaine pour se prononcer, cela peut se faire tranquillement, mais il est difficile de trouver des assesseurs disponibles en 96 heures, ainsi que les avocats d'office, et lorsque les assesseurs ont une étude ils se désistent parfois seulement la veille, sans compter les autres affaires à traiter en parallèle, qui ne sont pas déléguées. Pendant ces 96 heures, il faut tout laisser tomber pour courir chercher des assesseurs disponibles. C'est un fait qu'il faut accepter dans la mesure où ceux-ci travaillent avec leur étude en priorité.

Une commissaire (S) comprend que les assesseurs doivent être des gens qui ont une pratique juridique, car on parle de droits fondamentaux, et elle pense qu'il faut garder ce regard citoyen, car un juge applique la loi. Elle rappelle l'importance de la Genève internationale, des droits de l'Homme, des droits fondamentaux, et elle se demande s'il ne faudrait pas prendre des assesseurs qui n'ont pas forcément une formation juridique, mais une formation qui touche ces domaines-là, car il lui semble qu'il ne faut pas perdre cet aspect-là.

M^{me} Steiner Schmid signale que lors d'auditions pour des mesures de contraintes il y a la présence systématique dans la salle d'organisations de défense des droits de l'Homme, qui peuvent si nécessaire en référer plus loin.

Cette même commissaire est gênée d'augmenter la détention administrative, donc d'accélérer toute la chaîne, et de perdre le regard par rapport aux droits fondamentaux. Elle a l'impression que la procédure va se faire à la chaîne, et que les décisions seront prises par un seul regard.

M^{me} Tonossi aimerait souligner qu'elle respecte ce que cette députée dit, et affirme qu'elle a prêté serment d'exercer sa fonction sous cet angle-là. Une autre chose est que tous les problèmes que la députée soulève ne se font plus

au niveau du TAPI, la décision est finie, et le tribunal se charge juste de l'exécution, du respect de la proportionnalité et de la légalité de la détention. Elle ajoute que, ce que cette commissaire veut, le TAPI le fait déjà avec les juges assesseurs actuels et que les magistrats doivent même freiner les juges assesseurs.

Un député (MCG) demande si le PL est juste là pour supprimer le mot « président », puisqu'actuellement l'officier de police doit demander des fouilles et perquisitions au président, et que le PL indique que c'est au TAPI qu'il faut les demander.

M. Jornot répond que ce qui est fondamental est la suppression de l'art. 4 qui supprime les assesseurs. La modification de l'art. 7 est une simple correction suite à la modification essentielle, l'abrogation de l'art. 4.

Un député (PLR) demande si les annulations de dernière minute des assesseurs peuvent avoir une cause financière.

M^{me} Tonossi dit qu'un planning leur est proposé, mais que, s'ils reçoivent dans l'intervalle un mandat ou une convocation pour une audience pour leur travail, ils doivent annuler. Même avec des assesseurs laïques ce problème surviendrait aussi.

M. Jornot indique qu'avec la multiplication des audiences la charge n'est plus la même, cela est lié au changement de fonctionnement de ce tribunal. Il prend l'exemple de contentieux des autorisations de construire, où il y a un certain nombre d'audiences, mais pas de permanences, car il n'est pas besoin de rendre de décision dans un certain nombre d'heures, le paradigme est donc différent. Il demande ce que doivent apporter les assesseurs, s'il s'agit de compétences techniques, d'une garantie de la santé mentale du juge ou de l'ouverture de la société civile. Il rappelle qu'à Genève il n'y a pas de caste de magistrats, que les juges savent ce qu'est la société civile. Par contre sous l'angle des compétences techniques des assesseurs sont utiles. En revanche la plus-value n'est ici pas bonne, voire à l'inverse de ce que la précédente députée (S) imagine. Aujourd'hui un magistrat qui connaît la jurisprudence qu'il doit appliquer a une vision plus pondérée qu'un assesseur qui croit qu'il faut tous les enfermer avant de les expulser.

M^{me} Tonossi ajoute que les magistrats sont majoritairement de gauche, ce qui n'est pas forcément le cas quand on doit aller rechercher un avocat à la dernière minute afin de respecter les 96 heures. On peut alors se retrouver avec deux assesseurs plus fermes que le juge.

M. Bindschedler Tornare affirme que l'on peut observer une tendance à statuer en fonction du droit et de la jurisprudence d'abord chez un juge de carrière. Chez les assesseurs, le sens de leur travail peut être différent, donc

leur souci est peut-être moins important, et il revient parfois au juge de rappeler un certain nombre de principes.

Une députée (Ve) ne comprend pas pourquoi passer de 96 heures à 8 jours dans l'amendement.

M. Jornot précise que l'on ne parle que des prolongations. Le droit fédéral permet de statuer dans les 8 jours, et l'idée est d'utiliser ce délai également pour les demandes de renouvellement de l'OCP, car il y a un certain paradoxe si l'OCP saisit le TAPI 8 à 10 jours avant la fin de détention, et que le TAPI doit statuer dans les 96 heures, bien avant l'échéance. Avec cet amendement l'OCP peut intervenir plus tôt et le tribunal peut statuer sans être sous pression. 8 jours est le délai de la loi fédérale.

M^{me} Tonossi ajoute que, lorsque l'OCP fait des demandes de prolongation en avalanches, il se peut que ce jour-là le juge doive traiter 4-5 cas de prolongations avec 4-5 cas de détention, et cela ne lui semble pas très propice pour le justiciable. 8 jours ne changent rien au délai de détention, mais permettent au tribunal de s'organiser et de statuer sereinement.

Audition de M^e François Canonica, bâtonnier de l'Ordre des avocats

M. Canonica conçoit bien que sa position puisse être minoritaire, mais il a l'obligation en tant que bâtonnier de dire ce qui n'est pas séduisant pour lui dans ce PL. Il comprend que, par les temps qui courent, un tel PL puisse être à la mode. La délégation de compétences à un juge unique, la réduction des coûts, cela va dans le sens d'un budget de la justice un peu amélioré, de même que cela représente un alignement sur le texte fédéral, sur les prérogatives d'un juge unique tel qu'au TAPEM. Il commence par rappeler qu'« être dans le vent, c'est avoir le destin de feuilles mortes », et cela peut s'appliquer aussi pour ce PL. Selon lui, les arguments consignés dans l'exposé des motifs ne séduisent ni les avocats des victimes ni ceux de la défense. La référence aux cantons de Neuchâtel et Vaud le laisse indifférent, car Neuchâtel n'est pas exempt de sottises, et Vaud revient tout juste d'un droit du Moyen Age. Il pense que la rationalisation des coûts ne doit pas être décisive lorsqu'on parle de liberté individuelle. Le PL 11260 s'aventure sur le terrain d'un seul juge sur un sujet décisif, la liberté individuelle. On peut faire les erreurs faites par le droit fédéral, répéter les erreurs stigmatisées en France, cependant il rappelle que la jurisprudence européenne dit que la détention doit demeurer l'exception, et que la règle est la liberté. Il se demande comment offrir ce débat sur un régime exceptionnel à un seul magistrat. Selon lui, l'expérience montre que le TAPEM est une « chambre d'avalisation » du Ministère public, qui ne renverse que très rarement les

décisions. Du point de vue des avocats, la décision d'un juge unique n'est pas heureuse. Il dit que l'ancien système qui prévalait à Genève était le système de la chambre d'accusation. Avant le TAPEM, celle-ci avait trois juges, dont un magistrat de carrière et deux assesseurs. Ce système convenait à tout le monde, qu'il s'agisse des magistrats, des avocats de la défense, ou des avocats des victimes. Avec le nouveau CPP cela a disparu en 2012, mais il faut se rappeler que 3 magistrats siégeaient. En regardant les statistiques du TAPEM il est certain de trouver que 95% de ses décisions sont des confirmations de la décision du Ministère public d'arrêter. Cela ne peut qu'envenimer la situation au niveau de la surpopulation carcérale.

