



Avis de droit

2008.1 (S. 1-14)

Révision partielle de la loi sur l'asile – Aide d'urgence

DFJP, Office fédéral de la justice, Domaine de direction du droit public

Avis de droit du 23 février 2005

Mots clés: Droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse; aide d'urgence; minimum vital; requérant d'asile; abus de droit ; contrainte.

Stichwörter: Recht auf Hilfe in Notlagen; Nothilfe; Existenzminimum; Asylsuchende; Rechtsmissbrauch; Zwang.

Termini chiave: Diritto all'aiuto in situazioni di bisogno; aiuto in situazioni di bisogno; minimo vitale; richiedente l'asilo; abuso di diritto; coercizione.

Regeste:

1. Une exclusion intégrale et illimitée des prestations accordées au titre du droit fondamental de l'art. 12 de la Constitution fédérale, entendu comme un droit garantissant les moyens minimaux qui sont indispensables pour mener une vie conforme à la dignité humaine, serait contraire à la Constitution fédérale. Une telle exclusion, qui viserait tous les requérants, indépendamment du stade de la procédure auquel ils se trouvent, serait disproportionnée et porterait, de surcroît, atteinte à l'essence même du droit fondamental garanti par l'art. 12 de la Constitution fédérale (ch. 2.1).
2. La question de l'abus de droit ne se pose pas, dans la mesure où les éléments constitutifs de cette figure juridique ne sont pas réunis (ch. 2.2).
3. L'instrumentalisation du droit fondamental de l'art. 12 de la Constitution fédérale à des fins de contrainte est problématique du point de vue constitutionnel (ch. 2.3).
4. Le législateur fédéral, en modifiant l'art. 83 de la loi sur l'asile dans le sens proposé, contreviendrait aussi à son obligation, fixée à l'art. 35 de la Constitution fédérale, de réaliser les droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse (ch. 2.4).
5. Au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme, les modifications de l'art. 83 de la loi sur l'asile proposées ne violeraient pas a priori les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (ch. 3.1).
6. Au regard des remarques générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les modifications de l'art. 83 de la loi sur l'asile proposées risqueraient d'entrer en conflit avec l'obligation internationale d'assurer la garantie de moyens d'existence minimaux, qui constituent le noyau intangible des droits inscrits notamment à l'art. 11 de ce Pacte (ch. 3.2).

Regeste:

1. Es wäre bundesverfassungswidrig, jemanden vollständig und unbegrenzt von Leistungen auszuschliessen, die gestützt auf das Grundrecht nach Artikel 12 der Bundesverfassung

gewährt werden; dieses Recht garantiert das Minimum an Mitteln, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Ein solcher Ausschluss, der alle Asylsuchenden, unabhängig vom Stand des Verfahrens, betreffen würde, wäre unverhältnismässig und würde zudem das von Artikel 12 der Bundesverfassung garantierte Grundrecht verletzen (Ziff. 2.1).

2. Die Frage nach dem Rechtsmissbrauch stellt sich insoweit nicht, als die konstitutiven Elemente dieser Rechtsfigur nicht vorliegen. (Ziff. 2.2).
3. Die Instrumentalisierung des Grundrechts nach Artikel 12 der Bundesverfassung zur Ausübung von Zwang ist unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch (Ziff. 2.3).
4. Mit der beabsichtigten Änderung von Artikel 83 des Asylgesetzes würde der Bundesgesetzgeber zudem seiner Verpflichtung nach Artikel 35 der Bundesverfassung, die Grundrechte in der ganzen schweizerischen Rechtsordnung zur Geltung kommen zu lassen, zuwiderhandeln (Ziff. 2.4).
5. Mit Blick auf die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte würde die vorgesehene Änderung von Artikel 83 des Asylgesetzes nicht a priori gegen die von der Europäischen Menschenrechtskonvention garantierten Grundrechte verstossen (Ziff. 3.1).
6. Gemäss den allgemeinen Bemerkungen, die der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte mit Bezug auf den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte gemacht hat, könnten die geplanten Änderungen von Artikel 83 des Asylgesetzes in Widerspruch geraten zur internationalen Verpflichtung, die für das Existenzminimum notwendigen Mittel zu garantieren, die den Kerngehalt der Rechte bilden, die namentlich in Artikel 11 des Paktes festgeschrieben sind (Ziff. 3.2).

Regesto:

1. Un'esclusione integrale e illimitata delle prestazioni concesse a titolo di diritto fondamentale di cui all'art. 12 Cost., nel senso di diritto che garantisce i mezzi minimi indispensabili per un'esistenza dignitosa, è contraria alla Costituzione federale. Una tale esclusione applicabile a tutti i richiedenti, indipendentemente dallo stadio della loro procedura, sarebbe sproporzionata e violerebbe per di più l'essenza stessa del diritto fondamentale garantito dall'art. 12 Cost. (numero 2.1).
2. La questione dell'abuso di diritto non si pone, poiché non sono soddisfatti tutti gli elementi di questa fattispecie (numero 2.2).
3. La strumentalizzazione del diritto fondamentale di cui all'art. 12 Cost. a fini di coercizione è problematica dal punto di vista costituzionale (numero 2.3).
4. Anche il legislatore federale, modificando l'art. 83 della legge sull'asilo nel senso proposto, violerebbe il suo obbligo, sancito nell'art. 35 della Costituzione federale, di attuare i diritti fondamentali nell'intero ordinamento giuridico svizzero (numero 2.4).
5. Considerata la giurisprudenza attuale della Corte europea dei diritti dell'uomo, le modifiche dell'art. 83 della legge sull'asilo proposte non violerebbero a priori i diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (numero 3.1).
6. Considerate le osservazioni generali del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali in merito al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, le modifiche dell'art. 83 della legge sull'asilo proposte entrerebbero in conflitto con l'obbligo internazionale di garantire i mezzi indispensabili per un'esistenza dignitosa che costituiscono il nucleo intangibile dei diritti sanciti segnatamente nell'art. 11 del Patto (numero 3.2).

