

Par e-mail uniquement

Département de la sécurité, de la population et de
la santé (DSPS)
Secrétariat général
Direction juridique
Rue de l'Hôtel-de-Ville 14
Case postale 3952
1211 Genève 3

Genève, le 25 janvier 2022

Consultation fédérale sur l'ordonnance sur le casier judiciaire informatique VOSTRA

Madame, Monsieur,

Référence est faite à votre courriel du 3 décembre 2021, qui a retenu notre meilleure attention.

L'Ordre des avocats de Genève (ci-après : ODAGE) a pris connaissance de l'avant-projet d'ordonnance sur le casier judiciaire informatique VOSTRA (ci-après : OCJ) et du rapport explicatif y relatif.

Par la présente, il vous livre ci-après ses observations.



1. Allongement des délais d'inscription au casier judiciaire

L'ODAGE regrette, à titre liminaire, l'allongement des délais d'élimination prévu par la Loi sur le casier judiciaire (ci-après : LCJ).

Cet allongement va en effet à l'encontre de la réinsertion dans la société civile, sans rien apporter sur le plan judiciaire puisqu'en toute hypothèse le juge pénal a accès aux condamnations radiées.

Bien que cet allongement ne soit pas prévu par l'OCJ, sur laquelle il s'agit de prendre ici position, l'ODAGE souhaite marquer son désaccord avec ces nouvelles dispositions de la LCJ.

2. La communication d'informations sur le casier judiciaire aux États d'origine

L'art. 61 LCJ prévoit l'obligation, dont le principe est défini à l'art. 64 LCJ, de communiquer les jugements et décisions ultérieures rendus en Suisse à l'encontre d'étrangers aux autorités compétentes de l'État d'origine. Néanmoins, les informations concernant des infractions fiscales et militaires ne seront pas transmises. Si le jugement ne contient pas d'autre infraction « ordinaire », aucune communication ne sera effectuée dans ces situations spécifiques.

À noter que l'art. 64 al. 3 LCJ prévoit qu' « *Aucune donnée ne doit être communiquée à l'étranger s'il en résulterait un risque de préjudice sérieux pour la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté de la personne concernée ou de ses proches au sens de la CEDH et des autres traités internationaux ratifiés par la Suisse, ou bien un risque de double condamnation* ».

Cette garantie fondamentale ne fait l'objet d'aucune disposition d'application de l'OCJ.

L'art. 64 al. 6 LCJ indique que « *Le DFJP peut édicter des instructions sur la communication de données aux autorités étrangères* ».

Toutefois, le message relatif à la LCJ indique à cet égard que « *L'al. 3 reprend une clause usuelle servant à limiter la transmission de données à l'étranger, qui existe dans d'autres lois. Il garantit que les données ne sont pas communiquées si cela expose la personne concernée ou ses proches à des risques incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus en Suisse. L'application pratique de cette disposition sera précisée par des instructions du DFJP. La compétence que l'al. 6 octroie à ce dernier fait pendant à ce qui est prévu à l'art. 57, al. 5 (voir le commentaire de cet article)* »¹.

À ce jour, il ne semble pas que le DFJP ait dicté des instructions relatives à la LCJ².

3. La communication d'informations sur le casier judiciaire aux autorités étrangères

L'art. 52 LCJ traite du « *droit de consultation des autorités étrangères* » et prévoit à l'alinéa premier que « *Le Service du casier judiciaire communique aux autorités étrangères qui le demandent un extrait du casier judiciaire lorsqu'un traité international ou une loi formelle le prévoit* ».

L'al. 4 de cette disposition prévoit qu' « *Aucune donnée ne doit être communiquée à l'étranger s'il en résulterait un risque de préjudice sérieux pour la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté de la personne concernée ou de ses proches au sens de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et des autres traités internationaux ratifiés par la Suisse, ou bien un risque de double condamnation* ».

Cette garantie importante ne fait, là-encore, l'objet d'aucune disposition d'application de l'OCJ.

L'art. 52 al. 5 LCJ indique que « *Le Département fédéral de justice et police (DFJP) peut édicter des instructions sur la communication d'extraits du casier judiciaire aux autorités étrangères* ».

¹ FF 2016 4703, p. 5647.

² <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/adoption/weisungen.html>.