M. Canonica ajoute que l'on a toujours dit depuis les années 1950 que d'attribuer à un seul homme la responsabilité d'arrêter est une hérésie, puisque l'arrestation commande tout le reste de la procédure. Il indique qu'un homme qui traverse une procédure libre n'a pas le même destin judiciaire qu'un homme qui traverse une procédure en tant que détenu. Il pense que c'est une faute d'attribuer à un seul homme la responsabilité d'arrêter et d'attenter à la liberté personnelle. Le problème logistique du manque de disponibilité des avocats et assesseurs ne lui paraît pas décisif. On a toujours dit à Genève que l'on considérait comme une erreur le fait d'attribuer autant de prérogatives à un seul individu. Puisque les avocats ne sont pas satisfaits du TAPEM il ne voit pas pourquoi on devrait absolument suivre un parallélisme avec le TAPI. Concernant les amendements du Pouvoir judiciaire, il pense que l'on ne peut pas s'opposer au fait d'augmenter le délai à partir duquel les autorités doivent saisir le TAPI, car cela permet à la défense d'avoir plus de temps pour consulter le dossier.

Une députée (S) remercie M. Canonica pour son exposé. Elle est d'accord que l'on touche aux droits fondamentaux, mais explique que, lors d'autres auditions, on a quand même beaucoup insisté sur le fait qu'il y a une garantie au niveau juridique par rapport au juge, avec les recours possibles à la Cour de justice et au TF : on a dit qu'il y a quand même le regard de trois juges, donc il y a une garantie juridique qui fait que l'on n'a pas besoin d'assesseurs. Il y a eu beaucoup d'insistance sur le fait que les assesseurs ne sont pas disponibles, et que souvent les audiences doivent être annulées car ils n'ont pas eu le temps nécessaire pour lire des dossiers, et que le greffe ne peut plus suivre. Elle lui demande ce qu'il en pense.

M. Canonica dit que, s'il faut choisir entre la décision la plus grave pour un individu et l'aménagement du greffe, il espère que le Grand Conseil saura privilégier les droits fondamentaux. Il n'aime pas entendre l'argument des coûts que cela représente. Il répète que, au fond, on banalise la détention, en raison de l'émotion que génèrent des faits divers, qui sont le fait d'une

délinquance extraordinairement grave, et qui ne concernent pas la population visée ici. On la banalise aussi parce que, à part les membres de la Commission des visiteurs, personne ne sait ce que cela représente, personne n'a jamais vécu en maison d'arrêt, et les commissaires ignorent à quel point cela brise des êtres et à quel point cela change le cours des procédures. Il rappelle que les avocats normaux ont aussi des urgences tous les jours, et il ne voit pas pourquoi les assesseurs ne peuvent pas se libérer. Pour lui, la vraie question est de savoir si, pour une décision de détention, il vaut mieux être une seule personne ou trois. N'avoir qu'un juge revient à abandonner le destin d'un homme à une seule personne, et c'est s'exposer aux préjugés, car les magistrats sont aussi capables d'avoir des préjugés, et en fonction de cette personnalité unique on va modifier le sort de la décision. Il estime que la décision doit venir d'un tribunal collégial afin de donner au justiciable une garantie. Les membres du TAPI ont sûrement raison au sujet des problèmes organisationnels, mais il se demande s'il est bien de déformer les propos démocratiques de liberté individuelle simplement parce qu'on a du mal à s'organiser.

La Présidente indique qu'il a été dit qu'il ne s'agissait pas seulement d'un problème de disponibilité, mais que ce type de décision est une pure appréciation de la loi, et que, dans ce contexte, les assesseurs ne sont pas aussi utiles que dans d'autres tribunaux car le sentiment est moins important.

M. Canonica a vu des renvois et a vu des gens entassés. De plus, il dit que le directeur de Frambois a déclaré que les avocats ne sont pas compétents pour défendre leurs clients dans ce sujet à la frontière entre le droit pénal et le droit administratif. Ce que dit le TAPI est une référence à loi sur le droit administratif et est faux selon lui, car cela revient à un automatisme d'application de la loi, alors autant mettre un automate à son avis. Il ajoute que le risque de fuite ou de se soustraire à la décision est du domaine de l'appréciation. Il n'y a pas que des dimensions objectives, il y en a aussi de subjectives.

Un député (MCG) ne sait plus, par rapport à la Commission ad hoc Justice 2011, si M. Canonica était déjà bâtonnier.

M. Canonica dit que non.

Ce même député (MCG) remarque, à la page 8/13 du PL 11260, que le bâtonnier de l'époque ne voyait pas d'inconvénient à un juge unique. Les juristes progressistes non plus, voilà pourquoi il est étonné de la volte-face de l'Ordre des avocats.

M. Canonica explique que, lorsque le bâtonnier s'est exprimé, il n'avait pas encore l'expérience du TAPEM, et ne pouvait pas savoir les problèmes

que cela soulèverait. Il souligne le fait que la Suisse doit être le seul pays au monde où l'avocat d'office est désigné par le procureur, ce qui signifie que le procureur choisit lui-même son adversaire. Il répète le fait que l'expérience faite avec le TAPEM est mauvaise. Il est loin de considérer que la position de l'époque le discrédite, au contraire elle l'accrédite, car cela signifie qu'il n'y a plus l'excuse de ne pas avoir fait l'expérience. Il pense qu'il est important de demander combien de fois les individus sont libérés au TAPEM. Cela signifie donc que si le parquet demande l'arrestation c'est qu'il doit forcément y avoir de vrais motifs. Selon lui ce n'est pas le cas, l'arrestation ne va pas de soi, et doit répondre à des critères comme la charge ou la gravité, ainsi qu'à des critères alternatifs, comme le risque de fuite ou de récidive, et les besoins d'instruction et les risques de collusion. Il pense qu'il ne faut pas laisser tout cela à la compétence d'un juge unique.

Un commissaire (UDC) remarque que les pages 7 et 8 du PL 11260 font référence à ce qui est en place depuis plusieurs années.

M. Canonica dit que, si la commission considère qu'aligner les compétences du juge du TAPI sur le système qui existe en faveur du CPP fédéral, il ne peut rien faire, il est vrai que c'est esthétiquement logique. Cependant, il répète que donner ces compétences à un juge unique est historiquement une erreur. Il est convaincu que le bâtonnier de l'époque a eu tort de ne pas s'opposer à la création d'un juge unique au TAPEM. Il prend l'exemple de la France, où, lors d'erreurs judiciaires, il ne se passait pas un jour sans que l'on ait des cas où elles ne se seraient pas produites s'il y avait eu plusieurs juges. Voilà pourquoi la France est revenue à 3. Il répète que de son point de vue il n'est pas raisonnable de confier cette compétence à un seul magistrat.

La Présidente le remercie.

M. Canonica pense qu'il faudrait que la commission obtienne et examine des statistiques sur le TAPEM.

La Présidente explique que les commissaires ont l'intention de voter sur ce PL ce soir.

M. Canonica avait vu le problème de l'objectivité de la décision, mais le texte de loi en main des magistrats pour les arrestations laisse une place pour l'appréciation, notamment pour les risques de fuite. Il essaie de dire qu'il est faux de penser qu'un magistrat unique est suffisant car il ne statue que sur la légalité : il affirme qu'il y a une part de subjectif dans les décisions à prendre.

Un député (MCG) lui demande si les amendements le gênent au cas où le PL serait adopté ce soir.

M. Canonica dit qu'ils lui conviennent. Cependant, il est sûr que l'on reviendra d'ici quelques années à la collégialité, tout comme pour la désignation d'un avocat d'office par le procureur. Il regrette que les juristes progressistes admettent ce projet tel quel.

Audition de M. Grégory Bovey, président de l'Association des magistrats de Genève

La Présidente accueille M. Bovey et lui cède la parole.

M. Bovey remercie la commission de l'avoir convié. Il déclare que l'Association des magistrats est favorable au PL 11260 et l'approuve, dès lors qu'il contribue au meilleur fonctionnement administratif, et permet d'optimiser les audiences du TAPI. De plus, ce PL permet d'harmoniser le système genevois avec celui des cantons qui l'entourent, et met un terme à l'héritage qui date de l'ancienne commission de recours, disparue en 2009, et qui possédait des compétences justifiant la présence d'assesseurs. Dès lors que ces compétences ont disparu, il ne voit pas pourquoi il conviendrait de les maintenir. Il approuve également l'amendement car celui-ci contribue à améliorer le fonctionnement du TAPI, d'après ce qu'il a pu comprendre dans le cours laps de temps qu'il a eu pour le lire, mais il ne peut pas livrer d'analyse détaillée.