Rechtliche Grundlagen:

Art. 13 und 35 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

Art. 3 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101)

Art. 11 Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1)

Art. 83 Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31)

Base juridique:

Art. 13 et 35 de la Constitution fédérale de Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101)

Art. 3 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH; RS 0.101)

Art. 11 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1)

Art. 83 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi; RS 142.31)

Base giuridico:

Art. 13 e 35 Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101)

Art. 3 Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguarda dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU; RS 0.101)

Art. 11 patto internazionale del 16 dicembre 1966 relativo ai diritti economici, sociali e culturali (RS 0.103.1)

Art. 83 legge sull'asilo del 26 giugno 1998 (LAsi; RS 142.31)

L'Office fédéral de la justice a été invité à évaluer, au regard du droit constitutionnel et du droit international applicable en Suisse, une proposition de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-E), selon laquelle les cantons sont autorisés à exclure de l'aide d'urgence les requérants d'asile qui refusent de coopérer avec les autorités¹.

1. Contexte juridique

1.1 Droit actuel²

Depuis l'entrée en vigueur du programme d'allégement budgétaire 2003, le régime de l'assistance aux demandeurs d'asile a été partiellement réaménagé³. Ainsi, selon le nouvel art. 44a de la loi sur l'asile⁴, les personnes dont la demande d'asile a fait l'objet, en vertu des art. 32 à 34, d'une décision de non-entrée en matière passée en force et d'une décision de renvoi exécutoire sont soumises aux dispositions de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers⁵. De ce fait, elles n'émargent plus au régime de l'assistance défini aux art. 80 et ss de la LAsi⁶, mais aux régimes définis par le droit cantonal. Les cantons sont néanmoins tenus par leur obligation constitutionnelle de garantir le minimum vital, en assurant à ces personnes des prestations minimales d'aide d'urgence⁷. Pour ces prestations, les cantons perçoivent une indemnité forfaitaire en vertu de l'art. 14f, al. 2, let. a, LSEE.

1.2 Projets du Conseil fédéral portant révision partielle de la LAsi

Le Conseil fédéral a saisi le Parlement de différentes propositions de modification des dispositions de la LAsi en matière d'assistance. Alors que la première série de mesures proposées porte principalement sur le mode de financement⁸, la seconde,

** Certaines notes ont été insérées ou complétées, en janvier 2008, aux fins notamment de signaler des modifications de la législation, intervenues après l'établissement de l'avis de droit. Elles figurent en italique.*

¹ Un recours de droit public à l'encontre d'une décision cantonale excluant de l'aide d'urgence un requérant d'asile débouté et contraint de quitter le territoire suisse est actuellement pendant devant le Tribunal fédéral. *L'arrêt en question a été rendu le 18 mars 2005 (ATF 131 I 166).*

² *Il s'agit du droit qui était en vigueur au moment de l'établissement de l'avis de droit, soit en février 2005.*

³ Voir la loi fédérale, du 19 décembre 2003, sur le programme d'allégement budgétaire 2003, RO 2004 1633, 1634; message du 2 juillet 2003, FF 2003 5091 et ss.

⁴ LAsi; RS 142.31 ; RO 2004 1633 ; *cette disposition a, depuis lors, été abrogée par la révision, du 16 décembre 2005, de la loi sur l'asile.*

⁵ LSEE; *voir notamment RO 1949 225. Cette loi a été abrogée par la nouvelle loi sur les étrangers (RS 142.20), entrée en vigueur le 1 janvier 2008.*

⁶ *La révision, du 16 décembre 2005, de la LAsi a substitué au terme d'assistance ceux d' « aide sociale et d'aide d'urgence », RO 2006 4745.*

⁷ Message du 2 juillet 2003, FF 2003 5237.

⁸ Message concernant la modification de la loi sur l'asile, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 4 septembre 2002, FF 2002 6359 et ss. C'est aussi dans ce cadre que le Conseil fédéral propose de remplacer la notion d'assistance (Fürsorge) par celle d'aide sociale (Sozialhilfe), terminologie que nous adoptons dans la suite de notre avis.

du 25 août 2004, propose d'habiliter les cantons à exclure du régime de l'aide sociale (*Sozialhilfe*) toutes les personnes frappées d'une décision de renvoi exécutoire auxquelles un délai de départ a été imparti (projet d'art. 82, al. 1, LAsi). Cette modification implique que non seulement les personnes frappées d'une décision de non-entrée en matière, mais aussi celles dont la demande d'asile a été rejetée sur le fond et qui sont contraintes de partir (un délai de départ leur ayant été fixé), sont susceptibles d'être exclues de l'aide sociale. Les propositions du Conseil fédéral ne remettent néanmoins pas en question l'octroi, par les cantons, de l'aide d'*urgence* (*Nothilfe*). Le commentaire précise, en outre, que les personnes frappées d'une décision de renvoi exécutoire sans qu'un délai de départ ne leur soit fixé ne tombent pas sous le coup du régime d'exclusion proposé⁹.

