

02.060 n Asylgesetz. Teilrevision

Verlängerung der Maximaldauer der Ausschaffungshaft

Antrag des Bundesrates
vom 25. August 2004

1. Ausgangslage

In bestimmten Fällen genügt die heute vorgesehene Maximaldauer der Ausschaffungshaft nicht, um den Vollzug der Wegweisung sicherzustellen. In der Praxis stellen folgende drei Konstellationen Probleme:

1. Die inhaftierten Ausländerinnen und Ausländer warten die gesamte Ausschaffungshaftdauer ab, weil sie wissen, dass sie danach freigelassen werden müssen, ohne dass sie zwangsweise rückgeführt werden können (so genanntes „Aussitzen“).
2. Die Migrationsbehörden heben eine Ausschaffungshaft nach rund sieben Monaten auf, weil ein Vollzug der Wegweisung innerhalb der Maximaldauer von neun Monaten nicht mit letzter Sicherheit erfolgen kann.
3. Obwohl Haftgründe vorliegen, nehmen die Migrationsbehörden eine Person nicht in Ausschaffungshaft, weil der betreffende Herkunfts- oder Heimatstaat nur eine „freiwillige Rückreise“, nicht aber eine zwangsweise Rückführung zulässt oder nach unseren Erfahrungen auf eine andere Art nicht kooperiert.

2. Lösungsansatz: Verlängerung der Maximaldauer der Ausschaffungshaft

Durch die Verlängerung der Maximaldauer der Ausschaffungshaft von heute 9 Monaten auf 18 Monate könnte die Gefahr dieser Konstellationen vermindert werden. Dies hätte einerseits einen psychologischen Effekt auf die inhaftierten Personen und andererseits würde es den betroffenen Migrationsbehörden den zusätzlichen zeitlichen Raum bei der Organisation der Rückführung verschaffen.

Nach Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK, auf welchen sich die Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft abstützt, darf eine Haft nur angeordnet werden, wenn ein Ausweisungsverfahren schwebend ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Haft nur dann aufzuheben, wenn keine oder bloss eine höchst unwahrscheinliche, rein theoretische Möglichkeit besteht, die Wegweisung zu vollziehen, nicht aber, wenn noch eine ernsthafte, allenfalls auch nur geringe Aussicht darauf besteht (BGE 130 II 56, Erw. 4.1.3, S 61). Je länger die Haft dauert, desto unwahrscheinlicher wird die Aussicht auf einen Vollzug der Wegweisung. Die richterliche Behörde wird deshalb bei jeder Verlängerung der Haft umfassend prüfen müssen, ob aufgrund der gesamten Umstände des konkreten Falles die Haft noch rechtlich zulässig ist. Diese regelmässige Überprüfbarkeit der Haft durch die richterliche Behörde gewährleistet die bei

einer Freiheitsentziehung zu beachtenden verfassungsmässigen Grundsätze (Art. 31 und 36 BV).

Für Jugendliche zwischen 15-18 Jahren soll die gesamte Haftdauer 12 Monate nicht überschreiten. Im Vergleich zur im Strafgesetzbuch (Art. 95 Abs. 1; maximal ein Jahr Haft) vorgesehenen Höchstdauer des Freiheitsentzugs für Jugendliche wäre die mögliche Gesamtdauer der Ausschaffungshaft von 18 Monaten eindeutig zu lang.

Im Übrigen verlangt Artikel 37 der Kinderrechtskonvention (SR 0.107), dass die Vertragsstaaten sicherstellen, dass "Festnahme, Freiheitsentziehung oder Freiheitsstrafe (...) bei einem Kind im Einklang mit dem Gesetz nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden" darf.

3. Gesetzesentwurf

Art. 13b Abs. 2 ANAG

² Die Haft darf höchstens *drei* Monate dauern; stehen dem Vollzug der Weg- oder Ausweisung besondere Hindernisse entgegen, so kann die Haft mit Zustimmung der kantonalen richterlichen Behörde um höchstens **fünfzehn** Monate, **für Minderjährige zwischen 15 und 18 Jahren um höchstens neun Monate**, verlängert werden.