La Présidente explique que, selon l'Ordre des avocats, croire que le TAPI ne s'occupe que d'appliquer la loi est faux car les juges ont le devoir d'analyser et ont un pouvoir d'appréciation s'agissant des autres conditions s'appliquant aux décisions.

M. Bovey n'est pas spécialiste administratif, cependant il a observé que les arrêts rendus depuis 2009 collent au droit positif. Il y a plus de place pour une appréciation humanitaire du droit, et il a constaté que la pratique de l'Office fédéral des migrations est respectée par le TAPI, ce qui fait qu'il y a un recul certain de la jurisprudence, et une application stricte du droit positif.

Une députée (S) est d'accord que l'on doit appliquer le droit, mais rappelle que justement on est dans un domaine où l'on touche aux droits fondamentaux, à la liberté des gens.

Elle lui demande s'il ne trouve pas que la disparition de juges assesseurs, dans la cité des droits de l'Homme, et le fait de déléguer ces compétences à un seul juge, qui va appliquer le droit uniquement, va faire perdre ce qui est essentiel, c'est-à-dire le regard des assesseurs qui est différent, qui lisent la situation sous un autre angle.

M. Bovey comprend l'inquiétude de cette députée, mais il constate que la loi actuelle prévoit des assesseurs juristes, et que les droits fondamentaux

dont elle parle sont ceux que le droit fédéral, la Constitution et les conventions internationales prévoient. L'exercice est d'appliquer le droit positif, y compris le droit international, la convention des droits de l'Homme, et la Constitution. Il ne croit pas que le justiciable soit prétérité parce qu'on enlève deux juristes.

Audition de M^c Dominique Bavarel et de M^c Pierre Bayenet, membres des juristes progressistes

La Présidente accueille les auditionnés et leur cède la parole.

M. Bavarel déclare que M. Bayenet et lui-même pratiquent régulièrement le TAPI, y compris la chambre d'appel auprès de la Cour de justice. Dans l'exposé des motifs, le Conseil d'Etat fait un certain nombre de comparaisons avec le Tribunal des mesures de contraintes et d'autres domaines de première instance, disant que les juges assesseurs y sont nécessaires car ce sont des spécialistes, mais que ceux-ci ne sont pas nécessaires dans le domaine du droit des étrangers. Il rappelle que le Tribunal des mineurs est passé de 2 juges à 3. Ce qui compte pour les juristes progressistes c'est le TF, qui dit que *« la détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'art. 5 CEDH (cf. ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 p. 107) et de l'art. 31 Cst., ce qui suppose en premier lieu qu'elle repose sur une base légale. Le respect de la légalité implique ainsi que la mise en détention administrative ne soit prononcée que si les motifs prévus dans la loi sont concrètement réalisés (arrêt 2C_413/2012 du 22 mai 2012 consid. 3.1). »*

M. Bavarel dit qu'il s'agit d'un problème important et craint un risque de banalisation, alors qu'il s'agit d'une atteinte importante à un droit fondamental. Par ailleurs, le droit des étrangers et la détention administrative est un droit technique de plus en plus détaillé avec des procédures de plus en plus précises, et il est très bien que le juge puisse être assisté par des assesseurs. Le TAPI examine la légalité d'une détention, mais il s'agit d'un vaste sujet, relativement lourd, et surtout on observe dans la pratique des juristes progressistes une augmentation de la durée des détentions. Il y a un certain nombre de détenus qui atteignent 18 mois, et cela a des conséquences par exemple sur leur santé psychique. Par ailleurs, l'exigence d'une procédure rapide est dans l'intérêt du détenu. L'audience se fait en une fois et est suivie de délibérations, ensuite on transmet le jugement. Il ajoute que les délibérations peuvent prendre du temps, entre une heure et une heure et demie, ce qui montre qu'il y a des débats. Il a constaté que l'OCP et la police se plaignent d'attendre toute la journée. Le fait de faire une audience et de délibérer prend un certain temps.

Il ajoute que souvent ce sont les avocats stagiaires qui s'occupent de ces dossiers, et qui interviennent sur un domaine technique dont ils n'ont souvent pas la connaissance nécessaire pour assister leurs clients. Il y a des avocats stagiaires qui se donnent de la peine, mais énormément d'études envoient des stagiaires pas formés dans ce domaine spécifique.

M. Bavarel ajoute que tant l'avocat que le détenu n'ont pas accès à l'ensemble du dossier, mais que le tribunal fait un résumé du contenu du dossier, dont certaines pièces ne seront pas portées à la connaissance de l'avocat ou du justiciable. Il apparaît que la présence des juges assesseurs représente un garde-fou important, et le risque d'un juge unique est que celui-ci ne voie pas les problèmes de procédure. Plus les audiences vont vite, plus il y a un risque d'erreur. Puisque les magistrats sont assistés de juristes, on diminue ce type de risques là. Dans l'exposé des motifs, on donne en exemple la situation du Valais. Cependant, en observant la jurisprudence de ce canton, on constate qu'énormément de jugements y sont cassés, et que le TF a fait part de son agacement par rapport aux pratiques valaisannes sur un certain nombre de sujets. De plus, la volonté d'augmenter des places administratives augmentera le nombre d'audiences, ce qui signifie qu'il faut augmenter les moyens et non les réduire. Il insiste sur le fait que la suppression de juges assesseurs diminue la qualité des jugements, et que l'on se dirigera vers un automatisme des procédures, une augmentation des recours, une augmentation de détentions injustifiées, et une prolongation des détentions. Concernant l'amendement visant à prolonger les délais pour permettre d'avoir plus de temps, il ne pense pas que l'augmentation du délai soit dans l'intérêt des détenus. C'est surtout la question de la diligence qui se pose, de savoir si l'autorité met tout en ordre pour transmettre et exécuter les renvois. L'Office des migrations et l'OCP donnent le moins possible d'informations et c'est là où l'on doit se prononcer. Selon lui, l'augmentation des délais alors que la détention ne peut plus se justifier est inacceptable. Il indique que l'on est déjà passé de 74 heures à 96 heures, et en rallongeant les délais on est en train d'affaiblir les droits des personnes qui font l'objet de mesures de détention administrative.

M. Bayenet aimerait faire part d'un sentiment personnel à l'égard de cette juridiction, qu'il a beaucoup pratiquée. Depuis 6 mois, il a arrêté de plaider au TAPI car il se dit dégoûté par cette juridiction : il souhaiterait donc faire comprendre pourquoi cette juridiction doit être renforcée et non affaiblie. Il explique comment se déroule la procédure de détention administrative du point de vue des avocats : ils n'ont connaissance du dossier de la personne à défendre que quelques heures avant de la défendre, et souvent ces dossiers sont complexes et font une centaine de pages. Le deuxième problème est que

l'avocat ne peut voir la personne que 15 minutes avant l'audience, pas une de plus ou de moins, pour lui faire comprendre qu'il est là pour son bien, lui faire comprendre pourquoi il est là et ce que va devoir décider le tribunal, ce que les justiciables ne comprennent pas forcément, et après il ne reste que quelques minutes pour trouver des arguments pour un séjour en Suisse. Un autre problème est celui de la langue, que le TAPI a aussi, car on se retrouve souvent face à des gens qui parlent un peu français ou anglais, mais avec un niveau très mauvais, et les interprètes ne traduisent que entre le français et l'anglais. Le message ne passe pas, il est difficile de comprendre ce que les justiciables disent.

Si le juge est bon et patient il est possible d'avoir un échange, mais s'il est pressé ou moins bon, il arrive que des audiences tournent à la catastrophe. Il estime qu'avoir plusieurs juges aide énormément. Il aimerait par ailleurs mettre en évidence un élément pas directement lié au PL d'aujourd'hui, mais symptomatique selon lui : il s'agit du fait que parfois les avocats reçoivent des jugements formatés, à tel point qu'il arrive que le nom soit faux car le jugement est copié-collé d'un autre jour. Il trouve cela scandaleux et inadmissible. Il répète que le fait d'avoir trois juges fait que cela se passe moins mal. Le dernier problème de ce tribunal est que les avocats ont droit à 2 heures de remboursement d'assistance juridique, ce qui signifie qu'ils ne peuvent pas voir le client après l'audience pour lui expliquer ce qui s'est passé. Il a personnellement arrêté le TAPI depuis six mois car il n'en pouvait plus, et souvent ce sont les stagiaires qui s'en chargent car ils ont besoin de ces heures de présence pour l'école d'avocature ; cependant, en réalité ils ne représentent pas une défense efficace. Il admet qu'un bon juge peut faire le travail efficacement, cependant il ose espérer que trois juges aident.