1.3 Proposition de la CIP-E

Dans le cadre de ses délibérations sur la révision partielle de la LAsi, la CIP-E a adopté, dans sa séance du 3 février 2005, la proposition d'amendement suivante (changements marqués en gras):

Art. 83 Einschränkungen der Fürsorgeleistungen **und der Nothilfe**

Die zuständigen Stellen können Fürsorgeleistungen **oder die Nothilfe** ganz oder teilweise ablehnen, kürzen oder entziehen, wenn die begünstigte Person:

- d. es offensichtlich unterlässt, ihre Lage zu verbessern, namentlich wenn sie eine ihr zugewiesene zumutbare Arbeit oder Unterkunft nicht annimmt **oder nach rechtskräftig verfügter Wegweisung nicht ausreist, obwohl der Vollzug der Wegweisung zulässig, zumutbar und möglich ist;**
- f. die Fürsorgeleistungen **oder Nothilfe** missbräuchlich verwendet;
- g. sich trotz der Androhung des Entzuges von Fürsorgeleistungen **oder der Nothilfe** nicht an die Anordnung der zuständigen Stelle hält ;
- h. **seine Mitwirkungspflicht nach Artikel 8 verletzt.**

Cette proposition se distingue à deux égards de la proposition du Conseil fédéral d'août 2004: d'une part, elle définit des conditions d'exclusion ou de réduction non seulement de l'aide sociale mais aussi de l'aide d'*urgence* (cf. titre, phrase liminaire et adaptation terminologique des let. f et g de l'art. 83) ; d'autre part, elle vise, sous réserve de la let. d, *tous* les requérants d'asile, indépendamment du stade de la procédure auquel ils se trouvent, et non plus seulement ceux frappés d'une décision de renvoi exécutoire et contraints de partir. En d'autres termes, les requérants dont le comportement correspond à l'un de ceux énumérés aux lettres a à c et e à h sont susceptibles d'être privés ou de subir des réductions aussi bien des prestations de l'aide d'*urgence* que de celles de l'aide sociale – risque qu'ils encourent, selon le droit actuel, déjà pour l'aide sociale, sans toutefois perdre leur droit à l'aide d'*urgence* –, alors même que la procédure les concernant est encore pendante. Le système proposé aggrave donc doublement le régime d'aide de la LAsi: quant à l'intensité des mesures, d'une part, quant au nombre des personnes susceptibles d'en faire l'objet, d'autre part. En l'absence d'explications de ce double changement, nous ne sommes pas en mesure de dire si telle est bien l'intention de la CIP-E. Par ailleurs, la notion même de coopération n'est pas claire pour nous: dans son courriel, l'Office fédéral des migrations parle globalement de «personnes qui refusent de coo-

⁹ Commentaire de la proposition no 16, p. 3, accessible à l'adresse électronique suivante: <http://www.bfm.admin.ch/index.php?id=291&L=1>.

pérer avec les autorités», sans que l'on puisse savoir s'il s'agit d'une notion de coopération au sens large (tous les comportements énumérés aux lettres a à g étant tenus pour des aspects de la coopération) ou au sens étroit de la nouvelle lettre h proposée. Ce point devra être éclairci pour que la portée des changements introduits puisse être évaluée correctement.

L'art. 83 proposé soulève encore un autre problème. Quelle serait la portée d'une législation fédérale habilitant les cantons à ne pas respecter le droit fondamental à l'aide d'urgence, quand ce droit fondamental est aussi garanti dans les constitutions de certains d'entre eux (cf. notamment BE, FR, BL, SH, AR, SG, TI, VD, NE). Or, comme on le sait, les cantons peuvent aller plus loin que le droit fédéral en ce qui concerne la garantie de droits fondamentaux. Ainsi, dans les cantons où de telles garanties existent, l'art. 83 LAsi (version CIP-E) pourrait bien ne déployer aucun effet et un des buts de cette disposition, qui est de faire pression sur les requérants pour obtenir leur coopération, ne pourrait jamais être atteint dans ces cantons.

2. Droit constitutionnel

2.1 L'art. 12 de la Constitution fédérale¹⁰

2.1.1 L'art. 12 consacre le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse¹¹. De par sa formulation, sa place dans le texte constitutionnel et sa genèse, il consacre un droit fondamental, que le Tribunal fédéral avait déjà reconnu comme droit constitutionnel non écrit¹². Lors des travaux parlementaires sur la révision de la Constitution fédérale, la reconnaissance *explicite* de ce droit a été discutée de manière relativement détaillée tant au plenum qu'en commission. Par rapport à la version proposée par le Conseil fédéral, le Parlement a changé le titre, remplacé, dans la version française, la notion de besoin par celle de détresse (Not) et souligné la

¹⁰ Cst.; RS 101.

¹¹ Son libellé est le suivant:

Art. 12 Droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse

Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine.

¹² ATF 121 I 367, cons. 2, p. 370-374; 122 I 101, cons. 2b, p. 104. Il est aussi remarquable de constater que le Tribunal fédéral avait, sur cette question, une jurisprudence remontant au début du XXème siècle: dans un arrêt de 1914, ce Tribunal, sans aborder la question sous l'angle formel de l'existence d'un droit fondamental mais sous celui des obligations intercantionales en matière d'assistance aux étrangers indigents de passage, écrivait déjà: «Allein begrifflich handelt es sich in diesen Regelfällen, gleich wie bei den Ausnahmen vorliegender Art, oder wenn der mittellose Ausländer sich nur vorübergehend in der Schweiz aufhält und während dieses Aufenthaltes erkrankt, nicht sowohl um eine völkerrechtlich oder bundesstaatsrechtlich begründete, als vielmehr um die dem modernen Staate sich selbst gegenüber bestehende, unmittelbar aus der eigenen Zweckbestimmung entspringende Pflicht, die auf seinem Gebiete befindlichen Personen überhaupt, ohne Rücksicht auf ihr rechtliches Verhältnis zu ihm, nötigenfalls vor dem physischen Verderben zu bewahren», ATF 40 I 409, cons. 2, p. 416; voir aussi un arrêt de 1925 :«... l'obligation d'assistance envers les étrangers doit être envisagée non seulement comme un devoir d'humanité, mais également comme un devoir inhérent aux fonctions de l'Etat, une de ses tâches consistant en effet à assurer le maintien de l'ordre et partant à empêcher tout ce qui pourrait venir le troubler...», ATF 51 I 325, cons. 2, p. 328.