Or, le message relatif à la LCJ prévoit à cet égard que « L'al. 4 reprend une clause visant à restreindre la communication de certaines données qui figure déjà dans d'autres lois. Son but est d'empêcher que des données soient communiquées s'il apparaît que la démarche aurait pour conséquence d'exposer les personnes concernées ou leurs proches à des préjudices incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par la Suisse. L'al. 5 prévoit que le DFJP dicte des instructions sur l'application de cette disposition. La possibilité d'édicter des instructions existe déjà dans le droit en vigueur (art. 23, al. 2, de l'ordonnance VOSTRA). Il a été jugé utile de maintenir cette possibilité, même si le DFJP n'en a fait que très rarement usage : il a édicté une directive (obsolète aujourd'hui) qui obligeait l'ODM [l'Office fédéral des migrations] à vérifier les extraits avant qu'ils ne soient envoyés dans un État tiers n'appartenant pas à la liste des États sûrs. Le but était d'éviter que, en cas de demandes d'asile, le requérant puisse faire valoir subjectivement qu'il risque d'être davantage persécuté dans son pays en raison des informations transmises. Pour assurer l'application de l'art. 97, al. 1, LAsi (interdiction de communiquer des données personnelles l'État d'origine ou de provenance) des instructions du DFJP pourraient prévoir que le service du casier judiciaire soit informé des pays (avec lesquels un traité d'entraide judiciaire a été conclu) pour lesquels l'ODM doit encore vérifier si l'on a affaire à un requérant, un réfugié reconnu ou une personne à protéger. Les réserves générales formulées dans tout traité d'entraide judiciaire pour pouvoir, le cas échéant, renoncer à un échange de données permettent de tenir compte de l'art. 97, al. 1, LAsi »³.

À ce jour, il ne semble pas que le DFJP ait dicté des instructions relatives à la LCJ⁴.

4. Recommandations de l'ODAGE

L'OCJ doit impérativement apporter des précisions quant à la mise en œuvre des art. 52 al. 4 et 64 al. 3 LCJ, lesquels visent à éviter que la transmission d'informations à l'étranger puisse porter atteinte aux garanties de la CEDH et des autres traités internationaux.

À teneur de l'OCJ et de la LCJ, le Service du casier judiciaire semble procéder seul à l'appréciation des risques encourus en matière de violations des droits fondamentaux des personnes concernées dans ces deux situations.

Or, la gravité des atteintes potentiellement encourues – pourtant identifiées et reconnues par la LCJ à ses articles 52 al. 4 et 64 al. 3 – nécessite que les personnes concernées puissent informer les autorités suisses d'éventuels risques encourus par la communication d'informations aux autorités étrangères.

Les personnes concernées doivent ainsi se voir garantir leur droit d'être entendues avant la transmission de toute information aux autorités étrangères.

Par conséquent, l'ODAGE émet les deux recommandations suivantes :

- En lien avec l'**art. 52 al.4 LCJ**, l'**introduction d'une disposition** dont le contenu serait le suivant :

« La personne concernée a le droit d'être entendue. Un délai suffisant lui est imparti pour se déterminer sur la demande de consultation des autorités étrangères, notamment pour faire valoir qu'il existerait un risque de préjudice sérieux ou de double condamnation au sens de l'art. 52 al. 4 LCJ. Le Service du casier judiciaire n'autorise aucune consultation des autorités étrangères

³ FF 2016 4703, p. 5638.

⁴ <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/adoption/weisungen.html>.

avant d'avoir garanti le droit de s'exprimer de la personne concernée et rend une décision sujette à recours ».

- En lien avec l'**art. 64 al. 3 LCJ**, l'**introduction d'une disposition** dont le contenu serait le suivant :

« La personne concernée a le droit d'être entendue. Un délai suffisant lui est imparti pour se déterminer sur la communication d'un jugement ou d'une décision ultérieure à l'État d'origine, notamment pour faire valoir qu'il existerait un risque de préjudice sérieux ou de double condamnation au sens de l'art. 64 al. 3 LCJ. Le Service du casier judiciaire n'autorise aucune communication à l'État d'origine avant d'avoir garanti le droit de s'exprimer de la personne concernée et rend une décision sujette à recours et rend une décision sujette à recours ».



En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'assurance de nos sentiments distingués.



Philippe COTTIER
Bâtonnier