La Présidente demande ce qui se passe si les trois juges sont mauvais.

M. Bayenet affirme qu'il n'y en a pas trois mauvais.

M. Bavarel ajoute que les juges sont aussi peu préparés que les avocats car ils ont beaucoup d'audiences par semaine. Le fait d'être plusieurs pour se poser la question dans un délai de 96 heures sur la justesse d'une durée de détention ou les possibilités de renvois est extrêmement important. Il aimerait faire une remarque sur l'amendement complémentaire. Il voit que l'on parle de deux choses différentes, qui ne peuvent pas être traitées ensemble selon lui : l'OCP sait à l'avance, et peut déposer à l'avance sa demande, et il faudrait aussi l'imposer à l'OCP pour que la personne n'attende pas 8 jours après la fin de sa détention pour que le tribunal statue. Le fait qu'il y ait plus de temps pour trancher sur l'affaire lui semble positif. En revanche pour la levée de la détention cette solution est injustifiée et inadéquate, car souvent il s'agit d'une maladie qui survient, qui rend impossible le renvoi de la

personne, ou des éléments nouveaux peuvent lui faire demander, et ce n'est pas dans son intérêt d'attendre 8 jours.

Un député (MCG) voit dans l'exposé des motifs que, lors de la commission *ad hoc* 2011 sur la suppression des juges assesseurs, l'association des juristes progressistes n'avait pas objecté, donc aujourd'hui cela lui apparaît être un volte-face. Il a compris qu'il y a un problème organisationnel au TAPI, les délais sont trop courts pour la réception des dossiers, qui sont souvent mal ficelés, et il comprend que cela ne peut pas continuer, mais il n'appartient pas à la commission d'en parler aujourd'hui. En revanche, il comprend que les jugements concernent essentiellement de l'insoumission, c'est-à-dire des gens qui sont multirécidivistes, et on profite un peu du fait qu'ils ne se conforment pas à une mesure d'éloignement du territoire pour les détenir quelques mois, et ainsi protéger les citoyens, en attendant de les renvoyer.

M. Bavarel explique que la volte-face est due à des éléments que l'association n'a pas vus à l'époque, mais il ne pense pas qu'une association bénévole peut voir tous les problèmes. Selon lui la détention administrative n'est pas pour détenir quelqu'un parce qu'il a commis une infraction, mais pour exécuter un renvoi.

Il ne croit pas que l'insoumission concerne une grosse part des détentions, car cela ne vient qu'après, lorsqu'on n'a pas pu exécuter un renvoi puisque cela dépend de la personne. Il prend l'exemple de l'Algérie, où il y a des cas, car l'accord de réadmission ne fonctionne pas, et donc une majorité de détentions est basée sur l'art. 76 LaLEtr. Il rappelle qu'on est dans le domaine de privation de liberté, et ce n'est pas banal. Il constate que de plus en plus on est sur quelque chose de banalisé, et c'est extrêmement grave car finalement ce sont des situations diverses qu'il ne faut pas généraliser. Il y a des personnes qui n'ont jamais commis d'infractions, ni légères ni lourdes ; la machine se met en route de la même manière, et on a de la peine à appliquer le principe de proportionnalité. Sur les durées de détentions de plus en plus longues, elles le sont non pas à cause d'infractions, mais parce qu'on veut renvoyer ces personnes de Suisse. Il pense qu'il est nécessaire d'avoir les moyens qui vont avec. Il ajoute que plusieurs acteurs interviennent au niveau des dossiers, qui sont lourds, et ce sont des situations humaines où les gens tombent en dépression après un certain nombre de mois et craignent l'exécution du renvoi. Le fait d'avoir un tribunal qui ne se limite pas à enregistrer les décisions de l'OCP est alors important.

M. Bayenet est frappé par la faible gravité des infractions à Frambois. Il se demande si la raison est que l'on craint que les délinquants plus graves soient dangereux pour le personnel ou s'ils disparaissent tout simplement

dans la nature. A Frambois, ce ne sont souvent que de petites infractions, il a toujours trouvé étonnant que ces personnes-là soient visées.

Une commissaire (S) a plusieurs questions. Avec l'augmentation des places de détention administrative, il y a risque avec un juge unique que le TAPI fonctionne à flux tendu, que les décisions soient prises à la hâte sans le regard de trois juges. La commission a entendu des juges de gauche déclarer qu'ils doivent freiner certains juges assesseurs qui vont contre la position de la personne en question. Elle demande si, pour garder un regard citoyen, au lieu de supprimer l'art. 4, il ne faudrait pas au contraire dire qu'il faut des juges assesseurs de formation juridique, spécialisés dans le droit des étrangers. Ce sont des juristes qui font appliquer le droit, mais il y a d'autres spécialistes dans ce droit qui auraient un autre regard et un souci de proportionnalité selon elle. Elle explique que, de son côté de la table, les députés sont réceptifs à ce que M. Bavarel et M. Bayenet disent, car il s'agit des droits fondamentaux, des droits de l'Homme. Elle a une deuxième question par rapport aux 8 jours. Les 8 jours supplémentaires, tirés du droit fédéral, sont au contraire bénéfiques au justiciable selon le TAPI.

M. Bavarel explique qu'ils ont fait une réaction à l'amendement sans s'être concertés. Il a lu la feuille en vitesse, et il aimerait savoir si les 8 jours sont à l'échéance du délai de prolongation, si l'on peut imaginer que ce sont 8 jours de plus (prolongeant donc la détention) ou si le TAPI devra rendre un jugement au délai de base. Si on est à la limite de la première période, cela ne pose pas de problème vu qu'on ne dépasse pas la limite donnée, on respecte le délai de détention administrative. Si on le dépasse, cela pose un gros problème.

M. Bayenet dit que l'idée d'avoir des spécialistes lui semble excellente, car c'est le cas dans d'autres juridictions.

Une commissaire (S) leur demande s'ils verraient un amendement dans ce sens d'un bon œil. Dans d'autres juridictions on demande des spécialistes, et non ici, alors qu'il s'agit de droits fondamentaux. Les juges vont appliquer le droit, mais on se situe dans un élément qui a une autre dimension. Elle estime qu'il faut des spécialistes dans le droit des étrangers. Cela éviterait les problèmes pour trouver des avocats, et donnerait un panel plus large, si l'on peut prendre des gens qui ont ce regard-là.

M. Bavarel pense que l'on n'a pas forcément besoin de se limiter aux avocats, mais que les juristes du CSP ou de Caritas sont spécialisés dans le droit des étrangers, un domaine où il n'y a pas le monopole de l'avocat. Il insiste sur le fait qu'il y a des éléments techniques et changeants, que la jurisprudence du TF évolue sur le délai, et qu'il ne faut pas rater ce genre de

choses. La question des procédures doit être soulevée, car quand les choses vont vite, il y a des risques (parfois il y a 4-5 dossiers en un après-midi).

Une députée (PDC) a une question en lien avec les personnes détenues. Elle sait que beaucoup de juges ont un déficit de formation dans ces domaines, mais elle demande si, parmi les personnes qu'ils ont pu assister, il y a eu des personnes qui ne contrevenaient qu'à la loi des étrangers.

M. Bayenet dit que c'est rare mais qu'il l'a vu plusieurs fois. Il pense notamment à un cas d'un homme marié en suisse puis divorcé, qui ne voulait pas partir, et était en violation avec la loi sur les étrangers. Cependant ces cas sont plutôt rares.

M. Bavarel indique qu'il y a 2-3 ans il y avait plus de ces cas. Par contre il arrive que des personnes ne puissent pas prendre le vol spécial prévu pour une raison de transfert à Champ-Dollon par exemple, et que ces personnes soient remises en détention. La condamnation pénale influence sur l'exécution du renvoi, ralentit son processus. Il n'y a pas tellement d'interactions entre l'OCP et le Ministère public.