nature subsidiaire, eu égard à la responsabilité personnelle, de ce droit¹³. Les raisons de ce changement traduisent le souci de reproduire le plus fidèlement possible la jurisprudence du Tribunal fédéral et d'assurer une exacte correspondance entre le droit non écrit et son inscription dans la Constitution fédérale. En particulier, il s'est agi de bien marquer la différence entre le droit à des prestations minimales en situation de détresse de notions plus larges, issues du droit cantonal ou fédéral, telles que celles de l'aide sociale, du minimum vital, de l'assistance au sens de la LAsi, voire de la garantie d'un revenu minimal¹⁴. Dès lors nous constatons que les modifications introduites dans le texte par le constituant n'ont pas pour but de restreindre la portée du droit reconnu par le Tribunal fédéral - ce qui constituerait un retour en arrière - mais, conformément au concept de mise à jour (Nachführung), d'exprimer le droit existant. Dans la suite de notre analyse, la jurisprudence du Tribunal fédéral antérieure à l'entrée en vigueur de l'art. 12 Cst. reste donc déterminante pour apprécier les différentes composantes de ce droit fondamental que sont ses destinataires, ses titulaires, son contenu (ou domaine protégé) et ses limitations possibles.

2.1.2 Quant aux destinataires de la norme, aussi bien la *Confédération* que les *cantons* sont tenus de respecter et de mettre en œuvre ce droit fondamental¹⁵. L'inscription de celui-ci dans la Constitution fédérale ne modifie en rien le partage constitutionnel des compétences¹⁶.

2.1.3 Est titulaire de ce droit *toute* personne physique, indépendamment de sa nationalité, du caractère légal ou illégal de sa présence en Suisse¹⁷ ou encore de l'origine fautive ou non de sa situation de détresse. Il est important de rappeler, dans ce contexte, que les commissions constituantes ont été amenées à discuter, voire à voter, des propositions individuelles qui voulaient subordonner ce droit fondamental à l'absence de faute de son titulaire¹⁸. Ces propositions ont été expressément écartées par les commissions et n'ont pas été reprises en plenum¹⁹.

2.1.4 Le contenu de l'art. 12, ou son domaine protégé, a été largement discuté lors des travaux parlementaires. Il a été clairement souligné que ce nouveau droit fondamental, conformément au langage même du Tribunal fédéral, ne fait que garantir des prestations minimales, *indispensables au maintien d'une existence décente, préve-*

¹³ Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, 599. Selon le projet du Conseil fédéral, la disposition avait la teneur suivante :

Art. 10 Droit à des conditions minimales d'existence

Quiconque est dans le besoin a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens sans lesquels il ne peut mener une existence conforme à la dignité humaine.

¹⁴ Voir notamment le tiré à part du B.O. CE, p. 40-41 (intervention de M. H. Inderkum); CN, p. 184 (intervention de M. F. Pelli), p. 185 (intervention de Mme D. Vallender), p. 186 (intervention de M. U. Schlüer), p. 188-189 (intervention du Conseiller fédéral A. Koller).

¹⁵ Voir notamment le message du 20 novembre 1996, FF 1997 I 139. Voir aussi, ci-après, chiffre 2.4.

¹⁶ Voir tiré à part du B.O. CN, p. 184 (intervention de M. F. Pelli) et p. 185 (intervention de Mme D. Vallender). Voir aussi Margrith Biggler-Eggenberger, in *St.Galler Kommentar*, B. Ehrenzeller et al., Zurich 2002, Art. 12, no 9, p. 182.

¹⁷ ATF 121 I 367, cons. 2d, p. 374; 122 II 193, cons. 2b, p. 197.

¹⁸ Procès-verbal de la Commission constituante du Conseil des Etats, version électronique sur CD-Rom, p. 3864, 3867; procès-verbal de la Commission constituante du Conseil national, version électronique sur CD-Rom, p. 379. Voir aussi, parmi de nombreux autres auteurs, Margrith Biggler-Eggenberger, op. cit., Art. 12, nos 8 et 10, p. 182.

¹⁹ Voir tiré à part du B.O. CN, p. 187 (intervention de Mme V. Hubmann).

*nant de cette façon un état de mendicité qui serait indigne de la condition humaine*²⁰. En d'autres termes, il s'agit d'une *aide d'urgence (Hilfe in Notlage)*, comme la qualifie encore le Tribunal fédéral²¹. Au-delà de ce caractère d'urgence, la Constitution souligne expressément la nature subsidiaire de ce droit. Il s'agit d'un droit assurant une protection de dernier recours, lorsque toute autre forme d'aide, à commencer par les efforts incombant à la personne même qui est dans la détresse, font défaut («Auf-fangnetz»)²². Ainsi, mis à part le caractère minimal et subsidiaire des prestations dues au titre de l'art. 12, la Constitution fédérale ne détermine ni le genre de prestations (en nature ou en espèce), ni leur volume, ni les conditions auxquelles elles sont versées. Il appartient aux collectivités compétentes de fixer, dans leur législation, le régime des prestations à fournir²³. Dans un arrêt où il avait à connaître de la légalité de la détention en vue de refoulement d'un requérant débouté, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de dire que le droit à l'aide d'urgence au sens de l'art. 12 Cst. pouvait aussi être rempli dans le cadre d'une détention administrative²⁴. Cette analyse du Tribunal fédéral souligne, à notre avis, le caractère incontournable du droit fondamental. En quelque sorte, seul le résultat compte : il faut que, dans le cas concret, l'Etat s'assure que les circonstances dans lesquelles vit la personne concernée soient conformes à la condition humaine.