02.060 n Loi sur l'asile. Révision partielle

Prolongation de la durée maximale de la détention en vue de l'exécution du renvoi

Proposition du Conseil fédéral
du 25 août 2004

1 Rappel des faits

Dans des situations particulières, la durée maximale de mise en détention en vue de l'exécution du renvoi telle qu'elle est prévue aujourd'hui n'est pas suffisante pour garantir l'exécution du renvoi. Concrètement, trois cas de figure peuvent se présenter :

1. Les étrangers détenus se contentent de « patienter » jusqu'à ce que la durée de la détention en vue de l'exécution du renvoi soit écoulée : ils savent que les autorités devront ensuite les remettre en liberté sans pouvoir les renvoyer sous contrainte.
2. Les autorités chargées des questions de migration lèvent la détention après sept mois environ, car elles constatent qu'il n'est guère probable que le renvoi puisse être exécuté avant l'échéance de la durée maximale de la détention en vue de l'exécution du renvoi, qui est de neuf mois.
3. Bien qu'elles disposent de motifs valables, les autorités compétentes ne mettent pas la personne concernée en détention en vue de l'exécution de son renvoi, car le pays d'origine ou de provenance en question n'accepte de ré-admettre que les personnes quittant « volontairement » la Suisse ou, selon les expériences faites par l'Office fédéral des réfugiés (ODR), s'oppose à toute autre forme de coopération.

2. Proposition de modification : prolongation de la durée maximale de la détention en vue de l'exécution du renvoi

En portant la durée maximale de la détention en vue du renvoi qui est actuellement de 9 mois à 18 mois, les risques inhérents aux trois situations décrites ci-dessus pourraient être réduits. Cette mesure présente un double avantage : d'une part, elle produirait un effet psychologique sur les personnes détenues ; d'autre part, elle conférerait un délai supplémentaire aux autorités chargées des questions de migration pour préparer les rapatriements.

Tant la détention en phase préparatoire que la détention en vue de l'exécution du renvoi se fondent sur l'art. 5, ch. 1, let. f de la Convention de sauvegarde des droits

de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). En vertu de cette disposition, une détention ne peut être prononcée que lorsqu'une procédure d'expulsion est en cours. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral retient que la détention ne peut être levée que s'il n'existe pas de possibilité ou seulement une possibilité hautement improbable et purement théorique d'exécuter le renvoi. Par contre, la détention ne doit pas être levée en présence d'une possibilité sérieuse, aussi mince soit-elle (cf. ATF 130 II 56, consid. 4.1.3, p. 61). Toutefois, il ne faut pas perdre de vue le fait que, plus la détention se prolonge, plus la perspective d'exécuter le renvoi devient improbable. Par conséquent, l'autorité judiciaire devra soumettre toute demande de prolongation de la détention en vue de l'exécution du renvoi à un examen exhaustif afin de vérifier, dans le cas d'espèce, la légalité de la mesure. Ce contrôle judiciaire périodique garantit le respect des critères fixés par la Constitution fédérale (Cst.) en matière de privation de liberté (cf. art. 31 et 36 Cst.).

Pour les jeunes entre 15 et 18 ans, la durée de la détention ne doit pas excéder 12 mois. Par rapport à la disposition du Code pénal (cf. art. 95, al.1 ; durée maximale de la détention d'une année), prévoit une durée maximale d'une peine privative de liberté pour des jeunes de 18 mois en vue de l'exécution du renvoi, pourrait s'avérer trop longue.

Par ailleurs, l'art. 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant (RS 0.107) prescrit que les Etats parties veillent à ce que « l'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi ... n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible ».

3. Projet de loi

Art. 13b, al. 2 LSEE

2 La durée de la détention ne peut excéder *trois* mois; si des obstacles particuliers s'opposent à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion, elle peut, avec l'accord de l'autorité judiciaire cantonale, être prolongée de *quinze* mois au maximum, pour les mineurs entre 15 et 18 ans, elle ne doit pas excéder **neuf mois**.