Une commissaire (PDC) pense qu'en proposant un seul juge on en arrive à créer un effet domino, avec le risque d'augmenter les erreurs judiciaires, et donc les recours, et par conséquent les coûts. Cela représenterait beaucoup de pertes d'argent et de temps, ainsi que davantage de souffrances humaines.

M. Bavarel dit qu'il lui arrive souvent qu'il n'y ait aucun recours possible à la Cour de justice, et qu'il doive y renoncer. Avec un juge unique, il estime qu'il y aura des possibilités de recours à la pelle.

M. Bayenet ajoute que c'est important également que la personne visée, si elle se fait entendre par trois juges qui prennent le temps de discuter, ait le sentiment d'avoir été écoutée, davantage qu'avec un seul juge. Il affirme par ailleurs que les gens qui veulent faire des recours le font avant d'avoir pu voir un avocat ; le détenu prend la décision du recours sans savoir s'il a une chance de succès.

Un député (MCG) demande si la commission de recours en matière administrative était mieux ou pas.

M. Bavarel déclare que c'était la même chose, il n'y a eu qu'un changement de dénomination.

M. Bayenet le confirme.

Vote

La Présidente met aux voix l'entrée en matière du PL 11260 modifiant la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers (LaLEtr) (F 2 10) :

Pour : 9 (1 S ; 1 PDC ; 3 L ; 1 R ; 1 UDC ; 2 MCG)

Contre : –

Abst. : –

L'entrée en matière est acceptée.

Art. 1 : pas d'opposition – ADOPTÉ

Art. 4 (abrogé)

Une députée (S) a un amendement : elle propose de reprendre la disposition actuelle et d'ajouter « ou spécialisés dans le domaine du droit des étrangers ».

Un député (Ve) pense qu'il s'agit de la bonne formule.

Une députée (PDC) déclare que le PDC soutient cet amendement.

Un député (MCG) pense qu'il faut être conscient que les magistrats se sont plus plaints de problèmes organisationnels plutôt que du nombre de juges. Vu le nombre de dossiers, de dispositions qui viennent pour la plupart de la police des étrangers, avoir 1 ou 4 juges ne va pas changer grand-chose. Ceux-ci doivent traiter des mesures d'éloignement que certaines personnes ne respectent pas. Il rappelle que la LEtr a été approuvée par le peuple en 2006, et qu'il ne faut pas désavouer ce que veut le peuple. Il est clair que, pour les mesures d'éloignement qui doivent être prises contre des personnes qui n'ont pas le droit de rester en Suisse, qu'ils aient une possibilité de recours est une chose, mais on ne peut pas éternellement faire des recours sans fin car cela concerne une multitude de personnes. L'ODM tranche et n'est pas à l'abri d'erreurs, mais un juge est à même de juger. Pour lui, l'allusion au tribunal des enfants n'est pas valable car il ne s'agit pas du tout du même cas. Dans le cas présent, ce sont des formalités par rapport à des décisions qui ont été prises, il ne faut pas alourdir le Palais de justice. Il est d'accord que l'on peut toujours faire mieux, mais il ne pense pas que cela va changer grand-chose. Les recours sont presque systématiques et sont envoyés sans que les avocats aient vu leurs clients.

Une députée (S) a l'impression que le député (MCG) n'a pas vraiment écouté les juristes progressistes qui ont dit que cela peut poser des problèmes d'avoir des assesseurs juristes. Elle affirme que, quand il y a des problèmes d'organisation, il ne faut pas supprimer purement et simplement l'organisation fondamentale du tribunal.

Si cela pose problème d'avoir des assesseurs juristes, elle estime judicieux de prévoir des personnes spécialisées dans le domaine du droit des

étrangers, qui pourront être trouvées dans d'autres professions et seront plus disponibles. Selon elle, comme le nombre d'audiences est doublé, il faut trouver une solution organisationnelle, et non pas une solution qui supprime les assesseurs garants de liberté fondamentale. On est dans le cadre de la détention administrative, un domaine très délicat où il faut absolument être attentif à l'application du droit, d'où l'amendement de sa collègue qui peut résoudre les problèmes organisationnels tout en maintenant le fondement des droits.

Un commissaire (Ve) estime que la solution proposée par les socialistes convient ; si le périmètre du choix des assesseurs est trop étroit, il y a peut-être une autre manière de faire et la solution proposée lui semble bien. Il souligne le fait que l'on touche aux droits fondamentaux, que la personne n'a commis aucun délit et qu'elle se retrouve en détention parce qu'elle n'est pas en règle administrativement. Il n'est pas d'accord avec le fait de mettre au trou des personnes qui n'ont commis aucun délit pendant 18 mois, ce qui peut induire des problèmes psychologiques qui pourraient être mieux soignés en dehors. Il rappelle que l'on prévoit actuellement des cellules familiales pour les prisons pour détention administrative, ce qui signifierait que des enfants qui ne sont pas en règle à cause de leurs parents vont être mis en prison. Il faut se rendre compte de la gravité de la situation, lorsqu'une détention est prévue pour les familles, et il estime qu'il faut prendre des mesures adéquates. Il rappelle que les 18 mois de détention devaient être exceptionnels, cependant cela arrive assez régulièrement. Il ajoute que quelqu'un qui a commis un viol en Suisse ne prend que 18 mois avec sursis, sans parler de la sodomie qui n'est pas considérée comme un viol en Suisse, mais comme un abus sexuel, et pour laquelle on n'est condamné qu'à 5 mois. Il a un gros problème de compréhension du droit dans ce monde où on considère que le viol ne vaut pas de la prison ferme pour 18 mois, alors que l'on met des personnes dans la même législation pendant ce temps-là parce qu'elles n'ont pas leurs papiers en règle. Ce qui est sous-jacent, c'est le machisme qui dit que s'il n'y a pas de risque d'avoir un enfant, ce n'est pas considéré comme un viol, parce qu'il n'y a pas de risque qu'un autre père assume l'enfant.

Une députée (PDC) va soutenir l'amendement proposé pour trois raisons : on est dans un champ de valeurs qu'on doit défendre, et elle craint une justice expéditive, au prétexte qu'on doit gagner du temps et faire des économies. Or elle comprend que ce sont de fausses économies, car, dans le cas d'une justice expéditive, il y aura beaucoup plus de recours, comme le montre l'exemple du Valais. C'est de la vision de court terme. Elle estime qu'il faut qu'il y ait au moins des spécialistes, des gens qui savent le droit des

étrangers, et pas juste des gens qui appliquent le droit. Elle pense que l'Histoire montre que des gens qui pensent avoir fait tout juste car ils ont juste suivi un papier l'ont regretté par la suite. Elle répète la notion de fausse économie : elle ne veut pas entretenir des avocats pour sauver des gens qui vont rester en Suisse de toute façon. Elle veut rappeler le fait que la Justice se doit d'être égale pour les pauvres et les riches, il ne faut pas qu'elle devienne à deux vitesses.

La Présidente affirme que les cas des violeurs sont des exceptions dramatiques qui ne sont pas concernées ici. Elle n'est pas d'accord avec l'argument de la députée (PDC).

Elle insiste sur le fait que l'on a une loi applicable, qu'on est dans l'ordre juridique suisse qui donne certaines garanties. Elle rappelle que l'on n'est pas à l'Hospice, que les personnes se retrouvent devant des tribunaux car les lois ne sont pas respectées. Il faut effectivement que l'encadrement puisse être dans des conditions normales, légales. Cependant, la loi n'a pas de pouvoir d'appréciation, il n'y a pas de décision du cœur, cela n'entre pas en matière, et un juge unique est capable d'appliquer la loi. En cas d'erreur de sa part, il y a non seulement la Cour de justice, mais aussi le TF, et les cassations du TF en Valais prouvent que l'ordre juridique fonctionne, même si cela est inadmissible pour la personne incarcérée. Elle rappelle que les juges entendus ont dit que les assesseurs ne servaient plus à rien, et ce ne sont pas juste des juges d'extrême droite, ils sont de gauche en grande majorité. Elle croit qu'il faut être raisonnable, voilà pourquoi le groupe libéral sera contre cet amendement.