2.1.5 Il reste à examiner la question des limites dans lesquelles est garanti le droit de l'art. 12 Cst. Pour le Tribunal fédéral, ce droit peut être limité conformément aux exigences de l'art. 36 Cst., qui définit le régime des restrictions des droits fondamentaux²⁵. Selon cette disposition, un droit fondamental peut être limité si la restriction se fonde sur une base légale – formelle lorsque la restriction est grave –, si elle est justifiée par un intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui, si elle est proportionnée au but visé et si elle ne viole pas l'essence (ou noyau intangible) du droit fondamental en cause.

²⁰ ATF 121 I 367, cons. 2c, p. 373; voir aussi tiré à part du B.O. CN, p. 184 (intervention de M. F. Pelli).

²¹ ATF 121 I 367, cons. 2c, p. 373; voir aussi tiré à part du B.O. CN, p. 187 (intervention du Conseiller fédéral A. Koller).

²² Voir tiré à part du B.O. CN, p. 188 (intervention du Conseiller fédéral A. Koller). Voir aussi, parmi de nombreux autres auteurs, Margrith Biggler-Eggenberger, op. cit., Art. 12, no 12, p. 182.

²³ ATF 121 I 367, cons. 2c, p. 373 : «Es ist in erster Linie Sache des zuständigen Gemeinwesens, auf Grundlage seiner Gesetzgebung über Art und Umfang der im konkreten Fall gebotenen Leistungen zu bestimmen ... Lediglich dann, wenn das einfache Gesetzesrecht im Ergebnis dem verfassung-srechtlichen Minimalanspruch nicht zu genügen vermag, ist unmittelbar darauf (das Grundrecht auf Existenzsicherung) abzustellen».

²⁴ ATF 130 II 377, cons. 3.3.3.2, p. 387.

²⁵ ATF 122 II 193, cons. 2c, p. 197 s. Cette question des limites fait l'objet d'une controverse dogmatique, dans la mesure où une partie de la doctrine considère que certains droits fondamentaux, tels la dignité humaine, le principe d'égalité, l'interdiction de l'arbitraire, le droit à un enseignement de base ou, comme ici, le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse, ne sont pas soumis au régime ordinaire de l'art. 36, mais obéissent à des règles qui leur sont propres. Voir, sur cette question, Pascal Mahon, in J.F. Aubert / P. Mahon, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale* du 18 avril 1999, Zurich 2003, Art. 12, no 5, p. 120, et la doctrine citée dans la note 12. Mais, comme nous le verrons, cette controverse n'a point de portée pratique car, en fin de compte, la question de savoir si une personne peut se voir privée entièrement ou partiellement du droit à l'aide d'urgence peut aussi se résoudre au regard du principe de la proportionnalité ou de la protection incompressible du noyau intangible des droits fondamentaux. On aboutit donc à une application, du moins par analogie, du régime traditionnel des restrictions.

L'examen de la première exigence, l'existence d'une *base légale*, peut être laissé de côté ici, puisque c'est précisément dans la perspective de la création d'une telle base (projet d'art. 83 LAsi) que se pose la question de la conformité au droit supérieur.

La deuxième exigence, la justification - en l'occurrence - au nom d'un *intérêt public*, est essentiellement une question politique qu'il appartient au législateur fédéral de trancher. En effet, l'évaluation des différents intérêts politiques en jeu et, en particulier, la pesée entre les risques inhérents à la mesure envisagée et les avantages escomptés, est une décision éminemment politique, qui ne peut pas être envisagée sous le seul angle juridique. Néanmoins, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de dire, dans une affaire où il devait juger de la légalité d'un retrait intégral et illimité de toute aide sociale au sens des art. 80 et ss de la LAsi, qu'une telle mesure pouvait aller à fin contraire d'un intérêt public bien compris, puisqu'elle pouvait conduire, avec beaucoup de vraisemblance, la personne concernée à commettre des actes criminels afin de subvenir à son entretien²⁶. La mesure envisagée pourrait aussi avoir pour effet d'augmenter le nombre des personnes disparaissant dans la clandestinité, effet qu'on ne saurait tenir pour conforme à l'intérêt public, puisque le renvoi de ces personnes deviendrait beaucoup plus difficile, voire impossible à exécuter²⁷.

La troisième exigence, la *proportionnalité de la mesure*, c'est-à-dire savoir si la mesure est adéquate, nécessaire et proportionnée à l'atteinte subie dans le cas concret, est difficile à apprécier de manière abstraite, tant les circonstances du cas d'espèce sont déterminantes. Dans l'affaire que nous avons rappelée ci-dessus, le Tribunal fédéral a jugé disproportionné le retrait *intégral et illimité* des prestations d'aide sociale, jugeant qu'une telle mesure constituait une atteinte extrêmement grave au droit fondamental à des conditions minimales d'existence. Une telle mesure, a-t-il ajouté, ne pouvait entrer en ligne de compte - à la rigueur - que dans des cas absolument exceptionnels. Sur la nature de ces cas, le Tribunal fédéral ne s'est toutefois pas exprimé²⁸. Dans ce même arrêt, il s'est aussi prononcé sur la question de la *réduction* des prestations et a déclaré, à ce propos: «Es muss zulässig sein, ein Verschulden des Leistungsansprechers oder eine mangelnde Kooperation mit den Behörden bei der Bemessung der Unterstützung zu berücksichtigen...»²⁹. Il a ensuite cité des exemples possibles, telles la diminution de l'argent de poche ou la réduction de prestations qui ne sont pas en rapport direct avec les nécessités physiques («... oder allenfalls anderer, über das physische Existenzminimum hinausgehender Leistungen ...»). Il a encore précisé que ces mesures devaient en principe être limitées dans le temps³⁰. Au regard de cette jurisprudence, il y a lieu de penser qu'une modification du type de prestation (prestation en nature plutôt qu'en espèce), de leur modalité d'octroi (fourniture à un endroit déterminé), voire une diminution des prestations pécuniaires, *quand celles-ci dépassent les montants nécessaires pour subvenir à un entretien digne de la condition humaine*, seraient vraisemblablement tenues pour proportionnées. En revanche, une réduction qui aurait pour effet d'abaisser les prestations au-dessous d'un seuil limite, où il n'est plus possible de mener une existence conforme à la condition humaine, ne serait plus proportionnée. Tout dépend donc de

²⁶ ATF 122 II 193, cons. 3cc, p. 201.

²⁷ Voir aussi, sur le rapport entre l'intérêt public que poursuit la mesure proposée et le moyen utilisé, ci-après, chiffre 2.3.

²⁸ ATF 122 II 193, cons. 3b, p. 201; voir aussi ATF 121 I 367, cons. 3a, p. 375, où le Tribunal soulignait la faculté de moduler les prestations en fonction des circonstances, mais non pas de les refuser intégralement.

²⁹ ATF 122 II 193, cons. 3a, p. 199.

³⁰ ATF 122 II 193, cons. 3, p. 200.

la manière dont les cantons ont aménagé leur aide d'urgence. Si celle-ci coïncide exactement avec le droit minimal protégé par l'art. 12 Cst., il n'y a plus de place pour pratiquer des réductions. En revanche si leur système est plus généreux et accorde des prestations qui vont au-delà de ce minimum nécessaire pour mener une vie conforme à la dignité humaine, des réductions de l'aide d'urgence peuvent être opérées.

Enfin la quatrième exigence, le *respect de l'essence* même du droit fondamental, a donné lieu à des déclarations relativement claires du Tribunal fédéral, sans qu'il en tire toutefois des arguments à eux seuls déterminants pour emporter la décision. Dans l'arrêt déjà mentionné, il a été amené à se demander si la privation de toute prestation à titre de sanction à l'égard d'un requérant d'asile récalcitrant n'était pas de nature à constituer une atteinte à l'essence même du droit fondamental. Or il a pu laisser cette question ouverte, considérant, comme on l'a vu, que la mesure attaquée violait déjà le principe de la proportionnalité³¹. Dans un arrêt ultérieur, il a été amené à déclarer que, *dans la mesure où le droit à l'aide d'urgence ne couvrait qu'une «aide à la survie», le domaine protégé par ce droit et son noyau intangible coïncidaient*. Ce passage important mérite d'être cité intégralement ici: «Diese Beschränkung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf ein Minimum im Sinne einer «Ueberlebenshilfe» (AB 1998 S 39) bedeutet, dass Schutzbereich und Kerngehalte zusammenfallen (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 178). Durch das ausdrückliche Erwähnen des Subsidiaritätsprinzips hat der Verfassungsgeber somit (bereits) den Anspruch als solchen relativiert (AB 1998 N 690)»³². Comme le montre ici le Tribunal fédéral, le domaine protégé par le droit fondamental de l'art. 12 est tellement restreint de par la Constitution même (caractère minimal et subsidiaire des prestations) qu'il ne reste plus guère de substance susceptible de faire l'objet de restrictions, au risque sinon de porter atteinte à son noyau intangible. Si donc l'aide d'urgence accordée dans un canton ne fait que mettre en oeuvre ce minimum vital, aucune restriction, qu'il s'agisse d'une exclusion ou d'une réduction de l'aide, ne sera plus possible. Nous ajouterons que, sur cette question de l'intangibilité du droit fondamental à l'aide d'urgence, la doctrine estime de manière quasi unanime que la privation totale de prestations d'aide d'urgence constituerait une atteinte à l'essence même de ce droit fondamental³³.

2.1.6 Au vu de ce qui précède, nous pensons qu'il y a des raisons d'admettre que l'art. 83 LAsi proposé par la CIP-E, en permettant l'exclusion des prestations d'urgence ou une réduction qui ne permettrait plus de garantir un niveau de vie conforme à la condition humaine, introduirait une restriction disproportionnée et contraire à l'essence même du droit fondamental. ...

³¹ ATF 122 II 193, cons. 3a, p. 199, et cons. 3b, p. 200-201.

³² ATF 130 I 71, cons. 4.1, p. 75.

³³ Parmi d'autres: Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, La réglementation des décisions de non-entrée en matière dans le domaine du droit d'asile – Aspects constitutionnels, PJA 11/2004, p. 1348 ss; Pascal Mahon, op. cit., Art. 12, no 5, p. 120; René Rhinow, Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Bâle 2003, no 1103, p. 201, no 3099, p. 544; Margrith Biggler-Eggenberger, op. cit., Art. 12, no 27, p. 186; Markus Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechten, Berne 2001, p. 348 ss; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3^{ème} édition, Berne 1999, p. 178-179.