Un commissaire (MCG) rappelle que les juristes progressistes ont précisé que les détenus sont des gens qui ont commis des délits, c'est pourquoi le MCG va aller dans le sens du PL pour le bon fonctionnement du TAPI.

Un député (UDC) abonde dans le sens de ce qui a été dit contre l'amendement.

Un député (MCG) explique que, lorsqu'on dit que des gens font de la détention administrative pour un délit, c'est un peu un prétexte pour écarter les multirécidivistes de la société lorsqu'ils deviennent dangereux, mais ce n'est pas parce qu'ils ont volé un portemonnaie qu'ils vont être mis en détention administrative. Cette mesure est prise dans le canton de Zurich parce que des gens commettent délit sur délit et que cela les empêche de recommencer. Les personnes visées par cette détention administrative sont ceux qui ne respectent pas les décisions prises. Quand il entend que son collègue mentionne la détention avec des enfants, il comprend que celui-ci détient cette information par la Commission des travaux, qui prévoit des

regroupements familiaux, mais pas avec des enfants mineurs, car la loi interdit le mélange entre mineurs et majeurs. Quand la question a été posée au département, celui-ci ne savait pas ce qu'il en était précisément de ces cellules. Il ne faut pas se baser là-dessus, il ne pense pas que ces cellules seront installées.

Une députée (PLR) déclare que deux ou trois choses l'ont choquée : pour commencer, le fait que tous les cantons romands ont la pratique du juge unique, ainsi que le Tessin et Zurich ; peut-être que cela pose quelques problèmes, mais on ne peut pas dire que cela va contre les droits de l'Homme et la protection des libertés fondamentales. Elle va à Frambois régulièrement, et elle n'y a jamais croisé d'enfants ; de plus, la totalité ou la majorité des personnes là-bas a un passé criminel, il y a très peu de personnes qui n'ont rien fait, et ce n'est pas la pratique d'un juge unique qui va changer la donne. Il lui semble difficile de dire qu'un juge pourrait rompre son serment simplement parce qu'il est seul. Elle estime que l'on ne peut pas soupçonner M^{me} Tonossi qui a été auditionnée de rompre son serment un jour parce qu'elle n'a plus d'assesseurs.

Un commissaire (Ve) souligne le fait qu'une réponse du Conseil d'Etat à une IUE indiquait qu'entre 15 et 20% des détenus n'ont commis aucun autre crime que celui de ne pas avoir de papiers en règle. Cela lui pose un problème, même si pour certain c'est peu.

Concernant les familles, il est d'accord que Genève n'a pas pour pratique de mettre en détention des familles, mais cela arrive dans d'autres cantons et c'est pour ces familles-là que l'on va créer ces cellules. Même si Genève n'a pas cette ambition, cela existera.

Une députée (S) précise qu'il n'y a pas d'enfants à Frambois car il n'y a pas de femmes. Elle estime que la droite ne met en avant la Genève internationale que quand ça l'arrange. Elle pense que l'on n'a pas la même responsabilité que dans les autres cantons. Un juge unique, c'est un seul regard. De plus, le juge va appliquer le droit mais n'aura pas cette sensibilité, d'où la nécessité d'avoir des spécialistes du droit d'asile. C'est un domaine extrêmement sensible où les gens jouent leur vie quand ils sont expulsés. Elle confirme qu'il y a effectivement 25% des détenus à Frambois qui n'ont pas commis de délit, et quand ils se savent expulsés ils sont dans un état extrêmement lourd. Elle a assisté une fois au cas d'un Sud-Américain qui vivait en Suisse depuis 18 ans et devait être expulsé tout d'un coup. Voilà les raisons pour lesquelles elle demande aux commissaires de l'écouter dans la mesure où elle estime qu'à la longue cela coûtera bien plus cher d'enlever ces assesseurs.

Un député (MCG) revient sur les 25% du député (Ve). Il rappelle que beaucoup de personnes sont en détention administrative pour que l'on s'assure de leur départ, dans les cas de vol organisé où les personnes ne sont pas volontaires. Ces vols coûtent cher et la détention est une assurance pour que la personne prenne son vol forcé. Il estime que l'on ne peut pas courir le risque de laisser la personne se présenter elle-même à l'aéroport, voilà la raison de ce pourcentage selon lui. Il s'agit de peut-être quelques jours, peut-être un mois ou plus avant le départ selon les formalités. Concernant les recours, le fait que les Valaisans les fassent systématiquement signifie peut-être que les juges sont moins complaisants. On n'a pas les moyens de savoir pourquoi les recours sont cassés. Par ailleurs, il ne voit pas dans quelle disposition un juge ne respecte pas les droits de l'Homme. Beaucoup de pays font pareil. Il pense que, du moment que la décision est prise démocratiquement d'avoir un juge, et qu'elle est soumise à un référendum possible, on respecte la démocratie. Ce n'est pas de la torture, on ne la pratique pas, ce sont des cas exceptionnels car on n'est pas dans la tête des gens. Pour lui c'est un faux débat, et s'il y a deux assesseurs cela ne fait que compliquer et alourdir la justice. Les juristes progressistes ont dit que les débats durent longtemps, mais c'est le droit qui compte. Il faut bien trancher et prendre des mesures adéquates à un moment donné. Le juge unique doit regarder si tout est respecté dans la conformité du droit suisse, qui a été voté en 2006 et appliqué à partir de 2007.

Une députée (PDC) pense qu'il n'y a pas de complaisance envers les récidivistes. Il faut éviter le malentendu. Sa crainte d'un jugement expéditif vient du fait de lire simplement la loi. Le droit permet de rattraper les éventuelles erreurs, mais c'est coûteux en argent et en souffrances, et il faut limiter les risques d'erreur. De plus, elle se dit inquiète par rapport à la formation des juges et des procureurs et redit qu'il y a des déficits.

Une commissaire (PLR) revient sur les propos tenus par un député (Ve). Il s'agit bien de cellules de rétention à l'aéroport quand des personnes doivent partir. Les enfants peuvent arriver la veille dans l'attente d'un avion le lendemain, par exemple.

Elle ne voit pas d'autre situation possible, car il est inconcevable de mettre des enfants dans des cellules de Frambois.

Un député (Ve) dit qu'il ne s'agit pas de l'aéroport.

Une commissaire (PLR) aimerait avoir cet éclaircissement.

La Présidente demande à M. Bolle de communiquer une réponse.

Une députée (PDC) remarque que l'on fait des plaidoyers depuis un moment et que cela dérape. Les exemples cités par une députée (S) se

produisent déjà maintenant, le nombre de juges ne va rien y changer, et quand il y a des soucis maintenant, les voies de recours permettent de rattraper des erreurs, mais il n'y en a pas à la pelle. Le cas du Valais est rassurant car il montre que leur tribunal n'a pas toujours gain de cause puisque ses décisions sont cassées. Elle se rappelle d'un professeur qui expliquait qu'entre Genève et le Tessin il y avait une application très différente des motifs qui peuvent servir d'expulsion. Elle rappelle que l'on n'est pas en train de refaire la LEtr, mais la LaLEtr.

Un député (MCG) dit que, lorsqu'il s'agit de la rétention administrative, ce sont juste ceux qui arrivent à l'aéroport et qui ne veulent pas collaborer ; ils sont alors dirigés sur Vallorbe, dans des centres pour ceux qui ne remplissent pas les conditions et ne veulent pas collaborer, mais pas à la Brenaz.

La Présidente met aux voix l'amendement de la députée (S) à l'art. 4 :

Lorsqu'il est compétent en matière de police des étrangers, le Tribunal administratif de première instance siège dans la composition d'un juge, qui le préside, et de deux juges assesseurs de formation juridique ou spécialisés dans le domaine du droit des étrangers.

Pour : 6 (2 S ; 3 Ve ; 1 PDC)

Contre : 8 (2 R ; 3 L ; 1 UDC ; 2 MCG)

Abst. : –

L'amendement est refusé.