2.2 La question de l'abus de droit

La question s'est posée de savoir si un requérant, qui refuse de coopérer, notamment à l'exécution de son renvoi, et prolonge de ce seul fait sa présence en Suisse commet un abus de droit. Selon les termes mêmes du Tribunal fédéral, il y a abus de droit notamment lorsqu'une institution juridique est utilisée à l'encontre de son but pour réaliser des intérêts que cette institution juridique ne veut pas protéger³⁴. Appliqué au droit à l'aide d'urgence garanti par l'art. 12 Cst., cela impliquerait qu'une personne recourrait à cette institution dans un autre but que celui d'obtenir les moyens qui lui sont indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine. Or les requérants qui demandent l'aide d'urgence et qui n'ont pas de ressources propres requièrent bien cette aide pour survivre et non pas dans un autre but. Certes leur intention est peut-être de pouvoir rester en Suisse, mais entre ce but de vie et le fait qu'ils recourent à l'aide d'urgence, il n'y a pas de lien de causalité ou, du moins, de comportement qui serait abusif au regard de l'exercice qu'ils font de l'aide d'urgence³⁵. Une autre question est celle d'une personne qui demande (ou bénéficie déjà) de prestations au titre de l'aide d'urgence, alors qu'elle dispose ou pourrait disposer de ressources propres. Dans une telle hypothèse, la personne ne remplit tout simplement pas les conditions déterminantes pour tomber dans le domaine protégé de l'art. 12 Cst.³⁶.

Rappelons aussi que la reconnaissance d'un abus de droit est subordonnée à des conditions très strictes et d'autant plus strictes qu'il s'agit de dénier à quelqu'un l'exercice d'un droit fondamental. Invoqué dans ce contexte, l'argument de l'abus de droit n'est pas très éloigné de la figure de la déchéance (*Verwirkung*) d'un droit fondamental. Or, à la différence du droit allemand, le droit constitutionnel suisse ne connaît pas ce cas de figure. A notre avis, pour pouvoir user, dans le domaine des droits fondamentaux, de l'argument de l'abus de droit au sens où le prévoit la loi fondamentale allemande (cf. art. 18 Grundgesetz), il faudrait que cela soit expressément prévu dans la Constitution³⁷.

2.3 La question de l'utilisation du régime de l'aide d'urgence à des fins de contrainte

Le projet d'art. 83 LAsi permet, rappelons-le, d'exclure ou de réduire notamment l'aide d'urgence – indépendamment du stade de la procédure auquel se trouve le requérant³⁸ – pour défaut de coopération entendue au sens large. La finalité de cette mesure est vraisemblablement de contraindre la personne en cause à coopérer et à se conformer aux exigences légales. Elle n'a, en revanche, pas pour but d'obtenir que la personne se réinsère dans l'ordre économique et social, notamment en re-

³⁴ ATF 121 I 367, cons. 3b, p. 375, et les références citées.

³⁵ Voir, sur cette question de l'abus de droit en relation avec l'octroi de l'aide d'urgence, ATF 121 I 367, cons. 3a, p. 374-378. Voir Markus Schefer, op. cit., p. 348 et ss.

³⁶ ATF 130 I 71, cons. 4, p. 75-76; voir aussi Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, La réglementation des décisions de non-entrée en matière dans le domaine du droit d'asile – Aspects constitutionnels, loc. cit., p. 1353 et les références à la doctrine.

³⁷ Sur la question de l'abus de droit en relation avec les droits fondamentaux, voir Markus Schefer, op. cit. p. 377ss.

³⁸ Sous réserve du cas de la let. d.

trouvant un travail, et puisse, de ce fait, subvenir elle-même à son entretien³⁹. Elle ne poursuit donc pas un but en rapport avec le droit fondamental protégé, mais un but étranger à ce droit, à savoir obtenir un changement de comportement sous l'effet de la pression et de la peur de tomber dans la détresse matérielle. Il y a là, en quelque sorte, une instrumentalisation du régime de l'aide d'urgence à des fins de contrainte.

...

Il faut relever, à cet égard, que le système actuellement en vigueur s'est bien gardé de permettre l'exclusion de l'aide d'urgence. Il prévoit certes des cas de réduction, voire de suppression totale, de l'aide sociale, partant du principe qu'il subsiste toujours le recours possible à l'aide d'urgence⁴⁰. La proposition de la CIP-E change totalement cette perspective.

2.4 L'art. 35 Cst.

Aux termes de l'art. 35, al. 1 et 2, Cst., les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique et les autorités sont tenues de contribuer à leur réalisation. Ces principes rappellent que le système des droits fondamentaux est, à l'égal du fédéralisme, de la démocratie et de la séparation des pouvoirs, un des principes fondateurs de l'ordre juridique suisse⁴¹. Le législateur fédéral est aussi lié par ces dispositions. Il lui incombe donc non seulement de s'abstenir de porter atteinte aux droits fondamentaux, mais il doit contribuer à leur réalisation. Aussi une législation fédérale qui inviterait les autorités cantonales à ignorer un droit fondamental, comme le fait le projet d'art. 83 LAsi, ne violerait pas seulement l'art. 12 Cst. mais contreviendrait aussi directement aux obligations constitutionnelles définies à l'art. 35 Cst.

3. Droit international

3.1 Die Europäische Menschenrechtskonvention⁴²

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist spärlich, zu spärlich für eine verbindliche Aussage. Es ist indes unverkennbar, dass die Verweigerung der Nothilfe im Sinne der Verfassungsbestimmung durchaus zu Konstellationen führen kann, die im Lichte von Art. 3 EMRK heikel sind.

Im Vordergrund steht das Urteil im Fall Z. et al. gegen Vereinigtes Königreich (Grosse Kammer) vom 10. Mai 2001 (CEDH 2001-V, S. 1 ff.). Darin geht es um positive Verpflichtungen, die daraus resultieren, dass die lokalen Sozialhilfebehörden nicht gehandelt haben, obwohl sie wussten, dass Kinder von ihren Eltern misshandelt wurden und in einem Zustand schwerster Vernachlässigung leben mussten («Le traitement [dont ont souffert les quatre enfants requérants] fut porté à l'attention de l'autorité locale dès le mois d'octobre 1987. Celle-ci avait l'obligation légale de

³⁹ Sur le but poursuivi par le droit fondamental de l'art. 12, voir aussi Margrith Biggler-Eggenberger, op. cit., Art. 12, no 11, p. 182.

⁴⁰ Voir le message du 2 juillet 2003 à l'appui du programme d'allégement 2003 du budget de la Confédération, FF 2003 5168, 5234.

⁴¹ Message du 20 novembre 1996, FF 1997 I 193-194.

⁴² EMRK; SR 0.101.

protéger les enfants et avait à sa disposition un éventail de moyens, dont le pouvoir de retirer les requérants de leur foyer. Toutefois, ce n'est que le 30 avril 1992 que ceux-ci firent l'objet d'un placement d'urgence, sur l'insistance de la mère. Pendant la période de quatre ans et demi, ils avaient vécu au sein de leur famille ce que la pédopsychiatre décrivit comme une expérience horrible. (...). La Cour reconnaît que les services sociaux doivent faire face à des décisions difficiles et sensibles et admet l'importance du principe selon lequel il y a lieu de respecter et de préserver la vie familiale. En l'espèce, toutefois, il ne fait aucun doute que le système a failli à son devoir de protéger les enfants requérants de la négligence et des abus graves qu'ils ont subis sur une longue période» [a.a.O., § 74]). Die Überlegungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sind nicht beschränkt auf die beurteilte Konstellation.

Zu erwähnen ist ferner die Empfehlung Nr. R (2000) 3 des Ministerkomitees des Europarates an die Mitgliedstaaten über das Recht von Personen in grosser Armut auf Befriedigung ihrer elementaren materiellen Bedürfnisse. Dieses Recht bezieht sich danach ausschliesslich auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar sind, mithin Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinische Grundversorgung; es soll unmittelbar gerichtlich durchsetzbar sein, nicht vom ausländerrechtlichen Status des Betroffenen abhängen, und die Betroffenen sind über dieses Recht zu informieren. Empfehlungen sind zwar wesensgemäss nicht rechtsverbindlich; indes hat der Gerichtshof die Tendenz, Empfehlungen des Ministerkomitees in seinen Urteilen anzurufen und in seine Rechtsprechung einfließen zu lassen.

Die vorgeschlagenen Änderungen betreffend Nothilfe sind geeignet, je nach Konstellation zu Problemen im Lichte von Art. 3 EMRK (allein und in Verbindung mit Art. 14 EMRK) zu führen; sie verstossen aber nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung nicht a priori gegen die genannten Bestimmungen.

3.2 Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁴³

L'art. 11 du Pacte I dispose notamment que les Etats parties reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants (al.1) et le droit fondamental de toute personne d'être à l'abri de la faim (al. 2). Or, à la différence du Tribunal fédéral⁴⁴, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels reconnaît une valeur de droit justiciable à certains aspects des droits garantis dans le Pacte I. Tel est le cas notamment de l'art. 11⁴⁵. Selon l'art. 4 du même Pacte, les Etats parties reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés conformément au Pacte, l'Etat ne peut les soumettre qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec leur nature et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique.

⁴³ Pacte I; RS 0.103.1.

⁴⁴ ATF 122 I 101, cons. 2a, p. 103, et la jurisprudence citée.

⁴⁵ Voir Jörg Künzli et Walter Kälin, Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Rechte, in *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2^{ème} édition, Bâle 1997, p. 109-110; dans un sens proche, Margrith Biggler-Eggenberger, op.cit., Art. 12, no 5, p. 181, et les références à la doctrine.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels se rapportant au Pacte I a été amené à déclarer, à propos d'Etats qui n'accorderaient pas des prestations minimales («minimal core contents») d'existence, qu'il y aurait une forte présomption qu'il viole leurs obligations internationales. Cette remarque générale du Comité a la teneur suivante: «On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as by the body that preceded it, over a period of more than a decade of examining States parties' reports the Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential food-stuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its raison d'être. By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned. Article 2 (1) obligates each State party to take the necessary steps «to the maximum of its available resources». In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.»⁴⁶

Selon la doctrine suisse, la garantie de l'art. 12 Cst. et celle résultant du Pacte I se recoupent, si bien que l'obligation résultant de ce Pacte n'a, en l'état actuel, pas de portée autonome⁴⁷. Toutefois, si la garantie de l'art. 12 ne devait plus être accordée à certaines personnes, notamment au motif de défaut de coopération et à des fins de contrainte, il y aurait, à notre avis, un risque non négligeable que la Suisse viole son obligation internationale. En outre, un respect sélectif de la garantie de l'art. 12 Cst. risquerait de violer également le principe de l'interdiction de la discrimination tel que le prévoit l'art. 2, al. 2, du Pacte I⁴⁸.

⁴⁶ Remarque générale no 3, chiffre 10. La thèse des «core contents», en tant qu'obligation immédiate des Etats Parties à assurer des prestations minimales, a été, depuis lors, réaffirmée dans d'autres remarques générales: voir, en relation avec l'art. 11, les remarques générales no 15, chiffre 37, et no 12, chiffres 6 et 8; en relation avec l'art. 12, la remarque générale no 11, chiffre 43. Les documents sont accessibles à l'adresse électronique suivante: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>.

⁴⁷ Voir Jörg Künzli et Walter Kälin, op. cit., p. 130-131.

⁴⁸ Sur la portée de l'interdiction de la discrimination selon l'art. 2 du Pacte I, voir Jörg Künzli et Walter Kälin, op. cit., p. 111-113.