Vote sur l'art. 4 (abrogé) :

Pour : 8 (2 R ; 3 L ; 1 UDC ; 2 MCG)

Contre : 6 (2 S ; 3 Ve ; 1 PDC)

Abst. : –

Vote sur l'art. 7, al. 2, d) :

Pour : 8 (2 R ; 3 L ; 1 UDC ; 2 MCG)

Contre : 5 (2 S ; 3 Ve)

Abst. : 1 (1 PDC)

Vote sur l'art. 7, al. 3 :

Pour : 8 (2 R ; 3 L ; 1 UDC ; 2 MCG)

Contre : 5 (2 S ; 3 Ve)

Abst. : 1 (1 PDC)

Vote sur l'art. 7 dans son ensemble :

Pour : 8 (2 R ; 3 L ; 1 UDC ; 2 MCG)

Contre : 5 (2 S ; 3 Ve)

Abst. : 1 (1 PDC)

Vote sur l'art. 7B, al. 1 :

Pour : 8 (2 R ; 3 L ; 1 UDC ; 2 MCG)

Contre : 5 (2 S ; 3 Ve)

Abst. : 1 (1 PDC)

Vote sur l'art. 7B, al. 2 :

Pour : 8 (2 R ; 3 L ; 1 UDC ; 2 MCG)

Contre : 5 (2 S ; 3 Ve)

Abst. : 1 (1 PDC)

Art. 7B dans son ensemble :

Pour : 8 (2 R ; 3 L ; 1 UDC ; 2 MCG)

Contre : 5 (2 S ; 3 Ve)

Abst. : 1 (1 PDC)

Article 8

La Présidente met aux voix l'amendement du Pouvoir judiciaire à **l'art. 8, al. 4** :

*⁴ S'il entend demander la prolongation de la détention en vue de renvoi ou d'expulsion, pour insoumission ou pour non collaboration à l'obtention des documents de voyage, l'office cantonal de la population doit saisir le Tribunal administratif de première instance d'une requête écrite et motivée, au plus tard **8 jours ouvrables** avant l'expiration de la détention.*

Pour : 8 (2 R ; 3 L ; 1 UDC ; 2 MCG)

Contre : 5 (2 S ; 3 Ve)

Abst. : 1 (1 PDC)

Cet amendement est accepté.

La Présidente met aux voix l'amendement du Pouvoir judiciaire à l'art. 9, al. 4 :

*⁴ Il statue dans les **8 jours ouvrables** qui suivent sa saisine sur les requêtes de prolongation de détention de l'office cantonal de la population ou sur les demandes de levée de détention faites par l'étranger. Le cas échéant, il ordonne la mise en liberté de l'étranger.*

Pour : 8 (2 R ; 3 L ; 1 UDC ; 2 MCG)

Contre : 5 (2 S ; 3 Ve)

Abst. : 1 (1 PDC)

Cet amendement est accepté.

Vote sur l'**art. 2**

Pour : 8 (2 R ; 3 L ; 1 UDC ; 2 MCG)

Contre : 3 (2 S ; 1 Ve)

Abst. : 3 (2 Ve ; 1 PDC)

Vote final sur le PL 11260

Pour : 8 (2 R ; 3 L ; 1 UDC ; 2 MCG)

Contre : 5 (2 S ; 3 Ve)

Abst. : 1 (1 PDC)

Mesdames et Messieurs les députés,

Ce projet de loi, âprement discuté, prévoit principalement la suppression des deux juges assesseurs (art. 4) permettant ainsi d'avoir plus de disponibilité et de fonctionnalité pour le TAPI et l'OCP. Vous l'aurez compris à la lecture de ce rapport, les difficultés engendrées par le manque de disponibilité des juges assesseurs existent et le rythme des audiences d'aujourd'hui est difficile à respecter.

Ce système a atteint ses limites et n'est simplement plus adapté, de par ses contraintes organisationnelles et logistiques.

En effet, Genève fait figure d'exception au niveau romand car il est le seul canton à fonctionner avec une juridiction collégiale. De plus, avant la création de la commission cantonale de recours, la commission de police des étrangers statuait sans recours. Aujourd'hui, il y a le TAPI, puis la Cour de justice, avec trois magistrats.

Il va de soi que le juge unique respectera, lors de son jugement, les droits fondamentaux tels que les règlements internationaux, les droits de l'Homme (art. 5), la Constitution et le droit fédéral.

De par cette manière d'agir, l'optimisation du fonctionnement du TAPI ne sera que positif.

L'objet de ce PL est d'apporter une réponse dans ce domaine.

Concernant le délai de 8 jours au lieu de 96 heures, le droit fédéral (art. 78, al. 4 LEtr) prévoit déjà ce laps de temps.

Avec l'augmentation du nombre de places de détention, l'OCP aurait ainsi 8 jours pour faire parvenir une demande de prolongation de détention au TAPI et ce dernier aurait également 8 jours statuer, ceci tout en restant dans un cadre légal.

8 jours ne changent rien au délai de détention, mais permettent au tribunal de s'organiser et de statuer sereinement.

Au vu des explications qui vous sont données, la Commission judiciaire et de la police vous recommande d'adopter ce projet de loi.

Projet de loi (11260)

modifiant la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers (LaLEtr) (F 2 10)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Art. 1 Modifications

La loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers, du 16 juin 1988, est
modifiée comme suit :

Art. 4 (abrogé)

Art. 7, al. 2, lettre d, et al. 3 (nouvelle teneur)

² L'officier de police est compétent pour :

- d) demander au Tribunal administratif de première instance d'ordonner la
fouille, à son domicile, d'un étranger et la saisie de ses biens (art. 70,
al. 1, de la loi fédérale; art. 9 de la loi sur l'asile) ou la perquisition d'un
appartement ou d'autres locaux (art. 70, al. 2, de la loi fédérale).

³ Le Tribunal administratif de première instance est compétent pour ordonner
la fouille, à son domicile, d'un étranger et la saisie de ses biens (art. 70, al. 1,
de la loi fédérale; art. 9 de la loi sur l'asile) ou la perquisition d'un
appartement ou d'autres locaux (art. 70, al. 2, de la loi fédérale).

Art. 7B Procédure devant le Tribunal administratif de première instance (nouvelle teneur avec modification de la note)

¹ Le Tribunal administratif de première instance est saisi par l'officier de
police d'une demande écrite et sommairement motivée en vue d'une fouille, à
son domicile, d'un étranger ou de ses biens, ou d'une perquisition d'un
appartement ou d'autres locaux.

² Il statue sans délai.

Art. 8, al. 4 (nouvelle teneur)

⁴ S'il entend demander la prolongation de la détention en vue de renvoi ou
d'expulsion, pour insoumission ou pour non collaboration à l'obtention des
documents de voyage, l'office cantonal de la population doit saisir le

Tribunal administratif de première instance d'une requête écrite et motivée, au plus tard 8 jours ouvrables avant l'expiration de la détention.

Art. 9, al. 4 (nouvelle teneur)

⁴ Il statue dans les 8 jours ouvrables qui suivent sa saisine sur les requêtes de prolongation de détention de l'office cantonal de la population ou sur les demandes de levée de détention faites par l'étranger. Le cas échéant, il ordonne la mise en liberté de l'étranger.

Art. 2 Entrée en vigueur

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

Amendements au PL11260

Art. 8, al. 4 (nouvelle teneur)

S'il entend demander la prolongation de la détention en vue de renvoi ou d'expulsion, pour insoumission ou pour non collaboration à l'obtention des documents de voyage, l'office cantonal de la population doit saisir le Tribunal administratif de première instance d'une requête écrite et motivée, au plus tard 8 jours ouvrables avant l'expiration de la détention.

Art. 9, al. 4 (nouvelle teneur)

Il statue dans les 8 jours ouvrables qui suivent sa saisine sur les requêtes de prolongation de détention de l'office cantonal de la population ou sur les demandes de levée de détention faites par l'étranger. Le cas échéant, il ordonne la mise en liberté de l'étranger.

Exposé des motifs

Les art. 8 al. 4 et 9 al. 4 LaLEtr définissent la procédure applicable aux demandes de prolongation de détention que l'office cantonal de la population (OCP) soumet au Tribunal administratif de première instance (TAPI), lorsqu'il est à prévoir que le renvoi du ressortissant étranger ne pourra être exécuté avant l'expiration de la détention en cours.

Actuellement, ces dispositions légales donnent d'une part à l'OCP la possibilité de saisir le TAPI jusqu'à 96 heures avant l'expiration de la détention, et d'autre part font obligation au TAPI de statuer dans les 96 heures suivant sa saisine. Ce dernier délai concerne d'ailleurs également les demandes de levée de détention faites par l'étranger. Dès lors que, dans la pratique, l'OCP saisit généralement le TAPI bien avant la limite de 96 heures actuellement prescrite par l'art. 8 al. 4 LaLEtr, il s'ensuit que le TAPI statue le plus souvent sur les demandes de prolongation quelques jours avant que la détention n'expire.

Le délai de 96 heures imposé au TAPI s'avère dès lors inutilement contraignant. Dans la perspective de l'augmentation cumulée du nombre de places de détention administrative en 2013 et 2014, il se justifie, dans le respect du droit fédéral, d'assouplir les art. 8 al. 4 et 9 al. 4 LaLEtr en prévoyant des délais plus longs. Une telle mesure vise à accroître la marge de manœuvre du TAPI dans l'organisation et la gestion des procédures relatives aux prolongations de détention, et ainsi à éviter un engorgement.

Le droit fédéral prévoit lui-même un délai de 8 jours ouvrables pour statuer sur les prolongations de détention lorsque celles-ci sont fondées sur l'insoumission de l'étranger (art. 78 al. 4 LEtr). En revanche, il ne fixe pas de délai pour statuer lorsque ces prolongations concernent des détentions en phase préparatoire (art. 75 LEtr) ou en vue de renvoi (art. 76 et ss LEtr). Le délai de 8 jours ouvrables prévu par l'art. 78 al. 4 LEtr susmentionné, ainsi que le délai identique imposé à l'autorité judiciaire lorsqu'elle est saisie d'une demande de levée de la détention (art. 80 al. 5 LEtr), autorisent toutefois à retenir que ce même délai est valable pour les prolongations de détentions quels que soient les fondements légaux de ces dernières.

La modification des art. 8 al. 4 et 9 al. 4 LaLEtr conduirait l'OCP, sans devoir apporter de changement sensible à sa pratique actuelle, à déposer les requêtes de prolongation de la détention au plus tard huit jours ouvrables avant l'expiration de cette dernière, en permettant parallèlement au TAPI de traiter ces procédures de manière plus rationnelle et cohérente qu'actuellement.

Date de dépôt : 3 décembre 2013

RAPPORT DE LA MINORITÉ

Rapport de M^{me} Irène Buche

Mesdames et
Messieurs les députés,

Le motif principal invoqué par le Pouvoir judiciaire pour justifier son projet de suppression des juges assesseurs en matière de police des étrangers au TAPI est un problème d'organisation. Il nous a été expliqué qu'il n'est aujourd'hui plus possible d'organiser des audiences avec des juges assesseurs en raison de l'augmentation du nombre de places de détention administrative à Genève, du doublement du nombre d'audiences pour ce motif et du rythme de travail qu'elle impose aux magistrats de cette juridiction. D'autre part, les assesseurs étant des avocats inscrits au Barreau, ils doivent souvent se désister à la dernière minute en raison d'audiences concernant leurs propres affaires. De surcroît, ils n'apporteraient pas de plus-value particulière au travail du magistrat de carrière, parce qu'ils ne sont pas des spécialistes dans leur branche, contrairement aux autres juges assesseurs siégeant au TAPI et parce que le droit applicable ne laisse place à aucun pouvoir d'appréciation.

Toute autre est la vision de M^c Canonica, bâtonnier, dans laquelle la minorité s'est parfaitement retrouvée. Il estime que la rationalisation des coûts ne doit pas être décisive lorsqu'on parle de liberté individuelle. La jurisprudence européenne prévoit que la détention doit demeurer l'exception et que la règle est la liberté. Du point de vue des avocats, la solution d'un juge unique n'est pas heureuse. L'ancien système qui prévalait à Genève était le système de la chambre d'accusation, avec trois juges, dont un magistrat de carrière et deux assesseurs et ce système convenait à tout le monde, qu'il s'agisse des magistrats, des avocats de la défense ou des avocats des victimes. L'on dit depuis les années 1950 que d'attribuer à un seul homme la responsabilité d'arrêter est une hérésie, puisque l'arrestation commande tout le reste de la procédure. Un homme qui traverse une procédure libre n'a pas le même destin judiciaire qu'un homme qui traverse une procédure en tant que détenu. Puisque les avocats ne sont pas satisfaits du TAPEM, il ne voit pas pourquoi on devrait absolument suivre un parallélisme avec le TAPI. On

banalise la détention, en raison de l'émotion que génèrent des faits divers, qui sont le fait d'une délinquance extraordinairement grave et qui ne concernent pas la population visée ici. On la banalise aussi parce que, à part les membres de la Commission des visiteurs officiels, personne ne sait ce que représente la détention. La loi que doivent appliquer les magistrats pour les arrestations laisse une place pour l'appréciation, notamment en ce qui concerne les risques de fuite et il est faux de penser qu'un magistrat unique est suffisant, parce qu'il ne devrait statuer que sur la légalité. Il est convaincu que le Bâtonnier de l'époque a eu tort de ne pas s'opposer à la création d'un juge unique au TAPEM et cite l'exemple de la France, qui est revenue à trois juges, suite à des erreurs judiciaires.

L'Association des Juristes Progressistes a aussi défendu fermement le maintien des juges assesseurs au TAPI dans le domaine du droit des étrangers, en rappelant que le Tribunal fédéral a jugé que « la détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'art. 5 CEDH (cf. ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 p. 107) et de l'art. 31 Cst., ce qui suppose en premier lieu qu'elle repose sur une base légale. Le respect de la légalité implique ainsi que la mise en détention administrative ne soit prononcée que si les motifs prévus dans la loi sont concrètement réalisés (arrêt 2C_413/2012 du 22 mai 2012 consid. 3.1). » Elle a rappelé qu'il s'agit d'une atteinte importante à un droit fondamental et que la volonté d'augmenter le nombre de places administratives implique qu'il faut augmenter les moyens et non les réduire. La suppression des juges assesseurs diminuera la qualité des jugements et l'on se dirigera vers un automatisme des procédures, une augmentation des recours, une augmentation de détentions injustifiées et une prolongation des détentions.

La minorité fait siennes les positions de l'Ordre des Avocats et de l'Association des Juristes Progressistes. Il est inacceptable de supprimer les assesseurs au TAPI en matière de droit des étrangers, et encore moins en raison d'un problème d'organisation. Il faut bien au contraire trouver les moyens de faire face à ce problème dans le respect des droits fondamentaux.

C'est dans cet esprit que le groupe socialiste a proposé un amendement, impliquant le maintien de l'article 4 et dont la teneur est la suivante :

*Lorsqu'il est compétent en matière de police des étrangers, le Tribunal administratif de première instance siège dans la composition d'un juge, qui le préside, et de deux juges assesseurs de formation juridique **ou spécialisés dans le domaine du droit des étrangers.***

Cet amendement permet à la fois de respecter les droits fondamentaux en la matière et de résoudre les problèmes d'organisation du TAPI en élargissant le cercle de recrutement des assesseurs. Le TAPI aurait ainsi la possibilité de disposer, en sus d'assesseurs de formation juridique, d'assesseurs spécialisés dans le domaine du droit des étrangers. Cet amendement, qui a été rejeté par la majorité de la commission, composée de l'UDC, du MCG et du PLR, sera redéposé en plénière

La minorité vous invite à refuser ce projet de loi, dès lors que la proposition de supprimer les juges assesseurs dans un domaine aussi sensible que le droit des étrangers est une grave erreur et que, comme l'a dit justement un commissaire PDC, l'on reviendra en arrière dans quelques années. La minorité vous invite également à accepter l'amendement proposé, seule solution admissible pour faire face au problème d'organisation soulevé par le Pouvoir judiciaire.

Amendement de la minorité

Art. 4 Autorité de recours (nouvelle teneur)

Lorsqu'il est compétent en matière de police des étrangers, le Tribunal administratif de première instance siège dans la composition d'un juge, qui le préside, et de deux juges assesseurs de formation juridique **ou spécialisés dans le domaine du droit des étrangers.**